## EL CUERPO DISEMINADO. ESTATUTO, USO Y DISPOSICIÓN DE LOS BIOMATERIALES HUMANOS

### RICARDO GARCÍA MANRIQUE Coordinador

# El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos









Este libro se publica con ayuda del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Proyecto de Investigación "Transferencias de material biológico de origen humano: aspectos sociales, jurídicos y bioéticos" DER2014-57167-P)

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Ricardo García Manrique (Coord.]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9177-748-9
DL NA 916-2018
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

# Índice General

		<u>Página</u>
CAP	ÍTULO 1	
LAD	DIMENSIÓN CORPORAL DE LA CIUDADANÍA	13
RIC	CARDO GARCÍA MANRIQUE	
I.	Un cuerpo diseminado	13
II.	La distribución de lo corporal como problema político	15
III.	Dos criterios de distribución de los recursos	18
IV.	La preservación de lo valioso	21
V.	El porqué de los repartos igualitarios	22
VI.	Un régimen de ciudadanía para los biomateriales huma-	
	nos	24
VII.	El contenido de este libro	28
VIII.	Referencias	31
CAP	ÍTULO 2	
EN I	MANOS DEL LEGISLADOR: ACERCA DEL ESTATUTO	
	ÍDICO DE LOS MATERIALES BIOLÓGICOS DE ORIGEN	
	MANO	33
VÍC	CTOR MÉNDEZ BAIGES	
I.	Referencias	50
CAP	ÍTULO 3	
	STATUTO CONSTITUCIONAL DEL CUERPO HUMANO, RE LIBERTAD Y DIGNIDAD	53
GU!	ILLERMO ESCOBAR ROCA	
I.	Planteamiento	54

### EL CUERPO DISEMINADO. ESTATUTO, USO Y DISPOSICIÓN...

		<u>Página</u>	
II.	Breve aproximación histórica e internacional	56	
III.	El cuerpo estático o como fortaleza (la inviolabilidad del		
	cuerpo)	58	
	1. Del derecho reaccional al derecho general de libertad; centrali- dad, en todo caso, del análisis de las intervenciones	58	
	2. Intervenciones totalmente prohibidas	62	
	3. Intervenciones admisibles	64	
	4. Intervenciones consentidas	68	
IV.	Examen especial de la inalienabilidad del cuerpo	71	
V.	Referencias	76	
CAP	ÍTULO 4		
DER	ECHOS SOBRE EL CUERPO HUMANO Y PROPIEDAD:		
3DE	QUIÉN ES MI CUERPO?	81	
ELE	ENA BELTRÁN PEDREIRA		
I.	Introducción	81	
II.	Usos del cuerpo humano	83	
III.	Respuestas a la pregunta sobre la aplicación de la propiedad		
	a los derechos sobre el cuerpo humano	86	
IV.	Sobre la propiedad	89	
V.	Personas y cosas	91	
VI.	Más preguntas para concluir	93	
VII.	Referencias	94	
CAP	ÍTULO 5		
EL C	GOBIERNO DEL CUERPO ENTRE "ORDEN PÚBLICO" E		
"INT	TERÉS PRIVADO": UNA RELECTURA CRÍTICA A PARTIR		
DE I	LA NOCIÓN DE PROPIEDAD	99	
SIL	VIA ZULLO		
I.	Cuerpo, Derecho y propiedad: un marco normativo problemático	100	
II.	El cuerpo y sus partes entre principios, reglas y patentes	104	

### ÍNDICE GENERAL

		<u>Página</u>	
III.	Perfiles éticos y iusfilosóficos en el contexto estadounidense		
	y europeo	109	
IV.	Conclusiones	112	
V.	Referencias	115	
CAP	ÍTULO 6		
	RE LA PROPIEDAD PRIVADA DE LOS BIOMATERIALES MANOS	119	
RIC	ARDO GARCÍA MANRIQUE		
I.	Dos propuestas de regulación jurídica de los biomateriales		
	humanos	119	
II.	El argumento intuitivo: mi cuerpo es mío	122	
III.	El argumento lógico: la división entre personas y cosas	125	
IV.	El argumento de la propiedad de uno mismo	131	
V.	El argumento pragmático	134	
VI.	Conclusión	147	
VII.	Referencias	147	
CAP	ÍTULO 7		
	BLEMAS EMERGENTES EN ITALIA EN MATERIA DE REDUCCIÓN ASISTIDA	153	
	RLA FARALLI	100	
Cri			
CAP	ÍTULO 8		
EL VALOR Y EL PRECIO DE LOS DATOS PERSONALES DE			
SAL	UD EN LA SOCIEDAD DIGITAL	171	
ITZ	IAR DE LECUONA RAMÍREZ		
MA	RÍA VILLALOBOS-QUESADA		
I.	Introducción	172	
II.	La respuesta de la Unión Europea a la investigación con Big Data a partir del 2018: el Reglamento General de Protección	4==	
	de Datos	175	

### EL CUERPO DISEMINADO. ESTATUTO, USO Y DISPOSICIÓN...

			<u>Página</u>	
III.	tra	s proyectos VISC+ y PADRIS: lecciones aprendidas con- la monetización de datos personales de salud explotados scala masiva en investigación		
IV.		nclusiones y propuestas	184	
V.		Referencias		
CAI	PÍTUI	LO 9		
		IÓN POR SUSTITUCIÓN Y GÉNERO: REPENSANDO NISMO	191	
		DRA LAMM		
I.	Int	roducción	192	
II.		gumentos que desde el "feminismo" justifican la regula- n de la GS	194	
	1.	La desbiologización de los destinos	194	
	2.	La GS como liberadora cultural y económicamente	196	
		2.1. Desmitificación del romanticismo de la gestación	199	
		2.2. Desacralización de lo natural	200	
	3.	La GS como ampliatoria de los tipos familiares o "modelos" de familia sobre la base de la voluntad procreacional	200	
	4.	La desbiologización de los vínculos	203	
	5.	La GS como ejercicio de la libertad reproductiva	204	
	6.	El respeto por la autonomía	205	
	7.	La visibilización del esfuerzo femenino	206	
	8.	El feminismo no le puede hacer el juego al conserva- durismo	208	
III.	La	necesidad de regulación	209	
	1.	Regular para proteger derechos	209	
	2.	La regulación de la GS para paliar los efectos de las desigual- dades	211	
	3.	La regulación como preventiva de la clandestinidad	212	
	4.	Doctrina internacional de los derechos humanos	212	
IV.	Bre	ves palabras de cierre	216	

### ÍNDICE GENERAL

		<u>Página</u>
V.	Referencias	216
CAP	ÝTULO 10	
AUT	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: GÉNERO, DERECHO Y TONOMÍA REPRODUCTIVA	221
I.	La gestación por sustitución y el papel del derecho como tec- nología del género	221
II.	La gestación por sustitución y el reconocimiento legal de la autonomía reproductiva	
III.	El problema del consentimiento en la gestación por sustitución	227
IV.	Dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y gestación por sustitución	230
V.	A modo de conclusiones	232
VI.	Referencias	232
CAP	ÍTULO 11	
	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, ¿DEBE SER REGULA- Y, EN SU CASO, ¿CÓMO?	237
MĆ	NICA NAVARRO MICHEL	
I.	Introducción: la regulación española en el mundo globaliza- do	237
II.	Sobre la autonomía reproductiva	241
	1. De los comitentes	242
	2. De la gestante	243
III.	Cuestiones a regular	245
	1. Remunerada o gratuita	245
	2. Requisitos de acceso de los comitentes o padres de intención .	247
	3. Requisitos de acceso de la mujer gestante	249
	4. Control judicial	250
	5. La revocación del consentimiento	251

### EL CUERPO DISEMINADO. ESTATUTO, USO Y DISPOSICIÓN...

		<u>Página</u>	
IV.	Filiación del nacido mediante GS	252	
V.	Observaciones finales	254	
VI.	Referencias		
CAP	PÍTULO 12		
ARC CIÓ	GUMENTOS CONTRA LA GESTACIÓN POR SUSTITU- N		
MA	ARIA EUGENIA R. PALOP		
I.	Algunos presupuestos que condicionan el debate	260	
II.	Argumentos contra la gestación por sustitución	262	
	1. ¿Gestación por sustitución "low cost"?	263	
	2. ¿Es el del embarazo un "trabajo" mal pagado?	264	
	3. ¿Qué se pretende proteger con la regulación de la GS?	266	
	3.1. Los derechos de los comitentes	267	
	3.2. Los derechos de la gestante	270	
	4. ¿Releer los vínculos afectivos en clave mercantil?	275	
III.	Referencias	278	
SOB	RE LOS AUTORES	281	

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

### Capítulo 1

# La dimensión corporal de la ciudadanía

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. UN CUERPO DISEMINADO. II. LA DISTRIBUCIÓN DE LO CORPORAL COMO PROBLEMA POLÍTICO. III. DOS CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS. IV. LA PRESERVACIÓN DE LO VALIOSO. V. EL PORQUÉ DE LOS REPARTOS IGUALITARIOS. VI. UN RÉGIMEN DE CIUDADANÍA PARA LOS BIOMATERIALES HUMANOS. VII. EL CONTENIDO DE ESTE LIBRO. VIII. REFERENCIAS.

#### I. UN CUERPO DISEMINADO

El cuerpo humano se ha diseminado¹. Con el desarrollo de biotecnologías diversas, hoy distintas partes de nuestro cuerpo pueden estar ubicadas en distintos lugares. Nuestra sangre puede circular por otras venas, o estar almacenada, o haber dado lugar a productos derivados del plasma. Alguno de nuestros órganos puede haberse integrado en otro cuerpo. Nuestras células reproductivas pueden estar congeladas en una clínica o andar convirtiéndose en niños en algún vientre desconocido (destino tradicional de los espermatozoides, ciertamente, pero no de los óvulos). El número de biomateriales humanos que pueden ser extraídos, reubicados y reutilizados de uno u otro modo es cada vez mayor, como mayor es el número de esos modos y el volumen de los biomateriales efectivamente alejados de sus cuerpos originales. Todo apunta a que nos hallamos ante una tendencia en alza, que acaso sólo se detenga el día en que los bioma-

<sup>1.</sup> Rodotà 2008: 304.

teriales puedan ser sustituidos por materiales sintéticos igualmente eficaces y susceptibles de ser producidos en masa.

La metáfora del cuerpo diseminado, como todas, tiene algo o bastante de exagerado, si con ella pretendemos describir fielmente la realidad. La de nuestros cuerpos es todavía mayoritariamente una realidad unitaria. Sin embargo, también como toda metáfora, llama la atención sobre algún rasgo saliente del objeto, en este caso además un rasgo novedoso que marca una tendencia, y por eso uno al que debemos prestar especial atención.

En todo caso, si lo que nos proponemos es hablar de los biomateriales humanos separados del cuerpo, entonces la imagen del cuerpo diseminado no tiene nada de exagerada, porque apunta precisamente a eso, al hecho contemporáneo de que las partes de nuestro cuerpo puedan ser extraídas, conservadas y reutilizadas de modos diversos.

A este hecho incuestionable se suma otro: el proceso de la que podemos llamar "secularización" de lo corporal; esto es, el proceso ideológico por el cual el cuerpo humano está perdiendo, a nuestros ojos, su carácter de "cosa sagrada" y, por tanto, intocable y sometida a fines predeterminados, ajenos al ámbito de nuestra autonomía individual. El resultado del proceso es la proliferación y dispersión de los sentidos y potenciales orientaciones que atribuimos al sexo, a la reproducción, a la estética corporal o a los tratamientos sanitarios, todo ello facilitado desde luego por el desarrollo de las biotecnologías y tecnosaberes afines, que amplían sin cesar la oferta de lo posible. El cuerpo se convierte así en la sede de múltiples elecciones, desde las cien formas del sexo (en su doble sentido de identidad y de actividad) hasta las mil promesas de la cirugía estética, pasando por nuevas combinaciones reproductivas y por nuevas terapias sanitarias.

Toda esta dispersión está en relación dialéctica con la revitalización de la antiquísima idea del cuerpo como cárcel del alma, dialéctica en el sentido de que aquella realidad y esta creencia se alimentan mutuamente, sin que sea fácil determinar si la una subyace a la otra o viceversa. Al decir de David Le Breton, el cuerpo volvemos a contemplarlo como la "imperfección radical de la humanidad" o la "enfermedad endémica del espíritu"<sup>2</sup>; un cuerpo el nuestro que no está a la altura de nuestro propio yo, porque lo hemos vuelto a disociar de nuestra subjetividad, instalada de nuevo en lo puramente espiritual (cerebral ahora, si se quiere), y porque el avance científico nos permite pensar la posibilidad de modificarlo e incluso de abolirlo, sustituyéndolo por una máquina que replique la supuesta

<sup>2.</sup> Le Breton 2013: 13 y 16.

perfección de nuestra mente. Un cuerpo, pues, "supernumerario"<sup>3</sup> o, en todo caso, desposeído de todo valor intrínseco (en tanto que desligado de nuestra dignidad), revestido a cambio de puro valor instrumental.

El cuerpo diseminado y secularizado se convierte así en lo que no era: en un recurso que, potencialmente, admite usos y disposiciones diversos, porque fácticamente es posible en una medida mucho mayor que antes, y porque además esos usos y disposiciones ya no están determinados por una concepción unitaria y teleológica de lo corporal que sea compartida por todos y que los defina sin discusión.

# II. LA DISTRIBUCIÓN DE LO CORPORAL COMO PROBLEMA POLÍTICO

Una vez convertido en recurso, el cuerpo humano diseminado suscita un problema político de primer orden: el de cómo distribuirlo entre los miembros de la comunidad. El caso más interesante es el de ciertos biomateriales humanos particularmente valiosos porque son esenciales para la conservación y la reproducción de la vida: la sangre, los órganos o las células reproductivas. En efecto, cabe calificarlos de recursos susceptibles de distribución porque, una vez separados del cuerpo, cabe asignarlos a otros cuerpos, esto es, cabe transferirlos. Nos hallamos ante una cuestión política porque es la comunidad quien debe decidir colectivamente en qué condiciones pueden tener lugar esas transferencias y asignaciones o, lo que es lo mismo, debe establecer criterios de distribución que determinarán a quién trasplantar un órgano procedente de otro individuo, o cuando procede la implantación de gametos ajenos en el cuerpo de una mujer, o si podemos vender nuestra sangre o sólo donarla gratuitamente.

Cabría objetar, contra esta disponibilidad comunitaria de los biomateriales humanos, que todo aquello que integra nuestro cuerpo, o que procede de él, está sometido exclusivamente a la decisión de cada uno, y que es cada uno el que puede usar y disponer de sus biomateriales según su propio criterio. Sin embargo, esta invocación no puede constituir una objeción al principio de la disposición comunitaria, sino acaso un argumento a favor de una determinada pauta de distribución, que habrá de ser contrastado con otros que propugnan pautas diferentes, y nadie más que la propia comunidad puede tener la última palabra a la hora de optar por alguna de ellas. Del mismo modo, en su día fue la comunidad la que decidió que ningún cuerpo humano podía ser objeto de propiedad ajena, al establecer la personalidad jurídica de todos los seres humanos y, con

<sup>3.</sup> Le Breton 2013: 24.

ello, prohibir la esclavitud. Por supuesto, hay contundentes argumentos morales a favor de esta prohibición, pero eso no significa que no sea la comunidad la que decida el régimen vigente al respecto. Hay opciones políticas que, por su fuerte soporte moral y por haberse consolidado social y jurídicamente hace ya tiempo, parecerían no haber sido fruto de decisiones colectivas más o menos mayoritarias: es el caso de la personalidad jurídica, pero también el de algunos de los derechos fundamentales más básicos o más asentados. Es más, hemos decidido que estos derechos estén sustraídos de la capacidad de decisión política ordinaria, y por eso los hemos atrincherado constitucionalmente, para que sólo mayorías muy reforzadas estén en condiciones de cambiar su régimen básico, el que establece la norma fundamental; pero, insisto, incluso la decisión de atribuir ciertos derechos o de protegerlos de manera especial es una decisión política, esto es, una decisión de todos.

El caso del uso y disposición de los biomateriales humanos separados del cuerpo es, más claramente todavía que el de esos derechos básicos, un asunto político; primero, porque se trata de un recurso nuevo, al menos en las dimensiones que recientemente viene adquiriendo, y en tanto que nuevo requiere de la formación de una opinión pública esclarecida que dé cuenta de su sentido, y de la que todavía carece; segundo, porque, en la medida en que no era nuevo, su regulación no ha gozado, ni goza, de un apoyo social contundente similar al de los derechos fundamentales. En el caso de la sangre, quizá el biomaterial cuya transmisión se estandarizó antes (dejando de lado el peculiar caso de la leche materna, aunque... en este campo, ¿hay algo que no sea peculiar?), no es sólo que no haya ese apoyo social contundente en favor del vigente régimen de transmisión, es que ni siquiera podemos identificar una opción clara por uno u otro régimen por parte del legislador. Así, en España, la transmisión (donación) de la sangre ha de ser gratuita, y la compra de sangre está, pues prohibida; sin embargo, al mismo tiempo, se permite importar sangre del extranjero, aunque haya sido obtenida a cambio de precio<sup>4</sup>. Algo similar sucede con la transmisión de gametos con fines reproductivos: en nuestro país se prohíbe su venta, aunque la donación de óvulos es compensada con cantidades cercanas a los mil euros y aunque los servicios de reproducción asistida que recurren a óvulos ajenos sí son remunerados, cuando son privados; en cambio, en otros países muy cercanos culturalmente se permite su venta, y su precio puede llegar a ser muy alto. En el caso de los órganos para trasplante, el consenso en torno a la interdicción del ánimo de lucro parece muy fuerte; en el de la

<sup>4.</sup> Cuadros 2017: 120-121.

### 1. LA DIMENSIÓN CORPORAL DE LA CIUDADANÍA

gestación subrogada, todo lo contrario (el de la gestación subrogada es un caso *sui generis*, por cuanto cabe discutir si se trata de una transmisión de biomateriales, o qué sentido hay que darle; sea como sea, parece tratarse de un caso al menos análogo y, por tanto, requerir una regulación similar; por cierto que esta es la razón por la que nos ocupamos de ella en este libro).

No es mala ocasión esta para citar un poco citado precepto de la Constitución, tan constitucional, hay que suponer, como los demás, el que contiene su artículo 128.1, con el que comienza el Título VII, dedicado a Economía y Hacienda:

Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

La norma es clara: el criterio supremo para determinar la regulación del uso y de la disposición de todas las formas de riqueza (vale decir, de todos los recursos) del país ha de ser el interés general. Por supuesto, cuál sea el interés general, en general y en cada caso, no está tan claro. La norma, no obstante, sigue siendo clara, porque lo que quiere decir es que la ordenación de la riqueza del país es un asunto político, puesto que la política es la actividad colectiva que consiste precisamente en la determinación de ese interés. Pues bien, si los biomateriales humanos son riqueza, como creo que a nadie se le escapa; si son un recurso social de primer orden, porque son esenciales para la conservación y la reproducción de la vida, como sabe quién recibe un riñón o dos litros de sangre que le permiten seguir viviendo o quien requiere del material ajeno para reproducirse (o sea, todos); si, por añadidura, su titularidad no está ni mucho menos clara; si todo esto es así, no cabe duda de que la pregunta que debemos resolver es la siguiente: ¿cómo hemos de regular la titularidad, el uso y la disposición de los biomateriales humanos para que satisfagan el interés general en la mayor medida posible?

Así las cosas, nos encontramos con un recurso, o más bien panoplia de recursos, que anda en busca de un régimen de titularidad, uso y disposición, que ha de ser: (1) claro y preciso, como debe serlo todo régimen normativo; (2) unitario, en la medida de lo posible, para garantizar la máxima coherencia interna de ese régimen; y (3) consistente externamente con los valores superiores de nuestro sistema jurídico (que son los que expresan en el nivel más abstracto el sentido y el contenido del interés general, y entre los que se encuentran en lugar destacado la justicia y la libertad). Y hay, en esencia, dos candidatos posibles: la ciudadanía y el mercado.

### III. DOS CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS

Existen, en efecto, dos regímenes de distribución de los recursos sociales: la ciudadanía y el mercado<sup>5</sup>. Según el régimen ciudadano, a cada miembro de la comunidad le corresponde una porción alícuota del recurso en cuestión o bien una porción justificada en función de las necesidades de cada cual, siempre de acuerdo con el criterio colectivo. Que la porción sea distinta en función de las necesidades no altera el carácter igualitario del reparto ciudadano, que puede resumirse en el siguiente principio: cada uno tiene el mismo acceso al recurso X, siempre y cuando lo necesite (un ejemplo de esto es el derecho a la asistencia sanitaria, que no implica que todos disfruten efectivamente de la misma porción de recursos sanitarios, pero sí de aquellos que les son necesarios, y en este sentido se trata de una distribución igualitaria, puesto que todos tienen el mismo derecho a los recursos necesarios). La distribución ciudadana, pues, es siempre una distribución igualitaria.

La figura de los derechos fundamentales traduce jurídicamente la opción por el criterio ciudadano de reparto: ser titular de un derecho fundamental significa ocupar una posición igual a la de todos los demás con respecto al acceso al recurso protegido por el derecho, y esto vale para cualquier derecho fundamental, al margen de que difieran en muchos otros aspectos. Es decir, no sólo vale para los derechos sociales, en los que acaso es más fácil entender que se trata de distribuir recursos; sino también para los derechos civiles y políticos: así, el derecho a la participación política, en tanto se traduce en la máxima "un hombre, un voto", supone un reparto igualitario de la participación política; el derecho a la integridad física supone el mismo grado de disfrute de esa integridad, que es lo mismo que decir que todos tenemos (hemos de tener) el mismo acceso a los recursos necesarios para garantizarla; y cualquier libertad pública (manifestación, reunión, expresión) supone (ha de suponer) un reparto también igualitario de esa libertad, que también es, en el sentido amplio de la palabra, un "recurso". Si en alguna ocasión esto no es así, el problema radica en la errónea configuración del derecho fundamental de que se trate, y no en que el principio general sea incorrecto o permita excepciones. A mi juicio, es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho fundamental a la asistencia letrada, que en países como el nuestro no está dis-

<sup>5.</sup> Siguiendo a Daniels, María Casado se refiere a tres criterios de distribución: el mercado, los derechos y las necesidades básicas (Casado 2016: 30). Siendo esto cierto, tanto el criterio de los derechos como el de las necesidades básicas dan lugar a un régimen de distribución que podemos llamar "ciudadano". Por otra parte, la referencia a los derechos ha de ser matizada en el sentido de que también el régimen de mercado puede basarse en "derechos", aunque sean de otro tipo.

tribuida de manera igualitaria (dado que cabe suponer que hay abogados particularmente buenos cuyos servicios no están al alcance de todos, sino sólo de quienes pueden pagarlos, lo cual genera un desigual reparto de la asistencia letrada, que resulta contradictorio con el fundamento de los derechos fundamentales, que es la igual libertad de todos, al que luego haré referencia). De todas formas, insisto en que esto no supone un problema para la validez del principio general, sino para la configuración particular de ese derecho, o de cualquier otro que presente ese rasgo desigualitario.

Elemento indispensable de los derechos fundamentales es su inalienabilidad<sup>6</sup>. Puesto que, si los derechos fundamentales fueran alienables (transmisibles), el reparto igualitario del recurso no duraría un día, y ya no se podría asegurar que la libertad de todos es "igual" (de manera que, si se pudiera vender el voto, habría ciudadanos que podrían acumular varios votos y muchos otros quedarse sin ninguno, con lo que el recurso "participación política" quedaría repartido desigualmente). Por esta razón (porque son alienables), los derechos patrimoniales no pueden ser derechos fundamentales. Ni siquiera el derecho *a* la propiedad puede serlo, dado que su ejercicio está destinado a generar un reparto desigual de recursos.

El régimen mercantil es muy distinto: en su caso, la asignación de recursos tiene lugar mediante el encuentro de la oferta y la demanda en un lugar de intercambio que llamamos mercado, donde la posición de los ciudadanos es sólo relativamente igual: es igual en tanto que todos gozan del mismo derecho de acceso al mercado (podemos llamarlo el derecho a contratar), pero es desigual en tanto que no todos disponen de la misma fuerza para contratar, porque esta depende en buena medida de la capacidad económica de cada uno, la cual, en las sociedades de mercado, suele ser desigual (en todo caso, vamos a suponer que lo es). Desde el punto de vista de la demanda, que es el que ahora nos interesa más, la fuerza de cada uno, si es un mercado sin precios tasados y si el bien es lo suficientemente escaso, está determinada por el dinero del que cada uno dispone, dado que la distribución se rige por el precio de mercado del recurso, un precio fijado en dinero.

No está de más recordar que la creación y mantenimiento de los mercados modernos es también el resultado de decisiones comunitarias (democráticas), esto es, que no hay nada de natural o prepolítico en el mercado; una de esas decisiones consiste en asegurar un acceso (relativamente) igualitario de todos al mercado, más allá de la mera libertad de contratar, a través de la concesión de derechos como la libertad de comercio o

<sup>6.</sup> Ferrajoli 1999: 47-48.

de empresa y la libertad de trabajar, los derechos de los consumidores y usuarios y los derechos laborales: en este sentido, el régimen mercantil es un producto de la vigencia del régimen ciudadano, y su forma concreta (por ejemplo, que la jornada laboral máxima esté fijada en ocho horas o que determinadas cláusulas sean obligatorias en todos los contratos de compraventa) se determina políticamente; y si tenemos en cuenta el sentido de lo político (la identificación y satisfacción del interés general), o una norma como la contenida en el art. 128.1 CE, que no es sino expresión de ese sentido, podremos concluir que la opción por la distribución mercantil se justifica cuando sirve a ese interes general mejor que otros modos de distribución.

Un tercer régimen distributivo posible es el que participa de los otros dos, esto es, un régimen mixto entre mercado y ciudadanía, de manera que una parte del recurso se asigna en porciones iguales a través del establecimiento de derechos y otra parte del recurso se asigna a través del mercado. En estos casos, el resultado es desigual, porque interviene el mercado, pero sólo relativamente, o en menor medida que en el caso de la distribución mercantil pura. Un ejemplo claro es el de la educación o la sanidad, cuando existen sistemas públicos, gratuitos y universales de provisión de la una y la otra, pero al tiempo hay también educación y sanidad privadas a las que se accede sólo mediante el pago de un precio. Los regímenes mixtos dan lugar a resultados muy diversos, en función de qué relevancia otorgan a la ciudadanía y cuál otorgan al mercado: lo que es común a todos ellos es que siempre garantizan un nivel mínimo de igualdad en el acceso al recurso, pero es cierto que este mínimo puede variar mucho, y que puede llegar incluso hasta un nivel en el que, como ya apuntaba Marshall, "decir 'mínimo' ya no resulta adecuado", cuando resulte que "se quiere aproximar tanto a un máximo razonable que los elementos extraordinarios que los ricos pueden costearse son poco más que ornamentos y lujos"7.

Las comunidades políticas contemporáneas suelen recurrir a los tres tipos de régimen distributivo, de modo que el reparto de ciertos recursos es igualitario (o relativamente igualitario, si se trata del régimen mixto) y el reparto de otros recursos no lo es (o no tanto). De aquí no ha de colegirse que el nivel de igualdad social en el disfrute de recursos dependa sólo del equilibrio elegido entre ciudadanía y mercado (porque los resultados del mercado son imprevisibles, y porque cabe la redistribución de la renta). Sin embargo, al margen de los efectos imprevisibles del mercado y de los previsibles de la redistribución, sigue siendo cierto que la ciudadanía ge-

<sup>7.</sup> Marshall 1992 [1950]: 60.

nera más igualdad que el mercado, una igualdad que cabe calificar como perfecta porque no puede ser alterada por factores externos al propio criterio distributivo.

Por eso, y en definitiva, a la hora de distribuir un recurso, la razón principal que justifica la opción por el régimen de ciudadanía es la necesidad de asegurar su reparto igualitario. Supuesto que sea que no todos los recursos han de distribuirse igualitariamente (acaso porque conviene que una buena parte de ellos lo sean por la vía mercantil para asegurar ciertos niveles de productividad, o por cualquier otro motivo), la pregunta que debe ser contestada es: ¿cuál es, a su vez, la razón que justifica un reparto igualitario? Y, después, ya en relación con el asunto que nos ocupa, ¿concurre esta razón en el caso de los biomateriales humanos?

### IV. LA PRESERVACIÓN DE LO VALIOSO

La igualdad en el reparto no es la única razón que justifica la opción por el régimen de ciudadanía. Otra razón posible es la de evitar la degradación que puede experimentar el valor del recurso cuando su distribución se somete a un régimen de mercado, esto es, cuando se le pone precio. Así, cabría sostener que la prostitución (el mercado del sexo) degrada el valor de lo sexual o que la gestación subrogada comercial (el mercado de la capacidad gestacional) degrada el valor de la maternidad. El argumento de la degradación (llamémoslo así) también se esgrime en el caso de los biomateriales humanos, sosteniendo que su comercio supone olvidarse del valor intrínseco de lo corporal, vinculado a nuestro valor en tanto que seres humanos, esto es, a nuestra dignidad<sup>8</sup>. En consecuencia, los biomateriales no deberían ser objeto de comercio porque convertirlos en "mercancías" menoscaba su sentido. Un ejemplo, creo recordar que de Michael Sandel, es el siguiente (algo absurdo si se quiere, pero ilustrativo): un mercado libre de órganos podría dar lugar a que alguien comprara riñones con la intención de meterlos en frascos y decorar con ellos su salón, quizá porque se ha puesto de moda o para sorprender a sus invitados; si así fuera, lo malo no sería (o no sólo) que el reparto de los riñones fuera desigualitario, sino que se está usando el material biológico humano con un fin radicalmente distinto y menos valioso del que le es propio; e ignorar el fin de las cosas a la hora de usarlas supone degenerarlas, con

<sup>8.</sup> Sobre el argumento de la degradación en general puede verse el libro de Sandel (2013; más brevemente, Sandel 2011: 90ss.) o el de Margaret Radin (1996), menos conocido en nuestro país, pero seguramente más sólido y más completo. Ambos contienen referencias varias a cuestiones ligadas con la venta de biomateriales humanos.

el agravante, en el caso que nos ocupa, de que esta degeneración alcanza también a lo humano mismo.

Sin duda, habrá buenas razones para creer que la mercantilización degrada el valor que debemos asignar a los biomateriales humanos. Eso sí, para sostener este argumento no bastará con invocar la dignidad humana sin más, es decir, sin justificar por qué la dignidad humana se ve afectada en este caso, algo que por desgracia es muy frecuente (como lo es creer que el sentimiento de indignación que inspiran ciertas conductas o normas es fundamento suficiente para prohibirlas o derogarlas<sup>9</sup>). No es que el concepto de dignidad humana sea un concepto vacío o inútil, como algunos han observado críticamente, pero su invocación desnuda sí que está desprovista de contenido y de utilidad<sup>10</sup>. Identificar los fines y valores de las actividades, de las conductas, de las instituciones o de las cosas no es tarea fácil ni pacífica, pero quien pretenda recurrir a argumentos teleológicos o axiológicos ha de estar dispuesto a llevarla a cabo. Sin embargo, por suerte, podemos dejar ahora estos argumentos de lado, porque el argumento de la desigualdad puede resultar suficiente para justificar que el régimen ciudadano es el apropiado para la distribución de los biomateriales.

Un tercer argumento a favor del régimen ciudadano es el argumento de la explotación, según el cual la mercantilización de ciertos recursos (o de ciertas actividades) puede suponer la explotación de unas personas por otras (del hombre por el hombre, se decía antes). Si no estoy equivocado, este argumento no deja de ser una variante del argumento de la desigualdad, al menos tal como aquí será definido, porque la explotación supone una relación de dominación de unos sobre otros, y una relación de dominación es una relación desigual no justificada. Uno de los fines del establecimiento de un régimen ciudadano es evitar la dominación y, con ella, la explotación en determinados ámbitos de la vida; pero no es necesario hablar expresamente de explotación, puesto que las razones a favor de la igual libertad ciudadana, que son las que usaré, son a la vez razones contra la explotación.

### V. EL PORQUÉ DE LOS REPARTOS IGUALITARIOS

¿Cuál es la razón que justifica un reparto igualitario? Una respuesta

Sobre ello llama la atención acertadamente Jean Tirole, a la hora de analizar la idea de los "límites morales" del mercado y el modo en que han de justificarse (Tirole 2017: 54-61).

<sup>10.</sup> García Manrique 2016.

sintética es esta: dado que la justicia (virtud suprema de los sistemas políticos) consiste en tratar a cada uno en función de lo que merece, un reparto igualitario (o un trato igual) se justificará (en tanto que justo) cuando los beneficiarios del reparto merezcan lo mismo. Voy a suponer que todos los miembros de la comunidad política merecen que su libertad sea protegida y promovida en la misma medida; por lo tanto, todo aquello que sea necesario para la protección y promoción de la libertad deberá ser repartido igualitariamente. Claro que esta respuesta no agota la pregunta, pero aquí será suficiente si es posible hacer ver que los biomateriales humanos son recursos necesarios para la protección y la promoción de la libertad.

La mejor muestra de la conexión entre reparto ciudadano y libertad son los propios derechos fundamentales que las constituciones atribuyen a todos los miembros de la comunidad política (o, si se quiere, los derechos "humanos" que los textos internacionales atribuyen a todos los individuos de la especie humana, que son más o menos los mismos derechos que los constitucionales). En efecto, por una parte, toda adscripción de un derecho fundamental supone una opción por el régimen de ciudadanía, de manera que el recurso garantizado por el derecho fundamental resulta repartido igualitariamente entre todos los ciudadanos (cuestión distinta que aquí no ha de ocuparnos, pero que siempre conviene mencionar, es la de quiénes son ciudadanos y, en función de ello, la de si un determinado sistema jurídico da lugar a un uso excluyente de la categoría de la ciudadanía); por otra parte, la adscripción de un derecho fundamental está justificada porque el disfrute del recurso implicado (sea la libre expresión, la participación política o la educación) es condición necesaria del respeto de la dignidad humana o, para ser más precisos, condición necesaria de la garantía y la promoción de la libertad de todos por igual, siempre que se asuma, como aquí se hará, que nuestra dignidad radica en nuestra libertad, concebida como capacidad para la autonomía<sup>11</sup>. Pues, en verdad, cabe sostener que el propósito de los derechos fundamentales es el de proteger las dimensiones esenciales de la libertad y el de garantizar las condiciones necesarias para su ejercicio. Si, en cambio, alguna de esas dimensiones y condiciones necesarias no fuera protegida o garantizada, unos serían más libres que otros, o la libertad de unos se promovería más que la de otros, un resultado que cabe calificar como injusto y, como tal, indeseable.

En síntesis: un régimen ciudadano de distribución está justificado (al menos) cuando afecta a un recurso cuya distribución igualitaria es condición necesaria para asegurar la libertad de todos.

<sup>11.</sup> García Manrique 2013: 154-169.

### VI. UN RÉGIMEN DE CIUDADANÍA PARA LOS BIOMATERIA-LES HUMANOS

El argumento a favor de un régimen ciudadano de distribución de los biomateriales humanos habría, pues, de ser algo así: el régimen ciudadano es conveniente para el reparto de aquellos recursos necesarios para llevar una vida humana digna, esto es, libre (primera premisa); los biomateriales humanos son un recurso de este tipo (segunda premisa); por tanto, el régimen ciudadano es conveniente para el reparto de los biomateriales humanos (conclusión). Si damos ahora por aceptada la primera premisa, de acuerdo con las razones ofrecidas en el epígrafe precedente, entonces la cuestión se centra en la segunda, esto es, en la conexión entre los biomateriales humanos y la vida libre.

No parece que sea muy difícil establecer esta conexión, al menos en relación con los "bienes vitales", el nombre que convencionalmente podemos asignar a aquellos biomateriales necesarios para la conservación y la reproducción de la vida humana en buenas condiciones, y que son, desde luego, los que aquí han de interesarnos: órganos, sangre, células reproductivas y todo lo que quepa añadir a esta lista. Para establecer esta conexión, y con base en ella argumentar a favor de la importancia de los "bienes vitales", no se requiere establecer ningún valor intrínseco como propio de tales bienes. Es muy posible que posean ese valor, en tanto que integrantes del cuerpo humano, y que participen, por así decir, de la especial naturaleza de éste. Sin embargo, si el argumento de la desigualdad es suficiente<sup>12</sup>, podemos dejar de lado ahora este asunto, tal como antes anticipaba. En efecto, para sostener el argumento de la desigualdad, basta con afirmar el valor de la libertad y con establecer ese nexo entre la vida libre y los bienes vitales. Los bienes vitales podrían tener, si se quiere, una naturaleza puramente instrumental, y ese nexo serlo de medios (los bienes vitales) a fines (la vida libre), y con ello bastaría para justificar que hayan de estar a la igual disposición de todos los miembros de la comunidad, con el objeto de evitar desigualdades precisamente en aquello que la comunidad se ha comprometido a garantizar a todos ellos por igual: su libertad. Pues resulta fácil comprender que nuestra vida es menos libre cuanto peor esté garantizada la conservación de nuestra vida en buenas condiciones (y de ahí que el derecho a la salud sea un derecho fundamental); y que menos libre es también si nuestra capacidad reproductiva resulta menguada por la dificultad en el acceso a los biomateriales que la

<sup>12.</sup> Quizá sería más adecuado llamarlo argumento "de la libertad", para subrayar que lo que está en juego no es una desigualdad cualquiera, sino una desigualdad que afecta a la libertad. Sin embargo, para evitar confusiones, he tratado de ceñirme al lenguaje que es más habitual en el terreno de la filosofía moral y política, bioética incluida.

habilitan (puesto que tendremos menos opciones reproductivas a nuestra disposición).

¿Qué supone optar por un régimen de ciudadanía para los biomateriales? Supone someterlos a un régimen jurídico equivalente al de los recursos protegidos por derechos fundamentales, lo cual significa, por lo menos: (1) que su uso y disposición se orientarán a la satisfacción de fines predeterminados (la conservación y la reproducción de la vida humana) y estarán por tanto sustraídos al libre arbitrio de cada uno; (2) que su transmisión no podrá tener lugar en las condiciones de libre mercado; y (3) que los biomateriales no podrán ser objeto de propiedad privada.

No conviene ocultar que el régimen de ciudadanía supone una restricción de la libertad individual, tal como se aprecia en (1) y en (2), y quizá también en (3). Lo que sí conviene es hacer ver que esa restricción tiene por objetivo asegurar un reparto más igualitario de esa libertad y, por tanto, aumentarla para muchos y garantizarla para todos. Por supuesto, que la libertad de un individuo aumente a través de una restricción de la misma, y que el reparto social de la libertad sea más igualitario gracias a esa misma restricción, no ha de sorprender a nadie, porque se trata del tipo de restricciones propio de la técnica jurídica (limitar la libertad de algunos para garantizar la de todos; o limitar en una pequeña medida la libertad de todos para aumentar en una medida mayor esa misma libertad). En particular, todo derecho fundamental supone una restricción de nuestra libertad, al impedirnos traficar con los recursos que regulan y por tanto acumularlos. En efecto, los derechos fundamentales son indisponibles o inalienables, esto es, todos ellos suponen al menos la prohibición de disponer o de alienar ciertos recursos; pero cualquiera está en condiciones de ver que los derechos fundamentales aumentan e igualan nuestra libertad, aunque sea reduciéndola en ciertos aspectos.

Por el contrario, una manera habitual de plantear la cuestión que nos ocupa se basa en la contraposición entre la libertad y la dignidad<sup>13</sup>. De acuerdo con esta contraposición, la prohibición de traficar con biomateriales humanos (u otras restricciones de semejante orientación) supone un menoscabo de la libertad individual que se justifica por la protección de la dignidad, asumiendo que esta se vería afectada por dicho tráfico y

<sup>13.</sup> O, acaso con mayor frecuencia, entre autonomía y dignidad. Sin embargo, el autor de estas páginas prefiere, en este contexto, usar el término "libertad", y reservar el de "autonomía" para el comportamiento que está de acuerdo con normas racionales elegidas por uno mismo. La libertad, por su parte, es la "capacidad para la autonomía", lo cual significa que nuestras acciones libres no son siempre autónomas, porque disfrutar de una capacidad no significa ejercerla en todo caso: es decir, se puede ser libre y no actuar autónomamente.

que debe prevalecer, en este caso, frente a la libertad. Es posible que esta manera de justificar ciertas limitaciones de la libertad sea apropiada, en este caso o en otros; sin embargo, exige a buen seguro una complejidad argumentativa mayor que la vía aquí propuesta, que requiere el concurso del solo valor de la libertad en vez de tener que contraponer (y, por tanto, ponderar) dos valores supuestamente diferentes. Si, a la hora de distribuir los biomateriales humanos, optamos por proponer un régimen de ciudadanía, lo hacemos porque favorece la libertad de todos frente a la de algunos, o porque aumenta la libertad de cada uno. Un argumento como este no requiere del concurso de la dignidad, si se acepta que la libertad es precisamente lo que nos hace dignos.

Una vez aceptados los tres principios básicos del régimen jurídico de los biomateriales humanos separados del cuerpo (uso y disposición restringidos, no mercantilización y no apropiabilidad privada), todavía quedaría mucho por determinar. Este no es el lugar para hacerlo, pero sí cabe al menos apuntar algunas cuestiones que han de ser resueltas, sobre todo teniendo en cuenta cuál es la regulación vigente en la materia.

- La condición jurídica de los biomateriales humanos: ¿éstos han de ser seguir siendo considerados partes del cuerpo, tal como propone Rodotà, incluso si eso requiere recurrir a una ficción jurídica? ¿O, en tanto que separados del cuerpo, les conviene más la condición de "cosas"? En este caso, ¿valdría el tradicional estatuto de la res extracommercium o podrían ser configurados como una clase especial de cosas, los "bienes vitales" o los "bienes personalísimos", parte a su vez de la categoría más amplia de los "bienes fundamentales", tal como propone Ferrajoli¹4?
- La vinculación de los biomateriales humanos con los derechos fundamentales: ¿es necesario o conveniente establecer esta vinculación? Y si es así, ¿habría de ser con algún derecho fundamental en particular? Los dos candidatos mejor situados serían desde luego el derecho a la integridad física y el derecho a la salud (o a la asistencia sanitaria), sin que parezca necesario optar en exclusiva por uno de los dos. La propuesta de Rodotà, por ejemplo, es la de un derecho a la integridad física ampliado o extendido, correlato indispensable de una nueva concepción de lo corporal que lo unifique funcionalmente a pesar de su dispersión espacial<sup>15</sup>. Razones

<sup>14.</sup> Ferrajoli 2014: 214.

<sup>15. &</sup>quot;Otro cuerpo está ante nosotros –descomponible, diseminable, manipulable, falsificable– y este nuevo cuerpo es el que hace posible nuevas formas de control y, por tanto, exige nuevas y más fuertes garantías" (Rodotà 2008: 305). El profesor italiano

a favor de su vinculación con el derecho a la salud tampoco faltan, teniendo en cuenta que los usos más importantes de los biomateriales son sanitarios; aunque hay que recordar que, en España, y por desgracia, el "derecho a la protección de la salud" (art. 43 CE) no es un derecho fundamental dotado del máximo rango constitucional (buena razón para pensar en una reforma que ubicase a este derecho entre los que gozan de esa mayor protección jurídica). La vinculación de los biomateriales con derechos fundamentales concretos reforzaría su estatuto y justificaría el desarrollo normativo de un régimen como el que aquí se propone, expresión de la "dimensión institucional" de los derechos<sup>16</sup>.

- El control de los biomateriales humanos. De acuerdo con el régimen ciudadano, parece que el control de los biomateriales separados del cuerpo, en última instancia, habría de corresponder a las instituciones públicas. Sin embargo, dada la vinculación de los biomateriales con intereses individuales, habría por lo menos algunos casos en que ese control debería atribuirse a los particulares, por mucho que regido por una normativa que respetase los tres principios básicos. Un supuesto claro, y cada vez más habitual, es el del semen y los óvulos extraídos del cuerpo para ser conservados con vistas a futuros procesos reproductivos propios.
- Las compensaciones. Las compensaciones (monetarias o de otro tipo) que la legislación permite o puede permitir para los casos de donación de semen y óvulos, de sangre, de órganos o de otras muestras biológicas, han de ser reguladas de manera consistente entre sí y con los principios básicos. A mi juicio, determinadas compensaciones son legítimas y, en cambio, otras pueden no serlo, si resulta que constituyen incentivos económicos, poniendo en peligro el principio de no lucro y fomentando la explotación de los más pobres y con ello la desigualdad social.
- Los beneficios obtenidos con su uso. Es un hecho evidente que no todas las actividades vinculadas con la salud y la reproducción humana, sean asistenciales, de investigación o de producción, se

ilustra esta concepción funcional del cuerpo con la sentencia de 9 de noviembre de 1993 del Tribunal Federal de Casación alemán (el *Bundesgerichtshof*), que estableció que, a los efectos de determinar si cabía indemnización por la destrucción de esperma depositado en un banco de semen, esta destrucción debía considerarse como una "lesión del cuerpo", puesto que lo decisivo no era la ubicación física (separada) del esperma, sino su función reproductiva.

<sup>16.</sup> Tur Alsina (2008: 284-286), para desarrollar esta dimensión institucional, se apoya tanto en el derecho a la integridad física como en el derecho a la asistencia sanitaria.

ejercen en el seno del sector público; y también lo es que los biomateriales son necesarios para el desempeño de tales actividades. La cuestión es, pues, de qué manera podemos evitar que los particulares dedicados a las mismas (entre ellos, grandes empresas farmacéuticas y de prestación de servicios sanitarios) se lucren con el uso y disposición de los biomateriales. Es decir, un régimen como el que aquí se propone no puede, si quiere ser coherente, limitar su aplicación sólo a las personas cuyos cuerpos originan los biomateriales (al primer eslabón de la cadena), sino a todos aquellos que hacen uso de ellos. De hecho, esta es la situación en España, que bien puede tacharse de contradictoria porque el sujeto fuente de los biomateriales no puede lucrarse con su transmisión, pero sí se lucran muchos de los beneficiarios de la misma. Así las cosas, lo menos que puede exigirse es el establecimiento de "mecanismos de participación colectiva en los beneficios obtenidos por la investigación"17; algo que muy bien podría proponerse no sólo para los beneficios de la investigación, sino también para cualesquiera otros derivados del uso de las partes y sustancias corporales.

• Lo genérico, lo específico y lo analógico. La diversidad de los biomateriales humanos, y de sus usos, es mucha, incluso si nos ceñimos a los que son especialmente relevantes para la salud y la reproducción. Cualquier régimen jurídico plausible habrá de atender a esta diversidad y contener numerosas normas particulares. Sin embargo, esta previsible complicación no puede constituir una razón para renunciar al establecimiento de un régimen unificado en torno a sus principios básicos. Por otra parte, habrá que considerar si el régimen jurídico de los biomateriales debe aplicarse, siquiera sea por analogía, a la regulación de otros asuntos, como el de la gestación por sustitución o el del manejo de datos de salud<sup>18</sup>.

### VII. EL CONTENIDO DE ESTE LIBRO

Este libro es uno de los resultados principales del Proyecto de Investigación "Transferencias de material biológico de origen humano: aspectos sociales, jurídicos y bioéticos" (DER2014-57167-P, 2015-2017), financiado

<sup>17.</sup> Gómez-Salvago 2014: 79.

<sup>18.</sup> No es casualidad que, a la hora de determinar la legitimidad de la "venta del cuerpo", la venta de biomateriales y la gestación por sustitución se aborden conjuntamente, y se apliquen los mismos argumentos a ambos supuestos (un ejemplo es el de
Wicks 2016: 131ss.; aunque, en este caso, para llegar a una conclusión contraria a la
nuestra).

por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Más allá de eso, es el resultado de la labor del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, dirigido por la Dra. María Casado, y con el que, en mayor o menor medida, se vinculan todos los autores que aquí participan, bien sea como miembros del Observatorio bien sea como colaboradores habituales u ocasionales<sup>19</sup>. No es, hay que decirlo, un libro sistemático y completo, en el sentido de que no responde a un plan previo de asignación de temas y de que no aborda todos los temas relevantes. En todo caso, sería bueno que para valorarlo se pusiera en relación complementaria con otro libro también fruto del mismo proyecto de investigación, en este caso coordinado por María Casado y aparecido en 2016 (De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico, editado por Fontamara y reeditado en 2017 por Edicions de la Universitat de Barcelona), pero también con muchos otros trabajos publicados por el Observatorio, entre ellos, su colección de "Documentos", todos ellos disponibles en línea, y entre los que se encuentran los dedicados al trasplante de órganos de donante vivo, la donación y congelación de ovocitos, la investigación con embriones o el manejo de datos de salud a gran escala.

Lo que sí es cierto es que todos los temas que se abordan en este nuevo volumen resultan importantes y controvertidos. Junto con este capítulo introductorio, el libro contiene otros once. Cada uno de ellos va encabezado por un resumen, con lo que no tiene mucho sentido anticipar su contenido aquí; pero bien estará hacer algún brevísimo apunte al respecto. Dos de ellos se ocupan, como este, de cuestiones genéricas: el de Víctor Méndez trata de identificar el estatuto jurídico común de los biomateriales a partir del que corresponde al cuerpo humano vivo o muerto, y pone de relieve lo ambiguo de la regulación actual y la correlativa confusión doctrinal; y el de Guillermo Escobar se plantea una pregunta poco habitual en la doctrina, pero creo que indispensable para los fines de nuestro proyecto: la de cuál es el estatuto constitucional del cuerpo humano, pregunta tanto más difícil cuanto que ese cuerpo tiene escasa presencia, al menos explícita, en nuestra Constitución.

Los demás capítulos se dedican a cuestiones más específicas, que son las cuatro siguientes: la reproducción asistida, el manejo de los datos personales de salud, la conveniencia o no de establecer un régimen de propiedad privada sobre los biomateriales y la gestación por sustitución. Carla

<sup>19.</sup> Carla Faralli, Silvia Zullo, Eleonora Lamm, Itziar de Lecuona y Víctor Méndez forman parte del equipo de investigadores del proyecto. Elena Beltrán, Noelia Igareda, Mónica Navarro, María Eugenia R. Palop y Guillermo Escobar impartieron seminarios en la Universidad de Barcelona durante el otoño de 2017 como parte de las actividades del proyecto.

Faralli se ocupa de la reproducción asistida y de los diversos problemas que suscita su régimen jurídico en Italia, de base legislativa, pero de desarrollo jurisprudencial, lo cual vuelve más pertinente la exposición sistemática de la profesora Faralli. Itziar de Lecuona y María Villalobos-Quesada analizan el régimen actual, a nivel nacional y europeo, de manejo de datos masivos de salud. Aunque reconozco que era escéptico en un principio, cada vez estoy más convencido de que la cuestión de los datos genéticos y de salud ha de tratarse conjuntamente con la cuestión de los biomateriales, o por lo menos recibir un tratamiento análogo, porque los problemas que plantean son similares y los principios que deben regir ese tratamiento creo que han de ser los mismos.

A la cuestión de la propiedad privada de los biomateriales humanos se dedican tres capítulos, el de Elena Beltrán, el de Silvia Zullo y el mío. El tema es común y también lo son los valores que se sitúan en el punto de partida, pero las aproximaciones, y sobre todo las conclusiones, son distintas. De esta manera, el lector podrá hacerse una idea cabal de cuáles son los términos básicos de un debate abierto, que requiere remontarse hasta principios e intuiciones morales muy generales pero que puede llegar a tener consecuencias jurídicas muy concretas. Por fin, a la gestación por sustitución se dedican los cuatro últimos capítulos, los de Eleonora Lamm, Noelia Igareda, Mónica Navarro y María Eugenia R. Palop. Como en el caso anterior, esta pluralidad de aproximaciones se debe, desde luego, a intereses y dedicaciones coincidentes, pero refleja también la máxima vigencia de un tema donde las posiciones pueden llegar a ser claramente contrapuestas, como es el caso aquí, incluso a pesar de compartir una común perspectiva feminista. La nómina de autores del libro, por cierto, muestra una clara mayoría femenina, acaso señal de que las mujeres son más conscientes de la relevancia de lo corporal para la vida y de la capacidad del derecho para intervenir decisivamente en aspectos fundamentales de lo mucho que de corporal hay en nosotros. A todas ellas (y a esos pocos ellos) les agradezco sinceramente su contribución a esta empresa colectiva.

"El cuerpo humano es un campo de batalla", escribió David Harvey en cierta ocasión<sup>20</sup>. La frase resulta incluso poética y puede ser la expresión de tensiones muy diversas, con los demás y con nosotros mismos, con las que tenemos que lidiar a lo largo de la vida. Sin embargo, con ella el profesor y ensayista inglés trataba de sintetizar su exposición de otra tensión muy concreta y poco apta para la lírica: la que durante décadas (ya siglos) ha generado el modo de producción capitalista en su empeño por tomar

<sup>20.</sup> Harvey 2005 [2000]: 139.

### 1. LA DIMENSIÓN CORPORAL DE LA CIUDADANÍA

el control de los cuerpos, de su ubicación, de sus horarios, de sus hábitos o de sus opciones reproductivas, con el fin de garantizar el buen funcionamiento de sus engranajes (de los del propio capitalismo; de los del cuerpo, sólo en la medida en que sirven a éste adecuadamente, es decir, sólo en la medida en que debe cuidar de los cuerpos para seguir apropiándose del trabajo que generan). Lo que describen las páginas de nuestro libro, se me ocurre, son nuevas escaramuzas de esa batalla que tiene lugar desde hace tanto tiempo sobre el terreno de lo corporal, con la diferencia de que ahora cabe la posibilidad de mercantilizar los cuerpos mismos, y no sólo su trabajo, una vez que algunas de sus partes y productos más importantes pueden separarse de él y por tanto ser apropiados sin destruir la persona del trabajador. A muchos, esto se nos antoja un exceso, a los que tan dado es el sistema económico dominante, y no es necesario ponerlo en cuestión en su totalidad para comprender que los excesos no son buenos. Por suerte, frente a la invasión mercantil de los cuerpos, tenemos el arma de la ciudadanía, que durante su también ya larga historia ha demostrado su capacidad para garantizar espacios de libertad igual para todos. Por eso, junto a su dimensión política, educativa, asistencial, ecológica o laboral, es hora de articular, también, una dimensión corporal de la ciudadanía.

#### VIII. REFERENCIAS

Casado, M. (2016): "Gratuidad o precio? Sobre el cuerpo humano como recurso", en M. Casado, coord., *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. México, Fontamara: 15-32 (reeditado en Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona, 2017).

Cuadros, P. (2017): "Salus populi, principio de no lucro y el deber cívico de donar sangre". Revista de Bioética y Derecho 40: 115-124.

Ferrajoli, L. (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta.

- (2014): La democracia a través de los derechos. Madrid, Trotta.

García Manrique, R. (2013): La libertad de todos. Barcelona, El Viejo Topo.

- (2016): "¿Es útil el concepto de dignidad humana?". El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho 61-62: 14-19.

Gómez-Salvago, C. (2014): "Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora". *Anuario de Derecho Civil* LXVII: 11-79.

Harvey, D. (2005 [2000]): Espacios de esperanza. Madrid, Akal.

Le Breton, D. (2013): L'adieu au corps. París, Métailié.

- Marshall, T. H. (1992 [1950]): Ciudadanía y clase social. Madrid, Alianza.
- Radin, M. J. (1996): *Contested Commodities*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Rodotà, S. (2008): "Aventuras del cuerpo", en H. Silveira, ed., *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Barcelona, Icaria: 291-307.
- Sandel, M. (2011): *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Madrid, Debate.
  - (2013): Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado. Madrid, Debate.
- Tirole, J. (2017): La economía del bien común. Madrid, Taurus.
- Tur Alsina, R. (2008): "Cuerpo humano y persona ante las biotecnologías: implicaciones constitucionales", en H. Silveira, ed., *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*. Barcelona, Icaria: 261-289.
- Wicks, E. (2016): *The State and the Body. Legal Regulation of Bodily Autonomy*. Oxford, Hart.

### Capítulo 2

# En manos del legislador: acerca del estatuto jurídico de los materiales biológicos de origen humano

VÍCTOR MÉNDEZ BAIGES Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. REFERENCIAS.

Resumen. Este texto intenta acercarse a la cuestión del estatuto jurídico de los materiales biológicos humanos poniéndolo en conexión con el del cuerpo humano en su conjunto, ya sea el vivo o el muerto. Parte de la idea de que las normas jurídicas no pretenden dar respuesta a problemas metafísicos, sino ordenar las conductas, y llega a la conclusión de que las disposiciones legislativas más recientes en esta materia han interactuado con las más antiguas hasta dar a luz una ordenación particularmente ambigua cuyo reflejo más evidente es el estado de confusión en que se halla la doctrina.

Se ha hablado mucho, y se continúa hablando, de la importancia de establecer una regulación jurídica apropiada para los materiales biológicos de origen humano. De lo dicho se deduce que existe un amplio consenso en considerar que hay dos ideas básicas que deben inspirar este asunto. En primer lugar, la que aconseja adaptar la regulación al hecho sobresaliente de que, en las últimas décadas, los avances en biomedicina han decidido movilizar un buen número de esos materiales, así órganos, gametos, embriones, tejidos o muestras biológicas, a los cuales se les ha dado usos variados, múltiples y novedosos. En segundo lugar, la que recomienda tener siempre presente el origen tan particular, humano, de dichos materiales.

En consonancia con estas ideas, los ordenamientos jurídicos en gene-

ral, y el nuestro en particular, han ido adoptando medidas a fin de encajar en su seno la creciente manipulación de cosas humanas que acompaña a los avances científicos. No han querido olvidar en esa tarea el mandato, tenido por básico, que ordena la protección de la dignidad de la persona, "persona" de la cual resulta que es de dónde proceden los materiales que se manipulan.

Ahora bien, puesto que, por su propia naturaleza, los avances científicos a los que nos referimos no se produjeron todos a la vez, tampoco la reacción del Derecho ante ellos tuvo lugar de manera general, conjunta o sistemática. Muy al contrario, se caracterizó por ir acumulando soluciones parciales, referidas a este o aquel otro tipo de material, las cuales, sumadas a las disposiciones ya existentes, acabaron por configurar un conjunto bastante heterogéneo de normas. Esto ha llevado a que, en la actualidad, la cuestión del estatuto jurídico del cuerpo humano y de sus partes, así como el de los materiales biológicos de origen humano, no resulte algo que esté demasiado claro para el ciudadano común. Ni siquiera lo está para la doctrina especializada, en cuyo seno sorprende la abundancia de perplejidades y opiniones discordantes en asuntos que, se diría, parecen fundamentales.

Antes de criticar apresuradamente esta situación, merece la pena señalar que no resulta algo tan excepcional. Hasta se podría decir que cierta falta de precisión no hace sino proseguir una vieja y venerable tradición en este asunto. Puesto que una afirmación como esta puede sorprender a primera vista, merece la pena que nos detengamos a hacer algunas observaciones sobre la misma.

La primera consiste en recordar la especial relación que las normas jurídicas guardan con la realidad, a la cual no buscan prioritariamente comprender, sino ordenar. Es importante hacer hincapié en esto: que las afirmaciones del Derecho, a diferencia de las que hacen las ciencias, no tienen como objetivo adaptarse a la realidad, sino todo lo contrario, que la realidad se adapte a ellas; que la cuestión que les interesa prioritariamente no es nunca la teórica de "¿es esto verdad?", sino la práctica de "¿debe hacerse esto?". No significa esto que no tengan en cuenta la realidad. Necesariamente han de hacerlo si quieren influir en ella. Lo que sí significa es que la tienen en cuenta a los efectos de introducir orden en su seno.

De esto es muy consciente la ciencia jurídica, cuya tarea consiste en estudiar esas normas. Sabe esa ciencia que su objeto de estudio es una máquina de producir decisiones que, en absoluto, pretende producir verdad como resultado. Y no ignora que en esa máquina abundan las ficciones, las presunciones, las imprecisiones o las lagunas, un conjunto amplísimo

de convenciones –se ve esto muy bien en los procesos judiciales– que pasan tranquilamente por delante de los hechos ciertos si resulta que eso conviene a su funcionamiento¹.

La ciencia jurídica viene a continuación de esas decisiones, y ha de adaptar su discurso a la peculiar realidad que han conformado. Tiene que esclarecer y sistematizar, en lo posible, asuntos como el del "estatuto jurídico" del tipo de cosas de las que tratan las normas, procurando no salirse de los límites señalados por estas y ateniéndose a una "realidad" de la que forman parte inseparable las ficciones impuestas. Esto es para esa ciencia una gran simplificación a la vez que una enorme ventaja. Una ventaja porque, por ejemplo, toda la dificultad en establecer, mediante observación de la realidad, el punto en que culmina el proceso de maduración de un ser humano queda para ella transformada en una cuestión bien sencilla: las personas son mayores de edad cuando cumplen dieciocho años. Eso es lo que se deduce del "estatuto jurídico" de las personas, y lo que responderá cualquier jurista preguntado por la cuestión, sin que la diversidad de las respuestas que puedan dar un médico, un psicólogo, un sociólogo o un sacerdote le sustraiga un ápice de confianza en su afirmación.

Es teniendo en cuenta la naturaleza normativa del Derecho, así como la particular autonomía de la que goza la ciencia jurídica, como podemos empezar a acercarnos a esta cuestión del estatuto jurídico de los materiales de origen humano. Lo primero a lo que debemos atender en ese acercamiento es al hecho de que, desde siempre, el Derecho ha tenido que organizar normativamente este asunto, es decir, ha tenido que decidir, por ejemplo, si las personas estaban autorizadas a vender una pierna suya a un carnicero o sus cabellos a un peluquero. El segundo punto que cabe notar es que decisiones como estas se encuentran ligadas, de forma inevitable, a realidades bien complejas, a asuntos verdaderamente peliagudos, como aquel que trata acerca de la verdadera esencia del ser humano, o el otro que versa sobre la naturaleza última de lo real, cuestiones tan difíciles, en realidad, como aquella pregunta tan vasta, "¿qué es el hombre?", que, según Kant, compendiaba y resumía todas las grandes preguntas de la Filosofía.

Ahora bien, el Derecho se enfrenta a esas realidades tan complejas a fin de ordenar las conductas. En absoluto lo hace con la pretensión de dar respuesta a los problemas más o menos metafísicos que suscitan. Y a este fin

La presunción de inocencia del delincuente detenido in fraganti o la imposibilidad de aceptar pruebas decisivas si ha pasado el plazo procesal oportuno constituyen buenos ejemplos del tipo de expedientes y ficciones que acostumbra a utilizar el Derecho.

le basta muchas veces con apelar al más plano sentido común, sentido que comparte con quienes han de obedecerlo. De ahí que las normas jurídicas puedan permitirse, y desde siempre lo hayan hecho, ordenar conductas sin comprometerse con ningún conocimiento profundo acerca de aquello que regulan. Es este un privilegio suyo al que no tienen por qué renunciar y al que, desde luego, no renunciaron a la hora de referirse a las conductas que involucran el uso de materiales biológicos de origen humano.

De ahí que la ordenación jurídica de este asunto se haya caracterizado mucho más por el aferramiento a ideas bien comunes a la hora de tratar con determinadas realidades que por una excesiva pretensión de sistematicidad o profundidad a la hora de enfrentarse con la verdadera naturaleza de lo que se regula. Y de ahí también que la reconstrucción del estatuto jurídico de los materiales de origen humano que lleva a cabo la ciencia jurídica se haya distinguido, inevitablemente, por una cierta vaguedad y ambigüedad en el uso de los conceptos. No tuvo esto que constituir un gran problema para esa ciencia. Esta sabe muy bien que su misión principal no es la de esclarecer lo que algo *es*, sino lo que *debe* y *no debe* hacerse con respecto a algo. Y esto último conseguía más o menos ponerlo en claro. Lo que ocurre es que los cambios extraordinarios que los avances de la biomedicina introdujeron a lo largo del siglo XX en el uso de determinados materiales cuestionaron, y mucho, las soluciones prácticas y teóricas adoptadas hasta el momento.

Antes de entrar a ver cómo advino ese cambio resulta apropiado detenerse a comprender el estado en que se hallaba la cuestión del estatuto jurídico de los materiales biológicos de origen humano tal y como la dejó la doctrina tradicional, esto es, tal y como se encontraba hasta hace sólo unas cuantas décadas, justo antes de que se iniciase la revolución que impuso la movilización masiva de tantos materiales de ese tipo. Dicho estatuto, el cual se había mantenido sin grandes cambios durante siglos, puede ser descrito, en una inevitable simplificación, como formando un esquema general que descansa en tres tesis principales, las cuales pueden ser resumidas como sigue. *Primera*: Desde el punto de vista del Derecho, el cuerpo viviente no ha de ser considerado una cosa como las demás. *Segunda*: el cuerpo humano muerto puede ser considerado una cosa, si bien una cosa muy especial. *Tercera*: las partes separadas del cuerpo, materiales de origen humano, han de ser consideradas cosas de las que, solo en algunos casos y con muchas restricciones, las personas pueden disponer.

Estas tesis pueden sonar a afirmaciones altamente metafísicas, que se refieren a "cuerpos", "cosas" y a "seres humanos", y que involucran tomas de posición "fuertes" respecto de esas realidades. No nos debemos

dejar engañar por esa apariencia. Lo cierto es más bien lo contrario. En primer lugar porque, en tanto que afirmaciones de la ciencia jurídica, vienen referidas prioritariamente a las conductas que han prescrito las normas, y no a la realidad del mundo. En segundo lugar porque, y en tanto que se refieren a esa realidad, no pasan de recoger las ideas del más plano sentido común, que son precisamente las que ha manejado el legislador. Porque un niño pequeño ya entiende que una persona no es, propiamente, una cosa, o que un cadáver, si es una cosa, es una cosa muy especial, o que ciertos materiales de origen humano no son materiales como los demás.

No muy diferentes fueron las ideas que manejaron las normas jurídicas. Tan de sentido común fueron que ni siquiera se detuvieron a formularlas de manera muy explícita, limitándose más bien a darlas por supuestas. Por eso, cuando la ciencia jurídica tuvo que recogerlas en sus explicaciones, lo hizo *infiriéndolas* de la ordenación general más que basándose en disposiciones jurídicas concretas, y hasta sin dejar de admitir incluso alguna perplejidad al respecto. Esto no quita que, de manera bastante generalizada, sostuviera las tres tesis tal como las acabamos de describir.

¿Qué quería decir con ellas? Veamos esto con más atención. La primera de las tres lo que afirma es que el Derecho no considera al cuerpo de las personas vivas una cosa como las demás. Con esta afirmación no se pretende decir nada parecido a que las normas jurídicas se hayan parado a entrar en consideraciones metafísicas de algún tipo, poniéndose, por decir algo, de parte de Heidegger y del "ser" frente a la técnica y al "ente". Lo que se quería decir era algo mucho más sencillo: que los ordenamientos jurídicos tratan de forma diferente al sujeto obligado por las normas, el portador de obligaciones y de derechos, el llamado "sujeto de derechos", a quien denominan también "persona", y a todo lo demás del mundo, el conjunto de las "cosas" o "bienes", las cuales pueden ser objeto de derechos y, típicamente, de propiedad.

Los ordenamientos han hecho esta distinción sin entrar a meterse en muchas explicaciones. La hicieron de la misma manera que un niño pequeño distingue entre los otros niños y los juguetes que encuentra en la guardería. Dándola por supuesto, de manera bastante apriorística e intuitiva y sin extenderse en demasiadas precisiones, dada la complejidad y los muchos aspectos que esconde la materia<sup>2</sup>. Esto no quita que siempre

<sup>2.</sup> En general, porque la regulación ha buscado comprometerse poco, dada la complejidad de la realidad y la diversidad de trato que, dentro del conjunto de personas o del conjunto de cosas, está dispuesta a tolerar. Algunas veces se ha comprometido de forma más valiente que en otras. La Declaración de Derechos de la Constitución jaco-

hayan tenido que hacerla, puesto que, si van a ordenar conductas, les resulta imprescindible diferenciar entre aquello a lo que imputar conductas, las "personas", y aquello a lo que no, los edificios, sin ir más lejos.

Al hacer esta distinción básica entre personas y cosas, el Derecho no deja de tener en cuenta la realidad corporal de los seres humanos, pues el que haya cuerpo resulta imprescindible a la hora de que haya conductas. De esta manera, nuestro ordenamiento distingue, por ejemplo, entre personas "físicas" y "personas jurídicas", y atribuye constitucionalmente a las primeras un derecho a "la integridad *física*". Tal admisión de la corporalidad de las personas no conduce al ordenamiento, sin embargo, a tratar a ese cuerpo como una "cosa" en el sentido jurídico del término<sup>3</sup>. Está claro que no lo trata así. Ni el cuerpo humano viviente ni las partes que lo integran resultan aptos, por ejemplo, para constituirse en el "objeto de apropiación" al que se refiere el artículo 333 de nuestro código civil. Tampoco caben ninguno de los dos en el objeto de expropiación que contempla el artículo 349, o en el de contrato o pacto del que hablan los artículos 1.255 y 1.271. El cuerpo humano, de acuerdo con esas normas, no resulta una "cosa" en el mismo sentido que las demás.

La conclusión a la que no tiene más remedio que llegar la doctrina ante disposiciones como estas es que ni el cuerpo viviente ni sus partes integradas son considerados un "bien" o una "cosa" por las normas jurídicas, las cuales para nada les reservan el trato que reservan a estas. Lo que deduce entonces de ahí es que ese cuerpo podría ser considerado, si acaso, una res extra commercium (vieja y confusa categoría romana que se refiere a las cosas que, si bien son cosas, son cosas indisponibles por las personas), aunque acaso la condición de "no-cosa" encaje mejor aún con el tratamiento que recibe. "El cuerpo del hombre vivo, más que res extra commercium es algo carente de realidad: de la condición de cosa", enseñaba por ejemplo el manual de Derecho Civil que yo estudié (Lacruz Berdejo 1984: 13). Resumía con esas palabras una idea ampliamente difundida y que ha sido expresada de múltiples maneras, pero que puede ser resumida diciendo que el cuerpo humano no es, para el Derecho, algo del mun-

bina de 1793, por ejemplo, en su artículo 23, y con el objetivo de prohibir terminantemente la esclavitud, sentó que ningún hombre "puede venderse ni ser vendido", y que "su persona no es una propiedad alienable". Mucho más infame al respecto fue, en 1804, el Código Civil de Napoleón, el cual autorizaba dicha institución.

<sup>3.</sup> De acuerdo con lo ya dicho, no hace falta ni señalar aquí que, cuando el Derecho se refiere a "personas" o a "cosas", lo hace siempre en el sentido jurídico del término. Tal y como recordó Kelsen en un pasaje de la *Teoría pura del derecho* muchas veces citado (IV.33), la "persona física" es una construcción artificial de las normas y, en tanto que tal, es tan persona jurídica como la persona jurídica (Kelsen 1979: 182).

do de las cosas, sino del de las personas: un componente inseparable de ellas, su *substratum*, algo ligado inextricablemente a las personas físicas.

De ahí que, y por mucho que esas personas pudieran disponer en cierto sentido de su cuerpo, pudieran mover un brazo a voluntad, por ejemplo, o que fuera innegable que, en cierto sentido, su cuerpo es suyo (no va a ser de su vecino), la ciencia jurídica sostuviera siempre impertérrita que, desde el punto de vista del Derecho, el cuerpo es indisponible, por lo que carece de sentido describir la relación entre la persona y su cuerpo como esa relación jurídica de propiedad de la que habla el artículo 348 del Código Civil. Y es que, ciertamente, el cuerpo no encaja en tanto que "cosa" en una relación como esa. Si encajara, podría ser embargado, pues no figura en la lista de propiedades inembargables que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil. La conclusión a la que no tiene más remedio que llegar la doctrina entonces es que la "relación" que guarda la persona con su propio cuerpo es una relación "natural", en ningún caso una relación jurídica. Es una relación que no tiene nada que ver con el Derecho y que este no tiene necesidad alguna de explicar. Tal tesis es la que sostuvo Savigny, con la pretensión de recoger una tradición milenaria, en su famoso Sistema del Derecho romano actual 4.

Merece la pena volver a señalar que hay en afirmaciones como esta última mucha menos metafísica que sentido común. Ni las normas ni la ciencia jurídica ignoran la realidad de que, en cierto sentido, al levantar un brazo, cada uno dispone libremente de su cuerpo según le parece. Ninguno es ajeno tampoco a la realidad de que el cuerpo humano, desde cierto punto de vista, es una "cosa" "física" como las demás, y que, si precipitas a una persona física desde una cierta altura, esta se lastima como efecto de la gravedad. De hecho, y desde muy antiguo, las normas han previsto penas e indemnizaciones pecuniarias para el responsable de daños como los que pudiera provocar esa caída. Lo que no hace el Derecho, y no tiene por qué hacer tampoco la ciencia jurídica, es entrar a dirimir asuntos tan abstractos como cuáles son las verdaderas relaciones que guarda el ser humano con su cuerpo. Si las normas se limitan a ordenar ciertas relaciones sociales, y ponen al cuerpo en el lado de la persona, atendiendo al hecho de que los seres humanos son idóneos como sujetos del derecho, a la ciencia jurídica le basta con concluir de ahí que el cuerpo humano vivo no es tratado como una cosa, y que, en consecuencia, su estatuto jurídico

<sup>4.</sup> Savigny afirma ahí (II. i. Liii) que "no puede desconocerse que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades", pero también que, por más que eso sea cierto, "esta posesión de nosotros mismos no tiene en modo alguno necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo" (Savigny 1878: 225).

no es el de las cosas, el de los objetos típicos de contrato o apropiación. Tal es la esencia de la primera de las tesis a las que nos hemos referido.

Ahora bien, los seres humanos, al igual que las personas físicas, son mortales, y esto añade algún problema a todo lo dicho. Porque el cuerpo humano muerto, de eso también se da cuenta un niño pequeño, es una realidad muy diferente a la del cuerpo vivo, y no permite ser tratada en absoluto de la misma manera. Carecería de todo sentido, como ve cualquiera, intentar imponerle una conducta. Por esta razón, y no porque las normas jurídicas hayan decidido comprometerse con tesis alguna acerca de las relaciones entre el cuerpo y el alma, el Derecho decide que persona y cuerpo muerto son incompatibles: *la muerte extingue la personalidad*.

¿Convierte esto al cadáver jurídicamente en una cosa? En principio, y de acuerdo con lo que hemos dicho antes, parecería que sí. Pero su condición humana, su carácter de *excomponente* de la personalidad extinguida, las costumbres sociales imperantes desde antiguo... todo exige que reciba un trato muy especial. Acaso como una cosa, sí, pero como una cosa muy particular. Muy particular porque los deberes hacia esa "cosa" importan aquí mucho más que los derechos sobre ella.

El Derecho adaptó tradicionalmente estas ideas no autorizando, en principio, a disponer jurídicamente del cadáver. Si acaso es una cosa, concluyó la doctrina, parece que se trate de una de esas cosas a las que los artículos 865, 1.271 y 1.936 del Código Civil excluyen de ser objeto de legado, contrato o prescripción por encontrarse, dice nuestro Código, "fuera del comercio de los hombres". Ese tipo de cosas, las *res extra commercium*, son cosas, como ya hemos dicho, sobre las cuales el Derecho no deja contratar o disponer. De ahí que la doctrina recoja que, para las normas, el cadáver, o bien no es una cosa, o bien es una de esas cosas a las que no se puede tratar como tales. El manual de Derecho Civil que yo estudié enseñaba esto diciendo, de forma sorprendentemente poética, que el cadáver, "aun siendo un ente material, escapa a la condición jurídica de cosa" (Lacruz Berdejo 1984: 13).

O sea que, para el autor de ese texto, si el cuerpo vivo, más que una res extra commercium, era algo que carecía de realidad y de la condición de cosa, el cuerpo muerto, aunque encaje algo mejor dentro de tal condición, en realidad se encuentra escapando de la misma. Aunque afirmaciones como estas parecieran insultar un poco a la inteligencia (algo que no era infrecuente en ese manual), en su ambigüedad no dejaban de recoger lo que se sigue de lo que dicen las normas: que ni el cuerpo viviente ni el cuerpo muerto deben ser tratados como cosas normales. Cabe describir entonces a uno y otro como no cosas, o como res extra commercium. Da

igual. Lo importante es hacerse cargo de la conducta que han de mantener las personas hacia ellos. No cabe la disposición jurídica. No cabe hacerlos objeto de contrato ni tiene sentido hablar de propiedad al respecto.

Esto no quita que el cuerpo vivo y el cuerpo muerto sean dos realidades muy distintas entre sí. Hasta un niño se da cuenta de ello. Y el ordenamiento jurídico, como no podía ser menos, también. Hemos visto a la ciencia jurídica recoger esa diferencia, acaso de forma más imaginativa que científica, en la afirmación de que, si bien el primero es "algo carente de realidad", el segundo, en vez de carecer de ella, se encuentra en una especie de huida de su condición real. Lo que se revela ahí es que la ciencia no puede dejar de notar que el Derecho no reserva el mismo tratamiento a uno y a otro.

Ello es así porque el cuerpo humano muerto está sometido a un proceso evidente de descomposición, descomposición física pero también social, que le es propia y que no puede sino acabar afectando al tratamiento que recibe. El paso del tiempo resulta aquí el fenómeno que gobierna ambas descomposiciones. De forma natural, impone un plazo más o menos largo en el que el cadáver se habrá metamorfoseado con su entorno. Socialmente, difumina a la persona a la que el cuerpo humano estuvo vinculado, lo cual explica que su transcurso debilite inexorablemente el respeto que merece.

Vuelve a imperar al respecto el sentido común desde el lado de las normas, las cuales, desde antiguo, decidieron, aquí sí, admitir la idoneidad del cuerpo humano muerto, o de alguna de sus partes, para ser objeto de contrato y de propiedad, siempre y cuando se dieran determinadas circunstancias. El tráfico de reliquias, en un tiempo tan importante en Europa, así como la comercialización de polvo de momia egipcia con finalidades terapéuticas, una práctica que también en algún momento llegó a ser muy popular, constituyen buenos ejemplos de la forma en la que el cadáver, en todo o en parte, podía fracasar en su intento de huida y acabar convertido no ya en cosa, sino en *res intra commercium*, cosa con todas las de la ley, cosa de la que se puede disponer, sobre la que se contrata y que puede contar con un propietario legítimo que la transmite. Basta para ello con que se den ciertas condiciones (nunca estuvo excesivamente claro cuáles) y, sobre todo, que la ley no se oponga a ello.

Acaso merezca la pena volver a insistir en que decisiones como las que permitieron ese tráfico tienen mucho más que ver con consideraciones acerca de la utilidad social y sobre los intereses involucrados que con cualquier pretensión de sistematización de la realidad última de las cosas. Si las normas jurídicas establecieron diferencias entre el tratamiento que

reservaban al cuerpo humano vivo y al muerto, así como a las partes integradas en uno y otro, lo hicieron ateniéndose a las diferencias obvias entre esas realidades, por supuesto, pero mucho más a sus propios propósitos de ordenar las conductas. No las establecieron porque hubieran decidido comprometerse de alguna manera en cuestiones complicadas, como la de la relación entre la carne y el espíritu, entre la materia y la forma, entre la *res extensa* y la *res cogitans*. Tampoco porque hubieran considerado en algún momento postergar las ideas sobre el cuerpo adoptadas por la filosofía cristiana para poner en su lugar las aportadas por el pensamiento materialista. Nada más lejos de eso. Lo hicieron porque decidieron que, en ciertas circunstancias, y teniendo en cuenta ciertas realidades, el cadáver, en todo o en parte, de no serlo, podía pasar a convertirse en objeto de contrato, legado o propiedad.

La ciencia del Derecho viene a continuación de esta decisión, de la que toma nota y que ha de formular lo mejor que puede. Tampoco utiliza por su parte demasiada metafísica para explicar este paso del cadáver del no ser (cosa) al ser (cosa). Le basta con observar que, jurídicamente, se puede salir del mundo de las res extra commercium e ingresar en el mundo del tráfico si así lo deciden las normas. Y el hecho innegable es que, en ciertos casos, así lo decidieron. Disponemos de numerosos testimonios de ello. Sin ir más lejos, sabemos que en 1821 salió a subasta en Suecia el cráneo de René Descartes, procedente de los bienes de una herencia, y que alguien adquirió en puja esa propiedad. El objeto acabó siendo adquirido por la Academia de Ciencias francesa, y se exhibe hoy en la ciudad de París, en el Museo del Hombre. Todavía pueden leerse en él trazos de tinta con los nombres de algunos de los que fueron sus propietarios. Y lo que debemos entender de esto es que el hecho de que el cráneo dentro del cual se forjó aquella ontología tan rigurosa no lograra escapar a su condición de cosa, y acabara siendo un mero objeto de propiedad, no encuentra su explicación en ningún gran artificio teórico del tipo de los que se tramaban en su interior, sino en algo tan simple como que así decidieron hacerlo posible las normas vigentes. El Derecho ha sido siempre experiencia mucho más que lógica. Y de la experiencia de lo que ordenó se tuvo que concluir que, si en principio el cuerpo humano muerto no ha de ser tratado como una cosa que pueda ser, en todo o en parte, objeto de contrato o apropiación, ciertas excepciones pueden ser introducidas en ese tratamiento. Tal es la esencia de la segunda tesis a la que nos hemos referido más arriba.

Queda por tratar un tercer asunto relacionado con los anteriores, así como con el hecho de que del cuerpo humano, tanto del que está vivo como del que está muerto, puedan ser separadas algunas partes. Del cuerpo humano vivo pueden ser separadas incluso sin que ese cuerpo deje de

estar vivo y de cumplir la función de *substratum* de una persona física. ¿Qué conducta debe observarse hacia esas partes? También el Derecho ha tenido, inevitablemente, que tomar decisiones sobre ello, y la ciencia jurídica, que había situado al cuerpo entre la persona y la cosa, entre la cosa fuera del comercio y dentro de él, ha tenido que explicar el trato que las normas conceden a esas partes separadas del cuerpo, a esos "materiales biológicos de origen humano" que tanto interesan en la actualidad a determinadas industrias, poniendo además ese trato en relación con las dos tesis anteriormente explicadas.

En principio, y de forma intuitiva, se diría que a estos objetos de origen humano, ya no integrados en el cuerpo viviente y que han dejado de ser, estrictamente hablando, "parte" de él, no le es aplicable mucho de lo que hemos dicho acerca del cuerpo en conjunto, y que parece que esos materiales diseminados tendrían que caer más bien del lado de las cosas que de las personas. Hasta un niño comprendería que hay algo de paradójico en querer tratarlos como a un componente más de la persona. La historia del funeral de Estado organizado por el dictador mexicano Antonio López de Santa Anna para una de sus piernas perdidas en combate ha sido siempre considerada grotesca porque se diría que los funerales han de quedar reservados para la ocasión de la desaparición de la persona entera, y que una parte no debe aspirar al mismo tratamiento. Ahora bien, que no sean ya componentes de la persona no ha de significar que estas partes deban ser tratadas como cualquier otra cosa. Si el general hubiera sacado su pierna a subasta el acto habría parecido igual de pintoresco a los que lo contemplaban.

A intuiciones como estas atendió tradicionalmente el Derecho, el cual, si bien no exigió que se tratase a esas partes como integrantes de la persona, tampoco, y con carácter general, las consideró nunca un objeto adecuado de contrato y disposición. La doctrina infirió de ello que esas partes debían ser consideras *res extra commercium*, ese tipo de cosas que, al igual que el cadáver y sus partes, y aquí por razones parecidas, no pueden ser objeto de contrato o de disposición, y no son por eso, propiamente hablando, "cosas" jurídicas.

Lo que ocurre es que, al igual que sobre el cadáver y sus partes, sobre algunas de estas partes separadas del cuerpo vivo sí que le pareció adecuado al Derecho autorizar su disposición. No eran muchas esas partes, ni su tráfico muy significativo, pero no eran inexistentes. Las normas jurídicas decidieron hace mucho tiempo permitir que algunas de ellas, así los cabellos, los dientes, la leche materna, pudieran ser cosas con todas las

de la ley, esto es, cosas objeto de contrato y de propiedad<sup>5</sup>. Su modo de adquisición era confuso para la doctrina, ya que no encaja bien en ninguno de los establecidos en las normas (pues, estando claro que el cuerpo no es una cosa propiedad de la persona, resulta un misterio que las partes separadas sí que lo sean). Las condiciones que tenían que darse para que esas "cosas" pudieran dar el salto al tráfico, al igual que en el caso del cadáver y sus partes, tampoco estuvieron nunca demasiado claras. A la moral social siempre le repugnó un poco además el hecho de que lo dieran (recuérdese la escena de *Los miserables* en la que Fantine vende su cabellera)... Aun y así, las disposiciones legales al respecto permitían a la ciencia jurídica construir una tercera tesis general que encajaba con las dos anteriores: las partes separadas del cuerpo, materiales de origen humano, a diferencia del cuerpo viviente en su conjunto, han de ser consideradas cosas, si bien cosas en principio no disponibles, de las que, solo en algunos casos y con muchas restricciones, las personas pueden disponer.

Llegados hasta aquí, podemos hacernos cargo de cuál era la situación del estatuto jurídico del cuerpo humano y de sus partes separadas antes de la revolución biotecnológica. No se caracterizaba este ni por una gran sistematicidad ni por un exceso de elaboración teórica, por más que se encontrara referido a una regulación coherente de conductas la cual, en todo caso, únicamente contemplaba el tráfico de una muy exigua cantidad de materiales biológicos de origen humano.

Ya hemos aludido a la forma en que este último hecho se vio profundamente alterado a lo largo del siglo XX, en el transcurso del cual los avances biomédicos fueron ampliando de forma masiva los materiales de ese tipo susceptibles de utilidad y manipulación. También señalamos que el Derecho no reaccionó ante ese proceso ascendente reorganizando la cuestión de manera general, sino a través de una serie de soluciones legales parciales, referidas a este o aquel material, las cuales, acompañadas muchas veces de una terminología nueva, buscaban acomodar y favorecer, en lo posible, unos avances que eran considerados beneficiosos para la humanidad.

<sup>5.</sup> Ihering explicaba esto diciendo que, aunque el cuerpo humano y sus partes no fueran objeto de propiedad –pues "la noción de "pertenecer" (gehören), (alicujus esse) y la de propiedad no son una sola y misma cosa, sino que, por el contrario, una cosa puede pertenecerme (gehören) sin estar en mi propiedad, es decir, sin estar sometida a los principios enunciados para esta"–, ello no excluía que cupiese propiedad sobre algunas partes separadas del cuerpo: "Mis cabellos me pertenecen, y los mechones de cabellos cortados son objeto de comercio y de propiedad; pero mientras están adheridos a mi cabeza no puede aplicárseles la noción de posesión y de propiedad" (Ihering 1892: 155-156).

El resultado de tal intervención fue que la cuestión acerca del tipo de realidades que tenía presente el Derecho en estos asuntos y el tipo de tratamiento que les daba se volvió mucho más difícil de entender. Porque las nuevas disposiciones y los nuevos conceptos introducidos por las leyes interseccionaron con categorías tan vetustas como la de *res extra commercium*, y lo que hicieron fue enturbiar bastante la cuestión. A lo que esto condujo, justo en el momento en que un número tan grande de esos materiales pasaba a ser movilizado para el tráfico, fue a un cierto aumento de la confusión. Tal es la situación en la que ahora nos encontramos. Bastará con examinar algunas de las aportaciones que ha hecho la legislación en esta materia para entender a qué nos estamos refiriendo.

Un primer ejemplo nos lo puede proporcionar la regulación de la sangre. La técnica de su trasfusión data de comienzos del siglo pasado y empezó a generalizarse a mediados de siglo. En su aparición, el ordenamiento jurídico no tuvo problema en considerar adecuado el intercambio de este material, dado los benéficos propósitos a los que servía. Los pagos a quien se prestara a ofrecer su sangre convivieron entonces legalmente con los ofrecimientos espontáneos de esa sustancia, ofrecimientos que experimentaban grandes picos en situaciones excepcionales de urgencia social, como fue, señaladamente, nuestra guerra civil. Las reservas del legislador ante la "comercialización" de un producto tan emblemáticamente humano como la sangre le llevaron no obstante, y desde buen principio, a que intentara restringir el "mercado" de este producto a través de una fuerte intervención. Ello le llevó incluso a fijar en él precios públicos, sin privarse por otra parte de afirmar, así lo hizo en un Decreto de 17 de noviembre de 1950 que fijaba esos precios, que, sin embargo, esa sustancia "no debe ser objeto de comercio".

Con los años, la voluntad interventora llevó al legislador a estimular y consolidar lo que decidió llamar "donación voluntaria", esto es, la no pagada, y, de acuerdo con directrices europeas y de la Organización Mundial de la Salud, llegó a prohibir por decreto la "donación remunerada" de sangre (en el Real Decreto 1945/1985, de 9 de octubre). Esa prohibición no impidió, sin embargo, que, ya fuera respecto a la sangre entera o separada en sus componentes como el plasma o la albúmina, la legislación siguiera autorizando a ciertas empresas a disponer y contratar, comprar y vender, importar y exportar productos sanguíneos de origen humano, el volumen de cuyo negocio, en lo que se refiere por ejemplo a los derivados sanguíneos, no ha dejado, desde entonces, de aumentar<sup>6</sup>.

La directiva 89/381/CEE relativa a las especialidades farmacéuticas consagró a nivel continental el mercado de los medicamentos de derivados de la sangre y del plasma

La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en la misma dirección, debutó sentando unos principios generales en la materia que imponían la voluntariedad y gratuidad de todo ofrecimiento de órganos humanos, ofrecimiento por el cual, ordenó rotundamente, "no se podrá percibir compensación alguna". La misma ley estableció, no obstante, una presunción iuris tantum a favor de la donación del cuerpo de todos los fallecidos, donación que quedó matizada por la exigencia de una especie de consentimiento familiar de facto (solo a medias reglamentariamente recogido) que aconsejaba a los médicos no oponerse a la voluntad tajante de la familia. A través de esa apertura general a la disposición sobre el cadáver, la ley debilitó el viejo régimen del predominio de los deberes hacia él. No se trata de negar aquí las virtudes de esta medida, sino de señalar que las compensaciones a los familiares por la donación, no admitidas desde luego en España aunque sí en otros países como Arabia Saudí (donde quienes las aceptan suelen ser familias inmigrantes), muestran el camino de hasta dónde, por esta nueva vía de la disponibilidad general del cadáver, se puede llegar.

La ley española de reproducción asistida también quiso hacerse cargo de que la industria de ese ramo necesita ciertas aportaciones de materiales humanos, como óvulos o espermatozoides, por parte de algunos individuos. En consonancia con las ideas anteriores, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, la primera que se aprobó en el país sobre la materia, dictó que la donación de gametos y preembriones no podría tener nunca "carácter lucrativo o comercial". Ahora bien, y puesto que el artículo 2 de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos que "acompañaba" a la anterior estableció que, en lo que se refiere a "embriones y fetos y sus estructuras biológicas", no solo en su donación, sino también en lo que afecta a su "utilización posterior", estaba prohibido ese carácter lucrativo, a sensu contrario lo que estableció fue un sistema que no exigía gratuidad en el caso de la utilización posterior por los centros de cierto tipo de material de origen humano, como

humanos, sustancias estas últimas a las cuales caracterizaba como "materia prima" de los mismos. A Georges David, miembro del Comité Consultivo Nacional de Ética francés, e impulsor en su país de la donación no remunerada de gametos, tal cosa le pareció una contradicción flagrante con el principio del don que gobernaba hasta entonces la legislación francesa respecto de los materiales biológicos de origen humano. Se refirió por eso a la directiva como un triunfo de los "intereses privados" sobre los "principios éticos", además de una autorización en toda regla para la venta del hombre "al detall". Así lo manifestó en una entrevista a *Le Monde* del 24 de diciembre de 1991. Cesó en su cargo poco después.

los óvulos y el esperma o los llamados "preembriones", un nuevo tipo de entidad que decidió imaginativamente introducir la legislación.

La ley actualmente vigente en la materia, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, siguió manteniendo que la donación de gametos era un contrato gratuito que "nunca tendrá carácter lucrativo o comercial", pero estableció asimismo que se puede fijar "una compensación económica resarcitoria" para los donantes, la cual, dice, "sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico". Esa "compensación" por disponer de ciertos materiales de origen humano, no autorizada en muchos países europeos (y que en nuestro se prestan a recibir numerosas mujeres extranjeras a cambio de sus óvulos), ha constituido, de eso no hay ninguna duda, un pilar importante del secreto del éxito en España de la reproducción asistida<sup>7</sup>.

En la misma dirección de apertura a ciertos intereses económicos, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, en su artículo 7, tras establecer que la donación de muestras biológicas humanas "será gratuita", aunque pueda ser "compensada" "sin carácter lucrativo o comercial", también ordenó que, en todo caso, dicha donación implicara la renuncia del donante "a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse" de las investigaciones con esas "muestras".

¿Qué es lo que suponen aportaciones como estas? Pues que, a tenor de las mismas, puede considerarse que ha quedado fuertemente erosionado el esquema general al que antes nos referimos. Pues, por mucho que las leyes apelen a la "gratuidad" y al "carácter no lucrativo", por mucho que llamen "donación" a un acto, autorizan la disposición y entrega de numerosos materiales de origen humano, así como que quien hace ese entrega pueda recibir dinero a cambio de su prestación, además de que, en la utilización posterior de ese material, pueda disponerse de él a título lucrativo.

Esas leyes están regulando unas industrias, y hay ciertas "realidades"

<sup>7.</sup> Según la experiencia de alguien tan autorizado como Anna Veiga "(e)s evidente que debe existir cierto grado de altruismo y de actitud solidaria por parte de los donantes, pero, en mi opinión, la asignación de una compensación económica marca el éxito de los programas de donación en España. En los países donde no hay compensación, o la justificación de los gastos que la donación genera es muy estricta, el número de donantes (de óvulos) es totalmente insuficiente para cubrir la demanda" (Veiga 2011, pág. 130). Las cursivas son mías. En la actualidad, la compensación por donar óvulos supera en nuestro país los mil euros y un alto número de las mujeres que la perciben son extranjeras.

que no pueden ignorar, en especial la de que, por la misma esencia de sus actividades, estas necesitan cosificación, disponibilidad, intercambio por dinero, mercantilización en suma. Han tomado así la decisión de permitir a las personas la entrega de sus órganos, gametos o muestras biológicas, para luego autorizar que esos productos entren en el tráfico y generen derechos económicos. Es cierto que han hecho esto utilizando conceptos como el de esa "donación" que se puede "compensar" con dinero sin que ello suponga "incentivo económico", y asimismo que someten a las actividades que regulan a una gran intervención pública. Pero también es innegable que han decidido algo así como la apertura masiva del mundo de los materiales de origen humano a la disposición.

En esta situación, una joven lituana que viene a donar óvulos a España y que, al regresar a su país, paga sus estudios con el dinero que le han entregado, al cual une otra cantidad que le envía su hermana, proveniente de la compensación por la aceptación de la donación de órganos del cadáver de la madre de ambas, fallecida en Arabia Saudí, puede perfectamente explicar a su hermano pequeño que vino a nuestro país a vender sus óvulos, y que la hermana de ambos vendió a los árabes parte del cadáver de su progenitora. El niño entendería perfectamente lo que le cuentan. No heriría esa historia su sentido común. Así es, se diría a sí mismo, como están hoy las cosas.

¿Afirmaría nuestra doctrina lo mismo que él? Está claro que no. Ahora bien, ¿qué es exactamente lo que diría? ¿Qué es lo que nuestro Derecho le autoriza a decir? No es esto algo que resulte demasiado evidente. Para empezar porque, después de disposiciones como las citadas, no está claro que la tesis de que, en principio y por regla general, los materiales biológicos de origen humano son cosas no disponibles siga actualmente vigente. Muchos autores aseguran que sí. Continúan explicando que, de acuerdo con nuestro ordenamiento, esos materiales no son cosas, o bien que, si lo son, son cosas extra commercium, imposibles de integrar en el patrimonio de nadie. Hay otros que admiten que son cosas disponibles, si bien de una manera muy especial, cosas no *mercantilizables*, un tipo de cosas cuyo estatuto jurídico resulta mucho más vago de lo que se podría desear. Lo cierto, en todo caso, es que, puesto que donar es una manera de disponer de algo, parece que haya que admitir que todos esos materiales que se donan son, jurídicamente, "cosas", cosas de las que alguien dispone, ya sea el que dona o el centro que da al material donado una utilización posterior. Puesto que quien entrega ese material está autorizado a recibir una "compensación" de tipo pecuniario vinculada a su acto de disposición (algo solo posible, por cierto, en una acepción muy sui generis del término "donación"), y puesto que los centros están autorizados a hacerlo rendir económicamente, hasta parece que haya que admitir que todo se parece demasiado, se llame como se le llame, al intercambio de cosas por dinero.

Si no queremos reconocer esto último, se diría que, como mínimo, tendríamos que integrar las novedades legislativas admitiendo que la regla general ahora vigente para los materiales biológicos de origen humano es que son cosas, y cosas con todas las de la ley, res intra commercium, cosas de las que se puede disponer. Que tendríamos que admitir que la tercera de nuestras tesis ha quedado derogada, por mucho que un rastro de su antigua vigencia pueda reconocerse en el uso frecuente, aunque bastante impropio, de términos como "donante", "altruismo" o "ausencia de lucro".

Pero ni siquiera acerca de esto hay un mínimo acuerdo. Porque muchos parecen pensar que, si se reconociera el carácter general de tal derogación, ello podría acabar afectando no ya al estatuto jurídico de esos materiales biológicos de origen humano, sino al del cuerpo humano en general. Temen que los cambios en la tercera tesis afecten a las otras dos, y que todo lo relativo al estatuto jurídico del cuerpo humano deba ser repensado. Y en ese caso: ¿Qué pondríamos en lugar de la primera tesis? ¿Cómo daríamos razón de la relación entre la persona física y su cuerpo? ¿Acaso lo que pusiéramos podría parecerse demasiado a las explicaciones tan francas de aquella familia lituana? ¿Podría conducirnos a afirmar que el estatuto jurídico del cuerpo viviente, al igual que el de sus partes separadas, es ahora el de un objeto adecuado de contrato o propiedad?

Algunos añaden que ni siquiera ese paso sería algo tan difícil de dar, pues tal régimen jurídico es el que ya tiene establecido para el cuerpo humano el *common law*, o el que teorizaron en el pasado algunos clásicos del iusnaturalismo<sup>8</sup>. Proponen por ello parapetarse contra él agarrándose

Aunque bastante extendidas en la actualidad, estas dos ideas son rotundamente falsas. Resultan de una mala inteligencia de ciertos textos, unida a veces a un antiamericanismo de manual. El belga Gilbert Hottois, por ejemplo, y aunque las ideas generales que en el common law gobiernan desde siempre la cuestión respecto al estatuto del cuerpo humano y de sus partes separadas se parezcan mucho a las del Derecho continental, y aunque la evolución normativa en esta materia, a lo largo del siglo XX, haya sido también muy parecida (la famosa sentencia del caso Moore v. the Regents of the University of California de 1990 y nuestro artículo 7 de la Ley de Investigación Biomédica contienen decisiones muy similares), no se ha cansado de insistir en las diferencias entre una tradición jurídica y filosófica angloamericana para la cual el cuerpo humano es una cosa propiedad de la persona, cuyas partes son perfectamente comercializables, y otra tradición europea, mucho más venerable, que lucha tenazmente contra esa mercantilización en nombre del más sagrado de los humanismos filosófico-jurídicos (Hottois 1999; y Hottois y Missa 2001). Más por chauvinismo que por las pruebas a su favor, tesis como las de Hottois, en la que el desdichado Locke y sus consideraciones sobre la propiedad vuelven a interpretar el papel de malignos,

a esas referencias legales al "carácter no lucrativo", las "compensaciones" que no "incentivan" o el indispensable "altruismo" de los donantes a fin de armar a su alrededor toda una serie de doctrinas bien particulares, las cuales, si bien no acaban de arrojar resultados claros ni coherentes, permitan al menos oponerse, ni que sea de forma retórica, a la proclamación de un estatuto jurídico mercantil para el cuerpo humano y sus partes separadas.

En esta situación, no es de extrañar que los cambios introducidos animen a otros, en nombre de la sistematicidad y la coherencia, a sugerir la plena adaptación de nuestras ideas a la forma de tratar a la realidad que están decidiendo las leyes. Se trataría de reconocer que está adviniendo algo así como un régimen de propiedad especial para el cuerpo humano. Ello autorizaría a pedir a las leyes que concluyan el camino que ya tienen medio recorrido y que autoricen sin reparos la meta hacia la que conduce: la admisión general de un régimen de propiedad para el cuerpo humano y sus partes.

Sería eso algo que advendría a la plena satisfacción de los intereses de ciertas industrias y de su forma de tratar con la realidad. Para impedir que ello ocurra, más que seguir torturando los conceptos y removiendo las exigencias "éticas", bastaría con pedir a la legislación una mínima coherencia. Exigirle que adoptara medidas tan sencillas como la supresión radical de instituciones tan peculiares y contradictorias como esas "compensaciones" al "altruismo" de los "donantes". Compete al legislador tomar decisiones como esa, ya que en sus manos, y no en otras, es donde se encuentra colocado el destino jurídico de las cosas humanas. Acerca de ese destino puede, obviamente, decidir en la dirección que le parezca. Pero no es mucho pedirle que, al hacerlo, y más en ocasión tan transcendente como esta, siga pagando un cierto respeto al sentido común de las personas, a aquel buen sentido al que, tal como vimos y por muchas razones, siempre le agradó permanecer bien apegado. Acaso sea esta petición además la manera más plausible de invocar la dignidad humana en todo lo que se refiere a este asunto.

#### I. REFERENCIAS

Arroyo Amayuelas, Esther (2016): "Entre propiedad y persona: disposición de partes y productos del cuerpo desde el derecho civil", en María

han encontrado un amplio eco entre nosotros. Se las encuentra por eso evocadas por doquier, aunque no ayuden para nada a entender la cuestión que estamos tratando.

- Casado (coord.), De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico, México, Fontamara.
- Hottois, Gilbert (1999): Essais de Philosophie bioétique et biopolitique, París, Librairie Philosophique J. Vrin.
- Hottois, Gilbert y Missa, Jean-Noël (2001): *Nouvelle enciclopédie de bioétique*, Bruselas, De Boeck Université.
- Ihering, Rudolf von (1892): *Teoría de la posesión. Fundamento de la protección posesoria*, traducción de Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.
- Lacruz Berdejo, José Luis y otros (1984): Elementos de Derecho Civil I. Parte general del Derecho civil, volumen tercero. El derecho subjetivo, Barcelona, José María Bosch editor.
- Kelsen, Hans (1979): *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM.
- Savigny, Friedrich Carl von (1878): *Sistema del Derecho romano actual*, tomo I, vertido al castellano desde la traducción francesa por Jacinto Mesía y Manuel Poley y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, Madrid, Centro Editorial Góngora.
- Shorto, Russell (2009): *Los huesos de Descartes*, traducción de Claudia Conde, Barcelona, Duorno ediciones.
- Veiga, Anna (2011): El milagro de la vida. De la fecundación in Vitro a las células madre, Barcelona, RBA.

## Capítulo 3

# El estatuto constitucional del cuerpo humano, entre libertad y dignidad

Guillermo Escobar Roca
Universidad de Alcalá

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRI-CA E INTERNACIONAL. III. EL CUERPO ESTÁTICO O COMO FORTALEZA (LA INVIOLABILIDAD DEL CUERPO). 1. Del derecho reaccional al derecho general de libertad; centralidad, en todo caso, del análisis de las intervenciones. 2. Intervenciones totalmente prohibidas. 3. Intervenciones admisibles. 4. Intervenciones consentidas. IV. EXAMEN ESPECIAL DE LA INALIENABILIDAD DEL CUERPO. V. REFE-RENCIAS.

**Resumen.** Este trabajo sistematiza la temática más relevante del cuerpo humano, entendido como fortaleza o defensa frente a las intervenciones contra la integridad física, deteniéndose especialmente en ofrecer soluciones constitucionales a los problemas más debatidos en este ámbito. Como la integridad suele ser definida como la protección frente a las agresiones al cuerpo humano "que carezcan del consentimiento de su titular", se analiza también la cuestión de las intervenciones consentidas, que afectan más bien al libre desarrollo de la personalidad. Por último, se presta especial atención a la prohibición de patrimonialización del cuerpo humano, impuesta por el Convenio de Oviedo y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El hilo conductor de las soluciones que se proponen es la necesidad de ponderar entre los valores constitucionales de libertad y dignidad, pero desde una concepción básicamente liberal de la segunda, que huye del paternalismo moral y de la imposición de una hipotética moral social contra las acciones de los individuos, siempre que estas sean realmente libres.

#### I. PLANTEAMIENTO

El concepto "cuerpo humano" no aparece literalmente en la Constitución Española (CE). El estatuto constitucional del cuerpo humano debe deducirse por tanto de su articulado, y especialmente de la integridad física, pero no solo de esta, también de la intimidad y de otras figuras del catálogo de los derechos fundamentales¹, sin perder de vista la esencial incidencia en el tema de los valores superiores del artículo 1.1, como aquí demostraré².

Desde una concepción amplia, podemos atender a las siguientes perspectivas: 1) el cuerpo como fortaleza (inviolabilidad); 2) el cuerpo como secreto (intimidad); 3) el cuerpo como libertad; 4) el cuerpo como necesidad (pensando, en esta última aproximación, en el cuerpo enfermo o con discapacidad, necesitado de cuidado, lo que nos conduce a la faceta prestacional de los derechos fundamentales). Como el estudio de estas cuatro perspectivas daría para un libro (y sería un libro grueso), en este trabajo me limitaré a la primera de ellas, que aunque guarda relación con las otras tres, puede ser analizada de manera relativamente independiente. Me centraré entonces en lo que podríamos llamar intervenciones directas sobre el cuerpo humano, como temática clave de lo que he denominado "el cuerpo como fortaleza".

Un estatuto constitucional "puro" del cuerpo humano no existe. Debemos analizar necesariamente también la legislación, y no solo en lo que dice sino también en lo que no dice, pues como es sabido, el Derecho habla cuando calla. Mi planteamiento será sistemático (ordenación de cuestiones relativas al cuerpo de interés constitucional) pero también y sobre todo problemático, esto es, me detendré en particular en las cues-

Adelanto que en ningún caso de la propiedad privada, como bien argumenta García Manrique (2017).

<sup>2.</sup> A mi juicio, se confunden quienes se limitan a reducir los "valores superiores" de nuestro ordenamiento jurídico a los derechos fundamentales, aunque solo sea por cuestiones metodológicas: si el art. 1.1 es norma (y nadie discute que lo es), tiene que tener un significado normativo propio, diferenciado de otros. La atribución de consecuencias jurídicas a estos valores superiores apenas ha sido desarrollada en nuestra doctrina y jurisprudencia; para unos primeros apuntes, remitimos a Escobar Roca (2017: 281-300). En cuanto al conflicto que subtitula este trabajo, la dogmática constitucional española sufre una carencia de base, pues suele afirmar, sin reflexión previa al respecto, que la dignidad (y no la libertad) es el fundamento de los derechos fundamentales. En esta ocasión harían bien los constitucionalistas en leer algo de la Filosofía menos ideologizada y más atenta a la realidad, p. ej. a aquellos autores que, a mi juicio con buen criterio, otorgan centralidad a la libertad, como Hierro (2016) o García Manrique (2013). Sea como fuere, de entrada, parece claro que si tanto la dignidad como la libertad son valores constitucionales, cualquier solución a los conflictos entre ellos pasa inevitablemente por el recurso a la ponderación.

tiones controvertidas, al hilo del comentario a algunas leves y sentencias de particular interés o de problemas especialmente debatidos en la esfera pública, aunque no hayan sido directamente regulados o no haya recaído (todavía) jurisprudencia sobre ellos. Adelanto que el hilo conductor de mi trabajo o problemática central a considerar es el siguiente: ¿hasta dónde llega la libertad de uso del propio cuerpo?; o, en términos similares, ¿puede la dignidad limitar la libertad, o más exactamente, impedir la renuncia al ejercicio de la integridad? La cuestión, como en general todas las relativas a valores, posee una gran carga ideológica, que es preciso minimizar, o mejor dicho, adecuar a las categorías jurídicas (Escobar 2014: 73-74 y 2016), pues una cosa es el modelo de sociedad que nos gustaría y otra el modelo de sociedad que cabe deducir de nuestro ordenamiento jurídico, resultando pernicioso, por antidemocrático y manipulador "construir [por la puerta falsa] una Bioética al margen de la Constitución" (Bellver 2016: 38-39). En general, observamos en la literatura más reciente, como en el clima cultural de nuestra época, una cierta minusvaloración de la libertad, como si no nos fiáramos (¡todavía!) de la capacidad de los individuos para elegir su propio destino. Esta tendencia tiene un doble sustento, uno fáctico (la persona se cree libre, pero en realidad no lo es<sup>3</sup>), que por tanto habría que demostrar empíricamente, y otro filosófico (casi siempre implícito), reconducible de un modo u otro al paternalismo moral<sup>4</sup>, cuyo encaje constitucional resulta harto discutible.

Como trasfondo tenemos la omnipresencia del poder de manipulación de las conciencias, seguramente el poder más importante de nuestra época, como ya nos advirtió Huxley allá por 1931. Ejercer la libertad implica en primer lugar decidir y parece claro que no se puede decidir de manera realmente libre si no se cuenta con la información suficiente, una perspectiva algo distinta a la famosa "¿libertad para qué?" de Lenin o a la crítica de Marx a la libertad burguesa, ahora actualizada por el sociólogo de moda (Bauman 2007); el riesgo de muchas de estas concepciones izquierdistas de la libertad, que tuvieron en su día un cierto interés (al menos como advertencia de las trampas del liberalismo económico, bien expuestas en Ovejero 2002) es el maniqueísmo, la falta de sustento empírico y la subordinación de la ciencia a objetivos políticos (Lamo 1981). En todo caso, cada vez es más frecuente que el propio ordenamiento acepte los condicionantes de la libertad (algo tan antiguo por cierto como la doctrina de los vicios del consentimiento del Derecho civil), al incorporar la obligación de un tercero de informar, como paso previo a la adopción de una decisión individual (p. ej., art. 4 Ley 41/2002), e incluso considerando a veces dicha obligación como parte del derecho subjetivo a decidir, integrada en el contenido de un derecho fundamental (siguiendo el mismo ejemplo, STC 37/2011, FJ 7).

<sup>4.</sup> El caso más claro es la STC 120/1990, con votos particulares (que hoy seguramente formarían mayoría), donde se refleja bien esta tendencia: se puede impedir la decisión de morir en beneficio propio. El esfuerzo argumentativo (fallido, a mi juicio) del Tribunal no logra ocultar su *precomprensión* ideológica. Como esta jurisprudencia no ha tenido continuación en España, la ejemplificaremos mejor más adelante en el caso Laskey, que sí ha evolucionado.

## II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA E INTERNACIONAL

El problema del cuerpo y su relación con el alma o con el espíritu recorre toda la Historia de la Filosofía (Ferrater Mora 1991: 690-696). En la tradición judeocristiana el cuerpo es el receptáculo del alma o su cárcel, el lugar del pecado que impide la plenitud del encuentro con Dios. Esta idea permitió durante siglos justificar los castigos corporales e incluso la mortificación del cuerpo. Sin embargo, en esta misma tradición encontramos también el germen de la idea moderna del cuerpo; así, en el Catecismo de la Iglesia Católica (edición de 1992, apartado 364) se dice: "El cuerpo del hombre participa de la dignidad de la imagen de Dios: es cuerpo humano precisamente porque está animado por el alma espiritual, y es toda la persona humana la que está destinada a ser, en el Cuerpo de Cristo, el Templo del Espíritu". También para la Modernidad, el cuerpo es inescindible del espíritu: por ejemplo, en la célebre Enciclopedia dirigida por Diderot y publicada entre 1751 y 1772, leemos: "El cuerpo no es solo el centro de todo nuestro universo y el punto desde el que medimos todas las distancias, sino también nuestro propio ser". La idea moderna de persona incorpora por tanto cuerpo y espíritu, lo que dificulta establecer un estatuto jurídico específico del cuerpo, separado del estatuto jurídico del espíritu. No obstante, pueden identificarse una serie de cuestiones que más directamente tienen que ver con el cuerpo humano: sobre todo, precisamente, las que atañen al cuerpo "como fortaleza", pues aquí es donde mejor pueden separarse cuerpo y espíritu.

La Modernidad tarda tiempo en abrirse paso en este campo en la esfera constitucional. La lucha contra los castigos corporales, que cobra un decisivo impulso en la famosa obra de Beccaria (1764), ilustrada pero preconstitucional, no se incorpora a los textos constitucionales hasta bien entrado el siglo XX. Nada se dice al respecto en el texto fundacional del constitucionalismo europeo, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789<sup>5</sup>; de hecho, en Francia los últimos castigos corporales, como la amputación de las manos en caso de parricidio no se suprimen hasta 1832. En *Vigilar y castigar*, Foucault (2012: 25) señala que la acción aflictiva sobre el cuerpo persiste al menos hasta mediados del siglo XIX, y a su juicio se mantiene todavía en las prisiones (al menos en 1975), y seguramente no le falte algo de razón. En el constitucionalismo histórico español el asunto no aparece, ni siquiera hay mención alguna en el texto sin duda más avanzado, la Constitución de la II República, como conse-

Sin embargo, durante la revolución francesa se tomaron muchas medidas suavizadoras del Derecho penal, en aplicación de esa doctrina ilustrada y seguramente de la propia Declaración de 1789.

cuencia de la cual, sin embargo, se suprimen por Orden de 13 de mayo de 1931 los "grillos, hierros y cadenas de sujeción" hasta entonces utilizados en los establecimientos penitenciarios y que hoy consideraríamos claramente contrarios a los derechos humanos. El dato es significativo: un siglo largo (1812-1931) de constitucionalismo español sin relevancia constitucional del cuerpo humano.

La primera Constitución que se toma en serio el cuerpo humano es la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuyo artículo 2.2 señala: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física", lo que ha dado lugar a una importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal<sup>6</sup>, pionera a nivel mundial en nuestro tema. Extrañamente, el derecho fundamental a la integridad física no aparece como tal ni en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (incorporado a la vigente Constitución de 1958) ni en la Constitución italiana de 1947. Tampoco figura expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, si bien en estos tres documentos el derecho se reconoce indirecta y parcialmente, mediante la prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 5 DUDH, 3 CEDH y 7 PIDCP, añadiéndose en este último que "En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos").

A nivel internacional, la formulación más completa del derecho a la integridad física se encuentra en el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión de 2010), procedente del llamado Convenio de Oviedo<sup>7</sup>. Se trata de la única declaración general de derechos donde aparece literalmente la expresión "cuerpo humano", y que conviene transcribir completo:

## Art. 3. Derecho a la integridad de la persona

<sup>6.</sup> Un buen resumen puede encontrarse en el manual de derechos fundamentales más divulgado en Alemania: Kingreen y Poscher (2017: 123-130). La versión española de la Constitución alemana que manejamos no es correcta: sería más exacto traducir körperliche unversehrtheit como inviolabilidad corporal. Seguramente la primera decisión relevante sea la Sentencia de 10 de junio de 1963 (16, 194), donde se considera intervención sobre la integridad física la orden judicial de realizar al procesado un examen de líquido cefalorraquídeo. Si bien la intervención fue considerada legítima, el asunto es relevante, por cuanto permite incluir afectaciones de relativa baja intensidad en el ámbito protegido por el derecho fundamental.

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Medicina y la Biología, del Consejo de Europa, de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999 (BOE de 20 de octubre de 1999).

- 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.
- 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
  - a) El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;
  - b) La prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;
  - c) La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
  - d) La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Por el momento, no hay ninguna sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este precepto. Aunque la CDF, según ella misma indica (art. 51.1) solo es aplicable en España cuando se se encuentre en juego el Derecho de la Unión, nuestro legislador la ha incluido en las normas que según el artículo 10.2 CE han de servir como parámetro de interpretación de nuestros derechos fundamentales (art. 2 LO 1/2008). Por tanto, de alguna manera el artículo 3 CDF es Derecho vigente en España con carácter general y no solo en relación con el Derecho de la Unión.

Tras esta breve introducción, vayamos ya directamente a nuestro tema, el estatuto del cuerpo humano en la Constitución Española vigente, no sin antes advertir que dejaremos fuera de nuestro análisis algunas cuestiones importantes: el estatuto constitucional del embrión, el cuerpo muerto, así como la problemática constitucional de las prácticas eugenésicas y de la clonación reproductora de seres humanos. Se trata de problemas que guardan una relación más indirecta con el cuerpo humano como atributo de la persona individualmente considerada y que en todo caso han sido abordados suficientemente (aunque no siempre con una correcta dogmática constitucional) por la Bioética, disciplina esta ciertamente en auge.

## III. EL CUERPO ESTÁTICO O COMO FORTALEZA (LA INVIOLA-BILIDAD DEL CUERPO)

1. DEL DERECHO REACCIONAL AL DERECHO GENERAL DE LI-BERTAD; CENTRALIDAD, EN TODO CASO, DEL ANÁLISIS DE LAS INTERVENCIONES

La faceta más relevante del estatuto constitucional del cuerpo humano, como algo diferenciado de su "espíritu", separación que realizo a efectos meramente sistemáticos y no fenomenológicos, atañe a la posesión del propio cuerpo, como baluarte que no puede afectarse (o tocarse más allá

de los usos sociales) sin el consentimiento de su titular. En esta primera categoría (que denomino el cuerpo "como fortaleza") sitúo la posesión digamos inconsciente del propio cuerpo, esto es, los supuestos en los cuales la persona no despliega ninguna acción voluntaria de uso del mismo. Si la persona tiene aquí derechos, se encuadrarían en el tipo de lo que en otras ocasiones he denominado derechos reaccionales (Escobar Roca 2005: 55-56). Sin embargo, si tenemos en cuenta que, a la hora de determinar el contenido del derecho fundamental a la integridad física, suelen considerarse legítimas las intervenciones corporales con consentimiento del afectado, el tránsito del derecho reaccional al derecho de libertad (en sentido amplio) resulta aquí inevitable, aunque sea parcialmente<sup>8</sup>. Por tanto, tomaré también en consideración en este trabajo aquellas situaciones en las cuales la persona consiente en la afectación a su propio cuerpo, pero sin llegar a ejercer un derecho fundamental de libertad propiamente dicho, sino que más bien son proyección del llamado derecho general de libertad (o "libertad a secas"). Por ejemplo, la libertad sexual o la libertad de morir no son normalmente<sup>10</sup> (y de momento<sup>11</sup>) consideradas derechos fundamentales pero pueden incardinarse, al menos indirectamente o en

<sup>8.</sup> En la monografía seguramente más completa sobre la integridad en nuestro Derecho, Canosa Usera (2006: 65-71) califica este derecho como derecho de libertad, lo cual resulta significativo.

Que vendría a coincidir con la llamada norma de clausura del ordenamiento jurídico, según la cual todo lo no prohibido está permitido, y que puede deducirse en nuestro sistema de los arts. 1.1 (valor superior de la libertad), 10.1 (libre desarrollo de la personalidad) y 25.1 CE (reserva de ley en materia de penas y sanciones administrativas). Es decir, toda persona es libre salvo que la ley coarte esta libertad, pero solo ejerce derechos fundamentales cuando sus acciones puedan incardinarse en alguna de las figuras expresamente reconocidas en el catálogo de aquéllos. Nótese en todo caso que el "libre desarrollo de la personalidad" no ampara todas las conductas imaginables sino las consideradas valiosas (Espinar 1995), aunque solo sea para la persona que las realiza; así p. ej., no es lo mismo rechazar el uso del cinturón de seguridad que consumir drogas. La diferencia entre ejercicio de la libertad "a secas" y ejercicio de un derecho fundamental radica básicamente en la práctica en el nivel de control de las intervenciones, laxo en el primer caso y exigente en el segundo. P. ej., en el conflicto entre libertad a secas y un bien constitucional, prevalece el segundo; en el conflicto entre un derecho fundamental y otro bien constitucional, hay que ponderar. De ahí la tendencia a intentar incluir (a veces con fórceps, a veces con razón) las manifestaciones de la libertad que van logrando reconocimiento social o moral dentro del contenido de las figuras del catálogo de los derechos fundamentales (Escobar 2018).

<sup>10.</sup> Véanse, respectivamente, las SSTC 89/1987 y 120/1990, ya citada. Queda un poco antiguo nuestro Tribunal Constitucional, ahora acusado de conservador (pero ya lo era antes), en comparación con el TEDH; p. ej., también respectivamente, X e Y contra Países bajos, de 26 de marzo de 1985; y Pretty contra Reino Unido, de 29 de abril de 2002.

<sup>11.</sup> La última declaración general de derechos de la que tengo noticia, la contenida en la Constitución Política de la Ciudad de México (2017), ya incluye estos dos "nuevos

parte, en el contenido (negativo o positivo, según se mire) del derecho fundamental de integridad física.

La inviolabilidad del cuerpo humano (estático) no se reconoce como tal en el ordenamiento jurídico español, pero se deduce con facilidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE. El Alto Tribunal parece inicialmente ofrecer un concepto amplísimo de intervención. Así, por ejemplo, en la STC 120/1990, sobre la alimentación forzosa a los presos del GRAPO en huelga de hambre, leemos que el derecho fundamental

Protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra *toda clase de intervención* en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

En todo caso, el concepto de intervención no resulta claro, pues en la posterior STC 207/1996, se dice:

Mediante el derecho a la intervención física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir *lesión o menoscabo* en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento

¿Tiene que existir "menoscabo" para poder hablar de intervención? Analizando la jurisprudencia en su conjunto, la respuesta parece negativa, pero tampoco puede afirmarse que cualquier tocamiento o extracción valga como tal. El test de alcoholemia parece que queda fuera del concepto de intervención (STC 103/1985, muy de pasada: "ni aun el análisis de sangre constituye una injerencia prohibida por el art. 15"); la orden a una procesada de someterse a un examen ginecológico (STC 37/1989) y la orden a un recluso de desnudarse para ser registrado (STC 57/1994) son consideradas intervenciones, pero no sobre la integridad física sino sobre la intimidad. Uno de los pocos casos donde se aborda directamente el tema es la STC 35/1996, donde parece que constituye intervención (pues se razona sobre su legitimidad) la orden impuesta a un recluso se someterse a una exploración radiológica, pero la argumentación no es clara. Aunque mezclando los derechos a la integridad y a la intimidad (ambos considerados finalmente vulnerados), la intervención está algo mejor definida en la STC 207/1996, sobre la orden judicial de extraer cabello a un procesado<sup>12</sup>. Pues bien, si cortar un cabello a una persona afecta a

derechos": "La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna" (art. 6 A 2) y "Toda persona tiene derecho a la sexualidad" (art. 6 E).

<sup>12.</sup> La intervención es descrita en la Sentencia como sigue: "el Auto del Juzgado de Ins-

su integridad física, ya prácticamente cualquier cosa es afectación<sup>13</sup>. Lo que parece en todo caso quedar fuera son las intervenciones no coactivas, como la solicitud policial a un hospital de los resultados de un análisis de sangre (STC 206/2007).

Como se trata de un derecho que corresponde básicamente a la estructura de los derechos reaccionales, y como la definición del bien jurídico protegido no resulta especialmente problemática (el cuerpo humano es una realidad física bien determinada), el análisis ha de centrarse en las intervenciones más frecuentes. Estas intervenciones pueden clasificarse en tres grandes grupos: 1) intervenciones totalmente prohibidas (contenido esencial del derecho); 2) intervenciones admisibles, siempre que superen el canon de su justificación constitucional; 3) intervenciones consentidas, pero con determinadas condiciones. Estos tres tipos de intervenciones son externas, es decir, infligidas por un tercero. Todas las intervenciones propias (o internas), esto es, las realizadas por la persona sobre su propio cuerpo, son admisibles, inclusive las automutilaciones y las que conducen a la muerte, pues el suicidio sin ayuda externa está permitido por la Constitución (Tomás-Valiente 1999).

trucción núm. 1 de Roquetas de Mar (Almería) de 9 de febrero de 1996 en virtud del cual se ordenó la práctica de una intervención corporal y consiguiente diligencia pericial sobre el pelo del hoy recurrente en amparo (a realizar por un laboratorio especializado), con objeto de determinar, concretamente, "si es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser, informando igualmente del grado de fiabilidad científica de la prueba realizada", para lo cual se le requería a que accediera a que el Médico Forense procediera a "cortar(le) cabellos de diferentes partes de la cabeza, y la totalidad del vello de las axilas", con el apercibimiento de que su negativa podría suponer la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial".

<sup>13.</sup> En otras ocasiones (p. ej., Escobar Roca 2005: 107) he defendido concepciones amplias del contenido de los derechos (y por tanto de las intervenciones sobre ellos), frente a tesis restrictivas, como la capitaneada en Alemania por Müller (2016, original de 1969) y entre nosotros por De Otto (1988), con la intención, estos últimos, de evitar el recurso a la a su juicio "ideológica" ponderación; ahora bien, tan ideológica es la determinación del contenido de los derechos como dicha ponderación. Sin embargo, aquí creo que nuestro Tribunal Constitucional llega demasiado lejos, lo que puede crearle problemas a la hora de utilizar un canon de justificación tan riguroso como el que habitualmente se maneja. Téngase en cuenta que, aunque amplia, la determinación del contenido de los derechos no debe alejarse de su función, ¿y realmente arrancar un pelo sirve a la finalidad última del derecho a la integridad física? Otro camino es atender al bien jurídico protegido por cada derecho, que es el emprendido por Canosa (últimamente, 2017: 306-307), lo que le lleva a un esbozo de crítica a esta jurisprudencia.

## 2. INTERVENCIONES TOTALMENTE PROHIBIDAS

Los derechos fundamentales tienen un cierto aire de principios; más correctamente, son "normas abiertas" o de contenido en parte indeterminado. Esto no es incompatible con la aparición de reglas, como la prohibición absoluta de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes. La expresión "en ningún caso" (art. 15 CE) evoca la idea de contenido esencial de los derechos fundamentales, como aquella parte del contenido de los mismos sobre la cual no cabe intervención alguna (teoría absoluta del contenido esencial), tesis que ya he defendido (Escobar Roca 2005: 115) y que vienen a admitir, al menos en la materia que ahora estudiamos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional. El problema aquí reside en definir cuáles son esas intervenciones absolutamente prohibidas, y parece que esto solo puede hacerse de manera casuística. Se trataría de intervenciones extremas, es decir de un concepto graduable:

"Tortura" y "tratos inhumanos o degradantes" son, en su significado jurídico, nociones graduales de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente, [resultando necesario que dichos tratos] acarreen sufrimientos de una *especial intensidad* o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un *nivel determinado*, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condenas" (STC 137/1990, cursivas mías, GER).

La jurisprudencia de Estrasburgo es rica en ejemplos de este tipo de conductas<sup>14</sup>. En el Tribunal Constitucional español hay algunas referencias, siempre para señalar que las intervenciones cuestionadas no son tor-

<sup>14.</sup> En la mayor parte de los casos se trata de actuaciones policiales o carcelarias de especial violencia, reiteración o intensidad (aquí atender al contexto es fundamental), pero también hay otros supuestos que parecen menos agresivos, como la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre (no considerado tortura por nuestro Tribunal Constitucional), la acumulación de registros corporales con otras medidas de seguridad, la esterilización de una mujer romaní que firmó un consentimiento sin entenderlo o el examen ginecológico a una menor; las referencias, en Santamaría y Bolaño (2015: 78-88). España acaba de ser condenada por tratos inhumanos (Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal, de 13 de febrero de 2018), con votos particulares (tres de siete) que van más lejos y califican los hechos como tortura, lo que demuestra nuevamente el carácter graduable de las intervenciones sobre la integridad física. Resulta lamentable que nuestro Tribunal Supremo deshiciera el trabajo correcto realizado por la Audiencia Provincial y que el Tribunal Constitucional inadmitiera a trámite la demanda de amparo.

tura ni tratos inhumanos o degradantes: así, ni la asistencia sanitaria obligatoria ni el aislamiento en "celdas negras" constituyen intervenciones de este tipo, luego son admisibles si se justifican<sup>15</sup>.

Si descendemos al ámbito legislativo, nos encontramos con un primer problema a debatir. Sin entrar de momento en la importante temática del deber estatal de protección de los derechos de defensa<sup>16</sup>, parece claro que el derecho a la integridad física, al menos en su contenido objetivo, exige sanciones penales contra las intervenciones más graves, y así tenemos sobre todo, dentro del Libro II del Código Penal, los títulos III (sobre las lesiones), VII (de las torturas y otros delitos contra la integridad moral) u VIII (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales). Si tenemos en cuenta que, por definición, las torturas y agresiones sexuales resultan no consentidas, el problema se plantea con el artículo 155, según el cual

En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Es decir, las lesiones<sup>17</sup> resultan prohibidas con carácter absoluto y la inviolabilidad del cuerpo humano se impone a su propio titular. El problema de fondo es el conflicto, anunciado al comienzo de este trabajo, entre libertad y dignidad. ¿Qué sucede cuando el mismo sujeto titular del derecho a la integridad física renuncia a ella, sometiéndose voluntariamente a

<sup>15.</sup> Existe sin embargo una línea doctrinal que tipifica determinadas actuaciones policiales como torturas o como tratos inhumanos o degradantes, pero de forma indirecta, es decir, en estos casos el objeto del proceso no era lograr una declaración de vulneración directa del art. 15 sino de la falta de investigación de las denuncias de dichas actuaciones. El primer fallo declara aquí el derecho a la tutela judicial (STC 224/2007) pero los sucesivos reconocen ya el "derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE)": SSTC 69/2008, 107/2008, 40/2010, 63/2010, 131/2012 y 153/2013. Esta doctrina es interesante, pues aunque carece de una previa teoría general de los derechos fundamentales, viene a reconocer al menos un fragmento de subjetivación del deber estatal de protección de los derechos de defensa, que incluyen así una faceta prestacional, como parte del contenido del derecho subjetivo fundamental.

<sup>16.</sup> Contamos con una relevante monografía sobre el tema en nuestra dogmática (Doménech Pascual 2006).

<sup>17.</sup> Las lesiones pueden ser de tres tipos: las que requieran para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico, las que no lo requieran y los golpes o maltratos de obra sin lesión propiamente dicha. Los dos últimos solo son perseguibles mediante denuncia de la víctima (art. 147 CP).

lesiones infligidas por otros? La hipótesis seguramente más extrema es el sadomasoquismo, pero no es la única (piénsese en la mutilación genital a una mujer adulta o en el rito gitano del pañuelo antes de la boda). Ahora bien, aquí ya no nos sirve la mera imagen del cuerpo como fortaleza o de la persona inconsciente de su propio cuerpo, pues nos encontramos ante una actuación libre (presuntamente) de su titular. Dejaremos por tanto este supuesto para más adelante.

#### 3. INTERVENCIONES ADMISIBLES

Dejando fuera las intervenciones calificadas como tortura o tratos inhumanos o degradantes (recordemos que el Tribunal Constitucional no ha reconocido directamente ninguna) y las lesiones que requieran tratamiento médico o quirúrgico (pues las demás resultan de hecho –pues sin denuncia del afectado no hay delito perseguible– permitidas con consentimiento), parece que todas las demás intervenciones externas resultan admisibles, siempre que superen el test de constitucionalidad aplicable a las intervenciones sobre los derechos fundamentales: previsión legal, justificación constitucional o límite y principio de proporcionalidad (Escobar Roca, 2005: 112-119).

Antes de analizar algunos casos significativos, conviene realizar una advertencia. La Constitución no prevé la autorización judicial para las intervenciones sobre la integridad física, como sí lo hace para otros derechos fundamentales (arts. 17.2 y 4, 18.2, 18.3, 20.5, 22.4 y 55.2 CE). Sin embargo, el actual Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo afirma:

Este silencio no puede conducir a que el legislador permita que las intervenciones corporales sean acordadas por autoridades administrativas; y ello porque la protección de los derechos fundamentales corresponde a los jueces y tribunales. Así, la intervención corporal ha de ser ordenada siempre por resolución judicial motivada (Díez-Picazo 2013: 223).

Se trata de un error interpretativo evidente, que trae causa de la confusión conceptual entre intervención sobre los derechos y garantía de los derechos. El magistrado y ex profesor desconoce nada menos que una de las modalidades clásicas de la actividad administrativa, la actividad de policía, y se inventa una regla que no existe en nuestro Derecho.

Veamos seguidamente las intervenciones más frecuentes de los pode-

res públicos<sup>18</sup> aludidas en nuestra legislación<sup>19</sup> (pues sin previsión legal la intervención es ya inconstitucional), que pueden ser clasificadas en cuatro tipos<sup>20</sup>, dependiendo del sujeto que las ejerce (y en relación con él, del fin que se persigue con la intervención):

- 1) Intervenciones policiales sobre el cuerpo, previstas en el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sobre "registros corporales externos"<sup>21</sup>:
  - 1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
  - 2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:
    - a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.
    - b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.
  - 3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16 [proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación], así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

<sup>18.</sup> Podrían añadirse las intervenciones procedentes de particulares, como la prevista en los arts. 490 y 491 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no las estudiaremos aquí, por ser casi de laboratorio.

<sup>19.</sup> Me llama poderosamente la atención que los manuales españoles de Derecho constitucional o de derechos fundamentales no citen la legislación aplicable, limitándose a un mero prontuario de jurisprudencia, en una nueva muestra del "positivismo jurisprudencial" dominante entre nosotros; compárese p. ej. este tratamiento con el presente en la doctrina francesa. Para más detalles sobre lo que sigue, Gómez Amigo (2003: 95-130) y Canosa (2006: 259-284).

<sup>20.</sup> Habría que añadir la legislación penitenciaria, que no será referida aquí, por su naturaleza especial.

<sup>21.</sup> Este precepto ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional por el Parlamento de Cataluña y por un grupo de diputados de varios partidos, entre ellos, destacadamente, el PSOE.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Podemos añadir el artículo 23, sobre disolución de reuniones, con una previsión legal mucho más laxa, aunque seguramente suficiente<sup>22</sup>. Y desde luego toda la regulación de la detención, que afecta ya al artículo 17 CE, y por tanto queda fuera de nuestro estudio, circunscrito al análisis del "cuerpo como fortaleza".

2) Intervenciones médicas sobre el cuerpo, previstas en el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública:

Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

El artículo 9 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, añade la obligación de posterior comunicación a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas si implican el internamiento obligatorio de las personas afectadas.

3) Intervenciones judiciales en el seno de un proceso penal, previstas en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>23</sup> (añadido por LO 15/2003):

Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá

<sup>22.</sup> Tampoco la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 11.1), concreta mucho más.

<sup>23.</sup> Por su parte, el art. 326 regula la recogida, custodia y examen de muestras biológicas, pero entiendo que no afecta a la integridad personal, pues se realiza sin coacción sobre las personas.

decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

La disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de Base de Datos Policial de identificadores obtenidos a partir del ADN añade:

Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 [delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada], la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4) El caso especial de la investigación de la paternidad, prevista en el artículo 767.4 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, según el cual

La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

Previamente la STC 7/1994 había dictaminado la legitimidad de la imposición de la prueba de paternidad, basándose entre otras cosas en el límite directo del artículo 39.2 CE.

Todas estas intervenciones corporales legalmente previstas, externas y no consentidas, dando por hecho que existe una finalidad legítima (las mismas leyes nos dicen cuál es, y todas ellas encuentran acomodo, expreso o implícito en la CE, como límites indirectos del derecho fundamental), tienen que someterse al canon de proporcionalidad, el cual depende mucho de las circunstancias de cada caso (Gómez Amigo 2003: 69-81 y Canosa 2006: 244-249). En nuestra jurisprudencia las decisiones de mayor interés son la ya citada STC 207/1996 (sobre extracción de cabello) y la STC 215/1994 (sobre esterilización de incapaces), supuestos ambos donde se pone de manifiesto un cierto subjetivismo del juicio de ponderación, no por ello de imposible reconducción a categorías más objetivas de dogmática constitucional.

## 4. INTERVENCIONES CONSENTIDAS

Las intervenciones externas (realizadas por un tercero) consentidas por el titular del cuerpo resultan, como hemos visto, prohibidas legalmente si constituyen lesiones, o más exactamente, si requieren "para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico". Esta solución del legislador penal resulta a mi juicio problemática desde el punto de vista constitucional, y así se demuestra en la controversia de la doctrina penal sobre la materia<sup>24</sup>. Los casos Laskey, resuelto por la Cámara de los Lores en 1994, por tres votos contra dos, y confirmado (más bien por deferencia al margen de apreciación estatal) por la STEDH de 19 de febrero de 1997<sup>25</sup>, y KA y AD contra Bélgica, resuelto por la STEDH de 17 de febrero de 2005, ambos sobre prácticas sadomasoquistas, ponen de manifiesto una significativa evolución en el tratamiento de esta problemática, en la línea de favorecer la expansión de la libertad como autonomía, evitando concepciones metafísicas de la dignidad, limitantes de dicha libertad<sup>26</sup>. En todo caso, si

<sup>24.</sup> Un buen resumen del debate, donde se muestra la tendencia crítica de la dogmática penal española a la tipificación de las lesiones consentidas, en Carbonell Mateu (2015). Resulta significativo que otros autores (p. ej. Tamarit 2016) invoquen precisamente la dignidad, entendida esta vez en un sentido liberal y no paternalista, para criticar este tipo penal.

Virgo (2011: 40-56) expone bien el paternalismo moral implícito en la decisión británica.

<sup>26.</sup> Frumer (2013: 54-66) sintetiza bien el problema y concluye: "Parece inútil por tanto apelar al necesario respeto de la dignidad humana para sustentar las críticas que se formulan contra decisiones basadas en el derecho a disponer del propio cuerpo. En cualquier caso, la valorización del derecho a la autonomía personal parece estar ya bien arraigada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, a pesar de las críticas [de un sector de la doctrina francesa]. Como contrapartida, el Tribunal Europeo se muestra inflexible sobre la autenticidad y sobre las modalidades del consentimiento, con el fin de preservar todo el valor del derecho de la persona que impliquen a su propio cuerpo". Frumer tiene en mérito de plantear de cara el problema de fondo, y que da subtítulo a este trabajo. No puedo detenerme en un análisis detallado ni del paternalismo ni de la dignidad, bastando, para no escurrir el bulto, en sintetizar mi concepción como sigue: el paternalismo solo es constitucionalmente admisible de manera excepcional (básicamente, en casos de incapacidad básica del sujeto tratado paternalísticamente, Alemany 2006: 396-417) y la dignidad solo puede imponerse sobre la libertad (obviamente, si no hay daño a derechos fundamentales de terceros o a otros bienes constitucionales) en los mismos casos. Por cierto, en el mismo volumen que contiene el artículo de Frumer, Villaverde Menéndez se muestra en este tema algo confuso: viene a sostener que la dignidad (y luego un enigmático carácter objetivo de los derechos fundamentales, pues no se dice a qué derechos se refiere, y un no menos enigmático orden público constitucional) puede imponerse sobre la libertad, pero su argumentación me parece débil (Villaverde 2013: 125-132). Más correcto, en una línea similar (aunque más liberal) a la que defiendo, me parece el tratamiento del tema de su colega de Oviedo, Presno Linera (2015: 376-389).

no hay un derecho fundamental a la libertad sexual, la cuestión tiene que enfocarse desde el derecho general de libertad.

Algo similar sucede con la libertad de morir. Si no hay un derecho fundamental a morir, nuevamente el problema es de conflicto entre libertad y dignidad (o mejor dicho, desde la peculiar concepción de la dignidad que califica como objetivamente indigna la muerte propia). Aquí se añade además la igualdad, pues mientras que la inmensa mayoría de las personas pueden suicidarse si quieren, las personas por ejemplo tetrapléjicas no pueden hacerlo.

De otro lado, nuestro Derecho regula cuatro supuestos importantes de intervenciones consentidas sobre el propio cuerpo. Los tres primeros se encuentran en el artículo 156 CP, dentro del título sobre las lesiones, precisamente para excluirlas de la regla general de punibilidad de las lesiones consentidas<sup>27</sup>, y el cuarto, también en el CP (arts. 144-146), para permitir el aborto con consentimiento (con determinadas condiciones) de la embarazada. En los cuatro casos se trata (de momento) de ejercicio de la libertad a secas, y son regulados por la ley precisamente para garantizar que el consentimiento es real y que la operación quirúrgica se realiza con las necesarias garantías. Así, analíticamente:

- 1. El trasplante de órganos. Quien decide donar sus órganos ejerce su derecho general de libertad. La Ley 30/1979 prohíbe toda contraprestación económica (art. 2) y establece unos requisitos, destinados en esencia a garantizar que el consentimiento es real (art. 3), verificado por el responsable de la unidad médica (art. 6).
- 2. La cirugía transexual. No parece haber acuerdo sobre si la decisión de cambiar de sexo es ejercicio de un derecho fundamental<sup>28</sup>. Resulta significativo que la legislación sobre la materia sea autonómica

<sup>27. &</sup>quot;El consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil".

<sup>28.</sup> El TEDH ya lo incluye en el cajón de sastre del derecho a la vida privada; para la evolución de esta doctrina, Arzoz 2015: 382-387.

y no estatal<sup>29</sup>; de entenderse desarrollo, por ejemplo, del derecho fundamental de integridad física habría requerido ley orgánica. Considero más correcto entender esta decisión como ejercicio del derecho general de libertad. Nuevamente, la legislación pertinente (autonómica, recordemos) se preocupa ante todo de asegurar la efectividad del consentimiento.

- 3. La esterilización. La anterior legislación (antiguo art. 156 CP, vigente hasta la LO 1/2015) sobre esterilización de personas fue declarada constitucional en la Sentencia ya aludida en este trabajo. Para el supuesto más habitual, la vasectomía o la ligadura de trompas, se aplica la normativa general sobre el consentimiento informado. Considero también que la decisión de una persona de someterse a este tratamiento se incardina en la libertad a secas, no en el contenido de un derecho fundamental.
- 4. El aborto. Este caso queda fuera del artículo 156 CP pero resulta equiparable a los anteriores: una persona decide voluntariamente que un médico intervenga sobre su cuerpo, sin que estrictamente exista una enfermedad que requiera asistencia sanitaria<sup>30</sup>. Se regula de manera indirecta en el artículo 144 CP (si el aborto sin consentimiento está penado, cabe entender que el consentido se encuentra permitido) y sobre todo en la Ley Orgánica 2/2010 (pendiente todavía del análisis de su constitucionalidad por nuestro Tribunal Constitucional), dirigida en síntesis, nuevamente, a garantizar, en esta ocasión con gran detalle, la seriedad del consentimiento. Tam-

<sup>29.</sup> La última, de momento, es la Ley 8/2017, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género de la Comunidad Valenciana, en cuyo art. 5 encontramos el siguiente catálogo de derechos: "a) Al reconocimiento de su identidad de género libremente manifestada, sin la necesidad de prueba psicológica o médica; b) Al libre desarrollo de la personalidad acorde a su identidad y expresión de género; c) A ser tratadas de conformidad a su identidad de género en todos los ámbitos públicos y privados; d) A que se respete y proteja su integridad física y psíquica, así como sus decisiones en relación a su identidad y expresión de género; e) A recibir de la Generalitat una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas, educativas, sociales, laborales y culturales en referencia al desarrollo de su identidad y expresión de género; f) A que se proteja el ejercicio efectivo de su libertad y a no sufrir discriminación por motivo de identidad o expresión de género en todos los ámbitos de la vida". La falta de rigor del legislador es evidente. Cuando se aducen numerosas figuras para justificar la existencia de un derecho (también a veces la doctrina, p. ej., Belda 2004), es que no se tiene claro. Más correcta me parece la ya citada jurisprudencia del TEDH.

<sup>30.</sup> No comparto la tendencia a cambiar el sentido de las palabras para legitimar determinadas políticas; así, se habla de "salud sexual y reproductiva" cuando la salud no es esto (Escobar 2012: 1090-1093).

bién aquí resulta claro, a mi juicio, que nos encontramos ante el ejercicio del derecho general de libertad y no de un derecho fundamental. La STC 53/1985 (FJ 11) así lo afirma en uno de los supuestos inicialmente despenalizados, pero su razonamiento es aplicable a cualquier otro supuesto de aborto y también, en mi opinión, a las decisiones de trasplante de órganos, cirugía transexual y esterilización.

En definitiva, en los casos examinados de intervenciones consentidas nos encontramos ante formas de ejercicio del derecho general de libertad (con tendencia en algún supuesto, como la eutanasia o el cambio de sexo, hacia su configuración como derecho fundamental) que equivalen a una determinación negativa del contenido del derecho a la integridad física, por vía de la renuncia de derechos<sup>31</sup>, donde se da primacía a una concepción amplia de la libertad, sin que la dignidad tenga fuerza suficiente para impedirla.

### IV. EXAMEN ESPECIAL DE LA INALIENABILIDAD DEL CUERPO

En relación con las intervenciones consentidas, merece que nos detengamos en un problema particular, que nuevamente trae a colación el conflicto entre libertad y dignidad. La inalienabilidad del cuerpo, esto es, su exclusión del objeto de un contrato<sup>32</sup>, no aparece como tal en nuestro

<sup>31.</sup> Tampoco puedo extenderme en este problema, implícito en todo este trabajo y todavía insuficientemente desarrollado por la dogmática de los derechos fundamentales. En la dogmática civil, la solución que aporta Bustos para los "derechos personalísimos", con apoyo en Beltrán de Heredia, me parece razonable (y la cita es pertinente, por tratarse de un autor conservador pero con mucho sentido común): "La extrapatrimonialidad arguye: son irrenunciables por su titular. Al menos, así se expresa la doctrina. A mí me parece que debe precisarse esta nota. ¿No renuncia a la vida la madre que, en algún supuesto extremo y afortunadamente ya casi inexistente, ofrece su vida por dársela al nasciturus? ¿o el bombero por salvar a un semejante? ¿no hay renuncia en el donante de un órgano destinado a un trasplante? Lo que en verdad se quiere decir no es tanto que el titular pueda renunciar como que su renuncia carece de eficacia jurídica frente a terceros. Nadie puede hacer valer supuestas pretensiones o efectos jurídicos con fundamento en una renuncia previa de alguno de estos derechos por parte de su titular. Sencillamente, porque, a pesar de haber renunciado, el titular, en cualquier momento, puede volver de su acuerdo o revocar su renuncia. Depende exclusivamente de su voluntad la consumación de la renuncia: puede llevarla ĥasta el final, como en los ejemplos aducidos, pero nadie puede exigírsela jurídicamente" (Bustos 2008: 43-44). Nótese que nuestro autor en ningún momento invoca la dignidad como fundamento de la irrenunciabilidad, antes al contrario, aporta una concepción muy extensiva de la libertad, hasta el punto de que esta se ejerce sin límite temporal y permite incumplir pactos previos. Para una argumentación más detallada, Rodríguez Tapia 2003.

<sup>32.</sup> El concepto de inalienabilidad se utiliza sobre todo en Derecho administrativo, en

Derecho. En la doctrina francesa este principio se afirma con apoyo hoy en el artículo 16.1 del Código Civil (reformado en este punto en 1994, Ley 94-653), según el cual "El cuerpo humano, sus elementos y sus productos, no pueden ser objeto de un derecho patrimonial", pero se confunde aquí, a mi juicio, entre inalienabilidad y no patrimonialización. Ya vimos cómo en España legalmente los órganos son alienables pero no patrimonializables.

Por lo que aquí interesa, lo más parecido en nuestro ordenamiento a la regla francesa es el artículo 21 del Convenio de Oviedo, según el cual "El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro" (y en términos casi idénticos, el art. 3.2 c) CDF), que es Derecho vigente en España. También tenemos el artículo 5 de la Ley 24/2015, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, según el cual

No podrán ser objeto de patente [...] El cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia total o parcial de un gen. Sin embargo un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

En definitiva, inalienabilidad del cuerpo es algo más amplio que prohibición de lucro, pues aquel bien podría transmitirse pero de forma gratuita. Así se reconoce por la misma doctrina francesa, donde se citan no pocas disposiciones legales que autorizan la donación (no compraventa) de diversas partes o productos del cuerpo humano (Cabrillac 2017: 220). Por tanto, ni siquiera en Francia el cuerpo es en realidad inalienable.

relación con los bienes de dominio público, y no aparece expresamente en nuestro Código Civil. La categoría de los derechos inalienables tampoco es frecuente en la dogmática española de los derechos fundamentales. Sin embargo, podemos acordar que se refiere a la imposibilidad de que un determinado bien, propiedad de una persona (incluyendo por tanto el cuerpo propio), sea transmitido a otros, con independencia de que haya o no contraprestación económica. Es decir, la donación de los bienes inalienables se encontraría prohibida por definición. En un trabajo de interés, Martínez-Pujalte (1992) realiza una buena categorización del concepto de derechos inalienables, aunque finalmente la apoya en una concepción metafísica de la dignidad como la que en este trabajo estoy criticando, en tanto ignora (aquí ya totalmente) el valor de la libertad, que como mínimo debería tener el mismo peso; p. ej., p. 93: "la dignidad le es impuesta al hombre inexorablemente: el hombre no puede renunciar a tal atributo, ni es libre para ser o no ser hombre, para tener o no tener una dignidad que él mismo no se ha conferido".

El problema es entonces si el cuerpo es patrimonializable. Los supuestos más controvertidos son la prostitución, la maternidad subrogada y la transmisión a otros de partes del propio cuerpo. Veamos:

1) La prostitución (ejercicio de la libertad a secas) como tal no se encuentra expresamente prohibida en nuestro Derecho (sí en lugares públicos, art. 36.11 LO 4/2015) y lo cierto es que se ejerce de forma habitual e incluso creciente en nuestro país y en todo el mundo desde tiempo inmemorial. Podría pensarse que se encuentra implícitamente prohibida por los precitados artículos 21 del Convenio de Oviedo y 3.2 c) CDF, pero estos preceptos enuncian más bien un principio, que debe ser desarrollado por reglas (recuérdese además la reserva de ley en materia penal y sancionadora del art. 25.1 CE, que no puede ser colmada por tratado): si no hay sanción, no hay regla, y no resulta fácil que un tratado internacional pueda obligar al legislador futuro<sup>33</sup>.

Quedaría en todo caso abierta la cuestión de inconstitucionalidad por omisión legislativa, lo que exigiría demostrar previamente que la prostitución como tal es incompatible con la dignidad de la persona<sup>34</sup> (o con el

<sup>33.</sup> El problema es más bien de tipo procesal, pues no hay un cauce específico para obligar al Parlamento a dictar una determinada ley, dirigida en este caso a sancionar (penal o administrativamente) el ejercicio de la prostitución. No obstante, si la cuestión estuviera clara en Europa (y no lo está: p. ej., STJUE Jany y otras, de 20 de noviembre de 2001 y STEDH Tremblay contra Francia, de 11 de septiembre de 2007, ambas evitando pronunciarse sobre el tema), con imaginación jurídica podría encontrarse una vía, más si entra en juego el Derecho de la Unión Europea, más fácil de imponer al legislador estatal.

P. ej., Carmona (2007), pero sin desarrollo del concepto de dignidad que maneja y sin poder evitar su precomprensión ideológica. Más equilibradas y por tanto constitucionalmente adecuadas me parecen las interpretaciones de Rey Martínez (2006: 104-107) y de este mismo autor, junto a Mata y Serrano, cuando concluyen: "Si se aceptara la tesis de la prostitución como explotación, la única respuesta jurídica válida posible sería la de la prohibición incondicional de la prostitución, pues esta violaría la dignidad de la mujer (art. 10.1 CE), constituiría un trato degradante prohibido (art.15 CE) y una discriminación prohibida basada en el sexo (art. 14 CE). Si se aceptara el modelo de prostitución como trabajo, la consecuencia jurídica necesaria habría de ser la conformación de tal actividad dentro del resto de actividades profesionales o laborales (como manifestación de la libertad de oficio o de empresa). De la idea de dignidad y de su concreción en el sistema de derechos fundamentales de nuestra Constitución, no se deriva necesariamente, sin embargo, una u otra tesis. De la Constitución no se desprende un derecho fundamental a practicar la prostitución (ni a los derechos laborales y sociales aparejados) o que ésta sea reconocida como un oficio o profesión. Pero tampoco se deriva por fuerza de ella (como habría que entender si se aceptara la tesis de la prostitución como explotación/ataque a la dignidad) la obligación para el legislador de prohibirla porque suponga en todo caso (dejando a salvo la protección constitucional a los menores de edad e incapaces) un ataque a la dignidad de las personas que la ejercen" (Rey, Mata y Serrano 2004: 232-233).

derecho fundamental a la integridad, pero aquí el razonamiento es menos plausible, pues siempre se ha entendido, como sabemos, que este derecho no se ve afectado si hay consentimiento) y que debe ser prohibida en todo caso. Nuevamente la clave se encuentra a mi juicio en verificar en la práctica que el consentimiento es realmente libre. Si no hay acuerdo sobre la indignidad objetiva y absoluta de toda forma de prostitución, hay que dar primacía al valor de la libertad y permitir la prostitución consentida, es decir, dejar las cosas como están, al menos al nivel de los principios<sup>35</sup>.

- 2) En cuanto a la maternidad subrogada (popularmente, vientres de alquiler), ejercicio, nuevamente, de la libertad a secas, se encuentra prohibida pero con baja intensidad, no con sanciones administrativas ni penales (Romero Coloma 2016). La Ley 14/2006, sobre reproducción humana asistida, señala en su artículo 10 que
  - 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
  - 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
  - 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Encontrándose en tramitación una proposición de ley sobre la materia<sup>36</sup>, se plantea la cuestión siguiente: si la integridad no se ve afectada pues no hay lesiones y sí consentimiento, ¿puede el principio constitucional de dignidad de la persona limitar la libertad de las partes para contratar? El Convenio de Oviedo, en caso de que así lo interpretáramos, podría impedir contratar bajo precio, pero no impedir un acuerdo sin afán de lucro. La cuestión permanece entonces abierta y depende del concepto de dignidad que propongamos<sup>37</sup>. Desde la concepción que estoy soste-

<sup>35.</sup> Otra cosa es que, una vez permitida la prostitución libremente consentida, se opte por regularla por ley, opción esta sin duda conveniente, en la que aquí no podemos entrar.

<sup>36.</sup> Presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 8 de septiembre de 2017 y pendiente de toma en consideración por el Pleno (no parece fácil) en la fecha de cierre de este trabajo. El Informe del Comité de Bioética de España de 19 de mayo anterior ya se había pronunciado en contra de la legalización de toda forma de maternidad subrogada, basándose, nuevamente, en argumentos paternalistas y fácticos no demostrados.

<sup>37.</sup> En un reciente trabajo sobre el particular, Balaguer (2017) hace bien en mostrar sus precauciones sobre la libertad (muchas veces falsa) de los "sujetos débiles" (y no dejaré de insistir en la necesidad de demostrar, pero caso por caso, que la libertad es real y no manipulada, en línea con el TEDH), pero al final tampoco resulta convincente en

niendo (y que podríamos calificar, ya a modo de conclusión, como liberal moderada), el legislador podría permitirla (no está obligado a ella, pues no estamos ante el ejercicio de un derecho fundamental<sup>38</sup>), pero por coherencia con el Convenio de Oviedo, solo si se realiza de manera altruista.

3) Por último, una solución similar puede defenderse en lo relativo a la transmisión de partes del cuerpo. Ya vimos cómo nuestro Derecho, también en coherencia con el Convenio de Oviedo, permite la donación altruista de órganos, y lo mismo sucede en el ámbito de la reproducción asistida (art. 5.3 Lev 14/2006). La naturaleza alienable y no patrimonializable de las partes del cuerpo me parece un buen equilibrio entre los dos valores del artículo 10.1 CE, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, partiendo, como aquí se ha sostenido, de una concepción básicamente liberal de esta última<sup>39</sup>. Sin llegar al paternalismo jurídico ni a la transformación de la dignidad en una discutible moral colectiva que pueda imponerse contra la voluntad de los individuos, la dignidad puede justificar, en casos excepcionales, algunos límites a la libertad<sup>40</sup> (sobre todo cuando, como en los supuestos analizados, no estamos ante ejercicio de derechos fundamentales), que no afectan a su esencia: no se impide que una persona, de manera claramente consciente, informada y voluntaria pueda donar partes de su cuerpo pero sí que lo haga a cambio de dinero, prohibición ésta basada en una razonable presunción iuris et de iure de falta de libertad real (Moya 2015: 57-58) y en la conveniencia

su concepción de la dignidad (su ideología se impone a la interpretación sistemática de la Constitución). Al igual que sucedía en el tratamiento de la prostitución ofrecido por Carmona, se intenta imponer constitucionalmente un feminismo a mi juicio radical, que puede ser atendible por razones morales y políticas, pero no constitucionales. En esta línea, propuestas como la de De Miguel (2015) o Satz (2015), quien se refiere tanto a la prostitución como a la maternidad subrogada, pueden resultar de interés para el debate público (en ello no entraré) pero no si pretenden hacer decir a la Constitución lo que no dice. Más correctamente, a mi juicio, Presno y Jiménez Blanco (2014).

<sup>38.</sup> Quedaría en todo caso en pie la cuestión, ya planteada a propósito de la eutanasia en enfermos sin posibilidad de movimiento, de la afectación a la igualdad, pues salvo problemas de fecundidad, las parejas heterosexuales pueden tener hijos, y no así las parejas del mismo sexo y las personas solas.

<sup>39.</sup> Entre los dos modelos de la dignidad expuestos por Kingreen y Poscher (2017: 108-110), la teoría del valor y la teoría de la realización, resulta sin duda preferible la segunda, más coherente en el contexto de un orden constitucional fundado en la libertad.

<sup>40.</sup> Esta posición me parece más ponderada que la sostenida en los trabajos ya citados de Presno (demasiado escorado hacia la libertad, casi ya libre albedrío) y Martínez-Pujalte (demasiado escorado hacia la dignidad, entendida además como valor absoluto). En nuestra línea, pese a las muchas matizaciones que podrían hacerse, Enders (1997: 152-159) y Prieto (2005: 201-216).

de integrar estas conductas en el régimen de los derechos personalísimos y no en el régimen de la propiedad (García Manrique 2017).

#### V. REFERENCIAS

- Alemany, M. (2006): El paternalismo jurídico. Madrid, Iustel.
- Arzoz Santisteban, X. (2015): "Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar", en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático. Cizur Menor, Thomson–Civitas.
- Balaguer, M. L. (2017): Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social. Valencia, Cátedra.
- Bauman, Z. (2006): Libertad. Buenos Aires, Losada.
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2004): "Transexualidad y derechos fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferenciación", *Cuadernos de Derecho público*, nº 21.
- Bellver, V. (2016): "Bioética, Constitución y dignidad de la persona", en Santos, J. A.; Albert, M. y Hermida, C. (eds.), *Bioética y nuevos derechos*. Granada, Comares.
- Bustos Pueche, J. E. (2008): *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid, Dykinson, 2ª edición.
- Cabrillac, R. (2017): "Le corps humain", en *Libertés et droits fondamentaux*. París, Dalloz, 23ª edición.
- Canosa Usera, R. (2006): *El derecho a la integridad personal*. Valladolid, Lex Nova.
  - (2017): "La protección de la identidad personal", Revista de Derecho político, nº 100.
- Carbonell Mateu, J. C. (2015): "Lesiones", en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 4ª edición.
- Carmona Cuenca, E. (2007): "¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?", en Serra Cristóbal, R. (coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Díez-Picazo, L. M. (2013): *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 4ª edición.

- Doménech Pascual, G. (2006): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid, CEPC.
- Enders, C. (1997): *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*. Tubinga, Mohr Siebeck.
- Escobar Roca, G. (2005): *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Trama, Madrid.
  - (2012): Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
  - (2014): "El futuro de la dogmática de los derechos", Revista Catalana de Derecho Público, nº 49.
  - (2016): "¿Ideología de la Constitución o ideología de los jueces constitucionales?", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, vol. IX.
  - (2017): El Derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español. Valencia, Tirant lo Blanch.
  - (2018): *Nuevos derechos y garantías de los derechos*. Madrid, Marcial Pons.
- Espinar Vicente, J. M. (1995): "Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social", en García San Miguel, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*. Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá.
- Ferrater Mora, J. (1991): "Cuerpo", Diccionario de Filosofía. Barcelona, Círculo de Lectores.
- Foucault, M. (2012, original de 1975): *Vigilar y castigar*. Madrid, Biblioteca nueva/Siglo XXI.
- Frumer, P. (2013): "Variaciones sobre el tema de la renuncia a los derechos y libertades fundamentales", en *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Manrique, R. (2013): La libertad de todos. Barcelona, El Viejo Topo.
  - (2017): "La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietarista", Revista de Bioética y Derecho, nº 40.
- Gómez Amigo, L. (2003): Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

- Hierro, L. L. (2016): Los derechos humanos. Una concepción de la justicia. Madrid, Marcial Pons.
- Kingreen, T. y Poscher, R. (2017): *Grundrechte*. Heidelberg, C. F. Müller, 33<sup>a</sup> ed.
- Lamo de Espinosa, E. (1981): *La teoría de la cosificación. De Marx a la Escuela de Francfort*. Madrid, Alianza.
- Martínez-Pujalte, A. L. (1992): "Los derechos humanos como derechos inalienables", en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos humanos*. Madrid, Tecnos.
- De Miguel, A. (2015): *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid, Cátedra.
- Moya Guillem, C. (2015): "¿Límites justificados a la autonomía individual? A propósito de la prohibición penal del comercio voluntario de órganos humanos", en Doval Pais, A. (dir.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- Müller, F. (2016): La positividad de los derechos fundamentales. Madrid, Dy-kinson.
- De Otto y Pardo, I. (1988): "La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales", en *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas.
- Ovejero, F. (2002): La libertad inhóspita. Barcelona, Paidós.
- Presno Linera, M. A. (2015): "Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad", en Chueca, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid, CEPC.
- Presno Linera, M. A. y Jiménez Blanco, P. (2014): "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51.
- Prieto Álvarez, T. (2005): La dignidad de la persona. Cizur Menor, Thomson-Civitas.
- Rey Martínez, F. (2006): "La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas", *Nuevas Políticas Públicas*, nº 2.
- Rey Martínez, F.; Mata Martín, R. y Serrano Argüello, N. (2004): *Prostitución y Derecho*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- Rodríguez Tapias, J. M. (2003): "Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid, Civitas.

- Romero Coloma, A. M. (2016): *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*. Madrid, Dilex.
- Santamaría Arinas, R. y Bolaño Piñeiro, C. (2015): "Artículo 3. Prohibición de la tortura", en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático. Cizur Menor, Thomson– Civitas.
- Satz, D. (2015): Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2016): "Artículo 155", en Quintero Olivares, G. (dir.), Comentarios al Código Penal español (tomo I). Cizur Menor, Aranzadi, 7ª edición.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999): La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal. Madrid, CEPC.
- Villaverde Menéndez, I. (2013): "La renuncia de los derechos fundamentales", en *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Virgo, G. (2011): "Criminal Law", en What about Law? Portland, Hart.

## Capítulo 4

# Derechos sobre el cuerpo humano y propiedad: ¿de quién es mi cuerpo?

Elena Beltrán Pedreira Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. USOS DEL CUERPO HUMANO. III. RES-PUESTAS A LA PREGUNTA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PROPIEDAD A LOS DERECHOS SOBRE EL CUERPO HUMANO. IV. SOBRE LA PROPIEDAD. V. PERSONAS Y COSAS. VI. MÁS PREGUNTAS PARA CONCLUIR. VII. REFERENCIAS.

Resumen. Según la jurisprudencia de diversos países es posible que el cuerpo humano o partes del mismo puedan tener la consideración de propiedades, lo que nos lleva a preguntarnos acerca de los derechos de las personas cuyos cuerpos originan esas peculiares propiedades. Esta pregunta es de vital importancia en relación con una serie de nuevas situaciones, surgidas con los adelantos médicos y biotecnológicos contemporáneos. Por ello es imprescindible explorar la idoneidad de los derechos de propiedad para proteger los derechos de las personas sobre el uso de su cuerpo o de partes del mismo.

#### I. INTRODUCCIÓN

Es casi imposible aludir al cuerpo humano sin el uso de algún posesivo, mi cuerpo, su cuerpo, tu cuerpo. Sin embargo, no está claro el alcance de tal posesivo. Si, como parece, a tenor de la jurisprudencia de diversos países, es posible que el cuerpo humano o partes del mismo puedan tener la consideración de propiedades, entonces hemos de preguntarnos acerca de los derechos de las personas cuyos cuerpos originan esas peculiares propiedades, y esto es de vital importancia en relación con

una serie de nuevas situaciones, surgidas con los adelantos médicos y biotecnológicos contemporáneos. De ahí la necesidad de explorar la idoneidad de los derechos de propiedad para proteger los derechos de las personas sobre el uso de su cuerpo o de partes del mismo. La relevancia de las nuevas tecnologías y de los avances asociados a las mismas, relacionados en ocasiones con productos obtenidos a partir de los cuerpos de las personas, va unida a una más que probable, en algunos casos ya demostrada, posibilidad de obtener enormes ganancias económicas. De manera que podríamos aceptar con Holland que se ha desatado una nueva fiebre del oro y que el territorio ya no es el salvaje Oeste sino el cuerpo humano¹.

La cuestión de la que este *work in progress*<sup>2</sup> forma parte, plantea la pertinencia de reconocer algún título de propiedad a la fuente de procedencia de elementos del cuerpo humano, es decir a la persona de cuyo cuerpo se extraen tejidos, médula, cordón umbilical, óvulos, esperma, etcétera. Pues en muchas ocasiones esas materias más o menos, o incluso nada reelaboradas, son reconocidas como propiedades de laboratorios o empresas desde el momento en que salen del cuerpo humano, sean o no puestas en el mercado.

Podríamos asumir, siguiendo a Bjorkman y Hanson que los principios subyacentes a la protección de derechos relacionados con el cuerpo humano partirían de la necesidad de respetar la soberanía de una persona sobre su cuerpo; y habrían de conciliarse con la necesidad de permitir la extracción de materiales corporales para el beneficio terapéutico de esa persona, con la necesidad de permitir la remoción de materiales para el beneficio terapéutico de otra persona, sin un daño desproporcionado a la persona proveedora; con la necesidad de evitar la explotación, y con la necesidad de una eficiente distribución de materiales biológicos para

<sup>1. &</sup>quot;We are witnessing nothing less than a new kind of gold rush and the territory is the body" (Holland 2001: 261).

<sup>2.</sup> Este trabajo forma parte de una investigación en curso que se centra en temas de propiedad y cuerpo humano y trata temas previamente explorados en publicaciones anteriores de la autora: "El cuerpo humano: Propiedad sin derechos o derechos sin propiedad" en *Revista de Estudios Políticos* ISSN-L: 0048-7694, Núm. 169, Madrid, julio-septiembre (2015), págs. 137-166 doi: http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.169.05; "Property Rights in Human Bodies, Self-preservation and Human Rights" en *Property and Human Rights in a Global Context*, Edited by Ting Xu and Jean Allain, Oxford, Hart Publishing. ISBN 978-184946-726-1. El texto reproduce el contenido del seminario que tuvo lugar en la Universidad de Barcelona el 17 de noviembre de 2017. y recoge en gran medida lo publicado en el artículo "Mi cuerpo ¿De quién es? Propiedad y derechos sobre el cuerpo humano" en *RJUAM*, nº 35 (2017).

proteger la salud pública ¿Es el reconocimiento de una idea de propiedad el medio adecuado para la consecución de esos fines?<sup>3</sup>

Es frecuente deslizarse desde el debate acerca de la posibilidad de hablar de propiedad sobre el cuerpo humano a la mención de la *cosificación* de los seres humanos y a su mercantilización. Aunque tal vez sería admisible pensar en un cierto grado de *cosificación* al mencionar las partes del cuerpo humano que se pueden separar del mismo y ser tratadas, inevitablemente, como cosas. Esto no supondría necesariamente una *cosificación* de los seres humanos. Ni tampoco habría de implicar forzosamente su mercantilización. Por eso hay que separar el debate acerca de la propiedad en relación con el cuerpo humano del debate acerca de su mercantilización<sup>4</sup>. Al hacer esa separación, tal vez podamos escapar del tipo de objeciones que excluyen la posibilidad de propiedad total o parcial sobre el cuerpo humano bajo la premisa de que los seres humanos tienen dignidad y las cosas tienen precio<sup>5</sup>.

#### II. USOS DEL CUERPO HUMANO

Para hacernos una idea de la importancia de las preguntas acerca de la propiedad sobre el cuerpo humano tal vez no esté de más la mención de algunos casos conocidos y casi siempre recordados cuando se abordan estas cuestiones.

Un caso famoso en primer lugar, que ni siquiera es tal en los tribunales, y que el *New York Times* (7 de agosto de 2013) devolvió al primer plano. Se trata de la historia de Henrietta Lacks. Una mujer de 31 años, negra y pobre, enferma de un cáncer cervical extremadamente agresivo en el año 1951. De los tejidos que le extraen sin su conocimiento, y por tanto sin su autorización, en el hospital de Baltimore se deriva una línea celular, *HeLa*. Esta línea celular es una contribución vital para el avance científico en el desarrollo de la vacuna de la polio, en las drogas para tratar el herpes, leucemia, Parkinson y en otros muchos estudios cuyos resultados han generado, aparte de avances en la ciencia y en el tratamiento de enfermedades, ingentes cantidades de dinero. Ni ella ni su familia tenían ningún tipo de seguro de salud y tanto ella como algunos de sus descendientes murieron sin poder acceder a cuidados médicos muy básicos. Hasta el año 1973 sus familiares ni siquiera se enteraron de lo que ocurría. Esta historia da un giro el año 2013, cuando los científicos secuencian el genoma de Henrie-

Björkman y Hanson 2006: 209-14.

<sup>4.</sup> Harris 2001: 194, 352.

<sup>5.</sup> Munzer 1990: 266-275. Vid. Beltrán 2011 a y b.

tta y lo hacen público, otra vez sin el permiso de la familia, y violando claramente sus derechos de privacidad. Es ahora, con la enésima protesta de sus descendientes, más de sesenta años después de la muerte de Henrietta, cuando el Instituto Nacional de Salud (NIH, sus siglas en inglés) ha invitado a dos de sus miembros a formar parte del grupo de trabajo del *HeLa Genome Data Acces* encargado de evaluar sus aplicaciones. Por supuesto sin derecho económico alguno, pero aun así con la oposición de las empresas biotecnológicas y de algunos investigadores<sup>6</sup>.

El caso *Moore v. the Regents of the University of California* (1988) tiene algunas semejanzas con el caso anterior. En otros casos nos encontramos con la reivindicación de respetar el consentimiento otorgado, así en *The Washington University v. Dr. W. Catalona et al.* en el cual un numeroso grupo de antiguos pacientes apoya que sus muestras de tejidos sigan a disposición del Dr. Catalona cuando este abandona el laboratorio universitario donde trabajaba y con cuyos medios obtuvo sus muestras. El juez falla entonces en contra de la posibilidad de que los donantes de los tejidos tengan la capacidad de decidir acerca del destino de los mismos<sup>7</sup>.

En el caso *Colavito v. New York Organ Donor Network* una mujer dona los riñones de su marido fallecido a un amigo de la familia que los necesita. Uno de los riñones se coloca a un tercero y solo entonces, una vez colocado, los médicos descubren que el destinado a Colavito es inservible. Éste reclama una compensación alegando su propiedad sobre ambos riñones<sup>8</sup>.

Estos casos son solo una pequeña muestra para ilustrar el tema que nos ocupa<sup>9</sup>. Como hemos apuntado inicialmente, estamos ante un tema muy controvertido que exige muchas precisiones. Porque existen muy diferentes usos del cuerpo humano.

Algunos usos podríamos vincularlos con una prestación de servicios. A veces, a cambio de un precio, otras veces a cambio de una *compensación*. Me refiero a usos como los relacionados con los servicios sexuales o la maternidad subrogada. Este tipo de usos tienen unas características peculiares aunque no dejan de estar claramente relacionados con el trasfondo

<sup>6.</sup> Skoot 2010: passim.

<sup>7.</sup> Washington University v Dr. W. Catalona et al 437 F Supp 2d 985 (US District Court Missouri Eastern Division, 2006); 490 F 3d 667 (2007).

<sup>8.</sup> Colavito v New York Organ Donor Network Inc. 486 F 3d (2 nd Cir 2007).

<sup>9.</sup> En 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo decidió sobre el *Caso C-34/10 Brüstle v Greenpeace e V.* Podrían citarse otros casos, algunos aparecen citados por Esther Farnós en su libro.

de este trabajo<sup>10</sup>. Pues tienen que ver con los títulos que nos permiten controlar nuestro cuerpo y todo lo que procede del mismo.

Entre los usos posibles de material humano, podemos empezar por enumerar el uso de material procedente del cuerpo humano en la investigación. Tema con frecuencia conflictivo es el modo en que se obtienen las muestras para llevar a cabo esas investigaciones<sup>11</sup>. Los trasplantes son un uso habitual de partes del cuerpo humano, pero no solo hablamos de trasplantes de corazón, córnea, piel, riñón, lóbulos del pulmón, etc. Hay unos elementos como el cordón umbilical de los recién nacidos de los que se obtienen sustancias para el tratamiento de algunas clases de cáncer. Las células madre de embriones o de adultos son importantes en ciertas enfermedades. Los usos de tejidos o de sustancias que proceden del cuerpo para tratamientos de todo tipo van en aumento a medida que las investigaciones hacen avances. Muchos de estos productos son preciosos para la medicina y para la investigación por su potencial futuro y por su eficacia ya demostrada en muchos tratamientos. Puede derivarse un uso muy diferente de estos materiales a partir de la gran cantidad de información que se obtiene sobre la persona de la que proceden estos tejidos y sobre sus familiares.

Tropezamos con otros usos, a veces emparentados con la medicina, como la utilización de tejidos humanos para aplicaciones de estética; o en ocasiones nos sorprenden unos usos totalmente ajemos a la medicina o la investigación, como el empleo de partes de cadáveres o de sus propios cuerpos que hacen ciertos artistas en sus obras<sup>12</sup>.

La complejidad del asunto aumenta, si además de tomar en cuenta las implicaciones de cada tipo de tejido o de órgano, o del uso al que se quiere destinar, se atiende a los intereses en juego de personas, grupos o entidades. Un breve esquema de los mismos puede comenzar por mencionar los intereses de cada individuo en las partes de su cuerpo o en sus tejidos una vez separados de su cuerpo. Aparte de los beneficios médicos derivados de la extracción para pruebas y análisis para la persona implicada, en ocasiones esta persona puede estar dispuesta a permitir el uso de esos tejidos para la investigación, sin embargo quizá no desee renunciar a un cierto control sobre el destino de esas partes o derivados que inicialmente

<sup>10.</sup> Beltrán Pedreira 2011 a y b.

<sup>11.</sup> Goold 2014a: 4. Este apartado sigue en su mayor parte el esquema de este trabajo. Vid. el interesante libro de Hardcastle 2007; y Rodotà 2011: 51-76.

<sup>12.</sup> Goold 2014: menciona el caso *Regina v Kelly and Lindsay (C. A.) (1998) 3 All E. R. 741,* en el cual un artista usa partes diseccionadas del cuerpo humano, o el caso de Mark Quinn que usa como material de trabajo su propia sangre.

proceden de su cuerpo. A veces, como hemos visto, son meras cuestiones relacionadas con la privacidad. Pero no hay que descartar implicaciones de otro tipo, más profundas, más emocionales, vinculadas a las nociones del yo personal Para algunos, también las creencias religiosas desempeñan un papel en la exigencia de ciertos tratamientos, y por tanto en el control de su cuerpo<sup>13</sup>. Las pautas culturales siempre están latentes y se manifiestan con fuerza en algunos casos<sup>14</sup>.

La conciliación de todos estos intereses no siempre es sencilla y cuando surgen los conflictos ha de entrar el Derecho. De ahí la necesidad de un primer paso, que supone cuestionar la relevancia de la idea de propiedad en la regulación de todo lo que se relaciona con el cuerpo humano.

#### III. RESPUESTAS A LA PREGUNTA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PROPIEDAD A LOS DERECHOS SOBRE EL CUERPO HU-MANO

Cuando hablamos acerca de los derechos de propiedad sobre el cuerpo humano podemos encontrar tres respuestas posibles:

- 1. Una primera respuesta vendría de quienes asumen la posición de descartar que se pueda hablar de propiedad sobre el cuerpo humano o partes del mismo, pues tal cosa sería un modo de degradar a los seres humanos y de atentar además contra ciertas ideas de dignidad<sup>15</sup>.
- 2. En segundo lugar, contaríamos con quienes sostienen la idea de autodominio o *self-ownership* y entienden que las personas tienen un título de propiedad sobre sus cuerpos y a partir de este título legitiman la propiedad como un dominio absoluto, o casi, sobre todo aquello que surja a partir de las actividades de cualquier tipo realizadas con el uso de sus cuerpos.
- 3. Por fin, las posiciones, ciertamente minoritarias, de los que sin asumir la idea de autodominio o *self-ownership* en su sentido libertario, entienden que se puede aplicar al cuerpo humano, y a las partes del mismo, una idea de propiedad con características definidas y peculiares y destinadas a dar seguridad al control y capacidad de decisión de las personas.

<sup>13.</sup> Caso Yearworth and Others v. North Bristol NHS Trust (CA) [2009].

<sup>14.</sup> Así los casos citados por Goold 2014: 6, con respecto a las comunidades indígenas que piden la restitución de los restos guardados en los museos.

<sup>15.</sup> Munzer 1997.

Es muy importante destacar la diferencia fundamental entre la segunda y la tercera posición. Consiste en que los partidarios de la segunda posición, los libertarios defensores de la idea de *selfownership*, situarían la titularidad de la propiedad sobre el cuerpo en el punto de partida del que derivarían la autonomía y la agencia individual y todos los demás derechos; es el autodominio como propiedad de sí mismo, *selfownership*, el que legitima y fundamenta los derechos individuales.

Mientras que los defensores de la tercera posición, los no libertarios, podrían admitir una titularidad de derechos sobre el cuerpo, y por tanto también una idea matizada de autodominio o selfownership. La gran diferencia entre libertarios y no libertarios estaría en la fundamentación de esta titularidad, que en el caso de los no libertarios sería una derivación de premisas previas, es decir de las premisas morales que se sustentan en la idea de los seres humanos como agentes morales autónomos. Por eso es muy importante destacar en esta posición no libertaria la idea de que si bien puede existir una cierta afinidad entre la defensa libertaria de la selfownership y esta posición, la diferencia fundamental radica en una concepción de los derechos de propiedad sobre el cuerpo como una derivación de un principio de autonomía, de la capacidad de agencia individual y del autocontrol de decisiones. De manera que solo así sería admisible la asunción del lenguaje de la propiedad y la derivación de un título de dominio, ownership, sobre las partes del cuerpo, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones.

Es imprescindible entender, además, que hablar de derechos de propiedad sobre el cuerpo supondría una especial configuración de estos derechos, por la particularidad de su objeto. Podríamos pensar en la definición de unos derechos de propiedad con limitaciones en aspectos determinados como por ejemplo en lo relativo a su mercantilización, o en las transferencias, o en la exigencia de un consentimiento informado en determinado tipo de donaciones, o en la legitimación para recibir una compensación en determinados casos. Todo ello supondría una aproximación a una concepción de propiedad determinada que abordaremos en el siguiente apartado<sup>16</sup>.

<sup>16.</sup> En las leyes españolas aparecen unos criterios que la Organización Nacional de Trasplantes califica como núcleo del espíritu de la legislación sobre este tema: entre otros, menciona el respeto a la voluntad del donante, en caso de donantes vivos, previo consentimiento informado, perfectamente compatible con la presunción de consentimiento de donantes fallecidos, si no hay constancia de una expresión previa en contra. Queda clara la prohibición de recibir compensación económica por la donación de órganos. Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

En cuanto a quienes se sitúan en la primera de las posiciones mencionadas, los que afirman que la cuestión del control sobre el cuerpo humano desde el leguaje del derecho de propiedad es incompatible con la idea de dignidad humana merecerían una respuesta mucho más detallada de lo que es posible en este texto. Baste por el momento una breve aproximación. Entienden quienes se sitúan en esta posición que abordar la cuestión del control sobre el cuerpo humano desde el leguaje del derecho de propiedad sería incompatible con la idea de dignidad humana. Sin embargo, tal cosa no está tan clara como algunos pretenden. La idea de dignidad es lo suficientemente vaga como para poder ser configurada con contenidos diversos, y estamos lejos de llegar a un acuerdo sobre su significado. La mención de Kant suele ser inevitable en este punto para sustentar la posición de quienes se oponen a la mención de cualquier idea de propiedad relacionada con partes del cuerpo humano y la cita ineludible

"En el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. Lo que tiene precio puede ser reemplazado por alguna otra cosa equivalente; por el contrario, lo que se eleva sobre todo precio y no admite ningún equivalente tiene una dignidad<sup>17</sup>"

Sin embargo, lo habitual en quienes rechazan la idea de propiedad por atentar contra la dignidad de las personas es no diferenciar entre el precio de un ser humano como tal y el valor de mercado de elementos procedentes del cuerpo de esa persona. Dudo que los que asumen esta posición, supuestamente kantiana, rechacen la indemnización por daños sobre alguna parte de su cuerpo que le hace su seguro en caso de accidente de acuerdo a valoraciones sobre manos, dedos, piernas y demás. Y en el tema que nos ocupa, ni siguiera hablamos de mercado, solo de títulos de propiedad. Es más, si la concepción kantiana de dignidad humana que acompaña al desarrollo de la idea de derechos humanos nos parece adecuada, la dignidad sería inherente al hecho de ser persona, porque sería un atributo de los seres humanos por su pertenencia al reino de los fines<sup>18</sup>. La dignidad humana por tanto podría no ser contradictoria con la defensa de un cierto tipo de derechos de propiedad relacionados con partes del cuerpo de las personas. Más bien al contrario, una concepción de los derechos humanos fundamentada en la idea de seres humanos como seres autónomos y capaces de tomar decisiones acerca de sus vidas, en el

<sup>17.</sup> Kant: "Fundamentación de la metafísica de las costumbres" KW IV pp.434-435

<sup>18. &</sup>quot;El uso que hace Kant de la idea de dignidad descansa en una reacción innovadora con respecto a sus predecesores en la historia de la teoría política. La que identificaba dignidad con honor. Bajo la ética del honor solo algunas personas tenían dignidad", Munzer 1994: 267-267. Vid. Taylor 2003.

momento actual parecería exigir que esas personas sean capaces de tomar decisiones acerca de los usos de sus cuerpos<sup>19</sup>.

Para muchos autores relacionados con la bioética y sus textos está claro que la apelación a la dignidad humana supone en muchos casos la anulación de la autonomía individual. En el debate que se desarrolla en el campo de la bioética es indiscutible para el bando defensor de los derechos individuales el papel de caballo de Troya de la idea de dignidad humana cuando es esgrimida por los defensores de los fundamentalismos de todo tipo. Steven Pinker entiende que la idea de dignidad puede estar asociada a un significado potencialmente dañino asociado a posiciones religiosas fundamentalistas en muchos casos. No descarta la utilidad de una idea de dignidad en ciertas situaciones, pero sin atribuirle un peso central y en general su propuesta podría diluirse en consideraciones de autonomía y de respeto a la misma<sup>20</sup>.

Es verdad que la creencia más común sostiene que esa autonomía y esa capacidad de control pueden ejercerse a partir de otras premisas e incluso de diferentes construcciones jurídicas<sup>21</sup>. Así, la protección de los derechos sobre el cuerpo humano podría ser articulada con el haz de derechos derivados del derecho fundamental a la integridad física, libertades, seguridad, consentimiento. Sin embargo, los avances tecnológicos contemporáneos nos llevan a preguntarnos si estos mecanismos son suficientes cuando hablamos de la protección de los derechos individuales. Porque si aceptamos que "propiedad es poder", y que las personas necesitan mecanismos fuertes para defender los derechos de control sobre sus propios cuerpos, ya no solo contra amos, maridos o patronos, como en el pasado, sino también, ahora, contra otro tipo de entidades o de corporaciones, extraordinariamente poderosas, entonces el lenguaje de la propiedad sería un lenguaje mucho más articulado jurídicamente, y por tanto podría ser mucho más eficaz para defender derechos de control<sup>22</sup>.

#### IV. SOBRE LA PROPIEDAD

La propiedad (ownership) viene definida por Tony Honoré como "el más grande interés en una cosa reconocida en un sistema legal". Honoré menciona la propiedad como un haz de derechos (bundle of rights), y afirma

<sup>19.</sup> Sobre autonomía como fundamento de derechos humanos, vid. Laporta San Miguel 1987; sobre historia vid. Hunt 2008.

<sup>20.</sup> Atienza 2009; García Manrique 2009.

Vid. especialmente las conclusiones de Goold, Greasley, Herring and Skeane 2014: 281-299.

<sup>22.</sup> Vid. Dickenson 2014: 177-195.

que el objeto de ese haz de derechos son "cosas" en un sentido muy amplio, que puede incluir la propiedad intelectual, la buena voluntad o la reputación. En ocasiones no hablamos de una "cosa", nos dice este autor, sino de tener derechos sobre una cosa<sup>23</sup>.

Retoma Honoré la definición inicial del *Code Civil* francés, muy parecida a la de nuestro Código: "el derecho al disfrute y disposición de las cosas de la manera más absoluta, mientras que el propietario se abstenga de usos prohibidos por la ley". Está claro el dominio del propietario sobre el objeto de la propiedad, pero también aparece con claridad la posibilidad de limitación del disfrute y de la disposición de la cosa a partir de las leyes y sujetas a las limitaciones constitucionales. Nos recuerda Díez-Picazo que el dominio conlleva una cualidad inherente de elasticidad "en virtud de la cual bien por orden de las leyes o por voluntad de los particulares, los titulares pueden en determinados casos concretos quedar privados de alguna de las facultades que ordinariamente lo componen<sup>24</sup>".

La composición de ese *haz de derechos* que configuran el concepto de propiedad incluiría: el derecho a tener el control físico exclusivo sobre una cosa, hasta dónde ésta lo permita, el derecho a reclamarla y a que nadie interfiera en la reclamación; el derecho a usarla, el derecho personal del propietario a disfrutar de la cosa; el derecho a decidir cómo y quien usa la cosa, así en los contratos o licencias; el derecho a los rendimientos de la cosa en forma de frutos, rentas o aprovechamientos; el derecho al capital generado, es decir el poder de alienar la cosa, regalarla, venderla o hipotecarla y dividirla y la libertad de consumirla, estropearla o destruirla, la capacidad de transmitir o disponer de la cosa; el derecho a la seguridad o la inmunidad a la expropiación y la idea de que toda transmisión ha de ser consensual; la ausencia de término establecido para este derecho; la prohibición de uso dañino de la cosa; la posibilidad de ejecución en casos de responsabilidad; y otros intereses relacionados con legados, licencias, préstamos.

Estos "incidentes" de propiedad son en conjunto suficientes para constituir una idea de dominio (ownership), aunque no sean necesarios todos y cada uno de ellos a la vez<sup>25</sup>. Todos los "incidentes" no son individualmente considerados como condiciones necesarias para que una persona sea

<sup>23.</sup> Es en este sentido de vincular propiedad exclusivamente a cosas en el que Honoré también rechaza la posibilidad de hablar de propiedad sobre el cuerpo humano o sus partes, Honoré 1987: 179-180.

<sup>24.</sup> Díez-Picazo Ponce de León 2012: 33-35.

<sup>25.</sup> Honoré 1987: 161-192.

designada propietaria de una cosa. La idea de propiedad puede extenderse a casos en los cuales no todos los incidentes están presentes<sup>26</sup>.

En los primeros años del siglo pasado W. N. Hohfeld<sup>27</sup> publicó un análisis de los conceptos jurídicos en términos de relaciones binarias que ha servido como punto de partida para un rango muy amplio de empresas analíticas desde entonces. Expone este autor lo que serían los denominadores comunes básicos a través de las referencias de dos cuadros de correlaciones y oposiciones entre derechos, privilegios, libertades e inmunidades y sus opuestos y correlativos. Con este tipo de análisis no se considera necesario mencionar las relaciones persona-cosa que implica la idea de propiedad<sup>28</sup>. Así parecen considerarlo los autores como Stephen Munzer o Lawrence C. Becker.

Pese a las muchas críticas recibidas, y que no hemos mencionado aquí, la metáfora del *haz de derechos* de Honoré y los *conceptos jurídicos fundamentales* de Hohfeld pueden ser útiles a la hora de considerar la aplicación del lenguaje de la propiedad a los derechos sobre el cuerpo humano. Pues permiten una flexibilidad enorme en la configuración de los mismos, flexibilidad que es imprescindible, a la vez que, despojando estos derechos de esencialismos, franquean el paso a una regulación cuidadosa con el bien común y respetuosa con los derechos individuales. Permiten pensar en la articulación de una concepción *fina* (*thin*) de propiedad, que pueda aplicarse a las muy variadas situaciones relacionadas con el cuerpo humano<sup>29</sup>. Sin olvidar que el derecho fundacional de la propiedad es el de *auto preservación*, por el cual los seres humanos han de tener oportunidades para acceder a los recursos necesarios para su supervivencia, sin que las desigualdades jurídicas y económicas sean una barrera insalvable<sup>30</sup>.

#### V. PERSONAS Y COSAS

Nuestro Código civil se refiere en el artículo 348 a la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

Hablar de *cosas* origina algunos problemas a la hora de pensar en términos de propiedad en relación con los cuerpos de las personas. Podría

<sup>26.</sup> Honoré 1987: 165.

<sup>27.</sup> Hohfeld 1964.

<sup>28.</sup> Harris 2001: 121-125, sobre el análisis de Hohfeld y su aplicación a temas de propiedad.

<sup>29.</sup> Sobre una concepción *leve (thin)* de propiedad vid. Bennet 2014: esp. 209-214.

<sup>30.</sup> Beltrán Pedreira 2015a.

hacernos pensar que la propiedad serviría para bienes solo contingentemente relacionados con nosotros. En el caso del cuerpo humano nos puede llevar a pensar que solo se podría hablar de propiedad en relación con aquellas partes de nuestro cuerpo separables del mismo. Algunos autores afirman que no se puede decir que la conexión que tenemos con nuestro cuerpo sea una conexión contingente y, que en general, no contemplamos las partes del cuerpo como una propiedad, ni siquiera cuando alienamos nuestras inmunidades, al permitir a los médicos las intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, y esto aunque existan unos deberes de no interferencia por parte de terceros y una legislación que protege la integridad del mismo<sup>31</sup>.

Sin embargo, es bueno recordar que el grado en que consideramos las partes de nuestro cuerpo separables de nosotros depende de las convenciones sociales, de la tecnología y de nuestras intenciones. No parece lo mismo hablar de nuestros cabellos, o de nuestra sangre y de venderlos a cambio de un precio, que hablar de óvulos, o de esperma, que por cierto también se venden a cambio de un precio sin gran escándalo, y nos parece que todo lo anterior se diferencia de hablar de riñones, o de trozos de hígado. Podríamos pensar que un criterio posible para las diferencias podría ser la posibilidad de extraer el órgano o una parte del cuerpo sin menoscabo de la vida de la persona. En todos los casos mencionados eso parece posible, sin embargo, sigue pareciéndonos diferente hablar de cabellos y de riñones. O incluso de esperma. Tal vez no sea solo la separabilidad del cuerpo humano lo que es relevante, sino el nivel de intrusión que puede suponer esa separabilidad. Cuando las restricciones a la separabilidad sobrepasan unos ciertos límites es más probable que el poseedor de esos bienes los considere más que su propiedad, como una parte

<sup>31.</sup> En este sentido, Penner 1997. En las sociedades esclavistas si algo parecía estar claro es que los seres humanos podían ser propiedades. Aunque para Penner tal cosa carece de sentido "nadie puede hacer esta afirmación, salvo metafóricamente, porque es una afirmación que viola la lógica de los derechos de propiedad" (sic). "Una declaración de que A es dueño de X siempre es una declaración de hecho, no una verdad conceptual". "Dadas nuestras creencias compartidas sobre la personalidad, afirma Penner, nadie puede decir que es propietario de su cuerpo como un todo. Un propietario de esclavos, piensa este autor, puede ser el dueño de los cuerpos o de la determinación de las acciones de sus esclavos, pero ni el esclavo ni la persona libre puede ser dueña de su cuerpo o de sus acciones porque estas están inextricablemente unidas a su personalidad. "Si alguien es el amo de mi cuerpo o de mis acciones yo no puedo ser tratado por el derecho como plenamente humano porque mi personalidad no está guiada por mis decisiones. Nadie puede ser propietario de otra persona porque la persona objeto de la propiedad deja de ser persona al convertirse en propiedad, se reduce su cualidad humana". En realidad, esto es lo que sostenían muchos defensores de la esclavitud, lo cual no hacía que dejasen de ser seres humanos y de ser considerados como propiedades. Vid Penner 1997: 123-125.

constitutiva de su existencia. Pero los avances científicos y médicos nos colocan constantemente ante decisiones sobre temas y cuestiones nuevas, impensables poco tiempo antes. Si la cara de una persona es trasplantable, parece que la separabilidad está clara, pero qué decir de la contingencia de la relación de una persona con su cara. Estamos en un punto en que la volatilidad de criterios que en algún momento parecieron acertados hace imprescindible la exploración de alternativas.

En algún momento, entre los teóricos de la propiedad, era habitual contrastar la visión profana y el punto de vista jurídico con respecto a la propiedad. Para el profano la propiedad sería una relación entre una persona y una cosa, para el jurista la propiedad es un interés que siempre tiene que ver con relaciones entre personas, sobre el uso y explotación de cosas. Podríamos asumir que la propiedad es ambas cosas, una institución social y jurídica que controla relaciones entre personas, pero las relaciones de dominio entre personas y cosas desempeñan un papel en el proceso de organización de ideas y principios<sup>32</sup>.

En la tradición jurídica continental, encontramos las palabras de Hans Kelsen:

El *ius in rem* es, hablando estrictamente, un *ius in personam*, un derecho frente a las personas y no sobre las cosas, como el término parece sugerir [...]. El derecho de propiedad es la facultad que un individuo tiene frente a todos los demás, de exigir a estos que se conduzcan de cierto modo en relación con él, a saber, absteniéndose de cualquier interferencia en la facultad de disposición de la cosa objeto del derecho<sup>33</sup>.

#### VI. MÁS PREGUNTAS PARA CONCLUIR

Sigue en pie la pregunta acerca de la posibilidad de articular una idea de derechos de propiedad personales con respecto al propio cuerpo y unos derechos más directamente relacionados con partes del cuerpo humano que recojan la especificidad del mismo y que sean capaces de brindar una protección eficaz en esos casos en los cuales las respuestas jurisprudenciales nos dejan la sensación de una cierta falta de equidad, o de una situación de indefensión de una de las partes, precisamente la de aquella que reivindica algún derecho de control sobre algún elemento procedente de su cuerpo.

<sup>32.</sup> Harris 2001: 119.

<sup>33.</sup> Kelsen 1979a: 100-101; 1979b: 143-145 [1960].

Mientras los defensores de posiciones vinculadas con el libertarismo, desde el mundo jurídico o económico no tienen dudas acerca de la idea de *selfownership*, como propiedad absoluta sobre cuerpo y de todo lo que proceda del mismo o de las actividades que realiza; sin embargo, desde el bastión del rechazo hacia el uso de la idea de propiedad en relación con el cuerpo humano se entiende que la aceptación de esa idea supondría dar un paso decisivo en el camino de la *cosificación* de las personas. Este camino sería contrario a algunas concepciones de la dignidad humana, y para quienes se sitúan en esta línea de pensamiento, nos acercaría peligrosamente a la pendiente resbaladiza de una mercantilización sin cortapisas del cuerpo humano<sup>34</sup>.

En definitiva ¿podría aceptarse una idea de propiedad sobre el cuerpo, no-libertaria, destinada a reforzar el control y capacidad de decisión de los seres humanos. ¿A la vez que se piensa en una regulación cuidadosa que garantice el acceso a la salud y a los avances tecnológicos a todas las personas?

En la exploración acerca de las concepciones posibles de propiedad, la concepción de la propiedad como un *haz de derechos* cuenta con un considerable número de defensores. ¿Permitiría esta concepción de propiedad una flexibilidad que haría posible el encaje de la casuística compleja y variada relacionada con el cuerpo humano y sus componentes y podría dar cabida a todos los elementos relevantes en las diferentes situaciones con vistas a permitir una regulación adecuada?

Quedan muchas cuestiones pendientes. Pero me parece que el tema cobra mayor relevancia a medida que la biotecnología avanza y los cuerpos humanos son cada vez más claramente ese territorio en el que se desarrolla la última fiebre del oro.

#### VII. REFERENCIAS

Alchiam, A. A. (1973) "The Property Rights Paradigm", 33 Journal of Economic History.

Arneson, R. (1991): "Lockean Self-Ownership: Towards a Demolition" Political *Studies*, 39.

Atienza, M. (2009) "Sobre el concepto de dignidad humana" en Casado, M. (ed) Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Barcelona: Civitas.

<sup>34.</sup> Sobre esto vid. supra.

- Barzel, Y. (1989): Economic Analysis of Property Rights, CUP.
- Beltrán, E. (2011a): "Sexo, normas y mercados" Claves, 217, Nov.
- (2011b) "En los márgenes del derecho antidiscriminatorio: prostitución y derechos de las mujeres" Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Universidad de Granada.
- (2015a) "El cuerpo humano: Propiedad sin derechos o derechos sin propiedad" Revista de Estudios Políticos, Núm. 169, Madrid, julio-septiembre (2015), págs. 137-166.
- (2015b) "Property Rights in Human Bodies, Self-preservation and Human Rights" Property and Human Rights in a Global Context, Edited by Ting Xu and Jean Allain, Oxford, Hart Publishing.
- (2017) "Mi cuerpo ¿De quién es? Propiedad y derechos sobre el cuerpo humano" en *RJUAM*, nº 35, pp. 197-211.
- Bjorman, B. y Hanson, B. O. (2006): "Bodily Rights and Property Rights", 32 Journal of Medical Ethics.
- Becker, L. C. (1977): *Property Rights. Philosophic Foundations*, Routledge and Kegan Paul.
- Christman, J. (1994): *The Myth of Property: Toward an Egalitarian Theory of Ownership*. Oxford University Press
- Cohen, G. A. (1995): Selfownership, Freedom and Equality, Cambridge University Press.
- Dickenson, D. (2007): *Property in the Body: Feminist Perspectives*, Cambridge University Press.
- Díez-Picazo, L (2012): Fundamentos de Derecho civil patrimonial VI, Madrid, Civitas.
- Endicot, TH.; Getzler, J.; Peel, E. (Ed) (2006): *Properties of Law*, Oxford University Press.
- Farnös Amorós, E (2011): Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Atelier, Barcelona, 2011.
- Epstein, R. (1985): *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge University Press.
- Fabre, C. (2006): Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person, Oxford, Clarendon Press.
- Fried, B. H. (2004): "Left-Libertarianism: A Review Essay" *Philosophy and Public Affairs*, 32.

- Fried, B. H. (2005): "Left-Libertarianism Once More: A Rejoinder to Vallentyne, Steiner and Otsuka", *Philosophy and Public Affairs*, 33.
- García Manrique, R. (2009): "Las menciones de la dignidad en la Declaración" en Casado, M. (ed) *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Barcelona, Civitas.
- (2017): "¿Es mío mi cuerpo? Sobre la propiedad privada del cuerpo humano" en De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico coord. por María Casado, 2017, ISBN 978-84-475-4193-5, págs. 105-134
- Goold, I. (2014): "Why does it Matter How We Regulate the Use of Human Body Parts?" *Journal of Medical Ethics*, 40.
- Goold, I.; GREASLEY, K.; HERRING, J. and SKENE, L. (Ed) (2014): *Persons, Parts and Property. How Should We Regulate Human Tissue in the 21* st *Century?* Hart Publishing.
- Hardcastle, R. (2007): Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control. Hart Publishing.
- Harris, J.W. (2001): Property and Justice, Oxford University Press.
- Harris, J. (1975): "The Survival Lottery", Philosophy, 50.
- Hohfeld, W. H. (1964): Fundamental Legal Conceptions, Greenwood Press [1919].
- Holland, S. (2001) "Contested Commodities at both Ends of Life: Buying and Selling Gametes, Embryos, and Body Tissues" *Kennedy Institute of Ethics Journal* 11, n. 3.
- Honoré, T. (1987): "Ownership", Making Law Bind, Oxford, Clarendon Press [1960]
- Hunt, L (2008): *Inventing Human Rights. A History*. New York, Northon and C.
- Lippert-Rasmussen, K. (2008): "Against Selfownership: There Are No Fact-Insensitive Ownership Rights over One's Body" *Philosophy and Public Affairs*, 36, no 1.
- Kant, I. (1997): Kant "Fundamentación de la metafísica de las costumbres" KW IV pp.434-435 trad. cast. de N.Smig Vidal, Madrid, Santillana.
- Locke, J. (1988): *Two Treatises of Government*, Ed. Peter Laslett, Cambridge University Press.

- Lora, P.; Gascón, M. (2008): *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza ed.
- Munzer, S. (1990): A Theory of Property, Cambridge University Press.
- Munzer, S (1997): "Human Dignity and Property Rights in Body Parts", en *Property Problems: From Genes to Pension Funds*, edited by J.W. Harris, Kluwer Law International
- Munzer, S. (2013): "Property and Disagreement", en *Philosophical Foundations of Property Law*: 289-319.
- Nozick, R. (1977): Anarchy, State and Utopia, Oxford, Blackwell.
- Otsuka, M. (2003): *Libertarianism without Foundations*, Oxford University Press.
- (2005): "Why Left-Libertarianism Is Not Incoherent, Indeterminate, or Irrelevant: A Reply to Fried", *Philosophy and Public Affairs* 33: 201-22.
- Penner, J. E. (1997): The Idea of Property in the Law, Oxford University Press.
- Penner, J. y SMITH, H. E. (Ed) (2013): *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford University Press.
- Phillips, A. (2013), Our Bodies, Whose Property? Princeton University Press.
- Posner, R. (1986): Economic Analysis of Law, Little Brown.
- Rawls, J. (1999): A Theory of Justice, Harvard University Press
- Skoot, R. (2010): *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, New York, Crown Publishers.
- Taylor, C. (2003): *El multiculturalismo y "la politica del reconocimiento"*, Fondo de Cultura Económica.
- Vallentyne, P. "Libertarismo" http://plato.stanford.edu/entries/libertarianis-m/p.1.
- Vallentyne, Steiner, Otsuka (2005): "Why Left– Libertarianism", *Philosophy and Public Affairs* 33: 201-215.
- Waldron, J. (1988): The Right to Private Property, Oxford, Clarendon Press.

### Capítulo 5

## El gobierno del cuerpo entre "orden público" e "interés privado": una relectura crítica a partir de la noción de propiedad<sup>1</sup>

SILVIA ZULLO Universidad de Bolonia

SUMARIO: I. CUERPO, DERECHO Y PROPIEDAD: UN MARCO NORMA-TIVO PROBLEMÁTICO. II. EL CUERPO Y SUS PARTES ENTRE PRINCIPIOS, REGLAS Y PATENTES. III. PERFILES ÉTICOS Y IUS-FILOSÓFICOS EN EL CONTEXTO ESTADOUNIDENSE Y EURO-PEO, IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS.

Resumen. Este análisis examina algunos de los principales problemas presentes en el debate iusfilosófico actual respecto a la relación entre el cuerpo y sus partes, por un lado, y el derecho de propiedad sobre el cuerpo y sobre dichas partes, por el otro, destacando, sobre todo, la tensión entre intereses individuales e intereses colectivos y, más generalmente, entre "orden público" e "interés privado". La principal dificultad que esta reflexión pretende sacar a la luz tiene que ver con la adopción del modelo propietarista como el criterio más adecuado para resolver problemas que tienen que ver con los derechos de la persona y con valores morales como la solidaridad, la vulnerabilidad, la autonomía y la justicia.

Traducción de Pablo Scotto Benito. El texto es una versión parcialmente revisada del artículo "Corpo e property rights: limiti e criticità nel bilanciamento tra interessi individuali e collettivi", publicado en la Revista de Bioética y Derecho, 42 (2018): 143-161.

#### I. CUERPO, DERECHO Y PROPIEDAD: UN MARCO NORMATI-VO PROBLEMÁTICO

El tema del gobierno del cuerpo es un asunto de actualidad y una de las cosas a las que juristas, filósofos y científicos están prestando mayor atención es a las implicaciones éticas y filosófico-jurídicas del intercambio de material biológico en la investigación genética, en la genómica, en el establecimiento de plataformas de recogida de datos clínicos y de las correlativas muestras biológicas almacenadas en biobancos, y en los procesos de creación de patentes de materia viva. En el centro del debate sobre el gobierno del cuerpo está el concepto de propiedad sobre el cuerpo y sus partes. Más precisamente, el debate gira en torno a la forma de entender el derecho de propiedad sobre el cuerpo y sus partes, en relación a la tensión que existe entre los intereses individuales y los intereses colectivos, o entre principios morales que se oponen entre sí, como la autonomía y la solidaridad. El análisis que aquí se propone se ocupa, desde un punto de vista filosófico-jurídico, de las normas jurídicas vigentes, de la jurisprudencia más significativa y de algunas políticas implementadas, que muestran, en conjunto, las diferencias entre los marcos normativos aplicados en función del contexto socio-político de que se trate. Estas diferencias son especialmente observables entre los marcos estadounidense y europeo, y tienen que ver, básicamente, con la distinta forma de entender los intereses en juego, los principios morales y los derechos de propiedad sobre el cuerpo. Cuestiones, todas ellas, que nos remiten a asuntos de gran calado, como la comercialización de material biológico, la propiedad sobre los tejidos, la posibilidad de patentar material viviente e, incluso, la libertad de la investigación científica.

Como se verá a partir de los casos judiciales más conocidos sobre el uso del modelo propietarista, el binomio libertad-propiedad ha sido empleado por los tribunales estadounidenses para fines puramente económicos, haciendo así inclinarse la balanza del lado de la investigación o, más precisamente, del lado del mercado biotecnológico. En el sistema jurídico continental, la cuestión de la juridificación del cuerpo y sus partes, en lo que respecta al modelo propietarista, se ha producido con la entrada del cuerpo en la disciplina a veces llamada "ciencia biojurídica", o también "bioética". Una entrada consagrada ya en el "Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" (Oviedo, 1997), dentro de un marco normativo que exige el respeto a la integridad física de las personas y la protección de otros derechos y libertades fundamentales en cualquier intervención realizada en el ámbito de la salud o de la investigación. Además, con respecto a la recolección y posible uso de materiales biológi-

cos y tejidos humanos para investigación, el Convenio establece un principio por el cual se permite el uso y almacenamiento de muestras, siempre que se proporcione información adecuada, que los datos recogidos sean anónimos y que se haya obtenido un consentimiento escrito, todo ello de acuerdo con el principio fundamental -reconocido a nivel internacional y recogido también en el artículo 21 del propio Convenio- que declara la prohibición de lucro sobre cuerpo y sus partes<sup>2</sup>. Sin embargo, cayendo en no pocas ambigüedades, en el Convenio también se señala que el material tomado puede ser almacenado o usado para diferentes propósitos, siempre que exista consentimiento informado del donante. En relación con esto, es importante destacar que en Europa han ganado fuerza dos conceptos clave, los de orden público y moralidad. Estos conceptos, aunque ambiguos, excluyen la mercantilización del cuerpo y favorecen la lógica de la solidaridad social, con el objetivo de tutelar, sobre todo, la salud y teniendo como referencia a la persona, más que a la naturaleza intrínseca del cuerpo, de sus partes y de sus productos, como también se subraya en el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000). Son precisamente estos dos conceptos, orden público y moralidad, los que sirven como "preceptos" morales en la normativa europea sobre patentes. La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas está recogida en la Directiva 98/44 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>3</sup>. Allí se señalan los límites de las patentes de material biológico, con la intención de proteger al cuerpo humano de cualquier clase de ex-

<sup>2.</sup> Council of Europe (1997: 6).

<sup>3.</sup> European Parliament, Council of Europe (1998: 6-7): Artículo 5

<sup>1.</sup> El cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, no podrán constituir invenciones patentables.

<sup>2.</sup> Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

<sup>3.</sup> La aplicación industrial de una secuencia o de una secuencia parcial de un gen deberá figurar explícitamente en la solicitud de patente. *Artículo 6* 

<sup>1.</sup> Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que este´ prohibida por una disposición legal o reglamentaria.

<sup>2.</sup> Én virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: a) los procedimientos de clonación de seres humanos; b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano; c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales; d) los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos

plotación, y estos límites los establecen justamente los dos conceptos antes mencionados, que están sin duda en el centro del debate actual sobre el estatuto moral y jurídico del cuerpo, incluida también la cuestión de los derechos de propiedad sobre el cuerpo y sus partes y la relación de todo ello con los valores de la dignidad, la libertad, la solidaridad y la justicia.

Que la cuestión es mucho más compleja de lo que se podía imaginar al comienzo de este debate, entre finales del siglo XIX y principios del XX, cuando el dualismo cartesiano mente-cuerpo parecía un esquema apropiado y suficiente para comprender y establecer los límites de ambas dimensiones, es algo evidente en el debate contemporáneo, que está marcado por el paso del paradigma según el cual tenemos un cuerpo a aquel que afirma que somos un cuerpo. Teniendo esto en cuenta, no son pocas las dificultades que implica el considerar como propiedad del sujeto aquellas partes del cuerpo que pueden considerarse una expresión de su identidad biológica, en tanto que no son "autónomas" ni "reproducibles"<sup>4</sup>. Además, para el modelo propietarista –según el cual la muestra biológica, una vez separada del cuerpo, se considera un "bien mueble" y, por lo tanto, es objeto de propiedad igual que cualquier otro bien- se vuelve aún más problemático definir la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien, así como la titularidad de los correspondientes derechos de la persona<sup>5</sup>. De aguí se sigue, por un lado, que el fenómeno de la "diseminación del cuerpo" es cada vez más tangible, desde el creciente intercambio y uso de muestras biológicas o productos corporales -como gametos, sangre, células y tejidos depositados en los biobancos- hasta los actos de disposición del cuerpo y las crecientes solicitudes de reconocimiento de patentes biotecnológicas; por otro lado, este fenómeno ha resultado ser extremadamente complejo y esquivo para las categorías jurídicas tradicionales, que no logran proporcionar respuestas adecuadas a la hora de regular el enorme flujo de materiales e información derivados de la revolución biotecnológica, así como las operaciones de mercado relacionadas con el valor acumulado por el llamado biocapital<sup>6</sup>. Los principales problemas radican en la idea de que la noción de propiedad puede ser apropiada para dar cuenta

sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos.

<sup>4.</sup> A diferencia de otras partes del cuerpo, como el cabello, que sí pueden considerarse bienes comercializables, ya que pueden regenerarse y no afectan a la identidad de la persona; y a diferencia, también, de aquellas partes del cuerpo que son autónomas, como tejidos que tienen su propia capacidad funcional, y en relación a los cuales el donante, en el momento en que firma el consentimiento para el explanto, pierde la posibilidad de administrar su bien.

<sup>5.</sup> Charo (2006), Rao (2007).

<sup>6.</sup> Rose (2008).

del estatuto jurídico de la muestra biológica, o –más generalmente– de las partes separadas del cuerpo, porque esto implica aceptar la *legitimidad* de los derechos de propiedad y de los intereses relacionados con ellos. Más concretamente, supone reconocer la disolución de los límites entre *res* y *persona*, entre propiedad y personalidad, de modo que pueda encontrar acomodo, desde un punto de vista ontológico, la pretensión de controlar ese bien. El problema es aún más complicado si se tiene en cuenta el hecho de que las muestras biológicas ya no son vistas únicamente como "cosas" físicas, sino como "bienes" físicos que contienen datos e información personal y que están tutelados, en tanto que tales, por normas y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la salud, a la intimidad y a la autodeterminación.

Las oportunidades de intervenir directamente sobre el cuerpo y sus partes –aislándolas, manipulándolas y conservándolas– han sido utilizadas para un doble propósito: el uso de material biológico con fines de investigación, por un lado, y la posibilidad de disponer del propio cuerpo y sus partes para obtener ganancias, por el otro. Este fenómeno ha puesto en cuestión, en particular en los casos judiciales de los últimos veinte años, no solo el modelo propietarista, sino también el paradigma de la dignidad humana y de la integridad de la persona, al menos en lo que respecta a su relación con la realidad biológica. Las innovaciones biológicas, y especialmente el uso del cuerpo y sus partes, han conducido a un progresivo cambio conceptual y normativo, fundamentalmente en lo que respecta a la definición del estatuto ético-jurídico del cuerpo humano y sus partes, alimentando una discusión que se ha vuelto central en el debate ético y iusfilosófico contemporáneo.

El cuerpo, en su relación con la ciencia, el Derecho y el mercado, devino candidato a la titularidad de un complejo catálogo de libertades y derechos, que encontraron un primer intento de sistematización en las Cartas y Declaraciones de derechos fundamentales y, de una forma más exigible, en la regulación biojurídica europea e internacional. Sin embargo, ante las controversias y los dilemas ético-jurídicos emergentes, es cada vez más necesario aclarar el estatus ontológico de los derechos, de las libertades sobre y del cuerpo y de los intereses de la ciencia y de las personas. Esta clarificación debe realizarse, eso sí, sobre el trasfondo del reconocimiento del principio de la dignidad humana y del derecho a la integridad de la persona. Es necesario revisar, en particular, la forma en que el Derecho comprende la propiedad de la materia viva, así como el modelo antropológico "propietarista", del que deben rescatarse sus pretensiones originales, para así poder abordar con mayor claridad las controversias éticas y

iusfilosóficas resultado de las recientes innovaciones tecnocientíficas y de las invenciones biotecnológicas.

# II. EL CUERPO Y SUS PARTES ENTRE PRINCIPIOS, REGLAS Y PATENTES

La interpretación del concepto de propiedad en relación a los principios de dignidad, libertad, solidaridad y justicia desempeña un papel fundamental en la forma en que se ha producido la juridificación del cuerpo, así como la definición de los derechos de propiedad relacionados con este. Así las cosas, las doctrinas iusfilosóficas están llamadas a entrar en esta cuestión de la pertenencia del cuerpo, que puede abordarse desde los derechos de propiedad, pero también desde los derechos de la persona. Los criterios de decisión adoptados en las dos últimas décadas han mostrado una importante debilidad normativa, resultando insuficientes para captar la importancia del estatus ontológico de los derechos de propiedad relacionados con el cuerpo y sus partes, así como para justificar posibles formas de regulación<sup>7</sup>. El escenario jurídico actual se ha orientado, en algunos casos, hacia formas de regulación caracterizadas por el recurso excesivo a la prohibición y a la moratoria en todo lo relativo al uso del cuerpo y sus partes, mientras que, en otros casos, se han introducido formas de donación carentes de un marco jurídico debidamente estructurado en términos de tutelas y garantías, entre las cuales la llamada "donación altruista" constituye el ejemplo más reciente en el ámbito de los trasplantes de órganos<sup>8</sup>. Entender cuáles son las razones que explican los éxitos parciales, y quizá engañosos, de la regulación existente en esta materia, es crucial no solo para entender mejor la relación entre el cuerpo y sus partes, sino también para definir un marco normativo más adecuado; uno que, aunando principios, normas jurídicas y enfoques jurisprudenciales, pueda estar a la altura de los problemas hoy emergentes.

En el debate de las dos últimas décadas, los tribunales y los ordenamientos jurídicos, llamados a pronunciarse sobre cuestiones objeto de debate, han reaccionado a la insuficiencia de las instituciones y dispositivos jurídicos vigentes situando el concepto filosófico-jurídico de *propiedad* en el mismo plano que las nociones de *libertad* y *dignidad*, como respuesta a

<sup>7.</sup> Sobre la teoría de los derechos de propiedad en el ámbito iusfilosófico, véase: Honoré (1961), Patterson (2003), Ferrajoli (2003). Sobre el tema del cuerpo y los derechos de propiedad, véase: Douglas y McFarlane (2013), Gold (1997).

<sup>8.</sup> Las donaciones están reguladas en numerosas Cartas supranacionales. Entre ellas, en los artículos 19 y 22 del Convenio de Oviedo (1997) y en el artículo 3.2 de la Carta de Niza (2000).

la necesidad de decidir si los individuos pueden disponer -y en qué medida- del propio cuerpo y sus partes (con fines de investigación o de lucro) o bien deben ceder su control a terceros (para los mismos fines). Las formas de comprender las múltiples relaciones que unen a las personas con sus cuerpos adolecen de importantes contradicciones e incoherencias, debidas a la diversidad de enfoques empleados, aunque también es cierto que ha habido un acuerdo general sobre la conveniencia de poner en marcha medidas preventivas que puedan evitar la exposición del individuo a los riesgos que implica la mercantilización del cuerpo humano. Si, por un lado, el estatus ontológico de la corporeidad es difícilmente reconducible a una interpretación unitaria -tanto desde un punto de vista dogmático como desde un punto de vista normativo-, la relación persona-cuerpo, por otro lado, sí que ha encontrado una suerte de marco común de referencia, a través del principio personalista y la referencia constante a la dignidad de la persona y a la protección de su "identidad", aunque ni el legislador nacional ni el europeo han asumido posiciones claras en la materia; en cambio, la distinción "cuerpo sujeto" y "cuerpo objeto" se ha configurado apelando, en última instancia, al modelo propietarista que, mediante modalidades y enfoques diversos y en ocasiones contradictorios -basta pensar en las diferencias que existen en esta materia entre el contexto estadounidense y el europeo-, no se ha preocupado de enmarcar dogmáticamente los derechos de propiedad en el conjunto de relaciones y actos que dicho modelo permite realizar<sup>10</sup>.

En la sentencia de 1908 del caso Doodeward v. Spence, la Corte Suprema de Australia sostenía que el cuerpo humano, o una parte del mismo, podía convertirse, desde un punto de vista jurídico, en objeto de propiedad de aquel a quien pertenece. La Corte estaba aplicando un razonamiento lockeano, según el cual:

Aunque los hombres en conjunto poseen la tierra y todas las criaturas inferiores, cada hombre individual tiene una propiedad en su misma persona; y a ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos, podríamos decir, son propiamente *suyos*. Por lo tanto, cuando saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, está mezclando su trabajo con ella y está añadiéndole, al hacerlo, algo que es suyo; de este modo la hace su propiedad. Este hombre ha sacado la cosa del estado común en el que la naturaleza la había puesto, y por medio de

<sup>9.</sup> Marway, Johnson y Widdows (2014).

<sup>10.</sup> Douglas y McFarlane (2013), Goold y Quigley (2014).

este trabajo se ha agregado a la cosa algo, que excluye el derecho a ella por parte de otros hombres: debido a este trabajo, la cosa es, sin lugar a dudas, propiedad del trabajador, de tal forma que ningún otro hombre puede tener derecho a una cosa a la que ha sido añadido trabajo, al menos allí donde haya suficiente, y tan bueno, dejado en común para los demás<sup>11</sup>.

El sistema de patentes ha contribuido al asentamiento de esta lógica, que se originó a partir de la idea de recompensar los esfuerzos innovadores y creativos, a través del reconocimiento de los llamados *derechos de propiedad intelectual*<sup>12</sup> en forma de patentes biotecnológicas, cuya creación deriva de algún modo del esfuerzo e inventiva del ser humano, del científico, como en el conocido –y podría decirse que también pionero– caso Diamond v. Chakrabarty (1980)<sup>13</sup>.

A finales de los años ochenta, varias sentencias de los tribunales estadounidenses expresaron su rechazo hacia la idea de propiedad sobre el cuerpo en casos controvertidos. Estos casos mostraban la falta de un marco de principios y normas coherentes, capaces de equilibrar los intereses de los individuos y de la sociedad sobre el cuerpo y sus partes, como sucedió en la conocida sentencia Moore v. Regents (1990) de la Corte Suprema de California. En esta ocasión, no se reconoció al sujeto la titularidad de los derechos de propiedad sobre el propio cuerpo y sus partes, en este caso sobre su bazo, que contenía una línea celular particularmente rara; pero, al mismo tiempo, se concedió la patente a quienes derivaron nuevas invenciones del estudio de las líneas celulares generadas por el bazo del señor Moore.

Estos casos, que se han vuelto paradigmáticos, constituyen éxitos parciales, debido no solo al mayor o menor reconocimiento de la noción de propiedad junto a las nociones de libertad y autodeterminación, sino también a la ambigüedad y la falta de claridad de los criterios adoptados para juzgar las relaciones entre estas nociones; esta falta de claridad es especialmente evidente cuando se asigna al cuerpo un estatuto jurídico que le hace titular de derechos y, a continuación, se le atribuye un estatus

<sup>11.</sup> Locke (2010).

<sup>12.</sup> Pila (2014).

<sup>13.</sup> United States Supreme Court, Diamond v. Chakrabarty, 447 U. S. 303 (1980). Se trata de la sentencia en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos otorgó permiso, por primer vez, para patentar organismos genéticamente modificados. Chakrabarty había conseguido modificar una bacteria, a través de técnicas de ingeniería genética, para hacerla capaz de degradar los productos derivados del petróleo. La Corte Suprema decidió que la invención era patentable, dado que se trataba de un producto del ingenio humano, aunque fuera materia viva.

diferente, en tanto que objeto de propiedad y de contrato. Esto sucedió no solo en el caso de Moore, sino también en otros casos recientes en EE. UU., Como Greenberg v. Miami Children's Hospital (2003) y la Washington University v. Catalona (2006)<sup>14</sup>, donde se abordó en parte la cuestión del estatuto jurídico de las muestras biológicas utilizadas con fines de investigación. En realidad, solo el segundo caso, más reciente, se ha ocupado propiamente del estatuto jurídico de las materias primas (*raw materials*) donadas voluntariamente, mientras que los casos Moore v. Regents y Greenberg v. Miami Children's Hospital, aunque hayan abordado el tema, se centraron más bien en la transformación de la materia prima y en su comercialización mediante patente.

De todas formas, incluso en los casos más recientes surge una contradicción de fondo: por un lado, existe una tutela jurídica que está basada en una doctrina muy extendida sobre la forma de proteger tanto a la propiedad intelectual del cuerpo como a las modalidades de concesión de patentes sobre genes o líneas celulares, por parte de científicos, institutos de investigación, universidades u organismos privados; pero, por otro lado, hay una falta de tutelas y garantías en lo que concierne al cuerpo como "materia prima" (o "materia en bruto"), sobre la cual el sujeto reclama formas de control. Una de las razones de esta situación hay que buscarla en la distinción, no muy funcional en términos justificativos, entre partes físicas del cuerpo y propiedad intelectual del cuerpo, según la cual las partes (físicas) del cuerpo son materia prima, mientras que los genes o las líneas celulares se conciben como materiales sobre los que trabajar, mediante el uso de la técnica. En concreto, los casos mencionados anteriormente ponen de manifiesto una falacia en los diferentes paradigmas iusfilosóficos que están en la base de los pronunciamientos y las decisiones judiciales: el cuerpo en sí mismo no es tratado como una propiedad, pero después la lógica de las decisiones de los tribunales -que declaran explícitamente que el cuerpo no es una propiedad privada en posesión de los demandantes- es la de concebir las partes separadas del cuerpo desde la categoría de propiedad, en tanto que estas partes separadas son susceptibles de ser capturadas por quien les otorga un valor comercial y productivo. Los tribunales defienden así las actuaciones de los científicos, que en el caso Moore habían creado la *Mo cell line* y en el caso Greenberg habían aislado el gen de la enfermedad de Canavan (degeneración espon-

United States District Court, S. D. Florida, Miami Division, Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, 264 F. Supp. 2d 1064 (2003); United States District Court, E. D. Missouri, Eastern Division, Washington University v. Catalona, 437 F. Supp. 2d 985 (2006).

josa del cerebro)<sup>15</sup>. En pocas palabras: "configurando los usos secundarios como un conflicto entre privacidad y propiedad", la Corte Suprema de California "ha generado una duplicidad en lo que respecta al destino de los materiales biológicos, concibiéndolos, para quienes los donan, de una forma ambigua: bajo el signo de la autonomía, aunque también desde la voluntad implícita de abandono (*res derelictae*); y como *res nullius*, y por lo tanto como el posible sustrato de un trabajo intelectual patentable, para quienes los adquieren<sup>16</sup>".

En el caso Moore, la Corte enfatiza una distinción entre el punto de vista material y el punto de vista jurídico, es decir, entre el tejido y la posterior creación de la línea celular, para después reconocer que la propiedad inmaterial se atribuye legítimamente, mediante patente, al autor de la "invención", sin considerar que puede aplicarse el mismo argumento con respecto al "autor" del material biológico original. La Corte niega que el señor Moore pueda reclamar derechos de propiedad sobre su material biológico, atribuyendo ese derecho a los investigadores y reconociendo al paciente, solamente, su derecho a la autodeterminación a través del consentimiento informado<sup>17</sup>.

<sup>15.</sup> En el caso Greenberg v. Miami Children's Hospital, los jueces retoman buena parte de los argumentos formulados en el caso Moore y ejercen su influencia en lo que respecta a la donación voluntaria del matrimonio Greenberg -al doctor Matalon y al hospital infantil de Miami- de tejidos y otras muestras biológicas tomadas de sus hijos, afectados por la enfermedad de Canavan, un trastorno genético caracterizado por la degeneración cerebral progresiva. El objetivo de la donación era identificar y aislar el gen responsable de la enfermedad, con el fin de llevar a cabo una prueba de diagnóstico de bajo coste a disposición del público. Sin embargo, el investigador, una vez descubierto el gen responsable de la enfermedad, obtiene la patente del gen. El matrimonio Greenberg acude a los tribunales, alegando que se ha producido una violación de la relación fiduciaria entre el médico y los pacientes, así como la falta de consentimiento informado para la apropiación de los materiales. La Corte del Distrito Sur de Florida, siguiendo la misma lógica que el caso Moore, resuelve la disputa reconociendo exclusivamente la propiedad inmaterial resultante de la patente e ignorando la posibilidad de un reparto de los beneficios económicos entre investigadores y pacientes.

<sup>16.</sup> Tallacchini (2013).

<sup>17.</sup> Esta sentencia, como es sabido, ha ejercido una gran influencia en Estados Unidos –y, más generalmente, en el debate internacional sobre la relación entre ciencia, derechos individuales y democracia–, asentando la dicotomía entre autonomía y privacidad, por un lado, y propiedad, por el otro; es decir, entre individuos y ciencia/industria, reconociéndose a los primeros el derecho a la autodeterminación y a la privacidad y, a los segundos, las condiciones económicas necesarias para el progreso de la investigación. Véase: Jasanoff (2016).

### III. PERFILES ÉTICOS Y IUSFILOSÓFICOS EN EL CONTEXTO ES-TADOUNIDENSE Y EUROPEO

Las mencionadas sentencias muestran más o menos explícitamente cómo las soluciones adoptadas hasta el momento con respecto a la investigación sobre materiales biológicos continúan siendo parciales y cómo los argumentos presentados no parecen completamente satisfactorios con respecto a la cuestión ética y iusfilosófica de definir el estatuto del cuerpo y sus partes, así como respecto a la necesidad de identificar modelos normativos para regular las relaciones entre el cuerpo, el individuo y la sociedad.

La distinción entre lo que es materia prima y lo que cae, en cambio, dentro del ámbito de la propiedad intelectual ha servido, en algunos casos y contextos, para justificar la diversidad del estatuto del régimen propietarista aplicable al cuerpo y sus partes, pero esta no puede ser considerada una solución adecuada para brindar apoyo a los instrumentos normativos en esta materia. Por otro lado, el valor utilitario y comercial de los materiales biológicos es, con mucho, el dominante en la evolución de la relación entre ciencia y Derecho. Esto se observa con claridad si se atiende a los intereses y valores reivindicados por la persona que posee el cuerpo y sus partes, al menos en el contexto estadounidense, donde suele prevalecer el interés del trabajo científico y su explotación comercial, y solo en algunos casos las patentes biotecnológicas se consideran una "propiedad común" entre el individuo del que provienen los componentes biológicos, la comunidad científica y la esfera comercial o industrial. El caso Greenberg demuestra, en este sentido, que incluso los casos, cada vez más frecuentes, de una coparticipación de los donantes -basada en el consenso y, por lo tanto, en la donación voluntaria de sus tejidos con el fin de llevar a cabo un "proyecto común" – presentan muchos problemas cuando las posiciones de las partes no están claramente definidas<sup>18</sup>.

<sup>18.</sup> Esta cuestión surge en el caso Washington University v. Catalona, en el que existe un conflicto entre donantes, investigadores y "terceros". La historia tiene como protagonista al doctor Catalona, de la Universidad de Washington, que había recolectado y conservado en el biobanco de la Universidad una gran cantidad de muestras biológicas, algunas de las cuales habían sido donadas por pacientes con cáncer de próstata. Cuando en 2003 el doctor Catalona decide trasladarse a la Universidad del Noroeste, en Chicago, se le niega la solicitud de devolución de las muestras conservadas, por lo que decide volver a ponerse en contacto con los pacientes, pidiéndoles que presenten una instancia a la Universidad de Washington, solicitando la transferencia de sus muestras al doctor Catalona, en cuanto era a él a quien se las habían donado de manera fiduciaria. En este punto, la Universidad de Washington acude a los tribunales, con el objetivo de que se confirmen sus derechos de propiedad sobre las muestras biológicas. La Corte del Distrito Este de Missouri acepta esta solicitud, argumentando que la transferencia de muestras biológicas al biobanco es un acto de donación

Los tribunales, argumentando sobre los casos Moore y Greenberg, señalan que el paciente/donante no puede ejercer ningún derecho de propiedad sobre las partes de su cuerpo, una vez que estas, tras la separación, han sido destinadas a la investigación médica, a fin de garantizar el buen funcionamiento de los biobancos y los proyectos de investigación. En este sentido, esta última sentencia demuestra también cómo los tribunales estadounidenses han favorecido el modelo propietarista, inclinando la balanza exclusivamente del lado de la investigación y, por lo tanto, del mercado biotecnológico. Esto no puede considerarse un modelo adecuado para equilibrar los intereses en conflicto. Por otra parte, el debate sobre estos temas tiene que ver, precisamente, con la pertinencia o no de continuar extendiendo el discurso propietarista al cuerpo y sus partes, allí donde las decisiones judiciales mencionadas han puesto de manifiesto las lagunas e insuficiencias normativas derivadas de la aplicación e interpretación de las "ontologías propietaristas", materiales e intelectuales, mediante las formas de la donación, la patente y el abandono (res derelictae).

El contexto europeo no está exento de los problemas que conlleva el hecho de derivar la normativa de la categoría de los derechos individuales, que está en la base del modelo propietarista. De todas formas, en diversos casos judiciales que han tenido lugar en los últimos años, la actitud con respecto al discurso propietarista ha sido mucho más cautelosa, en comparación con la adoptada en el contexto estadounidense. El Tribunal de Justicia de la UE ha reconocido expresamente que el derecho a la integridad física incluye el derecho de la persona a poder expresar su consentimiento libre e informado sobre el uso de su material biológico y de las partes de su cuerpo, de acuerdo con el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; por otro lado, sin embargo, ha rechazado que este derecho pueda invocarse en cuestiones relacionadas con la patentabilidad; es decir, que este derecho estaría fuera de lugar si se interpretara en contra de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, en particular en lo que concierne a la investigación científica y al uso de patentes, respecto a las cuales el reciente caso Oliver Brüstle v. Greenpeace eV muestra una situación normativa bastante confusa y ambigua<sup>19</sup>.

irreversible. Es decir, que a pesar de la posibilidad de retirar el consentimiento en cualquier momento, los donantes no tienen derecho a controlar las transferencias que se puedan hacer de sus muestras.

<sup>19.</sup> Con la sentencia Brüstle (2011) el Tribunal de Justicia se ha ocupado de una delicada cuestión interpretativa, en relación a la Directiva 98/44/CE. El Tribunal comunitario se enfrentó, en este caso, a un recurso de apelación presentado por Greenpeace eV, una asociación sin ánimo de lucro, para la anulación de una patente alemana en po-

No obstante, el Tribunal de Justicia de la UE ha restringido recientemente, por ejemplo, el alcance de la protección de patentes genéticas, haciendo que estas solo puedan extenderse a secuencias de genes que se muestren potencialmente funcionales para el propósito por el que fueron patentadas. En cualquier caso, esto no impide que el titular de la patente refuerce sus derechos exclusivos para que el acceso a sus inventos sea lo más restringido posible. En la conexión y entrelazado de los intereses de naturaleza privada y pública, la patente desempeña un papel estratégico, tanto es así que la dificultad –v, al mismo tiempo, la debilidad– normativa de este instrumento reside precisamente en las consecuencias de su aplicación en términos de (falta de) equilibrio de intereses. Desde esta perspectiva, la Directiva 2004/23/CE trataba de regular la acción del mercado en el campo de los usos terapéuticos de los tejidos humanos y de su transformación en productos farmacéuticos, en la relación con el espacio social y cívico que debería haberse distinguido de la coproducción e integración, pero que en última instancia se ha configurado en base a dos categorías separadas: la de los ciudadanos, llamados a donar sus tejidos desinteresadamente y para fines solidarios, y de la industria farmacéutica, que pone sus productos en el mercado. Si los principios de dignidad, solidaridad y gratuidad debían rediseñar la filosofía del cuerpo político europeo y definir la identidad del "ciudadano-donante europeo", de hecho, la situación en la última década ha evolucionado de manera diferente, porque frente al altruismo de los ciudadanos se ha desarrollado un mercado farmacéutico y biotecnológico competitivo, en el cual el individuo es expropiado a partir del acto de donación, para luego ser rehabilitado como "sujeto consumidor" de terapias avanzadas. Para construir y afirmar la propia identidad política en la regulación de los materiales biológicos, las instituciones europeas han tratado de revestir de "eticidad", y a veces de moralismo, la exclusión de los ciudadanos del mercado, pero para hacerlos

sesión del señor Brüstle. El Tribunal retiró la patente, basándose en el hecho de que tenía como objetivo el tratamiento de células madre embrionarias, cuya recolección en un embrión humano en la etapa de blastocito implica la destrucción de dicho embrión. En este caso, de hecho, se habría producido un uso de embriones humanos prohibido por el artículo 6.2 de la mencionada Directiva. El 18 de diciembre de 2014, el Tribunal volvió a pronunciarse sobre una cuestión similar, que giraba en torno a la definición de "embrión humano". El Tribunal cambió de opinión con respecto a 2011, debido a la dificultad de manejar un asunto tan elusivo y complejo, y concluyó que el artículo 6.2 debe interpretarse en el sentido de excluir del concepto de "embrión humano" al óvulo humano no fecundado que, a través de la partenogénesis, haya sido inducido a dividirse y a desarrollarse, siempre que, a la luz de los conocimientos científicos vigentes, dicho embrión carezca de la capacidad intrínseca para desarrollarse y devenir un ser humano (circunstancia le corresponderá decidir al juez nacional).

acceder al mismo como consumidores. De esta manera, la corporeidad de los ciudadanos, dividida entre las dimensiones cívica y comercial, entre la ética y el Derecho, sigue siendo la metáfora viviente de una Europa que todavía no ha construido su identidad de un modo convincente, ni ha afrontado plenamente cuestiones como el manejo de las relaciones entre el saber y el poder o el paso de la antigua soberanía nacional a la nueva ciudadanía europea.

#### IV. CONCLUSIONES

El debate iusfilosófico contemporáneo no puede afianzarse en torno a unas conclusiones normativas diversas y contradictorias, cuando está en juego la interpretación de los principios éticos subyacentes al gobierno del cuerpo y a la valoración de los derechos asociados al derecho de propiedad sobre el cuerpo, como el derecho a la integridad y a la dignidad humana. Además, existen cuestiones críticas de fondo, relacionadas con la falta de leyes comunitarias vinculantes y con la incapacidad sustancial de las fuentes para incidir sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Las cuestiones iusfilosóficas que debemos tratar en esta materia comparten la necesidad de aclarar la relación entre el cuerpo y la noción del bien común, que es diferente del bien privado (cosas) y del bien público (patrimonio del Estado). Por ejemplo, no sería descabellado proponer una reducción de la normativa sobre patentes en lo que atañe a las invenciones biotecnológicas y a las técnicas de intervención sobre los patrimonios y recursos genéticos, que son un bien común de la humanidad y son transmisibles a las generaciones futuras. Convendría evaluar medidas de reducción de la imposición de patentes sobre los BioBricks<sup>20</sup>, así como la aplicación del modelo de código abierto a ciertas patentes de fármacos, para hacer frente a la escasez de recursos a disposición de los sistemas sanitarios, cuya lógica de funcionamiento está basada en la solidaridad. Sería deseable, además, un ulterior desarrollo jurisprudencial del Tribunal de la UE, que pueda aclarar qué es patentable y qué no lo es o, al menos, establecer criterios de decisión uniformes. Esto podría ayudar a muchos tribunales a resolver el conflicto existente entre las fuentes normativas que protegen la propiedad intelectual y aquellas que garantizan el principio de indisponibilidad del cuerpo humano –entre ellas, la protección de la vida y la salud humanas y la libertad de la investigación científica-. Tampoco en

<sup>20.</sup> BioBricks es una "marca" específica de open source genético, gestionado por la Fundación BioBricks, con sede en el MIT. El término ha ingresado en el lenguaje científico común para hacer referencia a los componentes estándar en los que se basa la construcción de organismos genéticos sintéticos. Véase: Gold y Nicol (2013).

los textos jurídicos internacionales se aprecia un claro deseo de vincular el interés presente y futuro de la humanidad con los recursos genéticos y biológicos, en tanto que bienes expresamente no disponibles y, por lo tanto, no susceptibles de ser objeto de derechos de propiedad exclusivos. Sin embargo, esto no justifica la debilidad de las instituciones públicas frente a la presión de intereses económicos que son completamente indiferentes à las antiguas y nuevas exigencias de tutela de los derechos humanos fundamentales y de la investigación científica. Por este motivo, recientemente se han alzado diversas voces que reclaman el desarrollo de un modelo basado en los *commons* intelectuales, que prevalezca sobre los derechos de propiedad privada, así como la extensión del uso de código abierto y de los BioBricks -se trata de un modelo mixto, en el cual ciertos descubrimientos e invenciones deben ser considerados, por su relevancia, patrimonio común de la humanidad y, por lo tanto, no deben estar sujetos a ninguna forma de explotación comercial de naturaleza privada-. En base a estas premisas, podría articularse una clasificación de este tipo: aquello que forma parte del patrimonio común de la humanidad (ADN, genes) no debería ser patentable ni debería ser utilizado con fines de lucro, y debería ser accesible a todos; las invenciones biotecnológicas de especial relevancia, como fármacos o vacunas esenciales, deberían ser de disponibilidad pública; todas las demás invenciones podrían estar protegidas, en beneficio de su inventor, por un sistema de propiedad intelectual diseñado para proteger la labor creativa y alentar la innovación. Desde esta perspectiva, los principios de vulnerabilidad<sup>21</sup> y solidaridad deberían implementarse de forma integrada, combinando acciones positivas y negativas, equilibrando intereses en disputa -para establecer un equilibrio entre ciertas formas de paternalismo y el replanteamiento de las responsabilidades morales, jurídicas y sociales-, y favoreciendo así un análisis de los factores y de los contextos que provocan vulnerabilidades específicas al participar de ciertas prácticas. Piénsese en el alcance que esto tendría en los actuales intentos de regular asuntos como la maternidad subrogada o la donación y venta de gametos en el caso de la fecundación heteróloga, sobre los cuales hay cuestiones abiertas, como el sentido que cabe atribuir a las ideas de gratuidad y solidaridad, o la posibilidad de proporcionar una compensación a aquellos que ponen a disposición sus cuerpos o partes del mismo,

<sup>21.</sup> En la Declaración de Barcelona de 1998 –redactada después de un período de discusión de tres años, promovido por la Comisión Europea y por el Centre for Ethics and Law de Copenhague– el concepto de vulnerabilidad se sitúa junto a los tradicionales principios de autonomía, integridad y dignidad humanas, que son comunes a los ámbitos bioético, biomédico y biotecnológico. El principio de vulnerabilidad sería no solo expresión de la finitud y de la fragilidad de la existencia humana, sino también un objeto de interés para toda la esfera de la moral. Véase: Rendtorff y Kemp (2000).

atendiendo a los posibles riesgos de comercialización y explotación que dicha compensación conlleva. La venta de órganos, la participación previo pago en ensayos clínicos, la gestación para otros o la prostitución son prácticas que plantean dificultades, incluso entre aquellos que no tienen nada en contra de la mercantilización del cuerpo, o de partes del mismo. La preocupación es que en estos casos se alcance un punto de no retorno, en el que el uso del cuerpo se convierte en una forma de alienación y el sujeto se transforma, o acepte transformarse, en un mero objeto, haciendo realidad la idea ficticia del cuerpo como "propiedad" del sujeto.

Aquí el principio de solidaridad debe contribuir a la construcción de un articulado sistema de vínculos sociales, que incluya también la idea de ciudadanía biológica, social y económica. Desde esta perspectiva, la solidaridad no puede identificarse exclusivamente con la donación y la gratuidad, porque estos dos últimos principios tienen una fuerza normativa mucho más circunscrita, mientras que el principio de solidaridad abarca áreas muy amplias, incluyendo las relaciones con el mercado y con la propiedad. Como dice Rodotà, la solidaridad es, en el espacio global, uno de los principios generales del Derecho y representa un criterio prevaleciente sobre el interés económico: aunque actualmente la construcción de un constitucionalismo global encuentra cada vez más resistencias por parte de quienes continúan sosteniendo la tesis del imperialismo de los derechos humanos, volver a poner el foco sobre el principio de solidaridad no es una pretensión ideológica, sino una vía necesaria si se quiere construir el orden constitucional europeo<sup>22</sup>.

Por otro lado, el principio de propiedad sobre el propio cuerpo se sitúa en un terreno complicado, debido a la relación ambigua que guarda con los valores de la autonomía y de la autodeterminación personal. Es difícilmente discutible que tal relación exista, pero el control de nuestro cuerpo, incluso en sus formas más simples, no se reduce a la mera inviolabilidad de la frontera que separa nuestro espacio físico del resto del mundo, sino que necesariamente implica el reconocimiento de una forma de autodeterminación personal que tenga en cuenta los deberes hacia el resto de la sociedad. El derecho al consentimiento informado en la práctica clínica es un ejemplo evidente. Este derecho está directamente relacionado con el control que debemos tener sobre nuestro cuerpo, pero ponerlo seriamente en práctica significa tener en cuenta otros deberes. En este ámbito, la autonomía es necesariamente de tipo *relacional* e implica la tutela de los diferentes intereses comerciales y de investigación en juego: intereses que deben valorarse en función de si resultan o no funcionales

<sup>22.</sup> Rodotà (2014).

a la salud humana y a la libertad de investigación, en lugar de considerarlos preeminentes respecto a las mismas. Esto implica, por ejemplo, la construcción de consorcios públicos y privados, así como de laboratorios independientes e institutos públicos de investigación que constituyan una alternativa al modelo privatista dominante. Un sistema mixto, abierto y verdaderamente competitivo –entre laboratorios públicos y privados– puede garantizar las condiciones necesarias de libertad, pluralismo y transparencia científica y, en consecuencia, estimular una sinergia entre ciencia, mercado y tutela de los derechos personales. Un marco normativo de este tipo tendría repercusiones en la forma de entender el principio de orden público, así como los derechos del cuerpo, en su relación con una red contractual compleja, que vincula a centros de investigación, estructuras clínicas y ciudadanos.

### V. REFERENCIAS

- Charo, R. A. (2006): "Body of Research Ownership and Use of Human Tissue", New England Journal of Medicine, vol. 355, n° 15, pp. 1517-1519.
- Council of Europe (1997): Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, https://rm.coe.int/168007cf98
- Cruft, R. (2006): "Against Individualistic Justification of Property Rights", *Utilitas*, vol. 18, n° 2, pp. 154-172.
- Douglas, S. (2014): "The Argument for Property Rights in Body Parts: Scarcity of Resources", *Journal of Medical Ethics*, n° 40, pp. 23-26.
- Douglas, S. y McFarlane, B. (2013): "Defining Property Rights", en J. Penner y H. Smith (eds.), *Philosophical Foundations of Property Law*, pp. 219-243. Oxford, Oxford University Press.
- European Parliament, Council of Europe (1998): Directive 98/44/EC on the legal protection of biotechnological inventions, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044
- European Parliament, Council of Europe (2004): Directive 2004/23/EC on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: L:2004:102:0048:0058:it: PDF
- Ferrajoli, L. (2003): "Proprietà e libertà", Parolechiave, nº 30, pp. 13-29.

- George, A. (2004): "Is 'Property' Necessary? On Owning the Human Body and its Parts", *Res Publica*, vol. 10, n° 1, pp. 15-42.
- Gold, E. R. (1997): Body Parts: *Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials*. Washington, Georgetown University Press.
- Gold, E. R. y Nicol, D. (2013): "Beyond Open Source: Patents, Biobanks and Sharing", en G. Pascuzzi, U. Izzo y M. Macilotti (eds.), *Comparative Issues in the Governance of Research Biobanks. Property, Privacy, Intellectual Property, and the Role of Technology*, pp. 191-208. Berlín, Springer.
- Goold, I. y Quigley, M. (2014): "Human Biomaterials: The Case for a Property Approach", en Persons, Parts and Property. How Should We Regulate Human Tissue in the 21st Century?, pp. 231-262. Oxford, Hart.
- Hardcastle, R. (2007): *Law and Human Body. Property Rights, Ownership and Control*. Oxford, Hart.
- Honoré, A. M. (1961): "Ownership", en A. G. Guest (ed.), Oxford Essays in *Jurisprudence*, pp. 107-128. Oxford, Oxford University Press.
- Hume, D. (1987): *Ricerche sui principi della morale*, parte III. Roma-Bari, Laterza.
- Jasanoff, S. (2016): *The Ethics of Invention. Technology and the Human Future*. Nueva York, W. W. Norton & Company.
- Kock, M. A. (2010): "Purpose-bound protection for DNA sequences: in through the back door?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 5, n° 7, pp. 495-513.
- Locke, J. (2010): Due trattati sul governo. Turín, Utet.
- Marway, H.; Johnson, S. L. y Widdows H. (2014): "Commodification of Human Tissue", en H. A. M. J. ten Have y B. Gordijn (eds.), *Handbook of Global Bioethics*, pp. 581-598. Dordrecht, Springer.
- Patterson, D. (ed.) (2003): *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*. Oxford, Wiley-Blackwell.
- Pila, J. (2014): "Intellectual property rights and detached human body parts", *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n° 1-2, pp. 27-32.
- Rao, R. (2007): "Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 35, n° 3, pp. 371-382.
- Rendtorff, J. D. y Kemp, P. (2000): "Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw, Volume I: Autonomy, Dignity, Integrity and

Vulnerability", Report to the European Commission of the Bio-Med-II Project Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw 1995-1998. Copenhague y Barcelona, Centre for Ethics and Law e Institut Borja de Bioètica.

- Rimmer, M. y McLennan, A. (eds.) (2012): *Intellectual Property and Emerging Technologies*. Cheltenham (Reino Unido) y Northampton (EEUU), Edward Elgar Publishing.
- Rodotà, S. (2014): Solidarietà, un'utopia necessaria. Bari, Laterza.
- Rose, N. (2008): *La politica della vita. Biomedicina, potere e soggettività nel XXI secolo.* Turín, Einaudi.
- Tallacchini, M. (2013): "Dalle biobanche al «Genetic social networks». Immaginari giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 43, nº 1, pp. 157-182.

# Capítulo 6

# Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos

RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. DOS PROPUESTAS DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS BIOMATERIALES HUMANOS. II. EL ARGUMENTO INTUITIVO: MI
CUERPO ES MÍO. III. EL ARGUMENTO LÓGICO: LA DIVISIÓN
ENTRE PERSONAS Y COSAS. IV. EL ARGUMENTO DE LA PROPIEDAD DE UNO MISMO. V. EL ARGUMENTO PRAGMÁTICO.
VI. CONCLUSIÓN. VII. REFERENCIAS.

Resumen. Son muchos los que hoy proponen el régimen jurídico de la propiedad privada como el más conveniente para los biomateriales humanos separados del cuerpo. Es posible identificar hasta cuatro argumentos distintos a favor de tal propuesta: el argumento intuitivo, el lógico, el de la propiedad de uno mismo y el pragmático. Su análisis nos permite llegar a la conclusión de que ninguno de ellos parece suficiente, sea por separado o en conjunto.

# I. DOS PROPUESTAS DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS BIOMATERIALES HUMANOS

Parece haber un amplio consenso en que es necesario repensar, y en su caso revisar, el estatuto jurídico de los biomateriales humanos (órganos, tejidos, fluidos, células reproductivas y demás)¹ una vez han sido separados del cuerpo. También parece haberlo, aunque no tan amplio,

En un trabajo anterior, que es una versión inicial de éste, usé el término "partes" del cuerpo humano, con un sentido equivalente (García Manrique 2017). Aquí usaré ambos términos de manera indistinta.

en que los biomateriales humanos han de mantenerse fuera del tráfico mercantil. En efecto, en contra de la mayoría, hay quien sostiene que es legítimo que este tipo de "cosas" puedan comprarse y venderse². El tema es sin duda apasionante y desde luego no exento de relevancia práctica: a pesar de la vigencia de más o menos genéricas prohibiciones de mercantilización de las partes del cuerpo humano, el hecho es que no es difícil encontrar instancias de la misma, sean o no expresamente permitidas por la legislación³. Sin embargo, aquí habremos de dejar esta cuestión de lado y supondremos que el propósito fundamental de la revisión del estatuto jurídico de los biomateriales humanos ha de ser el de asegurar el control de dichos biomateriales por parte de sus "legítimos poseedores" (sean estos aquellos en cuyo cuerpo se han originado o bien otros sujetos) y al mismo tiempo impedir su libre comercio⁴.

En este sentido, destacan dos propuestas de regulación: la "propietarista" y la "ciudadana". De acuerdo con la primera, se ha de permitir la patrimonialización de los biomateriales humanos, esto es, se ha de permitir que estos materiales sean objeto de apropiación privada. Importa advertir de antemano (a quien piense lo contrario) que muchos de los partidarios de la solución patrimonial sostienen que esta no conlleva la posibilidad de la comercialización, es decir, que ser propietario de bio-

<sup>2.</sup> Fabre 2006: 126ss., o Wicks 2016: 130-153, pueden servir como ejemplo.

<sup>3.</sup> Arroyo 2016: 148, 151, 153; y Arroyo 2018: 374 y 387.

El principio de no lucro está consagrado a nivel europeo por el Convenio de Oviedo, de 1997, sobre derechos humanos y biomedicina, en su artículo 21, que establece taxativamente que "el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro" (una norma replicada en términos casi idénticos por el art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). La Directiva 2004/23/CE, en su artículo 12, promueve la gratuidad en la obtención de células y tejidos. El principio rector del Derecho Internacional Público sobre la materia sería el de la "dignidad humana" (Pons 2009: 583; Pons 2016: 7-9), del que parece derivar la prohibición de poner precio a lo humano. A nivel nacional, quizá la norma más contundente y explícita sea la que se incorporó al Código civil francés en la reforma de 1994. Su nuevo artículo 16.1 (3) establece que "el cuerpo humano, sus elementos y sus productos, no pueden ser objeto de un derecho patrimonial". En España, y en ausencia de una norma clara equivalente de ámbito general, la doctrina considera que rige igualmente el principio de no patrimonialidad (por todos, Gómez Salvago 2014: 18 y 45), consagrado también por normas que regulan instancias particulares de la transmisión de material biológico de origen humano, como es el caso de los trasplantes, la sangre, los gametos y las muestras biológicas: la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos establece el principio de no lucro en su artículo segundo; el RD 1088/2005, art. 4, hace lo propio en relación con la sangre; la Ley 14/2006, art. 3, en relación con los gametos; y la Ley 14/2007, art. 7, en relación con las muestras biológicas. Ninguna de estas normas impide, en cambio, la "compensación" por las molestias y gastos ocasionados. Es discutible hasta qué punto algunas de estas compensaciones van más allá de lo debido y violan el principio de no lucro.

materiales humanos no implica necesariamente tener el derecho de poner esos biomateriales en el mercado<sup>5</sup>. Habrá que examinar la verdad de esta afirmación más adelante, pero por el momento habrá que darla por buena: sólo así es posible considerar la patrimonialización como una solución al problema en los términos en que aquí ha sido planteado.

De acuerdo con la propuesta ciudadana, los biomateriales humanos han de estar sujetos a una regulación similar a la de aquellos recursos protegidos por los derechos fundamentales. Esto supone que no ha de permitirse la constitución de derechos patrimoniales sobre ese tipo de cosas. Como se sabe, los derechos fundamentales son derechos inalienables y cuyo ejercicio está generalmente orientado a la satisfacción de fines preestablecidos. Es decir, el que podemos llamar su régimen de uso y disposición es mucho más estricto que el de los derechos patrimoniales y, en particular, que el de la propiedad. Se trata, pues, de dos regímenes jurídicos bien distintos, por mucho que coincidan en su propósito último (asegurar el control e impedir el libre comercio).

Nos limitaremos aquí al examen de la propuesta propietarista y, para ello, analizaremos hasta cuatro argumentos que podrían aducirse para sostenerla, llegando a la conclusión de que ninguno de ellos parece sólido. Antes de empezar con el análisis, conviene avanzar dos precisiones, una sobre los biomateriales humanos que aquí nos ocupan y otra sobre su estatuto jurídico.

Los biomateriales humanos que aquí nos ocupan no son todos, sino sólo aquellos que podemos calificar como "bienes vitales", porque son necesarios para la conservación o la reproducción de la vida humana. Hay biomateriales (el pelo puede ser un ejemplo) que, por tanto, quedarán fuera de nuestro interés. En cuanto al término "conservación" aplicado a la vida humana, no ha de entenderse en el estricto sentido de "seguir viviendo", sino en el sentido más amplio de "seguir viviendo bien", esto es, manteniendo una buena salud. Por supuesto, esta distinción no siempre es fácil y a buen seguro es una cuestión de grado: podríamos decir

<sup>5.</sup> En cambio, la propiedad sí es condición necesaria de la comercialización: "no se puede vender nada que no sea antes poseído en propiedad" (Andre 1992: 31). Por eso, si uno puede justificar que un determinado bien no puede (o no debe) ser poseído en propiedad, entonces ha justificado también que no puede ser vendido (es el tipo de argumento en cadena que se encuentra en el citado trabajo de Andre sobre los llamados "blocked exchanges"). Desde luego, si estamos en condiciones de demostrar que algo no puede ser poseído en propiedad, tendremos un decisivo argumento contra la comercialización. Sin embargo, aquí no procederé así porque me ha parecido más interesante aceptar como premisa la no comercialización, tal como hace la mayoría de los "propietaristas", para hacer ver, en su momento, que estar en contra de la comercialización supone una razón para estar en contra de la propiedad.

que, por definición, cualquier biomaterial humano (también el pelo) está vinculado con las condiciones de la vida humana. En todo caso, entre los bienes vitales podemos contar ciertos órganos (pulmón, corazón, riñón, hígado o intestino, entre otros) y ciertos fluidos (la sangre), además de, por supuesto, los óvulos y los espermatozoides.

La propia diversidad de los biomateriales humanos aconsejará variaciones en su estatuto jurídico, como de hecho ya las hay. Ni su relevancia es la misma, ni tampoco lo es su naturaleza. Así, por ejemplo, es muy posible que el tratamiento jurídico no haya de ser exactamente el mismo para lo que es renovable o regenerable y para lo que no lo es<sup>6</sup>. En este sentido o en otros, la sangre difiere mucho del corazón, y los óvulos de los espermatozoides. Sin embargo, aquí no nos ocuparemos de esas muy aconsejables variaciones de estatuto jurídico, sino justamente de lo que de común ha de haber en el estatuto jurídico de cualquier biomaterial, con la restricción establecida en el párrafo anterior: que se trate de bienes vitales. Porque, si la categoría de los bienes vitales tiene algún sentido (como creo que lo tiene), entonces también tendrá sentido que exista un estatuto jurídico que sea, al menos en parte, común para todos ellos.

Es posible identificar al menos cuatro argumentos a favor de establecer un régimen de apropiación privada para los biomateriales humanos más valiosos<sup>7</sup>. Podemos llamarlos así: el argumento intuitivo, el argumento lógico, el argumento de la propiedad de uno mismo y el argumento pragmático. Están ordenados, según me parece, de menor a mayor enjundia, y es muy posible que se solapen unos con otros, pero creo que pueden ser identificados y evaluados por separado.

## II. EL ARGUMENTO INTUITIVO: MI CUERPO ES MÍO

Este primer argumento parte de la premisa intuitiva de que "mi cuerpo es mío"; de esta premisa se deriva que "los materiales de los que se compone mi cuerpo, separados o no, también son míos"; y, si son míos, entonces se debe reconocer que soy su propietario, también cuando están separados de él<sup>8</sup>. De este modo, se concluye que los biomateriales humanos son susceptibles de apropiación privada, al menos en la medida en

<sup>6.</sup> Beltrán 2015: 149.

<sup>7.</sup> Estos argumentos, si son válidos, se podrán extender también, con mucha probabilidad, a cualquier otro biomaterial. Sin embargo, su invalidez no se extendería necesariamente al caso de los demás biomateriales, porque podría depender precisamente de la especial calidad de los bienes vitales. Por eso resulta pertinente la distincion entre bienes vitales y otros biomateriales.

<sup>8.</sup> En Arroyo 2018: 366, se recoge una versión de este argumento.

que cada uno es el dueño de los biomateriales originados en su propio cuerpo<sup>9</sup>.

Si no estoy equivocado, el origen de este argumento ha de ubicarse en un contexto muy distinto al del uso y disposición de los biomateriales humanos separados del cuerpo. El eslogan "mi cuerpo es mío" se popularizó en el momento de la lucha por la libertad sexual y reproductiva. Mal vistas por cierta concepción conservadora de lo corporal que fue socialmente hegemónica en su día, esas libertades se vieron, en consecuencia, severamente restringidas por normas jurídicas vigentes hasta hace relativamente poco, y que afectaban sobre todo a las mujeres y los gays, quienes sufrían en mayor medida el recorte de tales libertades. En este otro contexto, afirmar "mi cuerpo es mío" suponía básicamente negar la legitimidad del control ajeno del propio cuerpo en los ámbitos sexual y reproductivo y, por tanto, cuestionar la legislación que prohibía ciertas prácticas sexuales o el uso de técnicas anticonceptivas y el aborto.

Como arma a favor de la emancipación sexual y reproductiva, el argumento podía ser plausible (aunque yo no lo considero suficiente), si con él lo que se quería es defender aspectos importantes de nuestro derecho a la autonomía individual mediante la negación de la legitimidad del control ajeno; esto es, si ese "mi cuerpo es mío" no tenía un sentido patrimonial, sino que era una manera directa y sencilla de expresar que es uno mismo quien ha de decidir sobre ciertas actividades de su propio cuerpo.

En cambio, en relación con la justificación de la tesis propietarista, el argumento no resulta pertinente, al menos por dos razones. De una parte, porque el uso del posesivo "mío" no implica, de por sí, la propiedad. En efecto, hay muchas otras "cosas" que son mías en algún sentido y sobre las que ni tengo, ni puedo llegar a tener, derechos de propiedad: sentimientos, pensamientos, personas, o incluso "cosas" que, siendo "mías", no pueden ser objetos de propiedad privada (como es el caso de los bienes de dominio público, o los de titularidad colectiva, como los bienes comunales)<sup>10</sup>. Es más, incluso si el posesivo "mío", aplicado ahora a las partes separadas del cuerpo, pudiera tener implicaciones sobre el control de las mismas, de aquí tampoco se sigue que haya de ser por la vía de la propiedad, sino sólo el hecho de la necesidad de garantizar dicho autocontrol, que es el punto de partida del que hemos partido aquí, y no el punto de

<sup>9.</sup> A continuación resumo lo ya expuesto en García Manrique 2016: 108ss.

<sup>10. &</sup>quot;No hay razón por la que debamos sostener que nuestros talentos, personalidad, vista o amistades son propiedades" (Penner 1997: 111). Tal como veremos más adelante, Penner sostiene que el estatuto de la propiedad sólo conviene a cosas que pueden ser concebidas como "separables" del sujeto.

llegada (si ese control ha de ser garantizado por medio de una u otra institución jurídica)<sup>11</sup>.

De otra parte, el argumento supone una escisión entre la mente (el yo que posee) y el cuerpo (el objeto poseído) evocadora del viejo dualismo cartesiano, hoy considerado en general como inaceptable, al menos en los ámbitos de la filosofía y de la antropología<sup>12</sup>. En efecto, en sentido estricto, no cabría afirmar que "mi cuerpo es mío", puesto que mi cuerpo no es un ente distinto de mí mismo, luego resulta más adecuado decir que "yo soy mi cuerpo" o que "mi cuerpo soy yo". Si esto es así, la afirmación de que "mi cuerpo es mío" ha de ser comprendida en un sentido metafórico o analógico. Ahora bien, en este sentido, la afirmación no sirve como base para la construcción de un argumento propietarista, puesto que no nos hallamos ante una relación de posesión sino ante una relación de identidad.

Cuestionar el dualismo cuerpo-mente no significa, por cierto, que no podamos abstraernos en cierta medida de nuestro cuerpo, esto es, tomar distancia de él a partir de un yo pensante y sintiente, tal como propone la escritora francesa Catherine Millet en un sugerente y controvertido artículo. Refiriéndose a las relaciones sexuales, escribe:

¿Qué mujer no ha experimentado esa disociación de cuerpo y espíritu? ¿Quién no se ha rendido a su marido o su amante mientras tenía la cabeza llena de preocupaciones cotidianas? ¿Quién, al contacto entre su piel y la de un hombre torpe, no se ha dejado llevar por el sueño de estar con otro?<sup>13</sup>

Esta facultad disociativa (que por supuesto también pueden poseer los varones, aunque, cree Millet, es más propia de quienes son penetrados que de quienes penetran, sean varones o mujeres, quizá porque el rol pasivo facilita el abandono de uno mismo y, con él, la disociación) diría que no es sino una instancia de algunas de nuestras capacidades mentales: la imaginación y la abstracción, al menos. Sin embargo, de aquí no se sigue

<sup>11.</sup> De hecho, la tradición jurídica es justamente la contraria: la de la imposibilidad de considerar el cuerpo humano como una "cosa" u objeto con sentido patrimonial, y la de la opción por otro tipo de derechos (los de la personalidad) para garantizar la integridad y el control de lo corporal. Véase la exposición de Víctor Méndez al respecto, en este mismo libro.

<sup>12.</sup> Además de las referencias filosóficas que pueden encontrarse en García Manrique 2016, y que van desde el último Descartes hasta Merleau-Ponty, pasando por Nietzsche, para la antropología puede consultarse Le Breton 2013, que contiene un repaso histórico de las concepciones de lo corporal en el que late la unidad indisoluble entre cuerpo y mente.

<sup>13.</sup> Millet 2018.

una revitalización del dualismo cartesiano, siempre que seamos conscientes de que es nuestro cuerpo (nuestro cerebro, un órgano tan corporal y tan conectado con el resto del cuerpo como cualquier otro) el que piensa, el que imagina, el que abstrae, el que nos permite experimentar esa aparente disociación.

Ahora bien, cabría objetar que aquí de lo que se trata es precisamente de las partes separadas del cuerpo, esto es, de objetos que ya no forman parte de nuestro cuerpo y cuya existencia independiente es obvia<sup>14</sup>. De aquí lo que se sigue es que la afirmación "las partes separadas de mi cuerpo son mías" (a diferencia de "mi cuerpo es mío") sí tiene sentido, incluso si ese "mías" tiene un significado patrimonial. De hecho, también es posible poseer un cuerpo entero, siempre que sea ajeno, como lo muestra la institución de la esclavitud. Sin embargo, esto no convierte en válido el argumento que estamos examinando, porque este argumento se basa en la propiedad del propio cuerpo, y es la posibilidad de este tipo de propiedad la que hemos negado aquí. Tomar conciencia de que las partes separadas del cuerpo sí pueden ser poseídas no altera esta negación, ni tampoco supone un argumento a favor de su estatuto patrimonial, del mismo modo que la posibilidad de poseer un cuerpo entero tampoco supone un argumento a favor de la institución de la esclavitud (que no deja de ser una especie de propiedad). En definitiva, por mucho que las partes separadas del cuerpo puedan ser poseídas en tanto que objetos independientes de nuestro cuerpo, el argumento intuitivo de que "mi cuerpo es mío" no sirve para justificar que esa posesión haya de garantizarse jurídicamente mediante la institución de la propiedad.

# III. EL ARGUMENTO LÓGICO: LA DIVISIÓN ENTRE PERSONAS Y COSAS

En el mundo del derecho, se dice, hay personas y hay cosas, y no cabe una tercera posibilidad (*tertium non datur*). Por tanto, desde un punto de vista jurídico, todo lo que existe, o es una persona o es una cosa. Los biomateriales humanos separados del cuerpo, por mucho que su origen sea humano, no son personas; por tanto, han de ser cosas. Ahora bien, las cosas son susceptibles de apropiación; por tanto, los biomateriales humanos, una vez separados, también han de serlo, esto es, pueden ser objetos

<sup>14.</sup> O no tan obvia, si tenemos en cuenta que hay quien sostiene que las partes separadas del cuerpo deberían ser consideradas como formando parte todavía de nuestro cuerpo (siempre que no formen parte de otro). El cuerpo humano sería, hoy, un cuerpo "diseminado" y, a pesar de ello, el derecho debería reconocer su unidad con base en un criterio funcional más que espacial (Rodotà 2008: 304)

de propiedad. Hasta aquí llega el argumento que cabe llamar lógico, que no contiene indicación adicional alguna sobre a quién ha de atribuirse la propiedad de los biomateriales humanos, sino que se limita a concluir su apropiabilidad, y esto porque se basa en la naturaleza real y no personal de los biomateriales, y no en su vínculo con un cuerpo determinado, como era el caso del argumento anterior. Sin embargo, la cuestión de la titularidad es distinta de la que nos ocupa, y habría de quedar resuelta ulteriormente mediante la formulación de las pertinentes reglas de adquisición originaria y posterior transmisión.

El argumento lógico evita el defecto advertido en el argumento intuitivo, porque no se apoya en la propiedad del propio cuerpo. Por otra parte, resulta plausible en la medida en que recuerda la distinción entre los derechos de la personalidad (sobre uno mismo) y los derechos patrimoniales (sobre las cosas). Sin embargo, parece olvidar el doble sentido de la palabra "cosa": el físico, por una parte, y el jurídico, por otra. Es cierto que los biomateriales humanos separados del cuerpo son cosas en un sentido físico, pero esta naturaleza objetiva o real no es suficiente para considerarlos "cosas" en un sentido jurídico. El mejor ejemplo de ello es el propio cuerpo humano, que desde luego es una "cosa" en sentido físico, pero no en el sentido jurídico, al menos no desde que la esclavitud fuera abolida. Es decir, son decisiones políticas plasmadas en normas jurídicas las que determinan qué es una cosa en sentido jurídico y qué no lo es, y por eso el cuerpo humano pudo ser considerado una cosa, incluso una cosa apropiable, bajo la vigencia de múltiples sistemas jurídicos.

Es más, el derecho de algunos estados norteamericanos en los que, antes de la Guerra de Secesión, seguía vigente la esclavitud, consideraba a los esclavos "no-personas" en algunas situaciones y "personas" en otras¹5. La propia Constitución federal, en su artículo I.2, consideraba a los esclavos como "tres quintos de persona" a los efectos del cálculo de los impuestos directos (muy excepcionales en la época) y, sobre todo, de la representación política de cada estado en la federación. El joven James Madison, uno de los *Founding Fathers* y más tarde sucesor de Jefferson en la Presidencia de los Estados Unidos de América, lo explicaba así en *El federalista*, como manera de justificar la "cláusula de los tres quintos":

Tenemos que negar el hecho de que los esclavos sean considera-

<sup>15.</sup> Eran considerados "propiedad" en tanto que eran forzados a trabajar para otros, podían ser vendidos y podían ser castigados arbitrariamente; eran considerados "personas" en tanto que estaban protegidos contra la pena capital y contra la violencia de terceros, y en tanto que eran responsables de la violencia cometida por ellos contra terceros (Ghachem 2003: 815).

dos como mera propiedad y en ningún aspecto como personas. La verdad del caso es que ellos comparten ambas cualidades; siendo considerados por nuestras leyes en algunos aspectos como personas y en otros como propiedad (...) La Constitución Federal, por tanto, decide con gran acierto en el caso de nuestros esclavos cuando los contempla con el carácter mixto de personas y propiedad<sup>16</sup>.

El ejemplo de la esclavitud muestra que la distinción entre personas y cosas no es una distinción natural, sino jurídica; con otras palabras, que la calificación de "cosa" es una calificación jurídica y que no cabe derivarla directamente de la naturaleza. Además, y esto resulta importante para la validez del argumento que estamos examinando, la distinción entre personas y cosas puede revelarse como no excluyente o como no exhaustiva: algo podría ser persona y cosa a la vez, o bien algo podría no ser ni persona ni cosa. Reiter lo muestra recordando el tratamiento que Jean Domat, importante jurista francés del siglo XVII, dedica a los "monstruos", esto es, niños nacidos "sin forma humana" (hoy diríamos con graves malformaciones), quienes no pueden ser considerados "personas" ni "niños" (de acuerdo con una larga tradición jurídica que se remonta al Derecho Romano), pero cuentan como tales con respecto a sus padres y son contados como hijos suyos a los efectos de cualquier privilegio o exención a que tengan derecho sus padres en función del número de su descendencia 17. Estas criaturas, por tanto, ¿a qué categoría habría que adscribirlas? ¿A una de las dos, a las dos o a ninguna de ellas?

Con la invocación del pasaje de Domat, Reiter quiere hacer ver que los problemas y consiguiente debilidad de la taxonomía personas/cosas no son nuevos; pero quizá a nuestros ojos sea más significativa, y para nuestra inquisición más apropiada, la otra instancia a la que recurre con la misma intención, una historia mucho más reciente que tuvo lugar en Carolina del Norte ya en el siglo XXI. Un tal John Wood había dejado de pagar las cuotas a una empresa de almacenaje en la que guardaba algunas de sus pertenencias; como resultado, la empresa sacó a subasta tales pertenencias, y en ella un tal Shannon Whisnant compró una barbacoa. Para su sorpresa, en el armario de la barbacoa se encontró con una pierna disecada, la que John Wood había perdido en un accidente de aviación, y que conservaba con el fin de ser incinerado junto a ella cuando llegara el momento de su muerte. Wood reclamó su pierna, alegando un "derecho de la personalidad" (a personhood claim), dada su intención de reunificación

<sup>16.</sup> El federalista, nº 54 (1788). Citado por Ghachem 2003: 815.

<sup>17.</sup> Reiter 2008: 192-193, citando un pasaje de *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, de Domat, obra publicada en 1689.

corporal post-mortem, y Whisnant contestó con la invocación de su "derecho de propiedad" sobre la pierna. Según parece, el asunto se resolvió en uno de esos juicios televisivos tan populares en aquel país: Wood recuperó su pierna pero a cambio hubo de indemnizar con cinco mil dólares a Whisnant<sup>18</sup>. En definitiva, cabe preguntarse: ¿era la pierna una "cosa" o, en tanto que parte de cuerpo de Wood, formaba parte de una "persona"?

El problema de los biomateriales humanos separados del cuerpo es el de la pierna del hombre de Carolina: desde luego, son cosas en sentido físico, pero muestran una conexión especial con las personas que impide que las clasifiquemos sin más como cosas en sentido jurídico. En el caso de la pierna, esa conexión especial se pone de manifiesto en la intención del hombre de ser enterrado con ella para recuperar, siquiera sea post-mortem, su integridad física, lo cual dota a la pierna de una cualidad que ningún otro tipo de objeto puede pretender, por muy vinculados que podamos sentirnos con objetos de lo más diverso. En otros casos, como el de nuestras células reproductivas, destinadas a convertirse en personas, ese vínculo especial aparece con una evidencia mayor¹9.

Anda por aquí, claro está, el fantasma de la cosificación (o reificación, u *objectification*), esto es, el fenómeno que consiste en considerar como "cosa" a aquello que debe ser considerado como parte de nuestra persona o como atributo de nuestra personalidad. En general, suele asociarse con la mercantilización, como en su día hizo Marx en su análisis de la sociedad capitalista, y como hizo después Luckács al desarrollar el concepto<sup>20</sup>. Esta asociación es desde luego de lo más adecuada, pero ahora interesa observar que ambos fenómenos pueden identificarse por separado<sup>21</sup>. Puesto que, al margen de que podamos excluir la mercantilización, la mera calificación de los biomateriales humanos como cosas supone, evidentemente, la cosificación. Y si creemos que este fenómeno es inconveniente, porque supone una percepción deformada de lo que somos, una mezcla indebida de medios y fines, de lo valioso y de lo meramente instrumental, y de esta manera una amenaza para nuestra autonomía a través de la apertura de nuevas vías de alienación y subordinación, entonces la propiedad no po-

<sup>18.</sup> Reiter 2008: 191.

<sup>19.</sup> Y aún mayor en el caso de los preembriones y embriones humanos, que, al menos en cierto sentido, son seres humanos pero que, en ocasiones, son "donados"; pero, si son donados, ¿son cosas? (aunque queden fuera del ámbito de lo patrimonial). Esta pregunta está latiendo en la controversia suscitada por la sentencia del TEDH Parrillo c. Italia, de 27 de agosto de 2015. Sobre ella, véase Arroyo 2016: 143-144 y Torroja 2016.

<sup>20.</sup> Luckács 1985 [1923]: II, 8ss.

<sup>21.</sup> Radin 1996: 154ss.; Greasley 2014: 67; Wall 2015: 39ss.

drá ser el estatuto jurídico más adecuado para los biomateriales, porque requiere esa previa, e indeseable, cosificación.

El intento de evitar una comodificación indebida parece subyacer en la definición del derecho de propiedad como un derecho que sólo puede ejercerse sobre "cosas" contingentes o, más exactamente, sobre cosas que están vinculadas sólo de manera contingente con un determinado propietario, tal como propone James Penner<sup>22</sup>. El resultado de esta contingencia es que, si la cosa es transferida, nada de "trascendencia normativa" ocurre cuando la propiedad sobre la cosa es transferida a un tercero. La expresión "trascendencia normativa" es algo oscura, pero Penner aclara luego que esto significa que la relación que se establece entre el nuevo propietario y la cosa es del mismo tipo que la que existía entre el anterior propietario y la cosa. Es decir: si yo poseo un coche y lo vendo, el nuevo propietario tendrá (o es de esperar que tenga) con el coche una relación equivalente a la mía. En cambio, si lo que yo transmitiera a otro fuera, pongamos por caso, mi derecho a la libertad de expresión, no cabría afirmar que la relación con ese "objeto" que pueda tener el nuevo propietario (ahora capaz de decidir cuándo puedo expresarme y cuándo no) fuera a ser equivalente a la que pueda tener yo, porque ese "objeto" tiene para mí un significado muy distinto al que puede tener para él.

Jesse Wall ha aplicado la teoría de la propiedad de Penner a los biomateriales humanos<sup>23</sup>; la conclusión a la que llega es que, como regla general, los biomateriales humanos no deben ser objetos de propiedad, puesto que la relación establecida con ellos por su propietario (sobre todo, si se trata de biomateriales originados en su cuerpo) no es contingente. Naturalmente, la tesis de la contingencia (o, como la llama Penner, tesis de la separabilidad) no excluye ipso facto del ámbito de la propiedad a los biomateriales humanos. Para ello, hace falta justificar que estamos vinculados con nuestros biomateriales de una manera no contingente. De hecho, el propio Penner observa que el caso de las partes del cuerpo ilustra especialmente la idea de que el criterio de la separabilidad (o de la contingencia) está influido por las circunstancias, esto es, que esta contingencia no es intrínseca sino dependiente de factores externos, entre los que, en el caso de los biomateriales, destaca la tecnología. La tecnología, al permitir, por ejemplo, el trasplante de órganos, puede hacer posible que la relación que yo mantengo con mi propio riñón sea exactamente la misma que la que mantenga el individuo al que le ha sido trasplantado<sup>24</sup>. Y si esto es así,

<sup>22.</sup> Penner 1997: 111.

<sup>23.</sup> Wall 2015.

<sup>24.</sup> Que esto sea realmente posible es, por supuesto, asunto sujeto a discusión. El análisis

entonces no habría problema en admitir un derecho de propiedad sobre el riñón<sup>25</sup>. Por tanto, el concepto de propiedad que manejan Penner y Wall es interesante ahora para nosotros no porque, de por sí, excluya los biomateriales, sino porque pone un límite al número de cosas que pueden ser poseídas en propiedad (o incluso simplemente al número de cosas físicas que pueden ser calificadas jurídicamente como tales), y de este modo nos ayuda a comprender uno de los problemas que presenta el argumento que estamos analizando.

Hay todavía otra debilidad en el argumento lógico. Este se formula con la intención de justificar la pertinencia del régimen de propiedad privada para los biomateriales humanos separados del cuerpo. Sin embargo, el argumento podría, en todo caso, justificar la calificación de los biomateriales como cosas; pero resulta que no todas las cosas son "apropiables". Así, nuestro Código civil, en su artículo 333, dice: "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles". De donde se deduce que puede haber cosas que no sean ni puedan ser objeto de apropiación. Y, en efecto, el artículo 338 declara que: "Los bienes son de dominio público o de propiedad privada". Por tanto, incluso si aceptáramos que los biomateriales humanos son cosas o bienes, todavía tendríamos que dar razones que justificaran su apropiabilidad privada. Podrían considerarse, desde luego, bienes de dominio público, y nada en el argumento que estamos examinando permite rechazar esta posibilidad; pero también podrían considerarse cosas "sagradas", tal como algunos interpretan el sentido del nuevo artículo 16.1 (3) del Código civil francés. Los "elementos y productos" del cuerpo a los que se refiere, una vez separados del cuerpo, dejan de formar parte de la "persona" y pasan a ser "cosas", pero choses sacrées y de ahí el régimen de no patrimonialidad establecido para ellas<sup>26</sup>. Otra posibilidad, apuntada por Ferrajoli, es la de catalogarlos como "bienes personalísimos", controlados individualmente pero también excluidos del ámbito de la propiedad<sup>27</sup>.

Así pues, el argumento lógico presenta varios problemas. El prime-

de las complicaciones psicopatológicas de los trasplantes que lleva a cabo David Le Breton parece cuestionar que la relación del sujeto trasplantado con su nuevo órgano sea la misma que la que mantenía el donante (Le Breton 2013: 283ss.).

<sup>25.</sup> Penner 1997: 121. En cambio, hay quien sostiene que el criterio de la separabilidad no funciona bien a la hora de determinar de qué partes del cuerpo humano podemos ser propietarios; y defiende, por el contrario, que la propiedad del propio cuerpo y la de las partes separadas del mismo han de ir de la mano, de manera que o se aceptan ambas o se rechazan ambas (Quigley 2012: 671ss.). Lamento no poder detenerme ahora en esto.

<sup>26.</sup> Gayte-Papon 2015: 194-195.

<sup>27.</sup> Ferrajoli 2014: 211-214.

ro de ellos es que, si aceptamos una propuesta como la de Rodotà, los biomateriales humanos, aun separados del cuerpo, deberían seguir formando parte de la persona, de acuerdo con un concepto funcional de lo corporal, según el cual, por ejemplo, los óvulos y espermatozoides siguen formando parte de nuestro cuerpo (y de nuestra persona) aunque estén congelados en una clínica de reproducción asistida, puesto que su función sigue siendo la misma que cuando permanecían en nuestro interior: la reproductiva. El segundo problema es que, incluso si no aceptamos que formen parte de una persona, sigue siendo discutible que puedan ser calificados sin más como cosas, que es lo que los ejemplos de Reiter quieren mostrar, esto es, que la dicotomía personas/cosas se revela insuficiente para acoger en su seno ciertas "cosas" que tienen un particular significado 'personal", y entre estas cosas figuran de manera destacada los biomateriales humanos, que acaso requerirían la habilitación de un tercer género, intermedio, que hiciera justicia a su peculiar naturaleza. El tercer problema, en fin, es que no basta con justificar que los biomateriales son cosas, puesto que no toda cosa puede ser objeto de apropiación privada.

En definitiva, el argumento lógico no parece suficiente para probar la tesis propietarista. Si bien es cierto que los biomateriales humanos separados del cuerpo no son personas, de aquí no se sigue que hayan de ser objetos de propiedad privada, puesto que podrían ser consideradas como partes de una persona, o como miembros de un tercer género distinto del de las personas y del de las cosas, o como cosas no susceptibles de apropiación. Una decisión jurídica en alguno de estos sentidos no hay por qué considerarla, en principio, ilógica.

### IV. EL ARGUMENTO DE LA PROPIEDAD DE UNO MISMO

El tercer argumento se inspira en una idea de John Locke, aunque, a mi parecer, el argumento como tal no cabe atribuírselo al filósofo inglés. La idea de Locke (enunciada y justificada en su *Second Treatise on Government*) es que los seres humanos somos propietarios o dueños de nosotros mismos. Esta idea de la *self-ownership* fue retomada mucho más tarde por Robert Nozick, para convertirla en piedra angular de su concepción ultraliberal de lo político<sup>28</sup>. De este axioma fundamental derivará, en lo que ahora nos interesa, la idea de que somos dueños también de las partes de nuestro cuerpo, estén separadas o no. De esto, por supuesto, no habla Locke (no era asunto que se planteara a finales del siglo XVII), sino del trabajo y de sus frutos: si resulta que somos dueños de nosotros mismos,

<sup>28.</sup> Nozick 1974: 172

entonces también seremos dueños de aquello que hemos producido mediante nuestro trabajo. En el caso de las partes del cuerpo, nos hallaríamos ante una derivación análoga e incluso más evidente todavía.

El argumento de la autopropiedad se parece al primero de los que hemos examinado, pero con la diferencia de que evita el dualismo cuerpo/mente o cuerpo/espíritu y por tanto la crítica que cabe dirigir a esta concepción dual de lo humano. En este caso, lo que se afirma es una propiedad *reflexiva* (de uno mismo), de manera que el sujeto y el objeto de la propiedad son uno y el mismo. Por otro lado, la secuencia final del argumento parece impecable: si somos dueños de nosotros mismos (si somos dueños del cuerpo que nos constituye), entonces somos dueños de cada una de las partes de ese cuerpo, y lo seguiremos siendo aunque esas partes hayan sido separadas, y en tanto que no hayan sido transferidas a otro.

Sin embargo, a mi juicio, el argumento de Nozick no prueba la tesis porque fracasa en su primer tramo, es decir, a la hora de justificar la autopropiedad; y fracasa porque confunde dos sentidos del término "propiedad"29. Como Nozick, en realidad, no desarrolla el argumento, sino que se limita a invocarlo y asumirlo como supuestamente característico de la filosofía política liberal, habremos de remontarnos hasta el propio Locke, que es el autor en el que se fija Nozick<sup>30</sup>. Y la confusión en la que incurre Nozick (y también Cohen, su crítico más insistente en este punto<sup>31</sup>) se debe a que Locke usa el término "propiedad" para referirse (entre otras) a dos cosas muy distintas: por una parte, al derecho que tenemos sobre las cosas, esto es, a un concreto derecho patrimonial; por otra parte, a una característica de los seres humanos. El primer sentido del término no ofrece mayores problemas: se trata del derecho a la propiedad privada sobre las cosas, que es del que estamos hablando aquí. Es el segundo sentido el que es más conflictivo y el que induce a confusión; esa característica de los seres humanos a la que se refiere Locke es la que hoy podríamos llamar "personalidad", "dignidad" o "autonomía", según el contexto. Lo que Locke sostiene, desde luego en línea con la mayor parte de la filosofía política moderna, es que los seres humanos son "dueños" de su destino, esto es, del curso que han de dar a sus vidas, puesto que son seres autónomos, de manera que han de estar dotados de personalidad jurídica propia. Por eso, precisamente, no pueden estar sometidos a esclavitud salvo en ciertos supuestos muy excepcionales y, desde luego, no pueden

<sup>29.</sup> Resumo aquí un análisis más extenso de este argumento que puede encontrarse en García Manrique 2016: 116-128.

<sup>30.</sup> A quien por cierto sólo anacrónicamente puede calificarse como liberal (Domènech 2009: 27; Méndez Baiges 2010: 258ss.).

<sup>31.</sup> Cohen 1995: caps. 9 y 10.

esclavizarse a sí mismos<sup>32</sup> (como parece ser que sostiene Nozick), porque eso supondría disponer de la propia libertad y de la propia vida de una manera absoluta, cuando resulta que, a los ojos de Locke, ni la libertad ni la vida son derechos absolutos<sup>33</sup>.

El error de Nozick (y de Cohen) es, pues, creer que cuando Locke escribe que "todo hombre tiene una propiedad [property] sobre su propia persona" o que el hombre es "dueño [master] de sí mismo y propietario [proprietor] de su persona<sup>34</sup>", se está refiriendo a la institución de derecho privado que llamamos "propiedad privada", cuando no es así. Es más, si diéramos ese significado a todos los usos del término "propiedad" que aparecen en su Segundo Tratado, nos encontraríamos por lo menos con tres inconsistencias adicionales. La primera es que Locke, en la sección 6, afirma que somos propiedad de Dios (pero, entonces, ¿cómo podríamos ser propietarios de nosotros mismos?); la segunda es que, tanto en la sección 27 como en la 44, Locke encuentra el fundamento del derecho de propiedad sobre las cosas, y sobre los frutos del trabajo, en la propiedad de uno mismo (pero, ¿cómo podría ser así si estuviéramos en ambos casos ante el mismo tipo de propiedad? Es decir, el fundamento de la propiedad patrimonial tendría que ser algo distinto de la propia propiedad patrimonial); la tercera, en fin, es que Locke, en las secciones 87 y 123, usa el término "propiedades" para referirse conjuntamente a la vida, la libertad y las posesiones o bienes de los hombres (pero, ¿cómo puede ser al mismo tiempo la propiedad el todo y la parte?).

Todo esto lo que demuestra es que el término "propiedad" es usado de manera muy diversa por Locke pero, sobre todo, que la propiedad sobre uno mismo no es un derecho patrimonial, sino que designa nuestra personalidad o dignidad, o nuestro carácter de seres autónomos o libres.

Uno podría seguir insistiendo en que la bondad del argumento no depende de lo que Locke dijera o dejara de decir, o en que las consideraciones previas sólo demuestran que Locke no sostenía la tesis de la autopropiedad, pero no que esta tesis sea incorrecta. Lo que pasa es que es precisamente a los textos de Locke a los que se recurre siempre para sostener esta tesis, y, al mostrar que Locke quería decir algo muy distinto, la tesis pasa a significar también algo muy distinto (y, dicho sea de paso, aceptado hoy por todo el mundo: que somos seres dotados de personalidad propia). Si, en cambio, uno se aferra a una versión "patrimonial" de la tesis de la autopropiedad, tal como hace Gerald Cohen, estará ignorando

<sup>32.</sup> Locke 2010 [1690]: secc. 23.

<sup>33.</sup> Locke 2010 [1690]: seccs. 57 y 23.

<sup>34.</sup> Locke 2010 [1690]: seccs. 27 y 44.

las características definitorias de la propiedad como institución jurídica (por ejemplo, su alienabilidad, o que el objeto sobre el que recae ha de ser siempre una "cosa"), esto es, estará manejando un concepto no jurídico de propiedad, que realmente no se sabe en qué puede consistir si no es, justamente, en la personalidad. Quien sí manejaba un concepto jurídico de propiedad era Kant, y por eso dejó dicho con mucho acierto y contundencia lo mismo que, con otras palabras, quiso decir Locke:

El hombre no es propietario de sí mismo. Esto supondría una contradicción. Pues sólo en cuanto persona es susceptible de poseer cosas. De ser propiedad de sí mismo, sería entonces una cosa. Al ser una persona, no es una cosa sobre la que se pueda tener propiedad alguna. No es posible ser al mismo tiempo cosa y persona, propiedad y propietario<sup>35</sup>.

En definitiva, el argumento de la autopropiedad fracasa en su intento de justificar que los biomateriales humanos separados del cuerpo hayan de someterse a un régimen de propiedad privada. Fracasa porque parte de una premisa que no es aceptable: la de que somos propietarios de nosotros mismos en un sentido patrimonial. En cambio, si con "propiedad de uno mismo" estamos aludiendo a la libertad o autonomía individual, entonces resulta que esta libertad o autonomía puede garantizarse por medios distintos de la propiedad patrimonial, a saber, a través de derechos fundamentales³6. En el caso de Locke, la propiedad se reserva para las cosas, en tanto que la persona misma queda protegida por los otros dos derechos naturales básicos: el de la vida y el de la libertad. Interpretando la obra de Locke de esta manera, parece claro que el argumento de la autopropiedad no prueba la tesis de la propiedad patrimonial de las partes separadas del cuerpo, tal como Nozick parece creer.

### V. EL ARGUMENTO PRAGMÁTICO

El cuarto y último argumento que examinaremos aquí lo he llamado "pragmático" porque no descansa en consideraciones de principio ni, en particular, se compromete con concepciones del cuerpo humano que ya hemos visto que son problemáticas (como el primero y el tercero), ni tampoco se apoya en consideraciones lógicas discutibles (como el segundo), sino en las consecuencias o efectos prácticos positivos que tendría la

<sup>35.</sup> Kant 2002 [¿1785?]: 205.

<sup>36.</sup> Es cierto, por otra parte, que puede compartirse esta interpretación de la lockeana "propiedad de sí" como libertad o autonomía, y al tiempo sostener que la propiedad de las partes del cuerpo, o incluso del propio cuerpo, es la mejor manera de garantizar esa libertad o autonomía (Beltrán 2015: 155 y 159ss.).

atribución del estatuto de cosas apropiables a los biomateriales humanos separados del cuerpo (por eso, también podríamos llamarlo "consecuencialista").

El argumento ha recibido especial atención (tanto a favor como en contra) en el ámbito jurídico anglosajón, particularmente entre civilistas, y sobre todo tras la sentencia Yearworth, de 2009, en la que un tribunal británico (la División Civil de la *Court of Appeal*) declaró que seis hombres eran "propietarios" de sus muestras de semen<sup>37</sup>. En función de cómo hemos planteado este análisis al principio de estas páginas, el argumento podemos sintetizarlo así: los biomateriales humanos separados del cuerpo han de someterse al régimen jurídico de la propiedad privada porque es el régimen que mejor asegura su control por parte de sus legítimos poseedores y, al mismo tiempo, está en condiciones de impedir que puedan ser objeto de comercialización. Naturalmente, para poder evaluar el argumento, habrá que examinar las razones que justifican ese mejor control y esa capacidad para evitar la comercialización.

Las posibles ventajas de someter los biomateriales humanos separados del cuerpo a un régimen de propiedad privada son las siguientes:

Seguridad jurídica. El régimen de propiedad privada garantiza un estatuto unitario, coherente y preciso para los biomateriales humanos separados del cuerpo. Sería unitario si se aplicase ese régimen a todos los biomateriales humanos, en vez de optar por regularlos cada uno por se-

<sup>37.</sup> Goold y otros 2014: 1. Estos autores detectan una inclinación general de la jurisprudencia al "property approach" en el ámbito de los biomateriales humanos, aunque se trata de una línea de decisión todavía no consolidada; por ejemplo, no ha dado apoyo a la propiedad de los donantes sobre lo donado a efectos de investigación (Nicol y otros 2014: 22). Conviene recordar que la propiedad es una institutución de derecho común en Inglaterra y, por tanto, está desarrollada mediante decisiones judiciales, no mediante la legislación. En el caso Yearworth v. North Bristol NHS Trust, seis hombres demandaron por daños a esta institución sanitaria, porque, con motivo del tratamiento de una leucemia que podía acarrear una esterilidad sobrevenida, se les había extraído muestras de semen; y estas muestras de semen se deterioraron por un problema con el sistema de refrigeración. La Court of Appeal les dio la razón, considerando entre otras cosas que las muestras de semen eran un objeto de su "propiedad". Conviene recordar también que, en derecho inglés, se habla de properties para referirse a las cosas apropiables, y de property rights, en plural, para referirse al tipo de derechos (variados) que pueden ejercerse sobre esas cosas (no parece haber, como en derecho español o, en general, continental, un "derecho de propiedad" en singular). Así, el property approach es definido como "recognising that biomaterials can constitute items of property at law, and hence individuals can exercise property rights in relation to them" (Goold y otros 2014: 2). Una buena y extensa muestra del debate anglosajón al respecto se encuentra en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014. Véanse también los trabajos de Elena Beltrán y Silvia Zullo en este mismo libro, y Arroyo 2016.

parado. Sería coherente (y esto recuerda a nuestro segundo argumento) porque los biomateriales humanos son "cosas", en el doble sentido de que son objetos físicos identificables separadamente y de que no son "personas", y porque el régimen jurídico general aplicable a las cosas es la propiedad. Sería preciso, y potencialmente completo, porque la propiedad privada es una institución jurídica regulada con detalle (tanto en los sistemas continentales como en los del common law), y esta regulación cabría extenderla a los biomateriales humanos, al menos como régimen subsidiario en defecto de normas especiales. Unidad, coherencia, precisión y plenitud definirían un estatuto que aumentaría la seguridad jurídica en relación con posibles conflictos acerca de la posesión y transmisión de los biomateriales y acerca de la responsabilidad en relación con los procesos de conservación y manipulación. De este modo, aumentaría el grado de certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales que hubieran de resolver este tipo de conflictos<sup>38</sup>. En este sentido, Goold y Quigley analizan una serie de decisiones judiciales inglesas emanadas en los últimos años y llegan a una doble conclusión sobre el hecho de no haber admitido en ellas la propiedad de los biomateriales: por una parte, que eso se traduce en una alarmante falta de soluciones ante actos evidentemente contrarios al orden jurídico; por otra parte, que se genera una jurisprudencia "creativa" que con frecuencia no se inspira en principios sólidos, generando incoherencia y confusión<sup>39</sup>.

Flexibilidad. La propiedad ofrece un régimen jurídico muy flexible, tal como la institución ha ido demostrando históricamente al adaptarse progresivamente a la diversidad de las cosas y de las funciones sociales adscritas a esas cosas, y de ahí la amplia gama de las propiedades llamadas "especiales" (aguas, minas, propiedad intelectual e industrial, propiedad horizontal...), hasta el punto de que es un lugar común entre civilistas preguntarse si todavía tiene sentido manejar un concepto unitario de propiedad en vez de asumir de antemano la pluralidad de las propiedades<sup>40</sup>.

Por eso, es sensato suponer que la propiedad podrá adaptarse igualmente a la especial naturaleza y a la diversidad de los biomateriales humanos. No habría que temer, pues, que su sujeción al régimen propietario implique tensiones derivadas de la rigidez de la institución<sup>41</sup>, ni tampoco que el hecho de estar sujetos al régimen de propiedad sugiera una equi-

Matthews 1995; Boulier 1995; Hardcastle 2007; Goold y Quigley 2014; Reid 2015; Beltrán 2015.

<sup>39.</sup> Goold y Quigley 2014: 244.

<sup>40.</sup> Por todos ellos, valga Lauroba 2018: 123.

<sup>41.</sup> Goold y Quigley 2014.

paración de la naturaleza y del valor de los biomateriales con el de otros bienes ciertamente muy distintos en la una y en el otro<sup>42</sup>.

Gestión de la escasez. La propiedad permite una gestión social adecuada de los bienes escasos, esto es, de aquellos bienes cuya demanda es superior a su oferta. La posesión de los bienes escasos, se dice, es inestable, puesto que el poseedor está siempre potencialmente amenazado de desposesión por parte de terceros que anhelan el bien; la misión del derecho es asegurar esta posesión (o control) por parte del poseedor legítimo, y esta es la función social de la propiedad. Por otra parte, resulta evidente que los biomateriales humanos son escasos en una medida cada vez mayor, dada la dificultad para aumentar la oferta y el imparable incremento de la demanda (el caso de los órganos para trasplante es paradigmático de esta escasez), luego requieren constituirse en objetos de propiedad. Hay quien considera que esta escasez de los biomateriales es el argumento clave para justificar un régimen propietarista<sup>43</sup>. Douglas invoca una de las más conocidas decisiones judiciales en este campo, Washington University vs. Catalona (de 2007, expedida en Estados Unidos por el Tribunal de Apelación del Octavo Circuito, con sede en St Louis, Missouri). En este caso, el Dr. Catalona, que trabajaba para esa Universidad, decidió trasladarse a otra y quiso llevarse con él las muestras biológicas que había ido recopilando a lo largo de años, y que eran esenciales para su investigación. Para ello, solicitó el consentimiento de los donantes, que obtuvo. Sin embargo, la Universidad se opuso. El Tribunal dio la razón a la Universidad, considerándola dueña de las muestras biológicas, sobre la base de que los donantes habían transmitido la propiedad de tales muestras mediante, precisamente, donación. A juicio de Douglas, este es un típico problema de escasez que encuentra su mejor respuesta jurídica en el modo en que actuó el Tribunal, esto es, asignando derechos de propiedad sobre el bien escaso y determinando la titularidad de los mismos.

Prevención de la vulnerabilidad. La propiedad es capaz de prevenir la vulnerabilidad que deriva de la inexistencia de un estatuto jurídico claro y preciso de los biomateriales humanos. Con la propiedad, las personas dispondrían, por una parte, de un mayor control sobre las partes separadas de su cuerpo; y, por otra parte, de un medio de reparación de posibles daños derivados de su inadecuada manipulación y conservación<sup>44</sup>. Esta vulnerabilidad se ha puesto de relieve en algunos casos de disputas judiciales en torno a esos dos tipos de problemas, el del control de la posesión

<sup>42.</sup> Moses 2014: 213.

<sup>43.</sup> Douglas 2014a.

<sup>44.</sup> Hardcastle 2007; Moses 2014; Douglas 2014b.

y el destino que ha de darse a muestras biológicas o células reproductivas, y el del modo de establecer la responsabilidad por daños negligentes causados por deterioro o pérdida de distintos biomateriales. Un caso citado con frecuencia por la literatura anglosajona ilustra esa vulnerabilidad. Se trata de *Moore vs. Regents of the University of California*, resuelto por el Tribunal Supremo de California en 1990<sup>45</sup>. La Universidad de California había desarrollado una línea celular a partir de muestras biológicas del Sr. Moore, que había sido tratado de una leucemia en un hospital de dicha Universidad. El Sr. Moore pretendía tener derecho a una parte de los beneficios obtenidos con los productos derivados de la línea celular, pero el Tribunal consideró que las muestras biológicas no eran objeto de propiedad, y que el Sr. Moore, por tanto, no tenía el derecho que pretendía<sup>46</sup>.

Esta decisión pondría de relieve la fragilidad de la posición de quienes no ven revestidos sus intereses en los biomateriales con la forma jurídica de la propiedad<sup>47</sup>. Con carácter general, Douglas apunta que "si alguien en posesión de material biológico humano no tiene un derecho de propiedad sobre él, entonces es susceptible [vulnerable] de ser desposeído de ese material por otro"<sup>48</sup>. El caso *Yearworth*, ya referido, lo mostraría a las claras: la "vulnerabilidad" de los demandantes no fue evitada en primera instancia, precisamente porque no se les atribuyó la propiedad sobre sus muestras de semen, y sí lo fue en segunda instancia porque sí se les atribuyó.

Protección de la integridad física. La mejor manera de extender la protección de la integridad física de nuestro cuerpo a sus partes separadas es optar, para estas, por un régimen de propiedad. Este régimen sería, en este sentido, un correlato o una extensión del derecho fundamental a la integridad física, y no su negación, su restricción o su puesta en cuestión. Los derechos fundamentales pretenden garantizar el control de lo esencial para nuestra vida; pero cuando lo esencial reviste la forma de "cosa" u "objeto", el régimen jurídico más adecuado para garantizar su control es la propiedad. El fundamento último de la apropiabilidad de los bio-

<sup>45.</sup> Un análisis detallado de este caso se encuentra en Harris 1996: 353-359; en español, véase Gómez Salvago 2014: 46-48.

<sup>46.</sup> No ha de verse, creo, contradicción en que Simon Douglas, a la hora de justificar su opción por la propiedad como el régimen jurídico más adecuado para los biomateriales humanos, se apoye en un caso en la escasez (2014a) y en otro en la vulnerabilidad (2014b). Puesto que es la escasez del bien la que genera vulnerabilidad en nuestra condición de poseedores del mismo. Entiendo que nos hallamos, en realidad, ante un solo argumento.

<sup>47.</sup> Douglas 2014b: 101ss.

<sup>48.</sup> Douglas 2014b: 89.

materiales humanos separados del cuerpo es, por tanto, el derecho a la integridad física<sup>49</sup>.

No mercantilización. La patrimonialización de los biomateriales humanos, se dice, no implica de por sí su mercantilización, dado que puede haber propiedad sin libre disposición (y, por tanto, sin libre comercio), porque la propiedad privada no se compromete necesariamente con un determinado régimen de transmisiones. Así, por ejemplo, no supondría inconsistencia jurídica alguna que uno pudiera ser el dueño de las partes separadas de su cuerpo y que pudiera disponer de ellas sólo a título gratuito, esto es, de acuerdo con el régimen que rige actualmente el trasplante de órganos en nuestro país y en la mayoría de los demás, que no tendría por qué verse alterado con la introducción de la institución de la propiedad. Es más, de hecho la posibilidad misma de la donación de órganos (o de sangre o de gametos) estaría suponiendo la propiedad de aquello donado; y que no se admita esta propiedad sería un signo de inconsistencia interna del sistema jurídico, que convendría remediar<sup>50</sup>. La prohibición de disponer a título oneroso no es, por cierto, exclusiva de los biomateriales humanos. Hay otras cosas (como ciertas drogas) que se pueden poseer en propiedad, pero cuya venta está no ya regulada (caso todavía más habitual), sino simplemente prohibida a todos los efectos. En definitiva, la decisión de optar por el estatuto de la propiedad y la de permitir el comercio son dos decisiones independientes entre sí.

Los partidarios del estatuto patrimonial del biomateriales humanos insisten mucho en este punto, conscientes de que la prohibición del lucro sigue siendo el principio rector a nivel nacional e internacional en materia de transmisión de este tipo de materiales, y conscientes también del temor que suscita su mercantilización y de la conexión que muchos aprecian entre propiedad y comercio (aunque, observa Matthews, esos muchos son o bien legos o bien juristas no expertos en materia patrimonial, gente que "ignora la inmensa extensión de la propiedad", dentro de la que cabe, a su juicio sin mayores problemas, una propiedad desvinculada de toda posibilidad de comerciar<sup>51</sup>).

Hay quien, a estos efectos, se apoya en una concepción "débil" ("thin"

<sup>49.</sup> Hardcastle 2007; Douglas 2014b; Moses 2014.

<sup>50.</sup> Sin embargo, hay quien advierte que el uso del término "donación" en estos casos "no supone realmente la existencia de un acto de disposición a título gratuito que transfiera la propiedad" (puesto que no hay propiedad que transferir), sino que se trata, más bien de un "modo de comunicación del legislador" (Gómez-Salvago 2014: 79)

<sup>51.</sup> Matthews 1995: 272.

es la palabra) de la propiedad, según la cual esta no conllevaría necesariamente facultades concretas (por ejemplo, la de disponer, o la de disponer a título oneroso), sino simplemente el carácter "real" (in rem) de ese derecho<sup>52</sup>. Es también muy habitual invocar la metáfora del "haz de derechos" o bundle of rights<sup>53</sup>, como expresiva de la naturaleza de la propiedad, que incluiría (mejor: podría incluir) facultades múltiples y no se identificaría con ninguna de ellas en particular, de manera que, cabe decirlo así, ninguna de ellas sería condición necesaria de la propiedad (ni, por tanto, tampoco la disposición onerosa). En este sentido, muchos recuerdan el clásico ensayo de Tony Honoré, "Ownership" (1961), una instancia característica de ese tipo de aproximación conceptual. El longevo profesor de Oxford opta por analizar el concepto de propiedad a través de una lista de standard incidents, la mayoría de ellos derechos, pero también obligaciones y prohibiciones, que caracterizarían el caso central de la propiedad, esto es, la propiedad "liberal" y "completa" <sup>54</sup>. Entre ellos se encuentra, desde luego, el que llama right to the capital, esto es "el poder de alienar la cosa y la libertad de consumir, echar a perder o destruirla en todo o en parte"55; pero lo que destacan los defensores de la tesis de la propiedad de los biomateriales humanos es que este derecho es sólo uno más de entre muchos y, como todos ellos, puede ser limitado o incluso excluido en un caso concreto, sin que por ello hayamos abandonado el terreno de la propiedad<sup>56</sup>. Ciertamente, la restricción de la propiedad en uno u otro sentido es práctica común en cualquier sistema jurídico contemporáneo, en relación con distintos tipos de bienes, y la prohibición de comercialización sería sólo una más de esas restricciones, por lo demás no desconocida, y cuya imposición en relación con los biomateriales no sería contraria a su estatuto de cosas apropiables.

Hasta aquí, el resumen de las ventajas que han sido atribuidas a la opción propietarista o *property approach*. Sin embargo, cada una de ellas puede ser matizada a partir de dos consideraciones generales, una sobre la seguridad jurídica y ventajas afines y otra sobre la libre disposición.

Sobre la seguridad jurídica y ventajas afines. Buena parte de las ventajas que ofrece el régimen de propiedad de los biomateriales humanos separa-

<sup>52.</sup> Moses 2014: 209-210.

<sup>53.</sup> Lauroba 2018: 119.

<sup>54.</sup> Tal como lo dice Munzer, los incidentes de la propiedad son "jointly sufficient, though not individually necessary, for ownership" (Munzer 1990: 22). Un análisis de este método de conceptualización se encuentra en Harris 1996: 125-150. Véase también Beltrán 2015: 151ss., o Beltrán 2018.

<sup>55.</sup> Honoré 1961: 118.

<sup>56.</sup> Douglas 2014b: 26; Matthews 1995: 255.

dos del cuerpo (la seguridad jurídica, la gestión adecuada de la escasez, la flexibilidad o la prevención de la vulnerabilidad) lo son por relación a la ausencia de todo régimen jurídico, o de un régimen jurídico bien definido. Es decir, no se trata tanto de las ventajas del régimen propietarista, sino de las ventajas de un régimen jurídico claro (sea el que sea), que, desde luego, es cada vez más necesario. La cuestión, entonces, es si el único régimen jurídico disponible es el de la propiedad o si, en cambio, existen otros regímenes jurídicos que pudieran generar esos mismos efectos benéficos generados por la propiedad y, al tiempo evitar, un efecto no tan benéfico (más bien maléfico) al que me refiero después. En este sentido, los argumentos propuestos a favor de la propiedad son, más bien, argumentos que justifican otra cosa: un estatuto jurídico unitario, coherente y completo.

Por eso, optar por el régimen patrimonial requeriría argumentos adicionales que pusieran de relieve las ventajas de este régimen respecto de otros regímenes jurídicos posibles. Es cierto que, al tratarse de cosas, la propiedad parece la institución pertinente. Sin embargo, como ya apuntábamos antes, la calificación jurídica de los biomateriales como "cosas" no depende sólo de su condición fáctica de objetos aislados y manipulables, sino que dependerá en última instancia de una decisión que habría de tener en cuenta otras posibilidades: quizá establecer que, incluso separadas, las partes del cuerpo siguen formando parte de este, tal como propone Rodotà (en este caso, podríamos hallarnos, si se quiere, ante una ficción jurídica, lo cual no habría de sorprender a nadie, dado que se trata de un expediente frecuente en el derecho); o considerarlas, por su peculiar naturaleza y función, "bienes personalísimos", como ha sugerido Ferrajoli, unos bienes que se integrarían en la categoría más amplia de los "bienes fundamentales", todos ellos sustraídos al régimen de la propiedad; o bien, en la línea de lo que ya vimos que apuntaba Reiter, podrían integrar una categoría intermedia entre la de las personas y la de las cosas (una solución, creo, cercana a la que propone Ferrajoli). Incluso podría admitirse su calificación como "cosas" y aún así establecerse para ellas un régimen de no apropiabilidad, fuera el sugerido por Ferrajoli o uno análogo al de los bienes de dominio público, con todos los matices que fueran necesarios.

En esta misma línea, y teniendo en mente el sistema jurídico inglés (donde, recordemos, la propiedad es una institución de derecho común no regulada por el legislador), Jonathan Herring cree que hay razones para preferir una solución legislativa y no propietarista: una es que permite habilitar el espacio adecuado para ponderar todos los intereses en juego, sin priorizar indebidamente los individuales, como sucede con el régimen de propiedad; la otra es que permite tratar de manera distinta

los diferentes biomateriales humanos, con frecuencia de valor muy distinto, frente al régimen de propiedad, que tiende a atribuir a todos ellos el mismo estatuto; todo ello sin que hayamos de esperar una pérdida de seguridad jurídica<sup>57</sup>.

Por otro lado, gran parte de las ventajas del régimen propietarista quedan rebajadas por el hecho de proponerse un régimen de propiedad especial que atienda a lo específico del objeto. Es cierto que la propiedad ha demostrado una notable capacidad de adaptación a la diversidad de los objetos susceptibles de apropiación; sin embargo, esta flexibilidad ha de pagar el precio de la falta de previsibilidad, al menos en el caso de una regulación *ex novo*. Es decir, si lo que se nos propone es un régimen de propiedad especial, entonces resulta que no sabemos realmente qué régimen jurídico se nos está proponiendo, puesto que se tratará de un régimen ad hoc, adaptado a las peculiaridades de las partes separadas del cuerpo humano (que todos admiten que son muchas). De esta manera, como digo, gran parte de las ventajas del régimen propietarista quedan diluidas. O, en otros términos, ¿para qué proponer un régimen de propiedad, supuestamente precisado de antemano, si, a renglón seguido, habremos de determinar cuáles serán los contenidos normativos específicos de dicho régimen? En realidad, cuando se propone la propiedad para los biomateriales humanos, no se nos dice qué tipo de propiedad se nos propone, porque los mismos partidarios del property approach admiten que no se tratará de una propiedad "ordinaria" o "común".

Por esta razón, el supuesto beneficio de una mayor seguridad jurídica ha sido contestado por parte de los escépticos del propietarismo. El propio Herring entiende que "la certeza generada por el enfoque propietarista ha sido exagerada" y que "incluso los partidarios de este enfoque aceptan que serán necesarias las excepciones y el recurso a soluciones adicionales [a las que ofrece el régimen de la propiedad]"<sup>58</sup>. Esta "excepcionalidad", se advierte, podría llegar incluso a superar la "normalidad"; con lo que, si las normas generales de la propiedad van a ser aplicadas sólo en la minoría de los casos, quizá sería mejor renunciar a ellas (es decir, renunciar a la propiedad) y optar por normas específicas para la posesión, control y disposición de los biomateriales humanos<sup>59</sup>.

Sobre la libre disposición. Pero resulta que, además, el régimen propietarista puede generar un efecto que he llamado maléfico y que debería ser evitado. Este efecto es el de favorecer la mercantilización de los biomate-

<sup>57.</sup> Herring 2014; Herring y Chau 2014.

<sup>58.</sup> Herring 2014: 229.

<sup>59.</sup> Skene 2014: 263.

riales humanos. Para empezar, cabe admitir que no hay una conexión lógica o necesaria entre propiedad y mercantilización, como lo demuestran algunos ejemplos (eso sí: más bien pocos) de cosas que pueden ser poseídas en propiedad pero no compradas ni vendidas. Sin embargo, sí existe una conexión que podemos llamar "ideológica", esto es, la convicción generalizada de que quien es propietario de una cosa será titular también del derecho de disponer libremente de ella. Esta convicción no está exenta de fundamento, sino todo lo contrario, puesto que aquí lo que importa es la regla general (que es la regla de la libre disposición) y no tanto que quepan excepciones a la regla general (que caben, ciertamente, pero que, insisto, son pocas). Es decir, no es que no sea posible concebir una propiedad sin libre disposición, puesto que hay casos, por muy excepcionales que sean, que así lo demuestran; de lo que se trata es de que optar por la propiedad supone generar la expectativa de la libre disposición y, en este sentido, favorecerla de cara al futuro, incluso aunque sea expresamente prohibida de antemano. En definitiva, estaríamos transitando de un régimen no patrimonial (sin propiedad) a uno patrimonial, es decir, nos estaríamos encaminando hacia un régimen de libre disposición, aunque no llegáramos a dar este último paso; pero el hecho mismo del encaminamiento supondría de por sí favorecer la causa de la libre disposición, esto es, de la mercantilización.

Por eso, no está de más recordar ahora esa conexión (ya digo que no lógica) entre propiedad y libre disposición. La propiedad contemporánea, tal como fue establecida por los códigos civiles continentales, incluye sin duda la libre disposición. Así el Código civil francés (art. 544 : "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements"), el español (art. 348: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes") o el italiano (art. 832: "Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico"). En consonancia, la inmensa mayoría de los objetos susceptibles de propiedad privada pueden ser objeto de disposición y, en particular, de tráfico mercantil más o menos indiscriminado. En relación con el Código español, se ha escrito por ejemplo que la del Código es "una propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio" y que el objetivo del Código era el de "suprimir las trabas y obstáculos que impidan su libre tráfico", de manera que "la propiedad es un bien de comercio y es el mercado quien le proporciona su verdadero contenido económico", sin que esto haya de entenderse sustancialmente alterado por el reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad<sup>60</sup>. En relación con la propiedad en el *common law* se dice que la transferibilidad es una muy relevante característica de la propiedad, que es, ante todo, "algo que se puede comprar y vender en el mercado"<sup>61</sup>. Se ha dicho incluso que hay algo de "perverso" cuando se afirma que una cosa está fuera del comercio y aun así se la sigue llamando propiedad<sup>62</sup>.

En definitiva, establecer la propiedad como el régimen jurídico de las partes separadas del cuerpo significa generar la expectativa social de que cada cual podrá disponer libremente de tales partes, es decir, supondrá contribuir a su mercantilización, aunque no la suponga de por sí. La cuestión no es tanto si es pensable una propiedad sin libre comercio (que ya sabemos que sí), sino si al recurrir a la institución de la propiedad estamos contribuyendo a ahuyentar ese fantasma (el del libre comercio) o más bien lo estamos invocando.

Algo parecido cabe apuntar, aunque sólo sea de pasada, en relación con el uso. El régimen general de la propiedad supone, junto con la libre disposición, el libre uso, bien que los regímenes especiales establezcan múltiples limitaciones al mismo. Por eso, afirmar la propiedad de los biomateriales humanos genera igualmente la expectativa del libre uso, esto es, un uso no determinado por fines específicos. Por eso, quien admita que los biomateriales humanos han de destinarse a fines vinculados con la salud y la reproducción a través de la medicina y la investigación y no a otros usos cualesquiera, tendrá dificultades para sentirse cómodo con un régimen propietarista, que se orienta justamente a lo contrario. Si, para evitar esta incomodidad, se despoja a la propiedad no sólo de la libre disposición, sino también del libre uso, ¿tiene sentido realmente seguir hablando de propiedad?

Esta pregunta se parece mucho a otra que abordé en otro lugar<sup>63</sup>: ¿tiene sentido seguir hablando de propiedad, tal como proponen algunos, para designar derechos igualitarios e inalienables de las personas sobre ciertos bienes básicos? El contexto era el de la justificación de los derechos sociales (un tipo de derechos fundamentales); como alternativa al lenguaje de los derechos sociales, se ha venido proponiendo en efecto un uso reformado del lenguaje de la propiedad (the new property la llamó ya

<sup>60.</sup> Díez-Picazo y Gullón 1985: 156.

<sup>61.</sup> Munzer 1990: 49-50. Worthington (2018: 35-36) incluye la *assignability* entre los rasgos esenciales de la propiedad en el sistema jurídico inglés, lo que la convierte en "*usable wealth*".

<sup>62.</sup> Reiter 2008: 207.

<sup>63.</sup> García Manrique 2013: 279ss.

en en su día Charles Reich<sup>64</sup>), según el cual habría una propiedad sobre esos bienes básicos (que pueden ser muy variados: alimentos, vivienda, sumistros de agua, gas o electricidad, pensiones, subsidios, acceso a ciertos servicios públicos) caracterizada por su reparto igualitario y por la no alienabilidad, de manera que ese reparto igualitario no pudiera ser alterado (puesto que se evitaría la acumulación y la desposesión) y quedara así garantizado el disfrute de esos bienes básicos por parte de todos. Esto podía verse como una revitalización contemporánea de cierta concepción republicana clásica de la propiedad que había estado muy presente en el ambiente revolucionario y constitucional de la Francia y de la Norteamerica de finales del siglo XVIII, pero que se había ido apagando después.

Ahora bien, después de dos siglos de hegemonía de la "otra" propiedad (llamemosla "liberal"), esto es, de la propiedad alienable y acumulable y, por tanto, no igualitaria, la propiedad del libre uso y la libre disposición de la que nos hablan los códigos civiles decimonónicos todavía vigentes, es de veras recomendable recuperar el lenguaje de la propiedad para referirse a los derechos de disfrute universal de los bienes básicos? En última instancia, me pareció y me parece, se trata de una cuestión sobre qué lenguaje transmite mejor esa idea igualitaria, qué lenguaje tendrá una mayor fuerza ideológica, si el lenguaje de los derechos fundamentales (en particular, de los derechos sociales a la educación, la sanidad, la seguridad social, la vivienda y demás) o el lenguaje de la propiedad, que desde luego puede ser definida en esos viejos términos republicanos, pero que hoy se nos presenta con una apariencia muy distinta. Es decir, se trata de una cuestión táctica, y así lo vieron Macpherson o Nedelsky, llegando a conclusiones contrapuestas. El primero abogó por la recuperación del lenguaje de la propiedad como el más apropiado para describir el control de los bienes básicos por parte de todos los ciudadanos, puesto que:

Hemos hecho que la propiedad sea tan central en nuestra sociedad que cualquier cosa o cualesquiera derechos que no son propiedad parecen abocados a un segundo plano. Por eso, creo que, teniendo en cuenta nuestra presente escala de valores, sólo si el derecho a una vida plena es visto como un derecho de propiedad estará en condiciones de realizarse con carácter general<sup>65</sup>.

En cambio, la segunda cree que ese mismo prestigio de la propiedad, unido a que (con toda razón) es generalmente concebida en los término desigualitarios que acabo de identificar como propios de la propiedad

<sup>64.</sup> Reich 1964.

<sup>65.</sup> Macpherson 1985: 84.

contemporánea, actuaría en contra de los ideales igualitarios que supuestamente habría de realizar, al menos en el largo plazo:

Cuando alguien decide utilizar la propiedad, redefinida, para dar nuevos tipos de protección constitucional a los derechos de autonomía, de participación o de bienestar material, corre el riesgo de que los avances temporales se vuelvan retrocesos ante una larga y más estrecha tradición [la de la propiedad liberal]<sup>66</sup>.

De manera análoga, creo que la pregunta sobre si la propiedad es la institución adecuada para garantizar el control de las personas sobre sus biomateriales ha de abordarse en términos semejantes. Todas estas consideraciones apuntan, pues, a que no nos hallamos ante una cuestión de lógica jurídica estricta (si cabe o no cabe la propiedad sin libre disposición)<sup>67</sup>, sino ante una cuestión de coherencia sustantiva, o teleológica, entendida de modo distinto como una cuestión de consistencia entre medios y fines: si se quiere evitar el libre comercio de los biomateriales humanos, ¿tiene sentido recurrir a una institución que, como tal, está íntimamente vinculada con ese libre comercio?¿No se estará transmitiendo justamente el mensaje contrario a los ciudadanos? ¿O merece la pena correr ese riesgo a cambio de asegurar un mayor control individual apoyado en el prestigio de la institución de la propiedad?

Si mi análisis es acertado, estamos en condiciones de concluir que el argumento pragmático no sirve para justificar que el régimen de propiedad privada sea el más indicado para regular el uso, control y disposición de los biomateriales humanos separados del cuerpo, puesto que: por una parte, no garantiza especialmente la seguridad jurídica, dado que otros regímenes jurídicos podrían garantizarla igual; y, por otra parte, favorece el libre uso y disposición de los biomateriales y, por tanto, su comercialización.

<sup>66.</sup> Nedelsky 1999: 283.

<sup>67.</sup> Como Alf Ross mostró en su día, los derechos subjetivos (como la propiedad) son meras "técnicas de presentación" simplificada de las normas, que enlazan una serie de hechos (por ejemplo, los modos de adquirir la propiedad) con una serie de consecuencias (por ejemplo, las facultades del titular de la propiedad). Es decir, cabría exponer el contenido de un sistema jurídico sin mencionar derecho subjetivo alguno (aunque, eso sí, sería muy prolijo, y de ahí la utilidad expositiva de los derechos subjetivos). Por eso, términos como "propiedad" no tienen "referencia semántica independiente" y, en realidad, no "existen" como materia jurídica primaria (que estaría constituida sólo por normas que enlazan hechos con consecuencias). Desvincular una determinada facultad (por ejemplo, la de vender) de una serie de hechos (los modos de adquisición) no supone, por tanto, ningún problema lógico (Ross 1976 [1957]: 32-35).

### VI. CONCLUSIÓN

El examen de los argumentos que se invocan a favor de establecer un régimen de propiedad privada para los biomateriales humanos separados del cuerpo nos lleva a la conclusión de que ninguno de ellos resulta convincente. Podría, por supuesto, haber otros, pero no los conozco, ni se me ha ocurrido ninguno más. Esta conclusión conlleva dos corolarios: uno es que no parece recomendable modificar nuestros sistemas jurídicos para permitir la apropiación privada de los biomateriales; el otro es que parece recomendable modificarlos con el fin de atajar aquellas instancias de propiedad privada de biomateriales que de uno u otro modo puedan ir apareciendo en nuestra práctica jurídica. Más allá de esto, el fracaso de la propuesta propietarista sugiere que acaso un régimen de ciudadanía, similar al de los derechos fundamentales, podría ser más adecuado para lidiar jurídicamente con estos peculiares objetos que son nuestros biomateriales.

### VII. REFERENCIAS

Andre, J. (1992): "Blocked Exchanges: A Taxonomy". Ethics 103: 29-47.

- Arroyo Amayuelas, E. (2016): "Entre propiedad y persona: disposición de partes y productos del cuerpo. Un análisis desde el derecho civil", en Casado (2016): 133-153.
  - (2018): "Componentes del cuerpo humano y material genético: ¿Superar la condición de *extracommercium*?", en Lauroba y Tarabal (2018): 363-387.
- Beltrán, E. (2015): "El cuerpo humano: derechos sin propiedad o propiedad sin derechos". *Revista de Estudios Políticos* 169: 137-166.
  - (2018): "Derechos sobre el cuerpo humano y propiedad: ¿de quién es mi cuerpo?". En este libro.
- Boulier, W. (1995): "Sperm, Spleen, and Other Valuables: the Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts". *Hofstra Law Review* 23: 693-731.
- Casado, M., coord. (2018), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. México, Fontamara (ahora reeditado en Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona, 2017).
- Cohen, G. A. (1995): *Self-ownership, Freedom and Equality*. Cambridge, Cambridge University Press.

- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1985): Sistema de Derecho Civil, vol. III. Madrid, Tecnos.
- Domènech, A. (2009): "¿Qué fue del 'marxismo analítico'? En la muerte de Gerald Cohen" (en www.sinpermiso.info)
- Douglas, S. (2014a): "The argument for property rights in body parts: scarcity of resources". *Journal of Medical Ethics* 40: 23-26.
  - (2014b): "Property Rights in Human Biological Material", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014: 89-108.
- Fabre, C. (2006): Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person. Oxford, Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2014): *La democracia a través de los derechos*. Madrid, Trotta.
- García Manrique, R. (2013): *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*. Barcelona, El Viejo Topo.
  - (2016): "¿Es mío mi cuerpo? Sobre la propiedad privada del cuerpo humano", en Casado (2016): 103-132.
  - (2017): "La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietarista". Revista de Bioética y Derecho, 40: 49-61.
- Gayte-Papon de Lameigné, A. (2015): « Le statut juridique des élements et produits du corps humain : objets ou sujets de droit ». *Journal international de bioétique et étique des sciences*, 26 : 185-198.
- Ghachem, M. W. (2003): "The Slave's Two Bodies: The Life of an American Legal Fiction". *The William and Mary Quarterly* 60: 809-842.
- Gómez-Salvago Sánchez, C. (2014): "Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora". *Anuario de Derecho Civil*, LXVII: 11-79.
- Goold, I. y otros (2014): "Introduction", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014.
- Goold, I., Greasley, K., Herring, J. y Skene, L., ed. (2014): *Persons, parts and property. How should we regulate human tissue in the 21 st Century?* Oxford, Hart.
- Goold, I. y Quigley, M. (2014): "Human Biomaterials: The Case for a Property Approach", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014: 231-262.
- Greasley, K. (2014): "Property Rights in the Human Body: Commodifica-

- tion and Objectification", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014: 67-87.
- Hardcastle, R. (2007): Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control. Oxford, Hart.
- Harris, J. W. (1996): Property and Justice. Oxford, Clarendon Press.
- Herring, J. (2014): "Why We Need a Statute Regime to Regulate Bodily Material", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014: 215-230.
- Herring, J y P. L. Chau (2014): "Interconnected, inhabited and insecure: why bodies should not be property". *Journal of Medical Ethics*, 40: 39-43.
- Honoré, A. M. (1961): "Ownership", en A. G. Guest (ed.), Oxford Essays in *Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press: 107-147
- Lauroba, E. (2018): "Sobre la construcción de un derecho de propiedad europeo: materiales y reflexiones", en Lauroba y Tarabal (2018): 103-132.
- Lauroba E., dir., y J. Tarabal, coord. (2018): *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*. Valencia, Tirant lo Blanch:
- Locke, J. (2010 [1690]): Segundo tratado sobre el gobierno civil. Madrid, Tecnos.
- Kant, I. (2002 [¿1785?]): Lecciones de Ética. Barcelona, Crítica.
- Le Breton, D. (2013): *Anthropologie du corps et modernité*. París, Presses Universitaires de France.
- Luckács, G. (1985 [1923]): Historia y consciencia de clase. Barcelona, Grijalbo/Orbis.
- Matthews, P. (1995): "The Man of Property". Medical Law Review 3: 251-274.
- Macpherson, C. B. (1995): "Human Rights as Property Rights", en Id., *The Rise and Fall of Economic Justice and Other Essays*. Oxford, Oxford University Press.
- Moses, L. B. (2014): "The Problem with Alternatives: The Importance of Property Law in Regulating Excised Human Tissue and In Vitro Human Embryos", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014: 197-214.
- Méndez Baiges, V. (2010): "Apelando a los cielos: el *Segundo tratado* en la historia del pensamiento político moderno", en J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, Tecnos: 235-274.
- Millet, C. (2018): "La mujer no es sólo un cuerpo", en El País, 14 de febrero.

- Nicol, D. y otros (2014): "Impressions on the Body, Property and Research", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014.
- Munzer, S. R. (1990): *A Theory of Property*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Nedelsky, J. (1999): "El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada en J. Elster y R. Slagstad (ed.), *Constitucionalismo y democracia*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Nozick, R. (1974): Anarchy, State and Utopia. Oxford, Blackwell.
- Penner, J. E. (1997): The Idea of Property in Law. Oxford, Clarendon Press.
- Quigley, M. (2012): "Property in Human Biomaterials: Separating Persons and Things?". Oxford Journal of Legal Studies 32: 659-683.
- Pons Rafols, X. (2009): "Biomedicina y derecho internacional: nuevas fronteras de la ciencia, nuevas dimensiones de los derechos humanos", en A. M. Badia, A. Pigrau y A. Olesti (coord.), Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, vol. I. Madrid, Marcial Pons: 571-597.
  - (2016): "Nuevos desarrollos en la lucha internacional contra el tráfico de órganos humanos: el Convenio de Santiago de Compostela".

    Revista Electrónica de Estudios Internacionales 31: 1-36.
- Radin, M. J. (1996): *Contested Commodities*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Reiter, E. H. (2008): "Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things and the Problem of Domat's Monster", en *Journal of Civil Law Studies* 1: 189-213.
- Reid, K. (2015): *Body Parts and Property*. University of Edinburgh School of Law, Research Paper Series No 2015/25.
- Reich, C. (1964): "The New Property". Yale Law Journal, 73.
- Rodotà, S. (2008): "Aventuras del cuerpo", en H. Silveira, ed., *El derecho ante la biotecnología*. Barcelona, Icaria: 291-307.
- Ross, A. (1976 [1957]):  $T\hat{u}$ - $t\hat{u}$ . Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Skene, L (2014): "Raising Issues With a Property Law Approach", en Goold, Greasley, Herring y Skene 2014: 263-279.
- Torroja Mateu, H. (2016): "¿Un derecho de propiedad sobre los embriones in vitro? ¿Un derecho a decidir su donación a la ciencia? Un con-

#### 6. SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA DE LOS BIOMATERIALES HUMANOS

- trovertido debate (TEDH, Parrillo v. Italia)". *Revista General de Derecho Europeo* 39.
- Wall, J. (2015): *Being and Owning. The Body, Bodily Material, and the Law.* Oxford, Oxford University Press.
- Wicks, E. (2016): *The State and the Body. Legal Regulation of Bodily Autonomy*. Oxford, Hart.
- Worthington, S. (2018): "How Can English Property Law Contribute to the Construction of European Property Law?", en Lauroba y Tarabal 2018: 33-57.

# Capítulo 7

# Problemas emergentes en Italia en materia de reproducción asistida<sup>1</sup>

CARLA FARALLI Universidad de Bolonia-CIRSFID

Resumen. La reproducción asistida está regulada en Italia por la Ley 40/2004, que durante los últimos diez años ha sido objeto de varias interpretaciones jurisprudenciales que han redefinido sus rasgos de una forma muy significativa, hasta el punto de convertirse en un ejemplo de reescritura jurisprudencial de un texto normativo. Todavía existen varios problemas que requieren una reflexión sobre el modelo familiar, la maternidad y paternidad, y la existencia o no de un derecho a la libertad reproductiva. Las diversas corrientes del feminismo han acogido de maneras diferentes el advenimiento de las nuevas tecnologías reproductivas, consideradas capaces de ampliar los derechos de las mujeres, pero también de abrir nuevas formas de subyugación y explotación.

La reproducción asistida es una práctica relativamente reciente: los primeros experimentos datan de finales de los años 60 del siglo pasado, pero no fue hasta 1978 cuando nació la primera niña fruto de la inseminación artificial, Louise Brown<sup>2</sup>.

Durante mucho tiempo, en Italia no ha habido ninguna normativa: la dificultad de regular esta práctica, más allá de aspectos ideológicos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, nace de los múltiples problemas derivados de la proliferación de los sujetos que intervienen en el proceso

Traducción de Pablo Scotto Benito. El original italiano se ha publicado en la Revista de Bioética y Derecho, 42 (2018): 127-141.

<sup>2.</sup> Flamigni (2011).

reproductivo, portadores de intereses potencialmente en conflicto (padres biológicos, embriones, *nasciturus*, posibles donantes de semen y de óvulos, médicos). Esta laguna ha sido colmada, durante más de veinte años, por vía jurisprudencial, y solo en 2004 se ha llegado a la promulgación de la Ley 40 ("Normas en materia de reproducción médicamente asistida"), aprobada definitivamente en la Cámara tras cinco horas de debate, con 277 votos a favor, 222 en contra y 3 abstenciones.

La rígida estructura de la ley suscitó inmediatamente varios problemas y tan solo un año después, en abril de 2005, se abrió una campaña de referéndum destinada a declarar su completa inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional Italiano³ rechazó la posibilidad de una enmienda a la totalidad, ateniéndose al supuesto de que la Ley 40 debe considerarse una normativa constitucionalmente necesaria, por establecer una primera regulación orgánica capaz de garantizar un nivel mínimo de tutela a una pluralidad de situaciones de interés constitucional significativo, y admitió la celebración de cuatro referéndums parciales sobre los puntos más controvertidos de la ley, como la posibilidad de acceso a la reproducción asistida no solo a parejas estériles sino también a personas que padecen enfermedades transmisibles genéticamente, los límites de la investigación experimental y la prohibición de la fecundación heteróloga. Los días 12 y 13 de junio de 2005 se celebró el referéndum, que fracasó por falta de *quorum*<sup>4</sup>.

En el transcurso de más de diez años, la Ley 40 ha sido objeto de diversas interpretaciones jurisprudenciales que han redefinido sus rasgos de una forma muy significativa, hasta el punto de convertirse en un ejemplo de reescritura jurisprudencial de un texto normativo<sup>5</sup>.

En su formulación inicial, la ley era muy perjudicial para la salud de las mujeres: una "mala ley mala", como fue definida<sup>6</sup>, que reducía el cuerpo de la mujer a un simple contenedor de lo concebido, sacrificando su derecho a la salud (me refiero en particular al artículo 14 sobre la prohibición de producir más de tres embriones y a la consiguiente obligación de una única y contemporánea implantación) y al artículo 13 (sobre la prohibición de diagnóstico previo a la implantación).

Estos son los artículos a los que se refería el fracasado referéndum, que luego fueron recurridos ante el Tribunal Constitucional Italiano. Con la

<sup>3.</sup> Sentencia 45/2005, publicada en la Gazzetta Ufficiale el 02/02/2005, nº 5.

<sup>4.</sup> Ainis (2005).

<sup>5.</sup> Ferrando (2011), Flamigni y Mori (2014).

<sup>6.</sup> Virgilio y Marella (2004).

sentencia 151 del 8 de mayo de 2009<sup>7</sup>, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, señalando su contradicción con el artículo 32 de
la Constitución Italiana, por infringir el derecho a la salud de la mujer en
tanto que, en caso de fracaso del primer intento de implante, requería un
nuevo tratamiento de estimulación ovárica, doloroso e invasivo, dirigido
a la formación de nuevos embriones destinados a un segundo implante.
El Tribunal también evidenció la irracionalidad del artículo 14, que preveía el mismo tipo de tratamiento para todas las mujeres, sin tener en
cuenta las situaciones específicas, que deben evaluarse caso por caso en
la relación médico/paciente. Es decir, el Tribunal ratificó el principio subyacente en la disposición del artículo 14, que consiste en la prohibición de
crear un número de embriones no superior a lo necesario, pero consideró
razonable confiar al médico la determinación, caso por caso, de cuántos
embriones producir e implantar en función de las condiciones de salud
de cada mujer.

Posteriormente, con dos sentencias de 2015, la 96 del 5 de junio de 20158 y la 229 del 11 de noviembre de 20159, el Tribunal admitió: con la primera, la posibilidad de acceso a la reproducción asistida a parejas fértiles pero portadoras de enfermedades genéticas (acceso antes permitido, según el artículo 1, solo a parejas afectadas por infertilidad o esterilidad) y, con la segunda, la selección de embriones, si estos se ven afectados por enfermedades transmisibles graves, es decir, por aquellas patologías que cumplan los criterios de gravedad previstos para el aborto por la Ley 194 de 1978 ("Normas para la protección social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo"). El Tribunal trató de proteger, una vez más, la salud de las mujeres, que de otro modo tendrían que recurrir al aborto tras la implantación: de hecho, si el ordenamiento jurídico permite la interrupción voluntaria del embarazo a fin de evitar la posibilidad de que generar un hijo gravemente enfermo pueda comprometer la integridad física y mental de la mujer, no parece razonable imponer a la mujer la implantación de un embrión afectado por una anomalía grave, para luego forzarla a abortar debido a esta misma anomalía.

Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en la sentencia sobre el caso Costa y Pavan c. Italia (28 de agosto de 2012)<sup>10</sup>, había puesto de relieve la incoherencia del ordenamiento jurídico italiano, que ofrece una mayor protección al embrión que al feto, cuando prohíbe a

<sup>7.</sup> Publicada en la Gazzetta Ufficiale el 13/05/2009, nº 19.

<sup>8.</sup> Publicada en la Gazzetta Ufficiale el 10/06/2015, nº 23.

<sup>9.</sup> Publicada en la Gazzetta Ufficiale el 18/11/2015, nº 46.

<sup>10.</sup> Recurso nº 54270/10.

las parejas portadoras de enfermedades genéticas acceder a la reproducción asistida y seleccionar embriones no enfermos, pero permite abortar una vez comenzado un embarazo en el cual el feto es portador de dichas enfermedades.

En 2014, con la sentencia 162 del 9 de abril<sup>11</sup>, el Tribunal Constitucional Italiano también declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de la reproducción asistida de tipo heterólogo<sup>12</sup> (prevista en el artículo 4.3 de la Ley 40). Obsérvese que en Italia, desde finales de los años 70, cuando se desarrolló la reproducción asistida, hasta 2004, año de entrada en vigor de la Ley 40, se practicaba la fecundación heteróloga, regulada por circulares ministeriales, en particular por la Circular Degan de 1985, que preveía que el donante fuera anónimo y la donación se realizase sin intercambio de dinero. Después sucesivamente al periodo 2004-2014, la prohibición fue anulada.

La sentencia de 2014 del Tribunal Constitucional Italiano vino precedida de un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, que en 2010 condenó a Austria por la prohibición absoluta –recogida en la legislación de ese país, como entonces en Italia– de donación de gametos, considerándola una prohibición incompatible con los principios establecidos por la CEDU (Convención Europea de Derechos Humanos de 1950) en el artículo 8 sobre el respeto del derecho a la vida privada y familiar, y en el artículo 14 sobre el principio de igualdad.

En noviembre de 2011, en realidad, la Gran Sala de dicho Tribunal había reformulado esta decisión<sup>13</sup>, considerando que la prohibición establecida por la legislación austriaca no excedía el margen de interpretación otorgado a los Estados. En particular, declaró que esta prohibición era expresión de un equilibrio no censurable entre el derecho a tener hijos y la necesidad de preservar la certeza en las relaciones familiares, con referencia particular al posible conflicto entre la madre genética y la madre biológica y al interés del individuo por conocer sus orígenes.

El Tribunal Constitucional Italiano, en 2014, basa la declaración de in-

<sup>11.</sup> Publicada en la Gazzetta Ufficiale el 18/06/2014, nº 26. Véase: D'Amico y Costantini (2014).

<sup>12.</sup> Como ha señalado en varias ocasiones el conocido ginecólogo Carlo Flamigni, el término "heterólogo" sugiere encuentros reproductivos entre sujetos de diferentes especies. Desde un punto de vista científico, sería más correcto denominarla "reproducción exógama", es decir, con gametos procedentes de sujetos distintos a la pareja.

<sup>13.</sup> Sentencia del 1 de abril de 2010 y sentencia del 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 369437), S. y H. c. Austria, recurso nº 57813/2000.

constitucionalidad de la prohibición de reproducción asistida heteróloga en los siguientes puntos:

- La Constitución Italiana reconoce una fundamental y general libertad de autodeterminación (artículos 2, 3 y 31), siendo la elección de convertirse en padres y formar una familia una de las expresiones de esta libertad. En particular, el artículo 31 le atribuye a la República la tarea de favorecer, a través de medidas económicas y otras actuaciones, la formación de la familia. La Ley 40 debe comprenderse desde esta perspectiva: está explícitamente dirigida a "eliminar las causas de infertilidad o esterilidad". La prohibición de la fecundación heteróloga, por lo tanto, debe considerarse irracional a la luz de la finalidad de la propia ley, ya que impide el acceso a las técnicas de reproducción asistida a sujetos totalmente estériles, que pueden formar una familia con hijos únicamente recurriendo a gametos externos a la pareja. Lo irracional, en otras palabras, radica en el hecho de que la ley garantiza el acceso a la reproducción asistida a los enfermos menos graves y la niega a los más graves.
- Además de esto, la Constitución Italiana garantiza el derecho a la salud (artículo 32), tradicionalmente entendido como bienestar psicofísico. La imposibilidad de formar una familia con hijos puede afectar negativamente, y de manera relevante, a la salud de la pareja.

Una vez precisadas la libertad de autodeterminación en el ámbito familiar (artículos 2, 3, 31) y el derecho a la salud de la pareja (artículo 32), el Tribunal afirma que para imponer prohibiciones o límites a los derechos de las personas, es necesario identificar intereses o derechos de rango equivalente que se vean lesionados. En el caso de la fecundación heteróloga, ¿cuáles son estos intereses/derechos? Los posibles traumas derivados de una maternidad o paternidad no natural y la posible limitación del derecho del hijo a conocer sus orígenes. Pero tales casos, que se refieren a situaciones posibles, no confirmadas, no deberían prevalecer sobre los derechos antes señalados (autodeterminación y salud).

Por lo tanto, las normas que prohíben la fecundación heteróloga conducen a una disparidad en los tratamientos: con respecto a la gravedad de la disfunción de la pareja, por un lado, y con respecto a la capacidad económica, por el otro, en tanto que los más ricos pueden acudir al extranjero, donde la reproducción heteróloga médicamente asistida está permitida<sup>14</sup>.

A la luz de todo esto, el Tribunal ha declarado inconstitucional la pro-

<sup>14.</sup> Véase, en particular, Borini y Flamigni (2012).

hibición de fecundación heteróloga por su desproporción e irracionalidad, en cuanto: "las normas censuradas no respetan el principio de menor sacrificio posible de otros intereses y valores constitucionalmente protegidos y realizan, en cambio, una evidente e irreversible lesión de algunos de ellos" (autodeterminación y salud).

Tras esta decisión, algunos han considerado que estamos ante una laguna normativa y que existe la necesidad, por lo tanto, de una nueva intervención del legislador, pero lo cierto es que el propio Tribunal señaló, en la parte final de la sentencia, que no hay ninguna laguna, ya que la propia Ley 40 –teniendo en cuenta el reconocimiento jurídico de la reproducción asistida heteróloga en muchos países– había previsto, en el artículo 9, una regulación relativa al estado del nacido, afirmando: que "si se recurre a técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo, el cónyuge o el conviviente cuyo consentimiento pueda deducirse de actos concluyentes no puede desconocer la paternidad"; que "la madre del niño nacido tras la aplicación de técnicas de reproducción asistida no puede declarar la voluntad de no ser identificada"; que "en el caso de técnicas de tipo heterólogo, el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica parental con el nacido y no puede hacer valer ningún derecho ni ser titular de obligaciones respecto al mismo".

Tampoco existen lagunas, según el parecer del Tribunal, en cuanto a los requisitos subjetivos, que continúan siendo los previstos en el artículo 5: "pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida parejas de adultos de diferente sexo, casados o convivientes, en edad potencialmente fértil, estando ambos vivos".

No existen lagunas, en fin, en relación a las estructuras autorizadas, que siguen siendo las previstas en los artículos 10 y 11, es decir, las estructuras públicas y privadas autorizadas por las regiones e inscritas en el registro adecuado.

El Tribunal menciona, además, la siguiente normativa vigente:

- El Decreto legislativo del 6 de noviembre de 2007, nº 191 –"Aplicación de la Directiva 2004/23/CE sobre la definición de normas de calidad y de seguridad para la donación, el abastecimiento, el control, el procesamiento, la conservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos"–, que se refiere a la gratuidad y voluntariedad de las donaciones, a las modalidades de consentimiento, al anonimato del donante, a la tutela del historial médico, etc.
- La Ley sobre las adopciones del 4 de mayo de 1983, nº 184, y las

modificaciones introducidas sucesivamente, en referencia particularmente a la cuestión de la identidad genética.

El 1 de julio de 2015, el Ministerio de Sanidad Italiano, a la luz de la evolución técnico-científica y de las sentencias del Tribunal Constitucional, promulgó un Decreto de actualización de las directrices de la Ley 40, en sustitución de las de 2008, inspirándose principalmente en el documento de la Conferencia Estado-Regiones aprobado en septiembre de 2014, tras la sentencia del Tribunal Constitucional<sup>15</sup>.

Con respecto a la fecundación heteróloga, se vuelve a afirmar que la donación debe ser anónima, en el sentido de que no debe ser posible que el donante encuentre a la pareja receptora y viceversa; y que debe ser gratuita, excluyéndose también el reembolso de los gastos. Se aclara que no es posible escoger las características fenotípicas del o de la donante, a fin de evitar ilegítimas selecciones eugenésicas, pero que el centro de reproducción asistida debe garantizar razonablemente la compatibilidad de las características principales del o de la donante con las de la pareja receptora, a fin de evitar que la apariencia del niño sea muy diferente de la de los padres.

Los problemas de implementación de la reproducción heteróloga en Italia son todavía muchos, comenzando por el bajo número de donantes, especialmente de mujeres (actualmente falta una campaña informativa adecuada), lo que hace necesario importar gametos del exterior.

Dos años después de la decisión del Tribunal Constitucional Italiano, la Sociedad Italiana de Fertilidad (SIFE) publicó datos muy preocupantes: apenas ha habido una decena de donantes mujeres (en comparación con las 500/600 que se necesitarían cada año) y un centenar de donantes a través del *egg sharing*, es decir, mujeres bajo tratamiento para la reproducción asistida que ceden parte de sus ovocitos. Una de las razones que explicarían estas cifras es el hecho de que, como hemos dicho, la donación en Italia es completamente desinteresada, a diferencia de lo que ocurre en otros países (en España, por ejemplo, existe una ley que establece una compensación en torno a los 1000 euros). De hecho, las Directivas europeas sobre tejidos y células (2004/23/CE, 2006/17/CE) son interpretadas de diferentes maneras por los países miembro, ya que prohíben la venta de gametos, pero permiten una compensación por la falta de ganancias y el reembolso de los gastos en los que se haya incurrido. Esto crea un evidente contrasentido: en Italia, por ejemplo, está prohibida la donación con

<sup>15.</sup> Conferenza delle regioni e delle province autonome, newsletter n° 2557 del 8 de septiembre de 2014.

compensación, pero se consiente la importación de ovocitos obtenidos en países que sí la permiten mediante ricompensa<sup>16</sup>.

No fue hasta el año pasado (en marzo de 2017) cuando las prestaciones para la fecundación heteróloga se incluyeron en los Niveles Esenciales de Asistencia del Servicio Sanitario Nacional Italiano, lo que debería evitar las grandes diferencias territoriales respecto a la posibilidad de acceso y de reembolso, así como la pervivencia del llamado turismo reproductivo, tanto entre regiones (hasta marzo solo en tres regiones –Toscana, Emilia-Romagna y Friùli– estaba contemplado un reembolso), como hacia países extranjeros.

Además de estos problemas prácticos, me gustaría destacar tres cuestiones, de gran relevancia bioética, que permanecen abiertas.

La primera cuestión se refiere al artículo 13 (todavía en vigor) de la Ley 40, que prohíbe cualquier experimentación con embriones humanos, excepto cuando se persiguen fines terapéuticos y de diagnóstico destinados a proteger la salud y el desarrollo del embrión mismo. La prohibición afecta también a los embriones supernumerarios criopreservados, producidos antes de la entrada en vigor de la Ley 40 (2004) o después de la sentencia de 2009 del Tribunal Constitucional Italiano, que eliminó el límite que impedía producir e implantar más de tres embriones. En consecuencia, ni siquiera estos últimos pueden ser donados a la investigación. El artículo 13 ha sido objeto de un juicio ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Parrillo c. Italia, 27 de agosto de 2015)<sup>17</sup>. En 2002 –y por lo tanto antes de la entrada en vigor de la Ley 40–, Adelina Parrillo había decidido, junto con su compañero Stefano Rolla, acceder a técnicas de reproducción asistida con el objetivo de producir embriones que pudieran ser transferidos posteriormente, pero en 2003 él perdió la vida en el atentado de Nassiriya, por lo que la viuda renunció a la transferencia de los embriones, aunque manifestando su deseo de donarlos a la investigación científica. El centro sanitario donde se conservaban estos embriones se opuso a la demanda de la mujer, basándose en que el artículo 13 de la Ley 40 prohíbe cualquier actividad de investigación sobre los embriones. La señora Parrillo decidió apelar directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indicando que la prohibición mencionada en el artículo 13 viola el artículo 1 del Protocolo nº 1 adjunto al texto de la Convención Europea de Derechos Humanos ("Protección de la propiedad"), así como los artículos 8 y 10 de dicha Convención (que son, respectivamente, el "Derecho al respeto de la vida privada y fami-

<sup>16.</sup> Para profundizar en este debate, véase: Kenney y McGowan (2014), Curtis (2010).

<sup>17.</sup> Recurso nº 46470/2011.

liar" y la "Libertad de expresión", de la cual la libertad científica puede considerarse una parte). La Gran Sala del Tribunal, el 27 de agosto de 2015, declaró la inadmisibilidad del recurso. Con respecto al artículo 1, Protocolo nº 1, el Tribunal subrayó que el ámbito de aplicación de la norma es estrictamente económico-patrimonial y, en consecuencia, no puede referirse al caso presente. Con respecto al artículo 8, si bien reconoció que los embriones contienen material genético perteneciente a la recurrente y que, por lo tanto, deben considerarse partes constitutivas de su identidad genética y biológica, consideró que esto no se relaciona directamente con el respeto a la vida privada y familiar, teniendo además en cuenta que no existen pruebas de una manifestación de voluntad en el mismo sentido por parte del fallecido. Finalmente, respecto al artículo 10, el Tribunal sostuvo que la presunta infracción debería haber sido presentada por un investigador –en nombre del derecho a la libertad de expresión, apelando concretamente al derecho a la libertad científica–, y no por otras personas.

El Tribunal Constitucional Italiano también se pronunció sobre el artículo 13 de la Ley 40, en la sentencia del 22 de marzo de 2016, nº 8418, a raíz de un recurso presentado ante el Tribunal de Florencia, al cual se había dirigido una pareja solicitando que se ordenase al centro de fecundación asistida la entrega de nueve embriones criopreservados, para ser destinados a la actividad médica y a la investigación científica. El Tribunal, reclamando también explícitamente el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo, destacó la intangibilidad de la decisión legislativa de salvaguardar la dignidad del embrión en perjuicio de la libertad de investigación científica y sostuvo que solo el legislador en tanto que intérprete de la voluntad de la comunidad puede trasladar al plano normativo el difícil equilibrio entre valores fundamentales en conflicto, teniendo en cuenta las tendencias y las demandas que se encuentren más enraizadas, en el momento dado, en la conciencia social. Esta sentencia, por lo tanto, lanza una advertencia al legislador sobre la necesidad de decidir la suerte de los embriones humanos en estado de criopreservación permanente, que podrían ser empleados en la investigación científica o incluso -añado yo- "adoptados", dado el escaso número de donantes.

La segunda cuestión tiene que ver con el anonimato del o de la donante, también previsto en las directrices de 2015. Se trata de un tema más general, que afecta a cuestiones como la adopción y el anonimato de aquellas madres que elijan, como está previsto en Italia, dar a luz en un hospital sin ser identificadas.

En 2011, antes de que se derogase en Italia la prohibición de fecun-

<sup>18.</sup> Publicada en la Gazzetta Ufficiale el 20/04/2016, nº 16.

dación heteróloga, el Comité Nacional de Bioética, tomando nota de la recomendación de 2010 del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa –que incluía a los Estados que prohibían entonces la fecundación heteróloga y consistía en la necesidad de establecer normas de protección de los derechos de identidad de los nacidos—, abordó la cuestión del derecho del concebido por reproducción heteróloga a conocer sus orígenes<sup>19</sup>. Su opinión puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- Se recomienda a los padres que revelen a sus hijos el modo en que fueron concebidos de una forma apropiada, para evitar que eventuales pruebas genéticas posteriores puedan revelarles tardíamente el secreto, causando reacciones impredecibles.
- Se reitera la necesidad de que el centro en el que se realiza la reproducción asistida custodie en un registro adecuado los datos genéticos del o de la donante, para un posible diagnóstico o tratamiento terapéutico del niño.

En cuanto al derecho del niño a conocer sus orígenes, accediendo a los datos (y no solamente a los datos biológicos) del o de la donante, hay opiniones enfrentadas. Hay quienes, por un lado, han destacado la importancia que tiene para el niño el disponer de una información completa (tanto genética como personal) de quien ha cedido los gametos, argumentando que cada individuo tiene derecho a saber la verdad, y que impedírselo constituye un ejercicio de violencia. Otros, en cambio, han defendido la necesidad de preservar el anonimato de los datos personales, argumentando que el vínculo con el o la donante es biológico y no relacional, y que, por lo tanto, dichos datos no aportan nada a la historia del niño, además de que pueden poner en riesgo el equilibrio familiar<sup>20</sup>.

Desde un punto de vista jurisprudencial, con respecto a la cuestión del anonimato de la madre, se han expresado tanto el Tribunal Constitucional Italiano en 2005, considerando el derecho a la privacidad de las mujeres como una prioridad, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en 2012, con la Sentencia Godelli c. Italia<sup>21</sup>. El Tribunal de Estrasburgo ha declarado que la prohibición de acceso prevista en la normativa italiana infringe el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que Italia no ha tratado de establecer un equilibrio

<sup>19.</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (2011).

<sup>20.</sup> Ravitsky (2017), De Melo-Martin (2017), Sabatello (2015).

<sup>21.</sup> Sentencia del 25 de septiembre de 2012 (TEDH 2012, 84), recurso nº 33783/2009. Para una reconstrucción: Califano (2016).

entre los derechos de las partes en cuestión (derecho la privacidad de la mujer y derecho a la identidad personal del niño). Por analogía, estos argumentos también podrían aplicarse al caso de la reproducción heteróloga médicamente asistida. Nel 2013 la Corte Costituzionale è tornata sul tema prevedendo che la madre, interpellata in via riservata dall'organo giudiziale, possa cambiare idea e quindi accettare di far conoscere i dati che la riguardano.

La tercera cuestión se refiere a la gestación para otros o maternidad subrogada<sup>22</sup>, un tipo de reproducción asistida prohibida en Italia. Como ya se ha mencionado, la Ley 40, incluso tras su reescritura jurisprudencial, reconoce el acceso a técnicas de reproducción asistida homólogas o heterólogas solo a "parejas de adultos de diferente sexo, casados o convivientes, en edad potencialmente fértil, estando ambos vivos".

Esto no cambia el hecho de que los casos de gestación para otros se dan cada vez con mayor frecuencia también en Italia. El proyecto de ley originario sobre el matrimonio civil, incluyendo a personas del mismo sexo (más tarde convertido en la Ley del 20 de mayo de 2016, nº 76) preveía la posibilidad de la llamada *stepchild adoption*, es decir, la posibilidad de reconocer el vínculo parental incluso a aquellos que no han contribuido biológicamente al nacimiento del niño, pero en el momento de su aprobación esta parte fue eliminada. En ausencia de normativa, la jurisprudencia se ha movido en dos sentidos diferentes:

- Se ha admitido la posibilidad de inscribir en el registro civil italiano el nacimiento de un niño que haya sido concebido mediante maternidad subrogada –en un país donde esta forma de gestación esté permitida–, en el caso de que exista un vínculo genético con los padres.
- Por el contrario, para el niño nacido mediante maternidad subrogada en la que se ha recurrido exclusivamente a gametos ajenos a la pareja, se ha declarado –en interés del propio menor– su estado de abandono y consiguiente adoptabilidad.

Esta segunda orientación se deduce también de la reciente sentencia

<sup>22.</sup> Para hacer referencia a esa forma de gestación en la que una mujer, con o sin contraprestación, inicia un embarazo para otros, con la intención de confiar al nasciturus a los padres intencionales sin reclamar ningún derecho sobre el niño, es preferible el término "gestación para otros", más neutral que el de "maternidad subrogada", claramente peyorativo (surrogato, en italiano, tiene también el sentido de "sucedáneo", es decir, algo que pretende ser auténtico y no lo es), o que el de "útero de alquiler", en el que el uso de una parte por el todo oscurece la subjetividad de la mujer.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo del 24 de enero de 2017, respecto al caso Paradiso y Campanelli c. Italia<sup>23</sup>.

Una pareja de cónyuges italianos se fue a Rusia para satisfacer su deseo de ser padres a través de un acuerdo de maternidad subrogada (que, por otra parte, fue ocultado a las propias autoridades rusas en el momento de registrar el nacimiento del niño). De vuelta en Italia, la pareja solicitó la transcripción en los registros italianos, que fue rechazada, al ser detectado el delito de falso testimonio y la ausencia total de contribución genética. El Tribunal de Menores de Campobasso inició entonces el procedimiento para declarar la adoptabilidad del niño. Los cónyuges interpusieron un recurso contra el Estado italiano ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar). En primera instancia, el Tribunal aceptó el recurso, pero la Gran Sala se pronunció en segunda instancia subvirtiendo por completo la decisión anterior, apoyando su fallo no solo en la ausencia de vínculos biológicos del nacido con ninguno de los componentes de la pareja, sino sobre todo en la brevedad de la relación (seis meses), que impediría la existencia de una relación familiar sólida. Por estas razones, el Tribunal consideró razonable el equilibrio alcanzado por los jueces italianos, al tratarse de un tema éticamente sensible, respecto del cual los Estados deben disfrutar de un amplio margen de valoración.

Se puede encontrar una posición diferente en la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trento del 23 de febrero de 2017, donde se consideró ilegítima la negativa de una oficina de registro civil a transcribir una sentencia extranjera que reconocía la doble paternidad masculina a un niño nacido en el extranjero, por contrariar el orden público. El Tribunal argumentó que el no reconocimiento del *status filiationis* del padre no biológico ocasionaría un perjuicio evidente al niño, que no vería reconocidos en Italia los derechos que se corresponden con dicho estatus, y llegó incluso a sostener que la protección de este principio está por encima de cualquier reclamo, incluso de la prohibición de la gestación para otros, en cuanto "la diferencia existente entre la práctica fecundativa por efecto de la cual han nacido los menores y aquellas prácticas consideradas lícitas por la actual normativa sobre la reproducción asistida no puede ocasionar la negación del *status filiationis* legítimamente adquirido en el extranjero".

Más allá de los problemas específicos que conciernen a Italia, la cuestión de la reproducción asistida requiere un replanteamiento más amplio,

<sup>23.</sup> Recurso nº 25358/2012.

especialmente en relación al modelo de familia y de maternidad/paternidad, y a la existencia o no de un derecho a la libertad reproductiva<sup>24</sup>.

En cuanto al modelo familiar, como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicabilidad del artículo 8 de la Convención, no solo a los cónyuges, sino también a las parejas heterosexuales y homosexuales convivientes *more uxorio*, "el Estado, en la elección de los medios destinados a proteger a la familia y a garantizar el respeto de la vida familiar previstos en el artículo 8, debe tener necesariamente en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de las cuestiones sociales y relativas al estado civil y a las relaciones, incluyendo el hecho de que no hay una única forma de conducir la vida familiar o privada<sup>25</sup>".

En cuanto a la maternidad y la paternidad, es necesario comprender que la certeza consagrada por la antigua máxima *mater semper certa* hoy se desmorona, y que las figuras a tener en cuenta se multiplican: la madre genética (que aporta el ovocito fecundado), la madre biológica (que lleva a cabo la gestación), la madre social (que asume la responsabilidad parental del nacido), el padre del registro, el padre biológico (el donante)... siendo necesario equilibrar los derechos y deberes de estas diferentes figuras.

Finalmente, en lo que respecta al derecho a la libertad reproductiva<sup>26</sup>, debe entenderse en el contexto de la llamada "revolución reproductiva". Tras el rápido desarrollo de las nuevas tecnologías reproductivas, hoy la biología ya no es un destino: gracias a la contracepción es posible elegir cuándo y cuánto reproducirse, o no reproducirse (los llamados derechos reproductivos negativos), pero también elegir cómo reproducirse (los llamados derechos reproductivos positivos). Esto se extiende desde la capacidad de congelar los propios gametos para usarlos en el momento de la vida que se considere más apropiado hasta la posibilidad de que parejas infértiles o estériles, o afectadas por enfermedades transmisibles genéticamente, puedan procrear con gametos de donantes o incluso con úteros de otras mujeres.

La determinación de tener un hijo –como afirma el Tribunal Constitucional Italiano en la sentencia antes mencionada–,"puesto que concierne a la esfera más íntima e intangible de la persona humana, no puede ser coartada mientras no vulnere otros valores constitucionales". La autodeterminación en la vida y en el cuerpo, para decirlo en palabras de Stefano

<sup>24.</sup> Brezina y Zhao (2012).

<sup>25.</sup> Sentencia del 19 de febrero de 2013 (JUR 2013, 53791), recurso nº 19010/07.

<sup>26.</sup> Iagulli (2001), Warnock (2004), D'Aloia (2011).

Rodotà<sup>27</sup>, representa el punto más intenso y extremo de la libertad existencial.

Las diferentes corrientes del feminismo han acogido de maneras muy diversas el advenimiento de las nuevas tecnologías en el campo de la reproducción. Se ha argumentado, por un lado, que estas técnicas tienen la capacidad de ampliar los derechos y las libertades de elección y autodeterminación de las mujeres y, por el otro, que pueden dar lugar a nuevas formas de subyugación y explotación de sus cuerpos.

Sobre esta última postura, la cuestión más controvertida seguramente sea la gestación para otros<sup>28</sup>. Como hemos visto, en Italia, como en gran parte de los países europeos, esta práctica está prohibida, mientras que otros países reconocen solo la forma altruista (por ejemplo: Reino Unido, Grecia, Bélgica, muchos estados norteamericanos), y unos pocos reconocen también la forma comercial (por ejemplo: California, Rusia, Ucrania)<sup>29</sup>.

La política de los estados europeos, contraria a la comercialización, se refleja en diversas normativas supranacionales. El artículo 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 1997) establece que "El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro". El artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también prevé "la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro". La Directiva 2004/23/CE, mencionada, como hemos visto, por el Tribunal Constitucional Italiano en su sentencia de 2014, en su artículo 12 prohíbe la venta de tejidos humanos, permitiendo únicamente el pago de una compensación estrictamente limitada a cubrir los gastos y a paliar los inconvenientes resultantes de la donación. A la luz de esta Directiva, algunos países, como se mencionó anteriormente, regulan una forma altruista-solidaria de donación de gametos, equiparándola a la donación de sangre o de órganos.

La falta de normativa ha impulsado a la Conferencia de La Haya –que, como se sabe, trata de encontrar soluciones uniformes a las cuestiones de Derecho internacional privado— a abordar el problema, y desde 2010 ha encomendado a un grupo de expertos el mandato de hacer propuestas para alcanzar soluciones comunes. En el informe elaborado en febrero de 2017 se lee que, dada la complejidad del fenómeno de la gestación para otros a nivel transnacional y teniendo en cuenta las diversas orientaciones

<sup>27.</sup> Rodotà (2013: 251).

<sup>28.</sup> A título meramente ejemplificativo para el debate feminista reenvío a: Schalev (1992), Pateman (2015), Cooper y Waldby (2015), Pozzolo (2016).

<sup>29.</sup> Casonato y Frosini (2006), Trimmings y Beaumont (2013).

legislativas de los Estados, "todavía no es posible llegar a una conclusión definitiva sobre la posibilidad real de identificar y aplicar normas comunes de Derecho internacional privado en materia de reconocimiento de la potestad maternal y paternal<sup>30</sup>".

La Conferencia, aun considerando que son necesarios ulteriores debates y reflexiones, ha identificado dos objetivos principales: por un lado, garantizar la certeza y la estabilidad del estatus jurídico de los niños nacidos de una gestación para otros, lo cual debe ser reconocido por todos los Estados; y, por otro lado, garantizar que la gestación para otros se lleve a cabo respetando los derechos humanos y el bienestar de todos los sujetos involucrados en el proceso.

#### REFERENCIAS

- Ainis, M. (ed.) (2005): I referendum sulla fecondazione assistita. Milán, Giuffrè.
- Borini, A. y Flamigni, C. (2012): Fecondazione e(s)terologa. Roma, L'Asino d'oro.
- Brezina, P. R. y Zhao, Y. (2012): "The Ethical, Legal, and Social Issues Impacted by Modern Assisted Reproductive Technologies", *Obstetrics and Gynecology International*, pp. 1-7.
- Califano, L. (2016): "Il diritto all'anonimato della madre naturale", en L. Califano, *Privacy: Affermazione pratica di un diritto fondamentale*, pp. 181-98. Nápoles, ESI.
- Casonato, C. y Frosini, T. E. (eds.) (2006): *La fecondazione assistita nel diritto comparato*. Turín, Giappichelli.
- Comitato Nazionale per la Bioetica (2011): "Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa", 25 de noviembre de 2011, http://bioetica.governo.it/media/170714/p100\_2011\_conoscere\_le\_proprie\_origini\_pma\_it.pdf
- Cooper, M. y Waldby, C. (2015): *Biolavoro globale: Corpi e nuova manodopera*. Roma, Derive Approdi.
- Curtis, A. (2010): "Giving 'Til It Hurts: Egg Donation and the Costs of Altruism", *Feminist Formations*, vol. 22, n° 2, pp. 80-100.
- D'Aloia, A. (2011): "La procreazione come diritto della persona", en S. Ca-

<sup>30.</sup> Hague Conference on Private International Law (2016).

- nestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà y P. Zatti (eds.), *Trattato di biodiritto: Il governo del corpo*, pp. 1341-1371. Milán, Giuffrè.
- D'Amico, M. y Costantini, M. P. (eds.) (2014): L'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: Analisi critica e materiali. Milán, Franco Angeli.
- De Melo-Martín, I. (2017): "How Best to Protect the Vital Interests of Donor-Conceived Individuals: Prohibiting or Mandating Anonymity in Gamete Donations?" *Reproductive BioMedicine and Society Online*, n° 3, pp. 100-108.
- Ferrando, G. (2011): "La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita", *Famiglia e diritto*, n° 5, pp. 520-525.
- Flamigni, C. (2011): La procreazione assistita: Fertilità e sterilità tra scienza medica e considerazioni bioetiche. Bolonia, Il Mulino,
- Flamigni, C. y Mori, N. (2014): La fecondazione assistita dopo dieci anni di Legge 40: Meglio ricominciare da capo! Turín, Ananke.
- Hague Conference on Private International Law (HCCH) (2016): "Report of the February 2016 meeting of the experts' group on parentage/surrogacy", Preliminary Document n° 3 of February 2016 for the attention of the Council of March 2016 on General Affairs and Policy of the Conference.
- Iagulli, P. (2001): Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale: Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche. Turín, Giappichelli.
- Kenney, N. J. y McGowan, M. L. (2014): "Egg Donation Compensation: Ethical and Legal Challenges", *Medicolegal and Bioethics*, n° 4, pp. 15-24.
- Pateman, C. (2015): *Il contatto sessuale: Fondamenti nascosti della società moderna*. Bérgamo: Moretti & Vitali.
- Pozzolo, S. (2016): "Gestazione per altri (ed altre): Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista", *Rivista di biodiritto*, nº 2, pp. 93-110.
- Ravitsky, V. (2017): "The Right to Know One's Genetic Origins and Cross-Border Medically Assisted Reproduction", *Israel Journal of Health Policy Research*, vol. 6, n° 3, pp. 1-6.
- Rodotà, S. (2013): Il diritto di avere diritti. Roma-Bari, Laterza.
- Sabatello, M. (2015): "Regulating Gamete Donation in the U. S.: Ethical, Legal and Social Implications", *Laws*, vol. 4 n° 3, pp. 352-76.

- Schalev, V. (1992): Nascere per contratto. Milán, Giuffrè.
- Trimmings, K. y Beaumont, P. (eds.) (2013): *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level.* Oxford y Portland, Hart Publishing.
- Virgilio, M. y Marella, M. R. (2004): "Una cattiva legge cattiva", en AA. VV., Un'appropriazione indebita: L'uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita, pp. 171-187. Milán: Baldini & Castoldi.
- Warnock, M. (2004): Fare bambini: Esiste un diritto ad avere figli? Turín, Einaudi.

# Capítulo 8

# El valor y el precio de los datos personales de salud en la sociedad digital

Itziar de Lecuona Ramírez *Universidad de Barcelona*María Villalobos-Quesada *Universidad de Barcelona* 

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA INVESTIGACIÓN CON BIG DATA A PARTIR DEL 2018:
EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS. III.
LOS PROYECTOS VISC+ Y PADRIS: LECCIONES APRENDIDAS
CONTRA LA MONETIZACIÓN DE DATOS PERSONALES DE
SALUD EXPLOTADOS A ESCALA MASIVA EN INVESTIGACIÓN. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. V. REFERENCIAS.

Resumen. El cambio de paradigma hacia una economía guiada por el dato para mejorar la toma de decisiones en la sociedad digital, potencia el uso y la mercantilización de conjuntos de datos personales, entre los cuales los datos de salud son de especial interés, por el valor intrínseco que poseen y por el que pueden adquirir mediante su explotación a escala Big Data. El poder que confiere el acceso a esta información y su adecuada explotación por parte de terceros, estén situados en el ámbito de la iniciativa pública o en el de la privada, o una alianza entre ambas, merece ser objeto de reflexión en una sociedad en la que las capacidades informáticas deshumanizan al individuo mediante la recolección y cruce de datos de distinta índole de forma algorítmica, para luego ofrecerle atención y servicios automatizados e hiperpersonalizados aparentemente a coste cero. La intimidad es un valor a proteger que se ha convertido en un bien con el que comerciar. Ambas posibilidades son hoy comúnmente aceptadas, no planteándose *a priori* que la intimidad deba estar fuera del tráfico mercan-

til, sino que se busca compatibilizar dos situaciones irreconciliables bajo la lógica del mercado. Frente al imperio de esta lógica, de lo que se trata es de evitar la acumulación injustificada de datos personales, incluyendo los de salud, e impedir su mercantilización, con el fin de que la intimidad no se vea menoscabada.

## I. INTRODUCCIÓN

El Big Data se refiere al tratamiento de grandes volúmenes de datos mediante el desarrollo de algoritmos matemáticos, para establecer correlaciones entre datos, incluidos los personales y determinar patrones de comportamiento que permitan predecir tendencias para mejorar la toma de decisiones (Llàcer et al. 2015: 29-49). La definición de datos masivos, o Big Data como se les conoce en inglés, se establece a partir de los grandes volúmenes de datos, que se manejan entre terabytes y petabytes de magnitud. Para referirnos a magnitudes que podamos imaginar, un terabyte es la capacidad de 1500 CDs, mientras que un petabyte es la capacidad de 1.5 millones de CDs aproximadamente. El manejo de estos increíbles volúmenes de información ha venido de la mano de avances teóricos y tecnológicos en áreas tales como informática, matemática, electrónica y computación. Los datos masivos también se pueden caracterizar por su alta variedad (lo que se denomina alta heterogeneidad estructural), velocidad (en referencia a su generación y análisis), variabilidad (variaciones en las tasas de transferencia de datos) y complejidad (porque se origina de muy diversas fuentes) (Gandomi y Haider 2015: 137-144).

El valor de la información contenida en los datos masivos reside en las asociaciones y relaciones que pueden ser utilizadas para tomar decisiones, un proceso que algunos han llamado en inglés Big Data to knowledge (BD2K) (Margolis et al. 2014: 957-958). De esta forma, el uso de los datos masivos puede afectar a los individuos a nivel personal, llámese micro-escenario, y social, macro-escenario (Comisión de las Comunidades Europeas 2004: 4-23, Mantelero y Vaciago 2015: 104-109). Cuantos más datos estén disponibles de forma fiable y organizada, más poderosos son los análisis que se pueden realizar (Casanovas et al. 2017: 335-349). En una base de datos, el individuo se convierte en una referencia a la que se le asigna un conjunto de variables. Las variables de un grupo de individuos se pueden analizar para proponer relaciones o asociaciones. Los individuos serán categorizados en subgrupos, de los que se pueden derivar conclusiones basadas en probabilidades estadísticas. Estos análisis por ejemplo, pueden establecer patrones de acuerdo con el lugar de residencia, edad, género, etnicidad, nivel de ingresos o nivel educativo.

La explotación a escala masiva de conjuntos de datos, incluidos los datos personales y de salud, es una de las prioridades de la Unión Europea (UE). Así, se destinan fondos para proyectos de Big Data en el contexto del Programa Horizonte 2020 y se persigue la creación de un mercado digital, una economía y una sociedad guiada por el dato que sea competitiva y a la vez respetuosa de los derechos e intereses en juego (European Commission 2017: 5-45). El objetivo es situar a Europa a la cabeza de los mercados y de la investigación más puntera. Para conseguir estos fines, se ha visto como necesaria la reutilización de datos del sector público (Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa a la reutilización de la información del sector público). Por esto es comprensible que los estados miembros hayan priorizado iniciativas de explotación de datos a escala masiva en el contexto de la salud, con sistemas de consentimiento presunto en el que todos los ciudadanos están incluidos en una base de datos para fines de investigación sanitaria, a no ser que manifiesten su consentimiento en sentido contrario. Los conjuntos de datos personales de salud adquieren valor por la información que aportan per se y por aquella que se pueden desentrañar; lo cual nos enfrenta con situaciones en las que lejos de ser utilizados para el bien común, se instrumentalizan para obtener el máximo rendimiento económico, persiguiendo intereses con fines de lucro vestidos de innovación e investigación. Esta situación se analizará más adelante a propósito de los proyectos sobre analítica de datos masivos de salud VISC+ y PADRIS, impulsados por el gobierno catalán desde el año 2013 hasta la actualidad.

Así, nuevas aplicaciones de la ciencia y tecnología han dado paso a una economía basada en el uso y la mercantilización de datos personales, incluidos los de salud. Para muestra, basta con entrar en las plataformas de descarga de aplicaciones móviles y constatar la ingente cantidad de aplicaciones (apps) de salud y bienestar. Estas apps se basan en la acumulación y explotación de información personal de múltiples fuentes, como los datos sociodemográficos, de geolocalización y de salud. Es habitual que esta información sea liberada, con o sin el conocimiento del titular de los datos, a terceros que acumulan y ponen precio a esos datos, generando nuevos modelos de negocio fundamentados en el acceso a la intimidad de las personas (Casino 2017). Estas apps pueden incorporar biometría y conectarse al Internet de las cosas (the Internet of Things), sensores y vestibles. Son muchas las combinaciones y posibilidades que además permiten una observación de los patrones de comportamiento de individuos en tiempo real a través de la geolocalización, pues los flujos de datos están a disposición de quienes quieran explotarlos en perímetros en los que no se puede asegurar la confidencialidad de los datos personales.

En esta ocasión nos centramos en el tratamiento a escala masiva de datos que incluyen información relativa a la salud. Por ejemplo, las historias clínicas informatizadas. El proceso de digitalización de las historias clínicas transforma la información médica, antes fragmentada y almacenada en diferentes lugares y formatos, digitales y analógicos, en una colección única a la que se puede acceder desde diferentes lugares para garantizar una asistencia adecuada y eficiente. Aunque este tipo de información ha sido tradicionalmente utilizada en áreas de salud pública, actualmente ha adquirido gran valor para la investigación, innovación y desarrollo, actividades que involucran a los sectores público y privado. Las historias clínicas informatizadas pueden contribuir al desarrollo de la medicina personalizada, a conocer en menor tiempo los efectos adversos de los medicamentos, a predecir pandemias y a determinar la susceptibilidad de las personas de sufrir determinadas enfermedades.

Las historias clínicas se pueden enriquecer con otras fuentes de información, como otras bases de datos de índole diversa y colecciones de muestras biológicas de origen humano. Los biobancos son entidades donde convergen estas diferentes fuentes de información. Por ejemplo, los biobancos suelen incorporar numerosos tipos de muestras biológicas, historias médicas, datos genómicos e información sobre el estilo de vida. Esta es una dinámica con tendencia al alza que responde al concepto integral de la salud y a un alejamiento del reduccionismo genético que predominó durante el tiempo de la publicación del genoma humano. La vasta información en manos de los biobancos posee gran potencial biomédico, incluyendo el de contribuir a la medicina personalizada y al esclarecimiento de problemas complejos como la transición salud-enfermedad y la influencia del estilo de vida en la salud (Gottweis 2012: 12-39).

El caso de la explotación a escala masiva de datos de salud, como son las historias clínicas, es particularmente interesante y delicado, puesto que se trata de información personal altamente sensible. Si esta información no se protege adecuadamente y no se controla su tratamiento durante todo el ciclo de vida de los proyectos de investigación de las iniciativas basadas en la innovación, puede monetizarse y ser objeto de lucro por parte de terceros ajenos a la actividad investigadora. De valores como el bien común y el altruismo en investigación en salud se transita velozmente a generar nichos de mercado de datos personales. Efectivamente, proyectos que utilizan datos de salud se han enfrentado a fuertes críticas antes y después de ser aprobados, precisamente por carecer de las medidas suficientes para garantizar la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, especialmente de la intimidad, y por allanar el terreno a potenciales discriminaciones de individuos en función de sus datos, por ejemplo los

genéticos, en nombre de la investigación científica, la excelencia y la innovación. Las críticas también se han centrado en la falta debates sociales informados, los cuales deberían servir tanto al público para formar un criterio esclarecido, como para informar la toma de decisiones políticas y estratégicas. Por ejemplo, las posiciones de los ciudadanos deberían verse reflejadas en las políticas de promoción de la investigación médica, que es la base del sistema público de salud. Lo anterior corresponde al concepto de investigación e innovación responsable, que reconcilia la investigación e innovación con los valores, necesidades y expectativas de la sociedad, lo cual se logra mediante la cooperación entre todos los grupos implicados en investigación e innovación, incluyendo al público en general. Además, esta se fundamenta en la transparencia, gobernanza, educación y divulgación científica, ética, accesibilidad, acceso abierto e igualdad de género (Casado et al. 2016: 43-57, European Commission 2017: 5-45).

## II. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA INVESTIGA-CIÓN CON BIG DATA A PARTIR DEL 2018: EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

En el mes de mayo del 2018 entra en vigor el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el cual trata de dar respuesta a los tratamientos de datos de carácter personal y a la utilización del Big Data, en áreas como la investigación e innovación. El RGPD reconoce que la protección de los individuos en relación con el procesamiento de datos personales es un derecho fundamental. El propósito de esta nueva regulación es armonizar las políticas y medidas para proteger a los ciudadanos de la UE de violaciones de su información personal e intimidad, en un mundo que gira alrededor de los datos y el conocimiento. El RGPD supone cambios relevantes en cuanto al proceso de información y de solicitud de consentimiento informado. Este último debe convertirse en un proceso claro, comprensible y accesible, dejando atrás los formularios largos y llenos de jerga jurídica. Además, el consentimiento deberá ser tan fácilmente otorgado como revocado y habrá de evitarse relaciones asimétricas entre compañías y los usuarios.

Uno de los cambios con mayores implicaciones es que el RGPD ha extendido su jurisdicción a cualquier compañía que procese datos provenientes de individuos que residen en la UE, sin importar dónde esté localizada la empresa. Lo que significa la protección de datos personales europeos más allá de las fronteras europeas. Asimismo, el RGPD establece elevadas sanciones, hasta de 4% del beneficio anual de la compañía o €20 millones, que funcionarán como un mecanismo real de conformidad.

El RGPD también reconoce el derecho al olvido y genera cambios dramáticos hacia la transparencia de las compañías con respecto a sus usuarios. Por ejemplo, le brinda a los usuarios el derecho de recibir copia de los datos personales utilizados y recibir información sobre dónde y para qué están siendo utilizados.

El Reglamento establece una serie de medidas para garantizar que los derechos y libertades de los implicados no sean menoscabados. Introduce un principio de responsabilidad activa, la exigencia de una evaluación del posible impacto que el tratamiento de los datos pueda tener en los derechos de los afectados. Esta evaluación debe hacerse a priori y puede repetirse a lo largo del ciclo de vida de la iniciativa que se propone, dependiendo de su naturaleza. Además, en la explotación de datos a escala masiva se introduce como obligatoria la figura del Delegado de Protección de Datos que asesora en esta materia. Las iniciativas deben detallar las medidas técnicas y organizativas por implementar, desde los principios de "privacidad desde el diseño" y "privacidad por defecto", los cuales se refieren a minimizar los datos que se vayan a utilizar, a no acumularlos desproporcionadamente y a garantizar el tratamiento confidencial y seguro de ellos. Esta situación implica que hay que tener previstas las posibles violaciones de seguridad de los datos y los mecanismos de respuesta, de manera que se reduzcan al máximo los riesgos. Una cuestión fundamental es la vigilancia de los datos: es decir, la posibilidad de rastrear en todo momento la situación de los mismos, en especial en cuanto a quién los accede y trata, y con qué propósitos. Este punto es de especial importancia ante las más que habituales externalizaciones de tratamientos de datos y las posibles transferencias internacionales de datos para su explotación por parte de terceros.

El espíritu del RGPD se ve reflejado en otros antecedentes europeos que son indicativos de la evolución de la gobernanza de los datos personales. Por ejemplo, la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA por sus siglas en inglés) ha analizado en profundidad los riesgos que suscita el uso de los datos masivos, donde explícitamente se incluyen los datos sanitarios. En un informe publicado en 2015, la ENISA aboga por los "datos masivos con privacidad", lo que implica adoptar los principios de protección de datos y privacidad como "valores esenciales" de los datos masivos: en otras palabras, "privacidad desde el diseño". Desde la concepción de los proyectos, la protección de la intimidad de los implicados debe ser pilar fundamental, lo que conduce a articular medidas organizativas y estructurales, medidas tangibles sobre cómo protegerla y no meros pactos entre caballeros que puedan generar falsas seguridades. La ENISA declara que esto servirá no sólo a los indivi-

duos, sino también a la prosperidad de las actividades que se derivan del análisis de estos mismos datos (ENISA 2015: 9-50). Alcanzar la "privacidad desde el diseño" y la interoperabilidad de los datos masivos a nivel de la UE, enfrenta grandes retos imposibles de eludir. Los Estados Miembros deberán de trabajar en conjunto para establecer no sólo "privacidad desde el diseño" sino "privacidad desde la interoperabilidad".

En este contexto de flujo de datos, cobran sentido los principios de transparencia y rendición de cuentas que establece el RGPD. No se trata ya de que el titular consienta o rechace que se le den usos particulares a sus datos, que también es un principio fundamental sobre el que se asienta la normativa, sino que se trata de que el proveedor de los datos personales pueda tener el control de los mismos y ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Especialmente el derecho al borrado, al olvido y a objetar a la toma de decisiones automatizada.

Igualmente, se han sentado precedentes de la superioridad de los derechos individuales, y especialmente del derecho a la privacidad. En el 2014 el Tribunal de Justicia de la UE, mediante la resolución C-131/12, reconoció que intereses económicos no pueden justificar la interferencia del derecho a la protección de datos y acuñó el "derecho al olvido". En otras palabras, el derecho de los individuos sobre su información personal prevalece sobre del derecho de los recolectores de datos (Rees y Heywood 2014: 574-578). Asimismo, la posición del Tribunal es congruente con el Grupo Europeo de Ética (EGE por sus siglas en inglés) en Ciencia y Nuevas Tecnologías de la Comisión Europea. El EGE sostiene que el principio de "limitación de finalidad" debe ser un estándar para organizaciones públicas y privadas. Este principio establece que en lo que respecta a datos personales, estos sólo deben ser recolectados para fines específicos y legítimos, y los fines comerciales requieren consentimiento explícito (EGE 2014: 81-91).

En una sociedad digital como la nuestra es necesario contar con herramientas y capacidades para indagar qué nichos de mercado están fundamentados en datos personales de salud y qué objetivos persiguen, precisamente para evitar la discriminación y una mayor estigmatización social. Este es un reto extraordinario en el contexto de investigación e innovación, ya que en muchas ocasiones los agentes que intervienen en los procesos de tratamiento de datos, tienen distintos intereses en diferentes conjuntos de datos. Aún más importante, no todos los actores persiguen los fines para los que inicialmente se recopilaron los datos. Esos fines primarios son usualmente legítimos, persiguiendo el interés común; como puede ser mejorar la calidad de vida o el tratamiento de una enfermedad

determinada. Sin embargo, ante el posible conflicto de intereses entre los diversos agentes que intervienen en el tratamiento de los datos, es necesario establecer medidas para evitar la mercantilización de la intimidad y la monetización de los conjuntos de datos de carácter personal. Puesto que los datos de salud, incluidos los datos genéticos, dicen tanto sobre nosotros, estos son ansiados por terceros para informar la toma decisiones con objetos comerciales, incluso en contra de nuestra voluntad o desde nuestro más completo desconocimiento, permitiéndoles situarse en una posición de dominio en el mercado.

## III. LOS PROYECTOS VISC+ Y PADRIS: LECCIONES APRENDI-DAS CONTRA LA MONETIZACIÓN DE DATOS PERSONA-LES DE SALUD EXPLOTADOS A ESCALA MASIVA EN INVES-TIGACIÓN

Para entender los retos y las tensiones a los que nos enfrentamos desde la perspectiva ética, jurídica y social en cuanto a la protección de datos personales de salud cuando se explotan a escala masiva en investigación, se analizan a continuación los proyectos VISC+ y PADRIS auspiciados por el gobierno catalán. Los proyectos apuntan a situar a Cataluña a la cabeza de la investigación y la innovación en salud, mediante la reutilización de datos almacenados en el sistema público, acorde con las directrices europeas. Este estudio se considera oportuno en tanto que asistimos a un cambio de paradigma en la protección de los datos de carácter personal en la UE por la inminente aplicación Reglamento General de Protección de Datos. El Reglamento trata de dar respuesta al uso que actualmente se le da a los datos personales en investigación, en la que el no tan nuevo Big Data rompe los moldes y desbarata las reglas sobre los que se asentaba la ya desfasada normativa sobre protección de datos de carácter personal. Un ejemplo de esa normativa es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal del estado español, abreviada LOPD.

Actualmente nos enfrentamos a situaciones en las que se declara querer dar valor a los datos personales relativos a la salud, lo que con frecuencia hace referencia a su capitalización. Los proyectos VISC+ y PADRIS resultan cautivadores porque ejemplifican el forcejeo por proteger los intereses y derechos individuales, en entornos que tienden a la digitalización y a la monetización de datos personales de salud. Dejan patente también la falta de anticipación y previsión. Asimismo ponen de manifiesto la necesidad de integrar la reflexión ética y el impacto social involucrando a los implicados desde el inicio, exigencias que promueve la Unión Europea desde

el concepto de investigación e innovación responsable (Casado et al. 2016: 43-57, European Commission 2017: 5-45).

El acrónimo VISC+ (Més Valor a la Informació de Salut de Catalunya) permite un sugerente juego de palabras, puesto que visc significa vivo. El proyecto VISC+ fue paralizado en el 2016, entre otras razones, por no haber analizado detenidamente las implicaciones éticas, legales y sociales de la explotación de datos a escala masiva en investigación y por abrir la puerta a posibles transferencias de datos de salud con ánimo de lucro. Posteriormente, en el 2017 se aprobó el PADRIS (Programa Públic d'Analítica de Dades per a la Recerca i la Innovació en Salut), también promovido por la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitarias de Cataluña (AQuAS por sus siglas en catalán).

Los proyectos VISC+ y PADRIS están basados en el uso secundario de información sanitaria almacenada en distintas bases de datos que podrían correlacionarse entre sí y con otras bases de datos externas. Una de sus fuentes primarias de información es el Sistema de Información para el desarrollo de la Investigación en Atención Primaria (SIDIAP) y la Historia Clínica Compartida de Cataluña (HC3). El SIDIAP es un sistema de información que contiene datos de la historia clínica informatizada de Cataluña (Instituto Catalán de Salud) así como de fuentes complementarias para apoyar la investigación en atención primaria. Además, el SIDIAP potencia la investigación y la evaluación sanitaria, y contribuye a mejorar la gestión clínica mediante el conocimiento generado. La HC3 una base de datos sanitaria en la que ya participaban la práctica totalidad de los centros de salud catalanes en 2016 (CatSalut 2016: 9).

La red de la HC3 asegura la protección de datos mediante la LOPD antes mencionada, que establece una serie de derechos básicos conocidos como ARCO, el derecho de los ciudadanos al acceso, rectificación, cancelación y oposición (Solans Fenández et al. 2017: 1-18). La HC3 se estableció como una medida necesaria para modernizar los sistemas de salud y alcanzar interoperabilidad en y entre sistemas de salud, proyecto que ha sido ampliamente impulsado por la UE (eHealth Network 2015: 1-24). La HC3 se estableció en Cataluña sin haberse llevado a cabo debates abiertos o campañas que informaran sobre el análisis de riesgo-beneficio; tampoco se ofrecieron aclaraciones sobre el modelo elegido para almacenar y acceder a los datos en el contexto clínico y asistencial (Buisan 2003: 1-99).

El proyecto VISC+ precisaba avales éticos, por lo que se solicitó opinión al Comité de Bioética de Cataluña (CBC). En los términos en los que fue presentado, el "objetivo del proyecto es relacionar la información de salud que se genera en Cataluña de una manera totalmente anonimizada

y segura con el fin de impulsar y facilitar la investigación, la innovación y la evaluación en ciencias de la salud". El CBC identificó puntos importantes que el VISC+ necesitaba mejorar respecto a gobernanza, limitación de propósito, derechos ARCO y transparencia. Después de que estos cambios fueran asumidos, el VISC+ recibió el aval del CBC. El proyecto se consideró como "una oportunidad para mejorar la calidad y la sostenibilidad del sistema público de salud que requiere la contribución anónima y solidaria de los ciudadanos, que son contribuyentes y beneficiarios" (traducción de las autoras) (Comité de Bioética de Cataluña 2015: 5-35, Morlans et al. 2015: 1-21). Posteriormente el VISC+ fue aprobado discretamente por el gobierno al inicio de las vacaciones de Semana Santa, a pesar de que el valor que se le deseaba dar a los datos de salud de Cataluña incluía intenciones comerciales, las cuales estaban claramente ausentes de los objetivos para los que se crearon las bases de datos de salud que se pretendían utilizar.

Otro inconveniente que planteaba el VISC+ es la pretendida anonimización. Es pretendida pues la explotación a escala masiva permite reidentificar a las personas con parámetros mínimos como el sexo, la fecha de nacimiento o el código postal (Sweeney, 2000: 1-34). Por ello conviene no utilizar una terminología obsoleta, que induce a confusión, además de generar una falsa seguridad en quienes confían en el sistema y en el anonimato como válvula de seguridad definitiva.

A pesar de la aparente solidez que le daba el respaldo del gobierno, el proyecto fue objeto de críticas, entre las que se incluye el estudio realizado por el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, que publicó recomendaciones que posteriormente fueron incluidas en la reformulación del proyecto por parte del gobierno catalán (Llàcer et al. 2015: 29-49). Además, plataformas como Marea Blanca para la defensa de la Salud Pública de Cataluña, se expresaron en contra del proyecto. Se generó así suficiente presión sobre el gobierno como para llegar a invalidar la decisión legislativa que aprobó el VISC+. De hecho, ya en 2014 el Parlamento Catalán había pedido frenar la licitación del VISC+ hasta que se realizara un proceso participativo (Moció 150/X), y en 2016 solicitó detener definitivamente el proyecto para transformarlo en una iniciativa pública en la que los datos de salud de los catalanes no se pudiesen vender a compañías privadas ni ser usados para fines comerciales (Moció 49/XI).

La retractación del VISC+ demuestra que iniciativas que manejan datos personales sensibles, necesitan de una extendida participación pública, acompañada de las voces y debates de expertos desde enfoques interdisciplinares, que abarquen los ámbitos social, económico, ético, jurídico, técnico, científico, y otros. De esta forma es posible identificar riesgos y beneficios y tomar decisiones informadas respecto de este tipo de proyectos.

Poco después del abandono del VISC+, se presentó la propuesta PA-DRIS. El visible cambio de nombre pone en evidencia que el rechazo que suscitó el VISC+ no se podía remediar con simples modificaciones, sino que un cambio radical era necesario. El proyecto se justificó de manera similar al VISC+, haciendo referencia a la necesidad de mejorar el sistema de salud y a promover la investigación biomédica. Actualmente, el PADRIS atraviesa por la fase de concepción y definición (Generalitat de Catalunya 2017: 1-37).

Un punto crítico para el PADRIS ha sido determinar la función de aquellos terceros que desde la iniciativa privada pueden participar en la explotación de datos. AQuAS ha declarado que solo los centros CERCA (Centros de Investigación de Cataluña), que son instituciones financiadas por la Dirección General de Investigación de la Generalitat de Cataluña, serán los que exploten los datos de salud de los usuarios del sistema público sanitario catalán a escala masiva. Sin embargo, no se ha explicado que la investigación que se efectúa en esos centros no es siempre puramente pública pues participa activamente el sector privado y por todos es conocida la apuesta político-económica por generar parternariados público-privados en investigación (véase la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica). Tampoco se ha aclarado que a menudo se necesita la intervención de agentes de distinta índole para el tratamiento de los datos. No todos estos agentes están vinculados al deber de confidencialidad, como sí lo están los profesionales sanitarios, y pueden tener intereses muy diferentes en los distintos conjuntos de datos. Ante esta situación, no se ha aclarado qué hacer con los casos en los que existan investigaciones apoyadas por capital privado o con colaboraciones con instituciones privadas (Generalitat de Catalunya 2017: 1:37). Esta situación genera enorme confusión acerca de las dinámicas que rigen la investigación en ese contexto, pues, como ya se ha dicho, no es ni puramente pública ni privada. Es necesario que el PADRIS aclare su posición en relación con este punto, pues de lo contrario la puerta a la posible mercantilización de datos personales sigue abierta.

Otra debilidad por superar por el PADRIS, es asegurar un proceso de inclusión popular, el cual fue claramente requerido por el Parlamento. AQuAS organizó tres actividades de consulta popular para orientar la propuesta del PADRIS. Dos de ellas se realizaron en Barcelona y otra fue mediante un formulario electrónico (Generalitat de Catalunya 2017: 1-37).

Estas actividades fueron un buen comienzo, pero insuficientes como única medida para promover el debate social que demanda un proyecto de la magnitud del PADRIS. Hubiera sido deseable una estrategia más inclusiva y estable en el tiempo, de tal forma que permitiera desarrollar mecanismos de gobernanza a lo largo de la vida de los proyectos que eventualmente accedieran al PADRIS. Parte de esta estrategia podría haber incluido a los ciudadanos para, por ejemplo, decidir la priorización de la agenda de investigación.

El proceso de información y discusión pública no debe ser ni menospreciado, ni subestimado; tampoco debe ser rebajado a meros formalismos para seguir avanzando en propósitos políticos que, por muy lícitos que sean, no cuentan con la confianza de la ciudadanía, ni con su implicación. Es necesario recordar que los ciudadanos son los titulares de la información y los proveedores de los que depende la innovación e investigación en salud. Resulta todavía más grave que tampoco se hayan discutido los proyectos que se aprobaron en la ventana en el que el VISC+ estuvo activo. Esta era una valiosa oportunidad de análisis, para debatir las ventajas e inconvenientes del proyecto, riesgos inherentes y para determinar si el modelo de consentimiento presunto establecido, es el más adecuado para el PADRIS. En el caso de que el consentimiento presunto se aceptara, es necesario discutir la implementación de sólidos mecanismos de gobernanza, transparencia y rendición de cuentas que permitan un control sobre el uso del dato y asegurar que los objetivos que se persiguen y los resultados alcanzados puedan ser beneficiosos para la población. También hubiera sido conveniente revisar anteriores proyectos como el caso islandés de cesión de datos médicos y genéticos de la población a una empresa privada (DeCode Genetics) mediante una concesión administrativa previa aprobación parlamentaria (Winickoff 2006: 80-105).

El PADRIS todavía debe perfilar adecuadamente el proceso de salida de la base de datos, para que la petición de retirada sea simple y accesible, tratada con las máximas garantías de confidencialidad y sin necesidad de justificación alguna. Es inaceptable que el mecanismo para darse de baja del sistema se efectúe por correo electrónico o solicitar las razones de la oposición al titular de los datos. La protección de la intimidad y la confidencialidad de los datos personales de salud no queda garantizada en estas condiciones, ni tampoco la autonomía en el ámbito sanitario. Se plantea así cómo proteger estos datos tan preciados de usos no deseados o ilícitos, los cuales pueden tener tremendas implicaciones para los proyectos de vida de los titulares de los datos puesto que la información de salud, incluida la genética, dice muchísimo sobre nosotros y nuestras familias. Por lo tanto, si no somos conscientes y no controlamos su uso,

nuestra información personal puede ser utilizada contra nuestros propios intereses, y por ejemplo, abrir la puerta a posibles discriminaciones en el ámbito laboral o de los seguros de vida. No se trata únicamente de evitar los usos comerciales de los datos públicos de salud, se trata de situar en primera línea los valores y derechos fundamentales de nuestra sociedad, los cuales deben ser protegidos y promovidos por quienes manejan la información. El ciudadano no debería cargar con toda la responsabilidad, precisamente porque no cuenta con la visión panorámica que compete a la administración pública ni tampoco tiene la obligación de velar por los intereses colectivos. Además, es evidente la gran asimetría que existe entre el nivel de información que poseen los titulares de los datos y aquellos operadores de las bases de datos donde se almacena esa información para ser explotada, por ejemplo a escala masiva (Pasquale 2015: 1-320).

Los proyectos VISC+ y PADRIS nos enseñan que la protección de la dignidad de la persona a través de la protección de los datos personales de salud, debe guiar la legislación y cualquier iniciativa política que pretenda explotar tan preciada materia prima. También nos alerta sobre el peligro de priorizar otros intereses en contextos de recursos escasos y especialmente de crisis económica, puesto que el proyecto el VISC+ se concibió también como una oportunidad para salir de una coyuntura económica muy desfavorable. No hace falta abundar sobre decisiones que tomadas por motivo de la crisis económica global, han traído consigo efectos locales devastadores.

Para establecer las condiciones de gobernanza de iniciativas que utilizan datos personales de salud, de manera que se logre un uso responsable y respetuoso, se necesita tomar en cuenta el impacto social e individual. Es necesario implementar sistemas organizados de debate social, en un enfoque que llamamos bioética en acción. Este tipo de actividades son clave para fomentar la participación pública en los marcos de gobernanza y generar más confianza para poder avanzar hacia sólidos sistemas de consentimiento presunto y de responsabilidad compartida referente a la gobernanza del dato (Nuffield Council on Bioethics 2015: 1-225).

El recurso a los comités de ética de la investigación como únicos evaluadores y garantes del sistema puede ser perverso e ineficaz, ya que puede dar falsas seguridades a investigadores y titulares de la información y afectar negativamente el progreso social. La AQuAS debería establecer bajo el paraguas del proyecto PADRIS los requisitos específicos para la evaluación de proyectos de investigación que utilicen analítica de datos masivos relativos a la salud. El proyecto PADRIS, como hizo el VISC+ en su momento, confiaba en exceso en la función de estos comités. El mayor

problema es que, en estos momentos, esos comités no están preparados para afrontar los retos que plantea el Big Data en el ámbito de la investigación en salud, puesto que funcionan todavía con dinámicas propias de la investigación del siglo XX en la que la anonimización era posible (de Lecuona 2017: 267-295). No es objeto de este trabajo analizar los retos y las oportunidades para el cambio de estas instancias interdisciplinares. Sí conviene apuntar que es necesario que se produzcan cambios en la composición de los comités para integrar científicos de datos que contribuyan a una adecuada evaluación de los aspectos técnico-científicos. Los científicos de datos son de especial importancia porque muchos de los problemas que presentan las investigaciones de Big Data son debilidades técnicas y porque el análisis ético dependerá de esa evaluación. Desde luego no se puede olvidar que se requiere que todos los miembros del comité tengan una formación interdisciplinaria, actualizada y continua. En este momento específico, es de particular importancia ponerse al día con las nuevas dinámicas establecidas por el Reglamento General de Protección de Datos.

En resumen, el acceso a los datos contenidos en el PADRIS debería guiarse por los principios de necesidad, proporcionalidad, equidad, minimización de datos, propósito limitado, consentimiento informado y transparencia. Puesto que esa evaluación está en manos de los comités de ética de la investigación acreditados, estos deben de estar preparados. Estos comités deberán revisar su composición y desarrollar protocolos de actuación y de evaluación para evitar entre otras cuestiones, la mercantilización de los datos personales de salud. Por ejemplo, deben estar preparados para identificar posibles mercados de datos disfrazados de investigación. Además, estos organismos deben velar por proteger la intimidad y la autonomía de las personas en el marco de proyectos de investigación. Los intereses de los participantes deben anteponerse a los fines que persiguen los proyectos, por lo que es necesario evaluar cuidadosamente las garantías que les son dadas.

#### IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Hasta hace unas décadas, el sistema económico estaba basado en artículos tangibles o servicios que eran fáciles de controlar. Actualmente, la economía basada en el conocimiento ha pasado a organizarse alrededor de los datos y no de los procesos, como lo hacía anteriormente. Los datos digitales son fácilmente publicados, compartidos, copiados, transferidos, analizados, formateados, editados, actualizados y borrados. La información personal se ha convertido en el nuevo petróleo que puede ser ex-

plotado y monetizado con distintos intereses y en diferentes ámbitos. La datificación de la sociedad digital nos obliga a reflexionar sobre qué reglas del juego son las más adecuadas para proteger la dignidad y la intimidad de la persona, y especialmente su libertad para tomar decisiones. Proteger los datos personales, incluidos los de salud, en estos procesos de investigación e innovación, es proteger la dignidad de las personas. Se trata de evitar que las personas sean deshumanizadas, convertidas en conjuntos de datos que son de interés para múltiples actores. Es precisamente esa deshumanización la que puede dar paso a convertir en bienes con los que comerciar, la identidad individual y colectiva, y la intimidad propia y la de las generaciones futuras.

La economía digital que ha sido promovida por la UE implica desarrollar iniciativas y modelos de negocio que utilizan datos personales relativos a la salud. Los sectores público y privado, con el apoyo de los gobiernos, han centrado sus esfuerzos en proteger la propiedad de los datos que almacenan, y de los productos y servicios derivados, todo esto en nombre de la innovación y la competitividad, reduciendo a objeto al titular de los conjuntos de datos. El esfuerzo precipitado por recuperar las economías y hacerlas más competitivas, no ha propiciado estudios de riesgo-beneficio y de las consecuencias sociales e individuales derivadas del uso de la información personal. En los casos en los que este tipo de estudios ha sido realizado, las legislaciones nacionales no han respondido de forma ágil. Por ejemplo, en algunos casos los estados han recurrido al uso de las leyes generales de protección de datos ya establecidas para gobernar los datos relativos a la salud. Estas legislaciones no son siempre suficientes en los nuevos contextos tecnológicos y mercantiles actuales. Muy especialmente cuando se trata de información relacionada con la salud, por su naturaleza altamente sensible, la autonomía individual no puede servir de excusa para justificar el uso no reglamentado de datos personales.

El Reglamento General de Protección de Datos da un giro hacia el empoderamiento del ciudadano frente a los intereses económicos, un cambio radical en sociedades de mercado como las nuestras, en donde las dinámicas de empresa se tienden a anteponer sobre otros intereses. Este es un cambio que puede aportar beneficios porque retorna el control a los titulares de los datos, para por ejemplo, en el caso de investigación biomédica, priorizar los objetivos de investigación de acuerdo a los intereses y necesidades de los participantes. Se trata de un auténtico reto social que exige una responsabilidad compartida en materia de salud entre los estados y los distintos agentes involucrados, lo cual incluye los sectores público y privado, los titulares de los datos y quienes dan uso a las bases de datos de información personal.

La investigación científica es el principal acicate para el desarrollo de los estados en términos de conocimiento, terapias e intervenciones beneficiosas para los ciudadanos. Sin embargo, el derecho a la libertad de investigación debe ejercerse en condiciones de seguridad y con las más altas garantías de confidencialidad en cuanto a los datos personales de salud. Conviene entonces plantearse que si terceros ajenos al ámbito investigador en salud acceden y participan en la explotación de datos personales de salud a escala masiva, se les debe exigir las mismas garantías de confidencialidad que a los investigadores en salud. Asimismo se deben establecer las medidas necesarias para que esas garantías sean efectivas, condiciones técnicas a articular para que se de una efectiva protección de los derechos de los implicados.

Proyectos como el VISC+ y el PADRIS deben ser objeto de estudio porque en información relativa a la salud, los ciudadanos están preparados para participar asumiendo ciertos riesgos siempre que se garantice que su información no es objeto de lucro. Entre estos riesgos se sitúa la posible re-identificación de personas a través de los conjuntos de datos. Así, respecto al anonimato de los datos personales que hasta ahora garantizaba la confidencialidad, se ha generado suficiente evidencia para demostrar que la anonimización ya no es posible. Es apropiado dejar de utilizar conceptos obsoletos que aportan falsas seguridades en el nuevo paradigma datificado, no permitan comprender la realidad en la que estamos inmersos, oscurezcan la identificación de problemas y entorpezcan aportar soluciones.

El entusiasmo tecnológico que caracteriza a nuestra época no debe primar sobre los intereses del individuo, especialmente por la asimetría que existe entre los potenciales participantes y los que explotan sus datos personales. Tampoco conviene someter a la lógica del mercado bienes públicos como son los datos de salud para convertirlos en mercancías. Lograr un uso responsable y respetuoso de los datos personales de salud y una adecuada explotación a escala masiva significa apostar por mecanismos de gobernanza y una responsabilidad social compartida. Estos no sólo dependen de la voluntad del estado y del impulso de la iniciativa privada o público-privada, sino que el ciudadano debe ser parte central, no un mero espectador. La explotación de datos de salud y de carácter sociodemográfico no puede guiarse por criterios mercantiles ni debe ceder los principios de solidaridad, transparencia y rendición de cuentas. Esta posición está en línea con lo propuesto por el Reglamento General de Protección de Datos. La comercialización y la privatización de los recursos de la sociedad no debiera permitirse. Tampoco conviene obsesionarse con el requisito del consentimiento informado como si fuera la única solución.

La concepción de la persona y el valor que le damos a la intimidad en la sociedad digital, subyacen en este análisis. También se demuestra que en proyectos donde se explota a escala masiva información personal, incluidos datos de salud, hay una necesidad imperante de incorporar la reflexión ética desde el inicio y de adoptar mecanismos que permitan la gobernanza y el control de los datos personales. No se trata de meras formalidades que queden en papel mojado. Tampoco resulta útil castigar conductas, porque el daño que puede provocarse a nivel de derechos fundamentales es irreparable y no hay indemnización que solucione la excesiva exposición de la tan preciada vida privada y familiar. La reputación del sistema de ciencia y tecnología está en juego. También están en jaque valores fundamentales como la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, sobre los que se asientan las sociedades democráticas.

El análisis que se aquí se efectúa muestra la necesidad de incorporar la reflexión ética y los impactos individuales y sociales desde el diseño de los protocolos de investigación y proyectos que utilicen datos de salud. La investigación e innovación responsable que propugna la Unión Europea solo puede hacerse realidad si la investigación y la innovación en salud se efectúan integrando los intereses de los afectados y mecanismos de gobernanza eficaces que permitan un adecuado control, lo que generaría la necesaria confianza en el sistema. Asimismo, las iniciativas de datos masivos deben desplegar medidas técnicas y organizativas que permitan una adecuada gestión del dato, que incluye el respeto por el derecho a la intimidad y el tratamiento confidencial. Involucrar al público en la definición de estos proyectos es clave, de manera que se asegure la protección de sus intereses y de valores tan importantes como la intimidad. Más aún porque los ciudadanos son titulares, proveedores y potenciales beneficiarios o consumidores de la materia prima más preciada, la información de carácter personal y en particular los datos relativos a la salud de cada uno de nosotros.

#### V. REFERENCIAS

Buisan, L. (2003): La confidencialitat en l'assistència sanitària. Del secret mèdic a la història clínica compartida a Catalunya. Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universidad de Barcelona.

Casado, M. et al. (2016): Declaración sobre integridad científica en investigación e innovación responsable. Observatorio de Bioética y Derecho, UNESCO. Publicacions i Edicions de la Universidad de Barcelona.

- Casanovas, P. et al. (2017): "Regulation of Big Data: Perspectives on strategy, policy, law and privacy". Health Technology, 7.
- Casino, G. (2017): "Sobre el uso de datos médicos en investigación y otros fines menos altruistas". Escepticemia, 26 Septiembre, 2017. Disponible en: <a href="http://www.esteve.org/en/escepticemia-35">http://www.esteve.org/en/escepticemia-35</a>/ (acceso: febrero 2018).
- CatSalut. (2016): Memòria 2015. Servei Català de la Salut. Generalitat de Catalunya, Departament de Salut.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2004): La salud electrónica hacia una mejor asistencia sanitaria para los ciudadanos europeos: Plan de acción a favor de un Espacio Europeo de la Salud Electrónica. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas.
- Comité de Bioética de Cataluña. (2015): Memòria Any 2015. Disponible en: http://comitebioetica.cat/memoria-del-comite-de-bioetica-de-catalunya/ (acceso: febrero 2018).
- De Lecuona, I. (2017): "La tendencia a la mercantilización de partes del cuerpo humano y de la intimidad en investigación con muestras biológicas y datos (pequeños y masivos)", en M. Casado, coord., De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico. Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universidad de Barcelona: 267-295.
- EGE. (2014): Ethics of Security and Surveillance Technologies. Opinion No. 28 of the European Group on Ethics in Science and New Technologies. European Commission.
- eHealth Network. (2015): Refined eHealth European Interoperability Framework. Brussels.
- ENISA. (2015): Privacy by design in big data. An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics. European Union Agency for Network and Information Security.
- European Commission. (2017): Science with and for Society. Horizon 2020, Work Programme 2018-2020. European Commission Decision C(2017)7124 of 27 October 2017.
- Gandomi, A. y Haider, M. (2015): "Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics". International Journal of Information Management, 35.
- Generalitat de Catalunya. (2017): Programa públic d'analítica de dades

- per a la recerca i la innovació en saluta Catalunya PADRIS –. Agència de Qualitat i Avaluació Sanitàries de Catalunya (AQuAS). Barcelona.
- Gottweis, H. et al. (2012). Biobanks for Europe. A challenge for governance. Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- Llàcer, M. R. et al. (2015): Documento sobre bioética y Big Data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública. Observatorio de Bioética y Derecho, UNESCO. Publicacions i Edicions de la Universidad de Barcelona.
- Mantelero, A. y Vaciago, G. (2015): "Data protection in a big data society. Ideas for a future regulation". Digital Investigation, 15.
- Margolis, R. et al. (2014): "The National Institutes of Health's Big Data to Knowledge (BD2K) initiative: capitalizing on biomedical big data". Journal of the American Medical Informatics Association, 21(6).
- Morlans, M. et al. (2015): Principis Ètics i Directrius per a la Reutilització de la Informació del Sistema de Salut Català en la Recerca, la Innovació i l'Avaluació. Grup de treball del Comitè de Bioètica de Catalunya. Generalitat de Catalunya. Barcelona.
- Nuffield Council on Bioethics. (2015): The collection, linking and use of data in biomedical research and health care: ethical issues. Medical Research Council, the Nuffield Foundation, and the Wellcome Trust.
- Pasquale, F. (2015): The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information. England, Harvard University Press.
- Rees, C. y Heywood, D. (2014): "The 'right to be forgotten' or the 'principle that has been remembered'". Computer Law & Security Review, 30(5).
- Solans Fenández, O. et al. (2017): "Shared Medical Record, Personal Health Folder and Health and Social Integrated Care in Catalonia: ICT Services for Integrated Care". New Perspectives in Medical Records. TE-Le-Health book series.
- Sweeney, L. (2000): Simple Demographics Often Identify People Uniquely. DataPrivacy Working Paper 3. Pittsburgh, Carnegie Mellon University.
- Winickoff, D. E. (2006): "Genome and Nation. Iceland's Health Sector Database and its Legacy". Innovations. Technology, Governance, Globalization. MIT Press.

### Capítulo 9

# Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo

ELEONORA LAMM

(Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ARGUMENTOS QUE DESDE EL "FEMINISMO" JUSTIFICAN LA REGULACIÓN DE LA GS. 1. La desbiologización de los destinos. 2. La GS como liberadora cultural y económicamente. 2.1. Desmitificación del romanticismo de la gestación. 2.2. Desacralización de lo natural. 3. La GS como ampliatoria de los tipos familiares o "modelos" de familia sobre la base de la voluntad procreacional.. 4. La desbiologización de los vínculos. 5. La GS como ejercicio de la libertad reproductiva. 6. El respeto por la autonomía. 7. La visibilización del esfuerzo femenino. 8. El feminismo no le puede hacer el juego al conservadurismo. III. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN. 1. Regular para proteger derechos. 2. La regulación de la GS para paliar los efectos de las desigualdades. 3. La regulación como preventiva de la clandestinidad. 4. Doctrina internacional de los derechos humanos. IV. BREVES PALA-BRAS DE CIERRE. V. REFERENCIAS.

Resumen. Considerando las principales aristas del debate bioético actual en torno a la gestación por sustitución, en este trabajo mi objetivo es desentrañar la postura autodenominada feminista, o, en otras palabras, cuál es la postura feminista con la que abordar el tema a los fines de poner de manifiesto lo que verdaderamente está en juego, dado que no se trata solo de permitir la GS con todas sus consecuencias, sino en avanzar o retroceder en el reconocimiento de derechos, libertades, autonomías y cuerpos.

191

#### I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución (en adelante GS) es una técnica de reproducción humana asistida¹ que, no obstante su complejidad, hoy se presenta como una práctica cada vez más frecuente y asidua no solo en el interior de los diferentes países, sino también a nivel internacional.

He analizado esta figura y sus consecuencias jurídicas en numerosas oportunidades²; en este trabajo, puntualmente, mi objetivo es desentrañar la postura autodenominada feminista, o, en otras palabras, cuál es la postura feminista con la que abordar el tema.

Como sostiene Judith Butler (2007: 277) "El 'nosotros' feminista es siempre y exclusivamente una construcción fantasmática, que tiene sus objetivos, pero que rechaza la complejidad interna y la imprecisión del término, y se crea sólo a través de la exclusión de alguna parte del grupo al que al mismo tiempo intenta representar".

Se parte entonces de que el feminismo no es expresión de una posición univoca: la esfera de las elecciones reproductivas que involucran a las mujeres, y en las que queda comprendida la GS, es y, sobre todo, ha sido terreno de inquietudes coincidentes, pero también terreno de un enfrentamiento entre orientaciones a menudo muy lejanas (Fanlo Cortés 2017: 29-52). De allí que cuando empleo el término "feminismo" lo hago encomillado.

<sup>1.</sup> Conozco el debate que existe en torno a esta clasificación, no obstante, la mayoría de las legislaciones contemplan a la GS como una especie de TRHA y asi lo ha dispuesto también la OMS que incluye dentro de los procedimientos de TRHA a la GS, estableciendo: "las técnicas de reproducción humana asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado". Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\_terminology2/es/.).

Lamm 2017: 539-40; Lamm 2013; Lamm 2014: 43-50; Lamm 2016; Lamm 2012: 1-49; Lamm y Rubaja 2016; Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, de la Torre 2017: 6; Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm 2012: 960; Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm 2013: 195.

Así, dentro del pensamiento feminista, existen distintas posturas respecto a la GS<sup>3</sup> que responden a las diferentes maneras de comprender si la gestación por sustitución contribuye a la libertad de las mujeres o, por el contrario, la viola restringe o elimina.

Por razones de extensión, no indagaré sobre todas estas posiciones, sino que procederé a analizar los argumentos que, según mi criterio, desde una perspectiva de género, justifican la regulación de la GS.

Como señala Fanlo Cortés, no obstante las críticas que pudieran surgir de determinados sectores feministas a la GS, la preocupación más difundida no parece ser la de condenar moralmente dicha práctica, sino que, más bien, se concentra en el modo en que, a nivel institucional, la GS es regulada (o no regulada) o como debería serlo: esto también con base en la razonable idea según la cual, dado que tal práctica existe desde hace siglos, la misma debe ser necesariamente disciplinada a nivel nacional y supranacional, teniendo en consideración los diferentes intereses en juego (del niño o de la niña, de los padres o madres de intención y, obviamente, los intereses, muchas veces desatendidos, de la persona gestante) (Fanlo Cortés 2017: 29-52).

Dicho esto, desarrollaré entonces los argumentos que exigen una urgente regulación.

Las posturas de los movimientos feministas son también dispares ante las TRHA. Algunas feministas y pensadores critican estas técnicas por su falta de naturalidad, se apunta a la medicalización del cuerpo de la mujer que éstas implican, sobretodo porque casi siempre la que debe "poner el cuerpo" es ella y algunos de estos tratamientos resultan bastante invasivos (aun cuando el problema de fertilidad sea masculino). Véase Sommer 1994: 45-50. Un segundo tipo de argumento, apunta a la continuidad del rol reproductor de la mujer, en definitiva, la búsqueda de un hijo puede leerse como la antítesis del logro de la liberación femenina. Véase Callahan 1994: 5. Se argumenta que este tipo de tecnología incentiva la maternidad de manera artificial y casi sin límites. Oliveira 2001: 99-112. Correa 2001: 71-82. Otras pensadoras feministas retoman algunas de las críticas de la denominada segunda ola del feminismo norteamericano y entienden que "el deseo de acceder a la reproducción asistida es producto de una nueva forma de manipulación ideológica de las mujeres." Sommer 1993: 76-85. Una tercera línea argumental crítica plantea, con aires kantianos, una comodificación de la mujer (por ejemplo, ante la posibilidad de la venta de óvulos). Por otro lado, hay quienes por el contrario, miran estas técnicas desde una perspectiva más positiva: consideran que estas tecnologías permiten "liberar" a la mujer de una maternidad temprana y les brindan la opción de formarse, desarrollarse intelectual y laboralmente y ejercer su autonomía y libre elección de tener un hijo dentro de un rango de mayor tiempo y de mayor semejanza a la posibilidad reproductiva del varón. Gargallo 1993: 86-100. Véase también Luna, 2012 y Peralta 2017.

## II. ARGUMENTOS QUE DESDE EL "FEMINISMO" JUSTIFICAN LA REGULACIÓN DE LA GS

#### 1. LA DESBIOLOGIZACIÓN DE LOS DESTINOS

Muchas estudiosas feministas (Purdy 1992: 309-311; Andrews 1990: 380-388) celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas diferentes.

Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y de los postulados del feminismo es que "la biología no debe ser el destino". La igualdad de trato requiere que las decisiones acerca de los varones y las mujeres se realicen por motivos distintos a las supuestas diferencias biológicas.

Se pone de manifiesto que, con mucha frecuencia, la maternidad ha sido considerada la característica fundamental, cuando no definitoria, del "ser mujer". El separar las responsabilidades parentales de los aspectos relacionados con la gestación permite mostrar que el alumbramiento constituye una de las cosas que una mujer puede elegir, pero que en modo alguno debe erigirse en la definición de su rol social o de sus derechos legales, (Shanley 2003) ni lo que la definde como mujer o es propio de ella.

Consecuentemente, no regular o considerar ineficaces los acuerdos de GS contribuye a reforzar la inevitabilidad del supuesto destino biológico de las mujeres (Shultz 1990: 297-398; y 2005: 77-128) con todo el retroceso en materia de reconocimiento de derechos que ello implica.

Ahora bien, aunque este proceso de desbiologizacion de los destinos que comenzó con el feminismo significó un paso enorme, hoy se puede afirmar que estamos ante un proceso de desbiologización de todas las identidades.

Aunque en este trabajo procuro argumentar desde el "feminismo" que yo entiendo protege a las mujeres, necesariamente debo dejar claro que esto no está asociado a una biología.

La literatura reciente explora el género y el sexo, como continuos conceptuales (Weeks 2011: 71) Mientras que el sexo se ha presentado como lo biológico, hoy podemos afirmar que, como sucede con el género, el sexo también es una construcción social.

Definir al sexo mediante sus elementos cromosómicos, gonadales, hormonales es un posicionamiento arraigado en la tradicional fórmula naturaleza/cultura; implica situar al sexo, en un plano pre-discursivo, atribuirle un carácter ontológico, inmutable e inmodificable, circunstancia

que se refuerza al categorizar al género como "condición política, social y cultural construida históricamente", es decir, asignarle a éste una dimensión cultural. El problema que suscita el par naturaleza/cultura estriba en soslayar el carácter normativo por el cual se precisa de antemano toda subjetividad, y la jerarquización que supone ciertos sexos y géneros en el entramado sociopolítico (L itardo 2012: 147).

El sexo no está determinado sino sobre la base de categorías y las categorías son construcciones sociales, por ende también netamente políticas. Sino entonces ¿Qué definimos o consideramos en un cuerpo para "clasificarlo" femenino o masculino? ¿Qué parte del cuerpo seleccionamos a los efectos de dividir los cuerpos en masculino y femenino? ¿Quién decide esta elección? Pero además, como se dijo, el sexo no es estático, no es invariable en el tiempo.

Siguiendo esta línea, la reciente Opinión Consultiva número 24 de la Corte IDH sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo<sup>4</sup>, separa a la genitalidad de la decisión libre y autónoma que guía la construcción de la identidad de género que realiza cada persona, en el sentido de que la genitalidad no tiene por qué ser necesariamente destino de un género determinado. Al respecto, el párrafo 95 expone que "el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada".

De esta manera, este indeterminismo biológico que comenzara con este feminismo, da otro paso con la desbiologización de todas las identidades en tanto en muchos marcos legales hoy, como por ejemplo la ley Argentina 26743 de identidad de género, no importa la biología<sup>5</sup>.

Hay un desprendimiento absoluto entre cuerpos e identidades, si entendemos los cuerpos sobre la base de las asociaciones efectuadas en las

<sup>4.</sup> Opinión Consultiva número 24 de la Corte IDH. Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Se critica a la idea esencialista de que las identidades de género son inmutables y encuentran su arraigo en la naturaleza, en el cuerpo o en una heterosexualidad normativa y obligatoria ("heteronormatividad") (Butler 2007).

categorías sexuales. Hoy, cualquiera sea el cuerpo, lo que importa es la identidad que es independiente de toda biología. Esto se evidencia claramente en las identidades trans que implican una ruptura, diría yo casi absoluta, con el biologicismo.

Reconocer estas identidades y protegerlas legalmente, implica desbiologizar toda identidad.

Así lo definen los Principios de Yogyakarta, en su primer documento del año 2006 que entienden que la identidad de género "...se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales"

Entonces, conforme se desprende de esta definición y de esta desbiologización, hoy no hay dos géneros<sup>6</sup> que se corresponden con dos sexos. Esta ruptura binaria del género también se presenta respecto del sexo, en tanto también es necesario deconstruir las categorías sociales y políticas que lo binarizan, o simplemente entender que la distinción se funda en ellas. Ya no se puede afirmar que hay dos sexos. Pero además, de los supuestos sexos no se desprenden los géneros sino que el género es independiente del sexo. De esta manera, hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades de género como personas.

De esta manera, aunque defiendo la GS desde el "feminismo", lo femenino no está necesariamente asociado a una corporalidad.

#### 2. LA GS COMO LIBERADORA CULTURAL Y ECONÓMICAMENTE

En consonancia con lo dicho en el apartado anterior, la GS rompe con la regla de que la maternidad deviene del parto. La GS provoca la terminal ruptura de la regla: madre es quien da a luz y con esto el quiebre con una lógica heteronormativa de siglos de antigüedad.

En la GS quien gesta y da a luz no es madre. Pero además, puede que

<sup>6.</sup> En términos de Judith Butler, podría decirse que "un discurso restrictivo de género que insista en el binario del hombre y la mujer como la forma exclusiva para entender el campo del género performa una operación reguladora de poder que naturaliza el caso hegemónico y reduce la posibilidad de pensar en su alteración" (Butler 2006: 70-71).

quien recurra a la GS sean dos varones o un varón solo, con lo cual aunque geste y dé a luz una mujer, no hay madre, sino dos padres, o un padre solo. Es más, puede que quien geste y dé a luz sea un varón, y no una mujer.

En Argentina la ley de identidad de género significó el paso del paradigma medico psiquiátrico al de los derechos humanos, de modo que esta ley, la más liberal del globo y ejemplo a nivel mundial<sup>7</sup>, prevé que la petición de cambio de identidad de género ante el órgano administrativo (registro civil) se sustenta en la mera voluntad de la persona, es decir, en la noción de "identidad autopercibida"<sup>8</sup>. En este contexto, podría haber, y los hay, varones trans embarazados<sup>9</sup>. Algo similar sucede en España donde la ley tampoco exige operaciones de reasignación sexual.

- 7. El Parlamento Europeo pidió a la Comisión Europea y a la OMS que retiren los trastornos de identidad de género de la lista de enfermedades mentales y del comportamiento; pide a la Comisión que redoble sus esfuerzos para acabar con la medicalización de las identidades trans; anima a los Estados a garantizar procedimientos de reconocimiento de género rápidos, accesibles y transparentes que respeten el derecho a la autodeterminación. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 –3 2015, sobre el Informe anual sobre los DDHH y la democracia en el mundo (2013) y la política de la UE al respecto.
  - Véase la reciente Opinión Consultiva número 24 de la Corte IDH. Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo ya citada.
- 8. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sostuvo los Estados deberían "facilitar el reconocimiento legal del género preferido de las personas trans y establecer arreglos para permitir que se emitan los documentos de identidad pertinentes reflejando el género y nombre preferidos, sin infringir otros derechos humanos". Report of the High Commissioner for Human Rights on sexual orientation and gender identity (A/HRC/19/41), para. 84(h). En particular, esta Oficina sostuvo que el proceso para el reconocimiento legal de género debe: a) basarse en la autodeterminación; b) permitir el reconocimiento de identidades no binarias; c) ser un proceso administrativo simple; d) otorgar a los niños acceso al reconocimiento de su identidad de género, y; e) no requerir que los solicitantes presenten certificación médica, se sometan a cirugía o se divorcien. United Nations, OHCHR, "Living Free and Equal: what States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people" (HR/PUB/16/3), 2016, pp. 95
- 9. Este derecho a formar una familia puede ser realizado, en primer lugar, a través de la adopción. En Argentina el primer precedente tuvo lugar en Córdoba. (OCHOA, MARIA BELEN ADOPCIÓN PLENA-expte. N. 499744", J.1A INST.C.C.FA-M.2A-SEC.3 RIO CUARTO. 18-12-2014) Se otorgó la adopción plena de dos niños de 11 y 9 años a una mujer trans. Los niños están con ella desde 2006 (uno 1 año y el otro 3) habiéndole sido conferida la guarda definitiva desde 2009. En segundo lugar, se puede acceder al derecho a formar una familia por procreación "natural". Este es el caso de Karen y Alexis que se casaron el 29 de noviembre de 2013. Ambos cambiaron su DNI conforme la LIDG, pero ninguno se sometió a operación. Así fue como Alexis dio a luz Génesis Angelina. O el caso de Diane Rodríguez y Fernando

Toda esta ruptura con la lógica heteronormativa permite afianzar que las mujeres no estamos "naturalmente" dedicadas o preparadas para el trabajo de cuidado<sup>10</sup>. La ecuación, gestar– parir– cuidar se rompe en la GS y provoca que el cuidado esté en otras manos, diferentes a quien ha dado a luz, y esto no puede ser más que un beneficio para las mujeres. Un avance en la democratización del trabajo de cuidado tan reclamado desde el feminismo (Batthyány 2004; Esquivel 2011; Esquivel, Faur y Jelin 2012; ELA 2012; Pautassi y Zibecchi 2010; Pautassi 2007; Rodríguez Enríquez 2007).

La GS implica separar la gestación del ejercicio del "rol materno" y

Machado en Ecuador o más recientemente el caso de Trystan Reese y Biff Chaplow. En tercer lugar, este derecho a formar una familia se puede acceder a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Este es el caso, por ejemplo, de Thomas Beatie quien se inseminó con semen anónimo para tener a cada uno de sus 3 hijos, por el ser un hombre trans casado con una mujer cis que había padecido una histerectomía. Beatie sostuvo: "querer tener hijos biológicos no es un deseo femenino o masculino, es un deseo humano". De allí la importancia de que las leyes, siguiendo el ejemplo de Murcia (Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia) y Madrid (Ley 2/2016, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Madrid), comprendan estas opciones y la cobertura por parte del sistema de salud de la crioconservación de gametos o tejidos de aquellas personas que accedan a las intervenciones quirúrgicas y hormonales. Así lo prevén los Principios de Yogyakarta +10 que prevén la obligación estatal de: "Permitir el acceso a métodos para preservar la fertilidad, como la preservación de gametos y tejidos para cualquier persona sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, incluso antes del tratamiento hormonal o cirugías".

10. La injusta distribución de las responsabilidades de cuidado se vincula con la naturalización de la capacidad de las mujeres para cuidar. Como bien lo explican Corina Rodríguez Enríquez y Laura Pautassi en su trabajo publicado por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, así como en tantos otros aspectos de las relaciones de género, en este campo se construyó una idea social a partir de las características biológicas de los sexos (que son también una construcción social). En particular, esto sucede cuando se considera que la capacidad "biológica" "exclusiva" de las mujeres de parir y amamantar las dota de capacidades superiores para otros aspectos del cuidado (como higienizar a los niños y niñas, preparar la comida, limpiar la casa, organizar las diversas actividades de cuidado necesarias en un hogar). Lejos de ser una capacidad "natural", se trata de una construcción social sustentada por las relaciones patriarcales de género, que se sostiene en valoraciones culturales reproducidas por diversos mecanismos como la educación, los contenidos de las publicidades y otras piezas de comunicación, la tradición, las prácticas domésticas cotidianas, las religiones, las instituciones. Corina Rodríguez Enríquez y Laura Pautassi. La organización social del cuidado de niños y niñas: elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género-ELA, 2014.

ello conlleva una ruptura con una regla y un modelo patriarcal y heteronormativo que aunque resulta a todas luces un avance en este sentido, paradójicamente, pareciera que una sociedad machista que privilegia la heteronorma no quiere ni le conviene romper. Evidentemente, entonces, debemos seriamente cuestionarnos qué feminismo critica la GS.

En consonancia, la GS también resulta liberadora por dos argumentos más: por un lado, porque desmitifica el romanticismo de la gestación y por el otro, porque provoca una desacralización de lo natural.

#### 2.1. Desmitificación del romanticismo de la gestación

Existiendo todas las posibilidades antes detalladas para acceder al derecho a formar una familia, el hecho de que se permita tener un hijo o hija con óvulos ajenos, por ejemplo, pero no cuando otra persona gesta pareciera denotar cierto "prurito" con la gestación... ¿Acaso es "sagrada" la gestación?

Entiendo que ha llegado el momento de desmitificar el romanticismo que rodea la gestación.

No digo nada nuevo ni revelador al afirmar que no todas las personas viven el embarazo como una experiencia buena. No todas disfrutan estar embarazadas. No todas sienten "conexión" con el feto. Ni mucho menos se sienten "madres" por estar embarazadas.

Gestar es un proceso biológico al que habría que liberarlo de la carga emocional, "especial" o sentimental que no siempre tiene ni se siente por parte de quien lo vive. Y que precisamente se potencia socialmente para sostener lo descripto previamente: el rol materno y sus consecuencias. Sin perjuicio de que estas construcciones sociales y médicas también habilitan intromisiones arbitrarias, como limitaciones a la posibilidad de abortar, cesáreas compulsivas, tratamientos médicos no consentidos, etc.

La GS implica abordar la gestación como un proceso desprendido de todos estos "mitos románticos" que la rodean y que, independientemente de la vivencia personal de cada mujer o persona, aparecen como construcciones controladoras de los cuerpos de las mujeres. De allí que la GS, nuevamente, se presenta como liberadora.

En definitiva, la negación o anulación de los acuerdos de gestación por sustitución exalta las supuestas experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales de cada una de las mujeres. (Farnós Amorós 2013: 68-72)

#### 2.2. Desacralización de lo natural

En consonancia con lo dicho en el apartado anterior, no solo hay que desmitificar el vínculo gestacional, sino también desacralizarlo y desnaturalizarlo.

Parte de las construcciones sociales respecto del embarazo se basan en lo "natural" que a su vez, en muchas concepciones, se funda en lo sagrado. Ni natural ni sagrado. No porque no sea un proceso biológico, que lo es, sino porque no lo es completamente dado que tiene intervención médica. El argumento de lo "natural" es infinitamente utilizado, en muchos ámbitos (ej. en el matrimonio entre personas del mismo sexo, en materia de identidad de género, en materia de cuidado, etc.) para impedir cambios. De allí que llamarlo natural importa entenderlo como inmodificable, permanente, inquebrantable. Adjetivos incompatibles con cualquier mirada progresista que quiera ampliar derechos, en especial cuando ello también implica el goce del progreso científico.

En este punto, cabe abordar otro marco ético de los límites: que son las motivaciones para actuar como gestante, ¿es más válida una GS de una pareja heterosexual que no puede concebir que la de una mujer sola que no puede permitirse dejar su trabajo –o cuyo trabajo depende de su estado físico, como puede ser una actriz o modelo– y que contrata a otra para que lo haga por ella? Más aún si la relación contractual de unos y otra son la misma ¿qué se nos activa ahí para reprobar lo segundo frente a lo primero? Pensando en la percepción diferencial del deseo/derecho de unos y otra igual salen algunos fantasmas respecto a la imagen de maternidad (y familia) que tenemos, sacralizada y naturalizada, pero seguro salen también algunas condiciones del mercado respecto a las mujeres, que hay que seguir cuestionando y denunciando, amén de la tiranía cultural sobre el físico femenino<sup>11</sup>.

## 3. LA GS COMO AMPLIATORIA DE LOS TIPOS FAMILIARES O "MODELOS" DE FAMILIA SOBRE LA BASE DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

La ruptura antes descripta no solo es liberadora, en todo sentido, respecto de las mujeres, sino que implica coherencia y respeto a la diversidad familiar, propia de nuestra sociedad actual y avalada por instrumentos y tribunales internacionales de derechos humanos<sup>12</sup>.

 $<sup>{\</sup>it 11.} \ \ \, \underline{h} ttps://elsaltodiario.com/vidas-precarias/bioeconomias-reproductivas-trabajo-derechos-y-otros-vinculos-posibles$ 

<sup>12.</sup> Así, por ejemplo, la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas c. Chile sostuvo: La Corte

Hay tantos "modelos" de familias como familias, lo que hace que ya no se pueda hablar modelos y de allí las comillas, y en este universo encontramos familias monoparentales, homoparentales, trans, etc.

Hoy las tecnologías reproductivas permiten concepción sin relación sexual heterosexual, gestación sin maternidad, filiación registral directa basada en la voluntad de procrear independiente del aporte de material genético y cualquiera sea el estado civil, la orientación sexual o la identidad de género, acceder a la maternidad o paternidad con material genético de otra persona (con lo que una mujer sin óvulos puede ser perfectamente madre legal), con embriones de otras personas, con embriones formados por material genético de hasta 3 personas (donación de ADN mitocondrial), incluso hay avances en la creación de gametos artificiales...

Dentro de este marco de pluralidad familiar se inserta la GS, como una forma de acceder al derecho a formar una familia<sup>13</sup>, sin perjuicio de que

Siguiendo esta línea, la Corte IDH, en el fallo "Artavia Murillo contra Costa Rica", efectúa una interpretación amplia del artículo 7 de la Convención Americana al señalar que "éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de ha-

constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio

<sup>13.</sup> Así lo contempla la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, en su art. VI establece que "toda persona tiene el derecho a construir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella". También lo recepta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al disponer en su art. 23 (punto 2) que "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Artículo 10 prevé: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 17 -segundo párrafo- que reconoce también "el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención". El Comité de Derechos Humanos en la Observación General Nº 19 sostuvo: "5. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares".

esta técnica es la única hoy disponible para que dos varones puedan tener un hijo genéticamente propio de al menos uno de ellos.

También en contextos heterosexuales, la GS se presenta como la única alternativa de tener un hijo genéticamente propio<sup>14</sup>.

Todo esto lo destaco sin apelar o defender el biologicismo. Esto es asi, porque destacar el papel de la biología implica establecer que la filiación, también en la GS, descansa en la procreación, cuando claramente no es así. Sería altamente negativa la idea de que sólo las relaciones genéticas importan en materia de filiación y, de este modo, se margine a las madres y los padres intencionales, privándoles de cualquier relación legal con sus hijos o hijas como ha sucedido, y como incluso plantea el tercer párrafo del artículo 10 de la ley española sobre TRHA.

En muchos casos de GS de parejas heterosexuales las mujeres son intersex, siendo relevante destacar a las personas intersex como usuarias de GS, en tanto les permite

tivos acerca de lo que son y deben ser las mujeres, los hombres, y su sexualidad." Cabral, M., "Pensar la intersexualidad, hoy." En: https://programaddssrr.files.wordpress.com/2013/05/pensar-la-intersexualidad-hoy.pdf. Véase también Cabral (2014: 199).

cer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad". Parágrafo 142 y ss. del fallo "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", 28/10/2012.

ejercer sus derechos reproductivos y a formar una familia. Se denomina personas intersex a aquellas que nacen con un cuerpo que varía respecto de los "promedios" corporales femenino y masculino. Ahora bien, la intersexualidad no siempre se visualiza en el acto del nacimiento. Algunas personas descubren su intersexualidad recién en la pubertad; otras cuando siendo adultas infértiles consultan al médico; a veces, este dato lo revela la autopsia, habiendo sido una circunstancia desconocida durante la vida del sujeto. Las principales variaciones pueden ser a nivel cromosómico, gonadal y/o anatómicas lo cual incluye: características primarias: órganos reproductores y los genitales; o características secundarias como la masa muscular, la distribución del vello, pechos y / o estatura. La diferencia con las personas trans es que mientras las personas trans es una cuestión de identidad, las personas intersex es una cuestión de biología o anatomía. Las personas Intersex tienen las mismas opciones y rangos de identidad de género (y orientación sexual) que las personas que no son Intersex. Es necesario destacar, como sostiene Cabral, que "La intersexualidad no es una enfermedad, sino una condición de no conformidad física con criterios culturalmente definidos de normalidad corporal, criterios que establecen un mínimo posible para el largo de un pene culturalmente admisible, la máxima extensión de un clítoris culturalmente aceptable. Porque dejando de lado aquellos componentes específicos que pueden tener consecuencias comprobables en el bienestar físico de las personas intersex, el abordaje contemporáneo de la intersexualidad, la identificación y eliminación de la ambigüedad y de la diferencia están basados en supuestos que carecen de una base médica real. Se trata más bien de juicios valora-

#### 4. LA DESBIOLOGIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS

La GS permite tener hijos genéticamente propios, pero sin que ello importe empoderar el vínculo genético: la GS genera una desbiologización de las relaciones que quita importancia a lo genético.

Siguiendo la idea del apartado anterior, hoy nos enfrentamos con un avance tecnológico que por un lado nos interpela y nos genera cuestionamientos, pero a su vez nos permite avances y derechos antes no alcanzados. Antes estos progresos científicos, apelar a la biología es imponer límites arbitrarios, que el ser humano ha de poder y hoy puede sortearlos mediante la tecnología. Vincular inexorablemente la maternidad a la gestación sería aceptar la tiranía de la biología sobre la libertad individual<sup>15</sup>.

En consecuencia, corresponde relativizar la trascendencia de la gestación y primar el deseo de los individuos: tanto de los comitentes, a los que se atribuye la paternidad/maternidad de un niño que no han gestado pero quieren y querían tener; como de la mujer dispuesta a gestar un niño que en ningún momento contemplará ni contempló como propio. Se trata de hacer prevalecer la voluntad y el compromiso de emplazamiento familiar de los comitentes.

La jurisprudencia al respecto tiene dicho que "el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada voluntad procreacional (...) que importa la intención de querer engendrar un hijo (...), empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior<sup>16</sup>". Es decir, "madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva" (Lamm 2011: 111).

Entonces, por ser la GS una especie dentro del género de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional debe ser la determinante de la filiación, con independencia de si los comitentes aportan o no su material genético.

Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación y generar situaciones desigualitarias y discriminatorias que impactan negativamente en el niño o niña que nace.

<sup>15.</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. 16 de Mayo de 2017.

<sup>16.</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, "N.N. o DGMB M s/inscripción de nacimiento".

La respuesta más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y, consecuentemente del mejor interés de los niños o niñas, es que desde su nacimiento tengan su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo genético según este haya sido o no aportado.

#### 5. LA GS COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA

Aunque en la GS están en juego elecciones que obviamente no involucran solo a las mujeres (sino a otros individuos, independientemente de su identidad de género y orientación sexual), es un hecho que, hasta ahora, la reproducción de seres humanos tiene lugar, principalmente, o al menos en mayor y diferente medida, en el "cuerpo femenino". Lo anterior permite a las mujeres el ejercicio de un control, un poder sobre la reproducción: un poder que, por cierto, históricamente se ha tratado de limitar mediante un esfuerzo por disciplinar los "cuerpos femeninos" de forma mucho más intensa que en lo referido al "cuerpo masculino". Básicamente, como el pensamiento feminista ha resaltado, de ese poder femenino (*i.e.*, poder generativo) dependen muchos de los dispositivos patriarcales de control sobre la sexualidad y, en general, la vida de las mujeres. (Fanlo Cortés 2017: 29-52)

Se considera que, si una mujer tiene derecho a controlar su cuerpo en razón de la libertad reproductiva –tales como el derecho al aborto, o a controlar el número y espaciamiento de sus hijos–, ¿por qué negarles el derecho a elegir actuar como gestantes? (Pyton 2001: 20-21; Shalev 1998; Mclachlan y Swales 2000: 1-18).

La gestación por sustitución es una de las muchas opciones reproductivas que las mujeres deben poder optar libremente (Andrews 1990: 167-168).

El derecho de la mujer a controlar su cuerpo es fundamental en la lucha por el control de su vida. Este control se manifiesta de muchas maneras, pero el elemento principal de control es la elección: la opción de no quedar embarazada, la opción de quedarse embarazada, y la decisión de abortar. La decisión de convertirse en gestante o de recurrir a una gestante es una evolución natural del derecho a la libertad reproductiva. De esto se desprende que limitar las decisiones de las mujeres respecto a la GS implica limitar las opciones que ya han sido garantizadas por la ley a las mujeres. En otras palabras, las mujeres, como seres libres e independientes, deben tener derecho a decidir si desean, o no, ser gestantes (Lieber 1992: 205).

Ahora bien, este argumento, lo sé, supone libertad y autonomía. Analizo este aspecto en el apartado siguiente.

#### EL RESPETO POR LA AUTONOMÍA

Por un lado, algunas feministas ven a la gestación por sustitución como una forma de "esclavitud" en la que la gestante es explotada a través de los incentivos de dinero, la expectativa social de auto sacrificio o ambos. (O'Brien 1986: 127; Allen 1990: 139-149). Asimismo, rechazan la gestación por sustitución por entender que supone una cosificación del cuerpo de la mujer (Fernandez Ruiz-Galvez 2002: 171).

En similar sentido se considera que, en una sociedad paternalista, la libertad de las mujeres para contratar es una ilusión y que la gestación por sustitución es simplemente otra oportunidad para que los varones tengan control sobre el cuerpo de las mujeres.

Estos argumentos se presentan como los más recurrentes en la materia. No obstante, yo parto de que mediante la afirmación de la habilidad de las mujeres para contratar se las empodera y reconoce como sujetas autónomas.

Como personas y mujeres, existe de forma básica y fundamental un derecho de las personas gestantes a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto. Entender que la gestación por sustitución implica siempre una explotación de la mujer es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir.

Este argumento además obvia la gran diversidad existente dentro del conjunto de mujeres y resulta, irónicamente, bastante machista. Las mujeres no necesitan ni quieren tutelas de nadie que crea saber lo que les conviene. Han sido muchos años de lucha feminista buscando alcanzar la autonomía a la hora de tomar decisiones – que aún tiene muchas materias pendientes – para que ahora pretendan recortarla, precisamente, en nombre del feminismo. Se argumenta que las mujeres no podrán empoderarse (adquirir confianza, ser asertivas, lograr autoridad para tomar decisiones, actuar como sujetas de derecho no sometidas a control ni limitadas por los roles que cualquiera pretenda imponer) sin autonomía, ni libertad, ni independencia<sup>17</sup>

Consecuentemente, no regular o considerar ineficaces los acuerdos de gestación por sustitución no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que además contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres fortificando a su vez la heteronorma.

Como mujer y feminista no puedo partir de que las mujeres son incapaces de consentir, pero si en algún supuesto existe vulneración de su voluntad,

 $<sup>17. \</sup> http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-subrogada-reflexiones-mujer-socialista \\ \_6\_655194497.html$ 

entonces necesitamos un marco legal para evitar estas situaciones y proteger efectivamente sus derechos.

Sostener que en una sociedad heteropatriarcal y neoliberal las mujeres no tienen capacidad de decidir libremente, sino que se ven forzadas a tomar decisiones por los condicionantes externos es un argumento peligroso que ya se ha usado antes, y no siempre desde posturas feministas. Durante el debate constituyente de la II República en España, este argumento llevó a muchos diputados a oponerse al voto de la mujer, que según ellos, en una sociedad machista en la que la inmensa mayoría de las mujeres eran analfabetas, no votarían en libertad, sino que votarían lo que sus maridos o los curas de los pueblos les dijeran que votaran.

De esta manera, utilizar este argumento para prohibir o no regular la GS es absolutamente paternalista y contrario al empoderamiento de la mujer<sup>18</sup>.

#### 7. LA VISIBILIZACIÓN DEL ESFUERZO FEMENINO

La remuneración, retribución o compensación económica es uno de los elementos más controversiales en la discusión sobre la GS.

Desde el "feminismo", algunas autoras abogan por limitar la licitud de la práctica solo a los casos en que sea "altruista" y, entonces, cuando, a excepción de los gastos necesarios para el embarazo y el parto, el contrato con la gestante sea a título gratuito<sup>19</sup>.

Por otro lado, hay quienes consideran que, si la remuneración económica para las mujeres gestantes es muy alta en relación con lo que podrían ganar en otra actividad, no habría manera racional de que pudieran negarse a participar. Es decir, el pago las induce a aceptar y pone su consentimiento en duda (Macklin 1994).

Otras autoras precisan que, aunque la GS se enmarque en el ámbito de los contratos a título gratuito, en un contexto de economía capitalista existe el riesgo de una explotación de las mujeres involucradas (exceptuando los pocos casos de GS practicada por parientes y amigos) o, en el mejor de los casos, el riesgo de la simulación de contratos a título oneroso que, sin embargo, no prevén una tutela para la parte más débil, situación en la que, de nuevo, quienes resultarían perjudicadas serían las mujeres (Andrews 1989: 380-388).

<sup>18.</sup> http://www.pikaramagazine.com/2017/07/cuerpo-a-tierra-que-vienen-los-nuestros-el-femi nismo-ante-el-reto-de-la-discrepancia/

<sup>19.</sup> http://www.pikaramagazine.com/2017/07/cuerpo-a-tierra-que-vienen-los-nuestros-el-femi nismo-ante-el-reto-de-la-discrepancia/

Se critica que exista solo una compensación económica, argumentando que la cantidad que reciben las mujeres gestantes es tan baja que constituye una forma de explotación.

En esta línea se argumenta que si prospera lo de la gestación altruista, va a ser una nueva trampa para pagar menos a las mujeres por un servicio que compromete su salud física y emocional. Se entiende que legalizar la GS por vía altruista sin haber enfrentado cómo ésta está funcionando en la donación de óvulos corre el riesgo de generar nichos laborales precarizados y no reconocidos como tales<sup>20</sup>.

Establecer un requisito de gratuidad en la GS no es una vía idónea para proteger a las mujeres, pues llevaría la práctica a la clandestinidad. Es decir, seguirán existiendo promesas de pago que, por ser informales, dejarían a las mujeres gestantes sin la posibilidad de presentar algún recurso legal para exigir su cumplimiento.

En similar sentido, se rechaza que la gestación por sustitución altruista sea más aceptable que la comercial. Semejante afirmación – dicen – no haría sino forzar y reflejar las normas de género. La GS aparecería como una extensión de las tareas de cuidado que las mujeres han desarrollado siempre en la esfera privada, pero que nunca han sido reconocidos como un trabajo que deba ser remunerado. (Lamm 2017b: 63). Sostienen que pagar por los servicios de las gestantes pondría en crisis esas normas de género. (Fernandez Ruiz-Galvez 2002: 171). Así, autores defienden inequívocamente la gestación por sustitución retribuida (Gil Domínguez 2015).

Siguiendo esta línea de pensamiento, existen quienes defienden el establecimiento de un pago por los servicios reproductivos que ofrece la mujer gestante. Sería una compensación por proporcionar su capacidad de gestar. Se afirma que respetar la capacidad de las mujeres implica necesariamente compensar el servicio que proveen, aunque se deben establecer medidas para prevenir la explotación y asegurar el consentimiento informado de las personas gestantes<sup>21</sup>.

<sup>20.</sup> En España, tomando como referencia la Organización Nacional de Trasplantes, se propone un modelo gestionado desde lo público, y absolutamente altruista. Se argumenta que se puede organizar un modelo público, altruista y garantista, que evite con certeza la mercantilización del cuerpo de las mujeres, partiendo de que no existe un mercado de órganos ni nadie pide la prohibición de la donación de órganos para evitar la mercantilización del cuerpo. http://www.eldiario.es/pikara/sociales-ligados-debate-gestacion-subrogada\_6\_668843127.html

<sup>21.</sup> GIRE. Grupo de información en reproducción elegida. Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación. http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/

Hablar de compensación no es eufemismo. Se distingue de retribución porque la primera no enriquece a la gestante, en tanto no generaría una ganancia. Se trata de prever un monto uniforme regulado por las autoridades respectivas que por no enriquecer no actúe como motivación (Lamm 2012b).

Por esto es que, "si de verdad estas prácticas preocupan porque se 'presume', muchas veces prejuiciosamente, que esto encierra una vulneración de derechos, entonces se debe prever y proyectar un formato legal que regule compensaciones –no retribuciones– que sean fijadas por la autoridad de aplicación que al prever criterios uniformes no importe un enriquecimiento de la persona gestante, pero tampoco una invisivibilización de su esfuerzo" (Lamm 2015: 1).

No es posible pensar un mercado altruista y, por tanto, una relación no mercantil ha de ser necesariamente sustituida por otro tipo de vinculación: los vínculos sociales, afectivos, comunitarios, que no son un amor abnegado, sino una des-privatización de la gestión de la reproducción social. Quizá así, y sin ánimo de concluir nada, si hablamos de trabajo y vínculos podamos –llegar a imaginar– desligar trabajo de servidumbre<sup>22</sup>.

#### 8. EL FEMINISMO NO LE PUEDE HACER EL JUEGO AL CONSER-VADURISMO

Sectores de la Iglesia Católica y sectores de algún feminismo –históricamente enfrentados– parecieran en este tema coincidir y aunarse para evitar una práctica que hoy es una realidad y que facilita derechos humanos fundamentales, como es el de formar una familia. ¿Puede identificarse entonces como feminista una posición que no respeta esa autodeterminación? Con lo que nos ha costado todo esto a las feministas.

El "feminismo" enrolado en esta posición está con esta actitud abriendo la puerta a los postulados peligrosos<sup>23</sup>. La única forma de defender y efectivamente proteger los derechos de las mujeres es regulando la GS, y creo además que es una postura feminista, que huye de paternalismos y parte del principio de autonomía de las mujeres respecto a su propio cuerpo<sup>24</sup>.

<sup>22.</sup> https://elsaltodiario.com/vidas-precarias/bioeconomias-reproductivas-trabajo-de rechos-y-otros-vinculos-posibles

<sup>23.</sup> http://www.pikaramagazine.com/2017/07/cuerpo-a-tierra-que-vienen-los-nuestros-el-femi nismo-ante-el-reto-de-la-discrepancia/

<sup>24.</sup> http://www.pikaramagazine.com/2017/07/cuerpo-a-tierra-que-vienen-los-nuestros-el-femi nismo-ante-el-reto-de-la-discrepancia/

#### III. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN

Por los argumentos expuestos es que entiendo que la solución "feminista" a la GS no es prohibirla ni silenciarla, sino regularla.

Esta necesidad de regulación se funda además, y principalmente en cuatro razones:

- 1. Se presenta como indispensable para proteger derechos, en especial los de la persona gestante.
- 2. Para paliar los efectos de las desigualdades
- 3. Para evitar la clandestinidad
- 4. Porque asi lo exige la doctrina internacional de los derechos humanos.

#### REGULAR PARA PROTEGER DERECHOS

La falta de regulación o la prohibición legal genera numerosos problemas o conflictos (como la existencia de niños o niñas apátridas, el recurso ilegal de la adopción, las falsedades de identidad, etc.), que en su mayoría podrían ser evitados de existir una regulación legal que los contemple y resuelva.

Regular una práctica que se reconoce compleja es la postura que mejor protege a todas las personas involucradas:

- a) A los padres o madres de intención, quienes son sujetos de derechos, tienen expectativas y atraviesan estrés en estos procesos, sin perjuicio de que una regulación clara establece también responsabilidades
- b) Al niño o niña que nace dado que asi se garantiza su filiación, su identidad y su interés superior, en tanto la dignidad de la persona nacida no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebida para ser querida y educada por quien no la ha parido; en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño. (Golombok, Blake, Casey y otros 2013: 653-660). Por el contrario, la falta de marco legal puede generar situaciones de abuso por personas inescrupulosas (por ejemplo, en el caso de Baby Gammy, en Australia<sup>25</sup>).

<sup>25.</sup> Se trata de una pareja australiana que acude a una mujer tailandesa para que geste quedando embarazada de mellizos: un niño, Gammy, y una niña, Pipah. En el transcurso del embarazo advierten que el varón tiene Síndrome de Down, por lo que la pareja sólo quiso hacerse cargo de la niña. Por este motivo, ella pide que se le otorgue la custodia de la niña, ya que además de haber dejado abandonado a Gammy, el padre comitente había estado preso por abuso sexual a personas menores de edad. Los jueces australianos al fallar contemplan que Pipah ya había establecido un vínculo con sus progenitores australianos y que alejarla de ellos significaría causarle un daño irreparable, por lo que deciden que se quede con ellos para resguardar su interés superior, debiendo ser visitados regularmente y sin aviso alguno, por autoridades

Es preciso dotar de una norma que legalice la práctica de la gestación por sustitución para además desestigmatizar estos nacimientos, sacarlos de la clandestinidad y así evitar las violaciones de derechos que implican y derivan de cuestionar un nacimiento por la forma en que se ha producido este, su concepción y gestación, y en el que además la persona nacida no ha tenido ninguna participación (Calvo Caravaca y Carrascosa González 2015: 45-113).

c) A la persona gestante. La falta de regulación potencia abusos e injusticias. Deja a las personas gestantes fuera de todo marco protectorio lo que incluso puede habilitar demandas fácticas y legales que a mi juicio son contrarias a derecho y a la dignidad de las personas.

Uno de los aspectos más cruciales, desde una perspectiva feminista, tiene que ver con la regulación jurídica del caso en que la gestante, después de haber estipulado el contrato con los padres o madres intencionales, cambia de parecer y expresa la voluntad de interrumpir el embarazo. En efecto, es evidente que afrontar estos casos desde el punto de vista tradicional del incumplimiento contractual es discutible desde una perspectiva feminista, aunque se trate de una solución prevista en algunos ordenamientos jurídicos donde la GS es lícita. Para una introducción a las principales soluciones jurídicas que, ya desde los años 1990, han sido propuestas desde una perspectiva feminista (solo en parte adoptadas en algunos ordenamientos jurídicos) (Tong 1995: 55-79).

La persona gestante es quien decide el curso del embarazo, los médicos, los tratamientos si fuere el caso, si los padres o madres de intención pueden asistir a las visitas médicas, al parto, etc. etc. etc. Y las decisiones que pueda adoptar, como por ejemplo abortar, no puede generar responsabilidad en tanto se hagan dentro de los marcos legales, asi como no generan responsabilidad estas decisiones en el marco de una pareja.

Por eso es que entiendo que la GS que funciona es aquella que se funda en un vínculo de confianza, y si este no existe, esto no convierte a la gestante en "un útero". Es siempre y ante todo una persona a quien no se le puede demandar ningún comportamiento especifico, que implique un

estatales para vigilar el cuidado y la situación de la niña, debido a los antecedentes de su padre.

Tan controversial fue el fallo que en febrero de 2015, el Parlamento tailandés aprobó una ley mediante la cual se prohíbe a las parejas extranjeras contratar servicios comerciales de GS llevados a cabo por mujeres tailandesas. Agrega que en el caso de las parejas integradas por nacionales o en las que al menos uno de ellos lo sea, se permite la práctica siempre y cuando la comitente tenga la edad de 25 años. Además, prevé una pena de hasta 10 años de prisión para quienes violen la ley.

abuso legal o una mayor demanda en comparación con el que se pueda reclamar a cualquier persona que atraviesa por un proceso de gestación.

## 2. LA REGULACIÓN DE LA GS PARA PALIAR LOS EFECTOS DE LAS DESIGUALDADES

Sin perjuicio de todo lo dicho, no puede dejar de desconocerse que como resalta Brunella Casalini, el *choice femminism*, que se basaría en la lógica del viejo modelo del contrato entre individuos libres, iguales e independientes, corre el riesgo de descuidar las condiciones estructurales de las relaciones económicas, sociales, políticas y culturales, al interior de las cuales se realizan las elecciones. Elecciones que, en muchos casos, siguen siendo diferentes para los hombres, las mujeres y, obviamente, entre diferentes grupos de hombres y mujeres (Casalini 2011: 329-364).

En términos más generales, y si bien consciente del dispositivo común que preside, en todas las partes del mundo, a los diferentes mecanismos de opresión y de control del cuerpo femenino, el feminismo contemporáneo, ahora más que nunca, debe tomar en consideración la cuestión de las diferencias entre las mujeres ampliamente tematizada por el debate sobre la llamada "interseccionalidad". Este debate, retomado a finales de los años 80 por la jurista feminista Kimberle Crenshaw (Crenshaw 1989) se ocupa de los efectos derivados del hecho de que los individuos pertenecen, al mismo tiempo, a diferentes grupos sociales, por lo que una persona nunca es solo mujer o varón, heterosexual u homosexual, blanca o negra, con o sin discapacidad, etc., sino que es portadora de múltiples identidades, y que la superposición de varias identidades puede ser fuente de un *plus* de discriminación.

Dicho esto, si bien una de las principales preocupaciones que se han expresado desde posturas feministas con respecto a la GS son estas condiciones de desigualdad en las que las mujeres gestantes pueden acordar y el efecto que esto puede tener en su capacidad de decidir participar en los acuerdos de GS y, en efecto, los contextos económicos y sociales en los que suele llevarse a cabo este ejercicio no deben desconocerse, lo cierto es que es precisamente por ello que la regulación cobra relevancia. La prohibición o no regulación de la GS no es sólo una medida comúnmente basada en estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, la gestación y la capacidad de las mujeres para tomar decisiones, sino que además es una medida inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes<sup>26</sup>.

<sup>26.</sup> GIRE. Grupo de información en reproducción elegida. Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación. http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/

#### 3. LA REGULACIÓN COMO PREVENTIVA DE LA CLANDESTINI-DAD

Como destaca el Grupo de información en reproducción elegida "Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cambio, fomentaría que se ofrezca en la clandestinidad, donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las condiciones de consentimiento de los contratos, ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos."

Si de verdad queremos proteger, si de verdad queremos garantizar derechos, si de verdad nos preocupan los derechos humanos de las personas involucradas en estos procesos entonces la respuesta a la GS no puede ser otra que regular; La falta de regulación impulsa a la clandestinidad, y esta, aunque potenciada por quienes pretenden "ocultar" una frecuente doble moral, nunca ha sido una aliada para proteger a las mujeres.

#### 4. DOCTRINA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La regulación de la Gs también se presenta como la solución más acorde y protectora de los derechos humanos.

Así lo ha entendido la Corte IDH, en el caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia de 29 de noviembre 2016, en el que estableció en el acuerdo de solución amistosa que se debe "iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación, en los términos del párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia."

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en ya cuatro sentencias en el mismo sentido, lo que no es poco (Mennesson c. Francia [65192/11] y Labassee c. Francia [65941/11], ambas del 26 junio de 2014; Foulon et Bouvet c. Francia [9063/14 y 10410/14] del 21 de julio de 2016, y asunto Laborie c. Francia [44024/13] del 19 de enero de 2017) ha sostenido que un estado viola el derecho a la vida privada (art. 8) si no reconoce el vínculo de filiación que emana de un acuerdo de GS, aunque sea extranjero (Beaumont y Trimmings 2017).

Mención aparte merece el caso contra Italia, resuelto por la Gran Sala (Paradiso y Campanelli c. Italia [25358/12] del 24 de enero de 2017) por las dificultades que la especial situación plantea y sus consecuencias (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, de la Torre 2017). En este caso se esboza si debían prevalecer los derechos de una pareja que había viajado al extranjero para tener un hijo con la ayuda de otra persona sin que se hubiese acreditado vínculo genético alguno con el niño y sin haber dado

razones del abandono del procedimiento de adopción. ¿Puede abrirse la puerta grande, de un tribunal internacional de derechos humanos, para que toda persona se vaya al extranjero a tener un hijo? La respuesta a estos interrogantes demuestran que el problema no gira en torno a la aceptación o no de la gestación por sustitución, sino a la forma en la que se desarrollaron los hechos.

Por su parte, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado lleva varios años estudiando las distintas regulaciones y buscando una solución para proteger el interés superior del niño evitando conflictos entre ellas. También cabe resaltar la resolución del Parlamento europeo, de 5 de julio 2016, y el informe de su Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, de 2 de noviembre de 2016, que condenan, exclusivamente, la "maternidad subrogada forzosa"; y al Consejo de Europa, que se ha manifestado en contra de la prohibición de cualquier tipo de gestación subrogada en votación celebrada el 23 de diciembre de 2016.

Si bien el Parlamento Europeo en su informe de 30 de noviembre de 2015, de la Comisión de Asuntos Exteriores, sobre el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, que se repite en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, establecen que se "condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos", lo cierto es que este rechazo inicial a cualquier práctica de GS cambió considerablemente en los informes y resoluciones posteriores. Así, en el punto 31 de su resolución de 5 de julio de 2016 sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión (2015/2340(INI)) recoge que: "Condena la trata de seres humanos para la maternidad subrogada forzosa en la medida en que constituye una violación de los derechos de la mujer y de los menores; señala que la demanda se ve impulsada por los países desarrollados a expensas de personas pobres y vulnerables procedentes, a menudo, de países en desarrollo, y pide a los Estados miembros que analicen las implicaciones de sus políticas reproductivas restrictivas". Repite lo recogido en el Informe, de 13 de junio de 2016, de la Comisión de Asuntos Exteriores sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE. Por su parte, el Informe de la Comisión de Asuntos Exteriores, de 28 de noviembre de 2016, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015) "expresa su preocupación por las actividades del sector de la gestación por sustitución, que trata el cuerpo de la mujer como una mercancía en el mercado reproductivo internacional, al tiempo que lamenta que dicho sector explote en gran medida a mujeres vulnerables procedentes ante todo del hemisferio sur" v el Informe, del 2 de diciembre de 2016, sobre los derechos de la mujer en los Estados de la Asociación Oriental, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, en su apartado 26, "Expresa la necesidad de combatir [...] la maternidad subrogada forzosa [...], que a menudo no se denuncian a causa de la aceptación de tales conductas por la sociedad". Y en el apartado 27: "[...] y pide a los Estados vecinos orientales que actúen consecuentemente contra toda forma de explotación y abusos hacia las mujeres a través de la maternidad subrogada; pide a los Estados de la Asociación Oriental que adopten con urgencia medidas para prevenir y enjuiciar los delitos graves de ese tipo cuando sean cometidos en sus respectivas jurisdicciones e incluso fuera de su territorio; [...]". Esta misma redacción se puede leer en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2016, sobre los derechos de la mujer en los Estados de la Asociación Oriental. Por lo tanto, el Parlamento europeo condena exclusivamente las malas prácticas en materia de GS que, de darse, tienen lugar, como ya se ha dicho, en países con regulaciones deficientes, o incluso sin regulación alguna, y con una situación socio-económica complicada<sup>27</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño, en 2014, al examinar a la India sobre la Convención, manifestó su preocupación por el hecho de que "no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños". Para evitar esta situación, el Comité recomienda la aprobación de leyes que contengan "disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación y tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada. El Estado parte debe velar por que se tomen medidas contra todo el que participe en adopciones ilegales"<sup>28</sup>. Es decir, el propio comité de los derechos del niño aconseja regular para evitar violaciones de derechos.

<sup>27.</sup> http://diario16.com/la-gestacion-subrogada/

<sup>28.</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014), pp. 13-14.

En similar sentido, cuando el Comité de Derechos del Niño examinó el grado de cumplimiento de Estados Unidos sobre el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, advirtió que: "a) Persisten definiciones ambiguas y resquicios legales que escapan a la nueva Ley de acreditación, como el hecho de que se siga permitiendo efectuar pagos antes del nacimiento y otros gastos a las madres biológicas, incluidas las madres sustitutas, lo cual impide la eliminación efectiva de la venta de niños con fines de adopción; b) No hay leyes federales sobre la maternidad subrogada, lo cual, de no regularse con claridad, equivale a venta de niños". Para resolver esta situación, urge a Estados Unidos a que: "b) Defina, reglamente, vigile y tipifique como delito la venta de niños, a nivel federal y en todos los Estados, de conformidad con el Protocolo facultativo, en particular la venta de niños con fines de adopción ilegal de conformidad con el artículo 3, párrafos 1 a) ii) y 5 del Protocolo, incluidas cuestiones como la maternidad subrogada y los pagos antes del nacimiento y la definición de lo que cabe considerar 'gastos razonables'"29. Nuevamente entonces, el comité pone el eje en la regulación.

Previamente, el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto de Israel aprobadas por el Comité en su 63º período de sesiones (27 de mayo a 14 de junio de 2013)30 sostuvo: "Preocupa al Comité que, al regular la maternidad sustitutiva, el Estado parte no haya prestado suficiente atención a los derechos e intereses de los niños nacidos gracias a tecnologías de reproducción asistida, en particular con la intervención de madres sustitutas." Y agrega: "El Comité recomienda al Estado parte que, al regular las tecnologías de reproducción asistida, en particular las que entrañan la intervención de madres sustitutas, garantice el respeto de los derechos de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial y a tener acceso a información sobre su origen. También le recomienda que considere la posibilidad de proporcionar asesoramiento y apoyo apropiados a las madres sustitutas y a los futuros padres." De esta manera, propone mejorar la legislación vigente, no prohibir la GS.

<sup>29.</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), p. 9.

<sup>30.</sup> CRC/C/ISR/CO/2-4

#### IV. BREVES PALABRAS DE CIERRE

La complejidad y las profundas aristas de la GS reclama argumentos sólidos y un debate bioético serio.

Las posturas feministas hoy se presentan como las más irreconciliables, por lo que en este trabajo procuré brindar argumentos para reflexionar sobre todo lo que está en juego, dado que no se trata solo de permitir la GS con todas sus consecuencias, sino en avanzar o retroceder en el reconocimiento de derechos, libertades, autonomías y cuerpos.

#### V. REFERENCIAS

- Allen, A. L. (1990): "Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life." *Harv J Law Public Policy*. 13(1): 139-149.
- Andrews, L. B. (1989): "Alternative modes of reproduction", en Cohen, S. y Taub, N. (eds.), *Reproductive Laws of the 1990s*, Humana Press, Clifton: 380-388.
  - (1990): "Surrogate motherhood: The challenge for feminists" en Gostin, L. (ed.) Surrogate motherhood: Politics and privacy, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press: 168 y ss.
- Batthyány, K. (2004): "Cuidado infantil y trabajo: ¿un desafío exclusivamente femenino?". Montevideo: Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional (CINTERFOR)/Oficina Internacional del Trabajo (OIT);
- Beaumont P, Trimmings K. (2017): "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?" En: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL\_2016-4.pdf
- Butler, J. (2006): Deshacer el género. Paidós, Barcelona.
  - (2007): El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad, Paidós, Barcelona.
- Cabral M. (2014) "Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema, Australia, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, 2 de abril de 2014." *Revista Derechos Humanos*. Año III, N° 8.
  - "Pensar la intersexualidad, hoy" En: https://programaddssrr.files.word press.com/2013/05/pensar-la-intersexualidad-hoy.pdf.
- Calvo Caravaca, A, Carrascosa González, J. (2015): "Gestación por sustitu-

- ción y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Cuadernos de Derecho Transnacional 7: 45-113
- Callahan, J. (1994): "Feminism and reproductive technologies", *The Journal of Clinical Ethics*.
- Casalini, B. (2011): "Libere di scegliere? Patriarcato, libertà e autonomia in una prospettiva di genere", Etica & Politica, xiii, 2: 329-364.
- Correa M. (2001): "Ética y reproducao asistida: a medicalicao du desejo de filhos" *Bioética*, vol 9/2: 71-82.
- Crenshaw, K. (1989): "Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics", *University of Chicago Legal Forum*: 139-167
- Ela (2012): "De eso no se habla: el cuidado en la agenda pública". Estudio de Opinión sobre la organización del Cuidado, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Buenos Aires, enero de 2012 (disponible en: <a href="http://www.ela.org.ar">http://www.ela.org.ar</a>).
- Esquivel, V. (2011): La economía del cuidado en América Latina: Poniendo a los cuidados en el centro de la agenda. Panamá: PNUD.
- Esquivel, V., Faur, E. y E. Jelin (2012): *Las lógicas del cuidado infantil. Entre las familias, el Estado y el mercado.* Buenos Aires: IDES UNFPA– UNICEF
- Fanlo Cortés, I. (2017): "Derechos reproductivos y libertad de las mujeres." Revista de Derecho Privado, 32: 29-52
- Farnós Amorós E. (2013): "Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain", en *International Family Law* 1: 68-72.
- Fernandez Ruiz-Galvez, E. (2002): "Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?" En Ballesteros, J. (Coord.). *La humanidad in vitro*. Granada, Comares.
- Gargallo, F. (1993): "Nuevas técnicas reproductivas: el debate de las italianas", *Debate Feminista*, 4: 86-100.
- Gil Domínguez, A. (2015): "La Gestación por Sustitución como derecho fundamental y derecho humano", en DFyP, diciembre.
  - (2015) Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad, RDF 2015-V–133
- Golombok S, Blake L, Casey P, et al. (2013): "Children born through repro-

- ductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment." *J Child Psychol Psychiatry* 54: 653-660.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., de la Torre, N. (2017) "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia"". *LA LEY* 13/03/2017, 13/03/2017, 6. AR/DOC/610/2017;
- Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M., Lamm, E. (2012) «Regulación de la gestación por sustitución». *La Ley*, 2012-E: 960.
  - (2013) "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional". La Ley, 2013-D: 195.
- Lamm, E. (2011): "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal" en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 50.
- Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». InDret. Revista para el Análisis del Derecho, vol. 3: pp. 1-49;
  - (2012b): "La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución." Cuestión de derecho s, 3 – segundo semestre 2012 – ISSN 1853-6565. www.cuestiondederechos.org.ar
  - (2013): Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.
  - (2014): "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto." Ars Iuris Salmanticensis 2: 43-50.
  - (2015): "Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia",
     LA LEY 21/12/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/4185/2015.
  - (2016): "Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos." Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Ars Iuris Salmanticensis 4/1.
  - (2017a): "Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución", en *Gaceta Sanit* aria 31: 539-540.

- (2017b): "El valor económico del trabajo de cuidado en materia de alimentos. La importancia de la inclusión de la perspectiva de género en el CCYC." Revista de derecho de familia 78: 63ss.
- Lamm, E. Rubaja, N. (2016): "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global." Revista de Bioética y Derecho 37.
- Lieber, K. B. (1992): "Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?", en *Indiana Law Journal* 68: 205-232.
- Litardo, E. (2012): "Habemus Corpus: El acto de juzgar los cuerpos (tod\*s)", en *Derecho de familia* 1: 147.
- Luna, F. (2012) "Las paradojas de la reproducción asistida y el género. Dejando de lado fotografías anacrónicas", en Casado, M., Luna, F. y Vázquez, R., *Género y Bioética*. México, Fontamara y Suprema Corte de la Nación.
- Macklin, R. (1994): Surrogates and other mothers: the debates over assisted reproduction. Philadelphia, Temple University Press.
- Mclachlan, H. V. y Swales, J. K. (2000) "Babies, child bearers and commodification: Anderson, Brazier et al., and the political economy of commercial surrogate motherhood." *Health Care Anal* 8: 1-18.
- O'brien, S. (1986) "Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy", en N.C. Rev. 65: 127ss.
- Oliveira, F. (2001): "As novas tecnologías reprodutivas conceptivas a service da materialização de desejos sexistas, racistas o eugenicos?", en *Bioética* 9/2: 99-112.
- Pautassi L. Y Zibecchi, C. (2010): "La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias". CEPAL. Serie Políticas Sociales 159. Santiago de Chile.
- Pautassi, L.(2007): ¡Cuánto Trabajo mujer! El género y las relaciones laborales. Buenos Aires, Capital Intelectual.
- Peralta, M. L. (2017): Una trayectoria biotecnológica a través del activismo gltb de reforma legal. *Boletín Onteaiken*, 24.
- Purdy, L. M. (1992): "Another look at contract pregnancy", en Holmes, H. B. (ed.) *Issues in reproductive technology: An anthology*. Nueva York y Londres, Garland Publishing: 309-311.

- Pyton, E. (2001): "Is surrogate motherhood moral?", en *The Humanist* 61/5: 20-21.
- Rodríguez Enríquez, C. (2007): "Empleo femenino, economía del cuidado y políticas públicas. Algunas consideraciones desde la experiencia argentina". En M. A. Carbonero Raimundí y S. Levín (comps) Entre familia y trabajo. Relaciones, conflictos y políticas de género en Europa y América Latina. Rosario, Homo Sapiens.
- Rodríguez Enríquez, C. y L. Pautassi (2014): *La organización social del cuidado de niños y niñas: elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina*. Buenos Aires. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género–ELA.
- Shalev, C. (1998): *Birth power: the case for surrogacy.* New Haven (CT): Yale University Press.
- Shanley, M. L. (2003): "Maternidad subrogante" y libertad femenina. Nos asiste el "derecho" de alquilar nuestro vientre?" Seminario: Diálogos sobre la familia, la justicia, y el derecho. Programa de Democratización de las Relaciones Sociales, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de San Martin, 2-4 diciembre 2003. Disponible en: http://www.unsam.edu.ar/escuelas/humanidades/centros/cedehu/material/Shanley%20Maternidad%20subrogante.pdf.
- Shultz, M. M. (1990): "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", en *Wis. L. Rev*: 297–398.
  - (2005) "Taking Account of Arts in Determining Parenthood: a Troubling Dispute in California", en Washington University Journal of Law & Policy 19: 77-128.
- Sommer, S. (1993): "Mujeres y reproducción: las nuevas tecnologías", en *Debate Feminista*, 4: 8: 76-85.
  - (1994) De la cigüeña a la probeta. Buenos Aires, Planeta.
- Tong, R. (1995): "Feminist perspectives and gestational motherhood: The need for a unified legal focus", en Callahan, J. (ed.), *Reproduction*, *Ethics, and the Law: Feminist Perspectives*. Bloomington, Indiana University Press: 55-79.
- Weeks J. (2011): The Languages of Sexuality. Abingdon, Routledge.

# Capítulo 10

# La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva

Noelia Igareda González Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL PAPEL DEL DERECHO COMO TECNOLOGÍA DEL GÉNERO. II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA. III. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IV. DIGNIDAD HUMANA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. V. A MODO DE CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS.

Resumen. La gestación por sustitución constituye un ejemplo de debate ético y jurídico donde su posible admisión y regulación provoca resistencias, ya que supone revertir roles y estereotipos de género tradicionalmente reforzados y respaldados por el derecho, como tecnología del género. Igualmente supone una inestimable ocasión para identificar las dificultades en admitir (y legislar) sobre la autonomía reproductiva de las mujeres. Además la gestación por sustitución sirve de ejemplo para estudiar cómo el consentimiento se construye y acepta en nuestros ordenamientos jurídicos. También permite ver los debates entre dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad desde una perspectiva de género.

# I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL PAPEL DEL DERE-CHO COMO TECNOLOGÍA DEL GÉNERO

La gestación por sustitución provoca un encendido debate ético y jurídico, que va más allá de la cantidad de casos que tienen lugar en un de-

terminado país¹. El interés que suscita, no es proporcional a su presencia en la realidad ciudadana, y se debe, más bien, a los argumentos que se utilizan tanto a favor de su admisión y regulación, como en su contra. Estos argumentos están estrechamente vinculados a determinadas creencias e ideologías fuertemente enraizadas en nuestra sociedad y cultura.

De la misma manera, se atribuye la discusión sobre la legitimidad o no de la gestación por sustitución a los nuevos avances científicos y médicos en materia de reproducción humana. Es cierto que en la gestación por sustitución es necesaria la intervención de algunas técnicas de reproducción humana asistida, como la fertilización in vitro, o la donación de óvulos o semen. Pero no son estas técnicas en sí mismas las que producen los debates éticos y jurídicos, porque son técnicas admitidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, sino la admisión de la gestación por sustitución como una nueva forma de filiación o no. Constituye por tanto un ejemplo en el que se atribuye a la ciencia como el origen del problema, cuando la tecnología lo que hace es visibilizar un "viejo problema" desde una nueva perspectiva<sup>2</sup>.

Además las técnicas de reproducción humana asistida no suelen promover la autonomía reproductiva de las mujeres, sino que normalmente cuentan con legislaciones que se preocupan más de la familia, o de los embriones, por encima de las mujeres y su autonomía reproductiva<sup>3</sup>. Las leyes y políticas públicas sobre técnicas de reproducción humana asistida dan más importancia a cuestiones individuales y biológicas de las personas, como el anonimato de donantes, el estatus de los embriones, etc., pero no se ocupan nada de cuestiones más colectivas como las relaciones de parentesco (Olavarría, 2008). En la gestación por sustitución, son estas reglas de filiación y el reconocimiento legal de las formas de parentesco lo que ocupa un lugar predominante. Prueba de la diferente naturaleza entre gestación por sustitución y técnicas de reproducción humana asistida es que, en aquellos países donde la gestación por sustitución ha sido

<sup>1.</sup> Se calcula que aproximadamente nacen en torno a 1.000 niños/as mediante la gestación por sustitución en España (Durán y Blanco-Morales 2014).

<sup>2.</sup> La gestación por sustitución es tan antigua como para encontrar ejemplos en la Biblia, aunque comenzó a ser conocida a partir de la publicidad de dos casos judiciales, el caso del "Baby Cotton" en el Reino Unido (Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy) donde una mujer británica, Cotton recibió 6,500 libras para gestar para una pareja extranjera que había utilizado una agencia comercial americana. Y el caso Baby M (In the matter of Baby M (1988) 537 A 2d 1227, donde la gestante Mary-Beth Whitehead huyó con el bebé que había aceptado gestar para una pareja adinerada, cruzando varios estados en su huida (Horsey 2010).

En algunos países europeos se exige que sean parejas casadas quienes puedan acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, y no mujeres solas por ejemplo.

admitida, normalmente ha sido regulada en una norma aparte de las leyes de técnicas de reproducción humana asistida, como por ejemplo la Surrogacy Act (1985) del Reino Unido o la Ley portuguesa 25/2016 en la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución.

Las críticas más importantes afirman que la gestación por sustitución supone una mercantilización de los cuerpos, una nueva forma de explotación de las mujeres, un atentado a la dignidad de las gestantes y de los hijos/as así concebidos, además de una alteración de las reglas de filiación (Corral 2013, De Miguel 2015, entre otros). Los argumentos a favor defienden la gestación por sustitución ante el descenso del número de niños/ as susceptibles de ser adoptados, y dado que la opción de la adopción no puede imponerse a las personas que no pueden concebir (constituiría un doble estándar moral obligar a adoptar a los que no pueden concebir de manera natural y en cambio, no se impone como obligación previa adoptar a las parejas que si que pueden concebir de manera natural). También defienden que la gestación por sustitución no viola el interés supremo del menor, porque ese niño/a nace de una familia que lo ha querido, y que no hubiera existido si no se hubiera dado la gestación por sustitución. Todo lo contrario, el interés superior del menor exige que se legisle sobre el tema y que se aporte seguridad jurídica. Igualmente, admitir la gestación por sustitución supone reconocer una nueva forma de filiación basada en la voluntad procreacional, donde se reconoce consecuencias jurídicas al consentimiento libre de la gestante en el ejercicio de su autonomía reproductiva (Horsey 2010; Lamm 2012; e Igareda 2015; entre otros).

En cambio, cuando se está defendiendo su admisión y regulación por parte del ordenamiento jurídico, no siempre se hace explícito que muchas de las resistencias que esta posibilidad despierta tienen que ver con los roles y estereotipos de género que durante siglos se han ido construyendo en nuestra sociedad, y que el derecho también ha perpetuado y contribuido a configurar.

La gestación por sustitución cuestiona la maternidad tal y como ha sido socialmente construida y aparece como dominante en nuestra sociedad, porque separa los roles de la maternidad en maternidad gestacional, maternidad social y maternidad genética. Igualmente contribuye a la idea de que la familia es una institución construida socialmente y no una entidad natural.

Considerar lícita y admisible la gestación por sustitución, implica contradecir la existencia de un instinto maternal inherente en todas las mujeres, ya que resulta incomprensible en la gestación por sustitución que una mujer sea capaz de entregar libre y racionalmente a un bebé que ha

engendrado. Igualmente, admitir la gestación por sustitución supone poner en tela de juicio el rol de cuidadoras que se atribuye a las mujeres en nuestra sociedad, construido alrededor de una supuesta inclinación de las mujeres hacia los cuidados, biológicamente determinada. La gestación por sustitución niega esta inclinación a los cuidados de la gestante que da a luz al bebé, y además admite la existencia de otra mujer u hombre que quiere cuidar a ese bebé aunque no tenga ningún vínculo biológico, y a veces, ni genético con él/ella (Igareda 2015). La creencia en el instinto maternal y la teoría del apego está aún muy presente en el imaginario colectivo de las sociedades occidentales, a pesar de que se ha demostrado que es una vez más una creación cultural e histórica y no una realidad biológica o genética de las mujeres (ver Beauvoir 1949; Badinter 1980; Rich 1976; entre otras).

También la gestación por sustitución entra en colisión con el ideal femenino que se extendió en la cultura occidental tras la segunda guerra mundial, la llamada mística de la feminidad<sup>4</sup>, que a pesar de los cambios, permanece vigente especialmente en las funciones maternales de las mujeres.

El derecho, que se presupone neutral y objetivo, se ha demostrado que tiene un claro sesgo de género<sup>5</sup>. Las leyes son patriarcales cuando hablan de protección, sobre todo en relación a la función reproductiva de las mujeres, para responder a las preocupaciones masculinas de control de esta capacidad reproductiva (Facio 1999).

Es más, el derecho constituye una tecnología del género, ya que participa en la construcción de lo que significa ser hombre y mujer en nuestra sociedad, y refuerza legalmente lo que una sociedad comparte que debe ser una buena mujer y una buena madre (Butler 2004).

Por ejemplo, la presunción legal que determina la maternidad legal por el parto, es al fin y al cabo, un principio legal que se remonta a la época de los romanos, y que ha otorgado una certidumbre de la maternidad mediante un hecho biológico incuestionable. Igualmente esta presunción legal ha participado durante siglos en la consideración de hijos/as legítimos e ilegítimos, en la prevalencia de la paternidad dentro del matrimonio, y la vinculación entre filiación, clase social, riqueza y poder. Cuando estas presunciones se defienden como reglas que protegen a la familia, las relaciones filiales o incluso a los hijos/as, en verdad han sido normas

<sup>4.</sup> Mística de la feminidad que bien retrataron autoras como Friedman (1984) en el mundo anglosajón o Cobo (1995) o Amorós y De Miguel (2005) en nuestro país.

<sup>5.</sup> Tal y como han demostrado autoras como Smart (1989), Pateman (1995), Rubio (1995), Pitch (2003), Mestre i Mestre (2006), o Bodelón (2009) entre otras.

que cumplían la función de garantía para que los hombres pudieran tener seguridad de que ellos eran los padres, o para que pudieran ejercer la paternidad irresponsable. En todo caso son protecciones para las futuras generaciones, pero en ningún caso son protecciones a la mujer-persona (Facio 1999).

En este mismo sentido, las reglas de filiación parecen que otorgan protección a las relaciones creadas por la sangre, los genes y la biología. Todas ellas parecen ser elementos esenciales para constituir las relaciones de parentesco. A pesar de ello, hasta hace bien poco, la única manera legítima de establecer relaciones de parentesco en Europa era el matrimonio (de ahí las diferencias entre hijos/as legítimos e ilegítimos, aunque hubiera vínculos de sangre).

# II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

Permitir la gestación por sustitución implica también reconocer la autonomía reproductiva de la mujer gestante, que decide libremente sobre su capacidad reproductiva, sobre el uso de su útero al fin y al cabo.

No siempre nuestros ordenamientos jurídicos reconocen la autonomía reproductiva como una parte de los derechos fundamentales de las personas<sup>6</sup>. No existe un reconocimiento explícito de la autonomía reproductiva, entendida como la capacidad de tomar libremente decisiones sobre cómo, cuándo y de qué manera reproducirnos (o no reproducirnos, ahora o nunca). Tampoco están garantizados los derechos sexuales y reproductivos en la mayoría de textos constitucionales occidentales, en el caso de que la autonomía reproductiva se entendiera derivada de estos derechos. La doctrina de los derechos reproductivos fue elaborada por la jurisprudencia de los Estados Unidos en la década de los 70, alrededor del derecho a la intimidad ("right to privacy") (Vidal Martínez 2011), y no siempre ha tenido la misma traducción en Europa, donde se alude más bien al derecho a la integridad física ("right to bodily integrity") y limitado a la autonomía reproductiva en negativo (en los supuestos de aborto).

Ni siquiera hay consenso en la existencia de un hipotético derecho a la

<sup>6.</sup> Por ejemplo en Alemania, una sentencia del Tribunal Constitucional en 2008 reconoció la existencia de la autonomía sexual en el ordenamiento jurídico alemán, pero derivado del derecho fundamental de personalidad (que incluye el libre desarrollo de la personalidad, la protección de la intimidad y la identidad propia). Esta autonomía sexual es diferente a la autonomía reproductiva, que en todo caso se entiende derivada del derecho a la integridad física o a la privacidad (Tribunal Constitucional alemán, 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, 33).

reproducción derivado de otros derechos fundamentales o fundamentos legales claramente recogidos y garantizados en nuestros ordenamientos jurídicos, como el derecho a la integridad física y moral, el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a formar una familia.

Hay algunos autores, como Robertson (1994), Dworkin (1994), Gómez Sánchez (1994) o Igareda (2011) entre otros, que defienden que la autonomía reproductiva constituye un derecho derivado de otros derechos y fundamentos constitucionales como el derecho a la autodeterminación física en el derecho a la libertad del art. 17.1° de la Constitución española (CE), la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) el de la intimidad o el derecho a fundar una familia.

Pero también existen pensadores, como por ejemplo Roca Trías (1999), Pantaleón (1993) o Jonas (1995) que rechazan la idea de que estemos frente a ningún derecho, y que subrayan la inexistencia de ningún texto jurídico internacional que así lo reconozca.

En todo caso, el derecho a la reproducción ha sido considerado como una expresión de la autonomía procreativa, comprendiendo la facultad de poder reproducirse mediante los genes a los que se tenga legítimo acceso en la reproducción asistida. Se trata de un derecho básico por su carácter esencial para la identidad personal y el sentido de la propia vida (Vidal Martínez 2011). Incluso se diferencia entre la libertad de procrear inherente a la persona humana, derivada del derecho del hombre y la mujer a casarse y formar una familia (arts. 12 y 14 Declaración Universal de los Derechos Humanos) y el derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como una manifestación del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no puede ser limitado por el Estado arbitrariamente, pero que tampoco puede implicar obligaciones para el Estado, sino sólo en la medida que pueda y quiera asumirlos.

De ahí que los debates en torno a la gestación por sustitución se limiten a discutir si la gestante puede disponer libremente sobre su cuerpo o sobre partes de su cuerpo (útero), o si incluso puede disponer o contratar sobre un órgano de su cuerpo (cuando se habla de la posibilidad de alquilar el útero, algo que resulta contrario al principio de que el cuerpo y sus partes constituyen algo fuera del comercio de los hombres, "res extra commercium"7). Las partes del cuerpo están fuera del comercio jurídico y

<sup>7.</sup> En esta línea, una de las principales críticas a la gestación por sustitución es que abre la puerta a la mercantilización de los cuerpos. Parece que sólo preocupa la mercantilización de los úteros, porque en sociedades donde se han globalizado los cuidados

mucho menos pueden ser objetos de una transacción lucrativa. Así queda también establecido en el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina (art. 21) y en la Declaración de UNESCO sobre genoma humano (artículo 4) (Raposo, 2012). En cambio, no se está considerando que la gestante está ejerciendo su autonomía reproductiva, y por lo tanto, decidiendo libre y racionalmente sobre si quiere o no gestar, para quién, y para qué (sin ser este ejercicio de la autonomía reproductiva "per se" una vulneración de su dignidad o de la dignidad del recién nacido).

Tampoco nuestros ordenamientos jurídicos reconocen explícitamente la capacidad de decidir libremente sobre la capacidad reproductiva de las personas, especialmente de las mujeres. Nuestros sistemas jurídicos están llenos de ejemplos, donde las leyes que regulan determinadas situaciones relacionadas con la reproducción de las mujeres, están más guiadas por la protección de ciertos intereses generales o valores de la sociedad, y no tanto de la garantía de la libertad individual, de los derechos fundamentales a la integridad física y moral, o del libre desarrollo de la personalidad.

# III. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Otra de las cuestiones especialmente conflictivas en la admisión y regulación de la gestación por sustitución es reconocer el libre consentimiento de la gestante, e incluso de los padres comitentes.

En estos supuestos, se entiende que la autonomía hace referencia a la capacidad de la persona de asumir sus elecciones y justificarlas en función de su visión particular del bien, independientemente de que esta visión del bien no sea la mayoritaria. Pero que constituya su visión particular del bien no significa que sea un simple deseo irreflexivo. El consentimiento de la persona en este contexto expresa un proyecto de autogobierno (Marzano 2009).

Resulta sorprendente que se ponga en duda la capacidad para consentir libremente sobre cuestiones que tienen que ver con la reproducción de las mujeres. En primer lugar, cuando no se admite la gestación por sustitución porque se presupone que la gestante siempre estará siendo forzada a gestar un hijo/a para otra persona o pareja, debido a una situación de necesidad, o de desventaja económica o social, se está privando de capacidad de consentimiento a las mujeres. No existen otros ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico donde suceda esto, a no ser que concurran

y la explotación de las cuidadoras, no hay informes de comités de bioética sobre esta mercantilización de las personas.

circunstancias extraordinarias que faculten a la privación de la capacidad de obrar y, por ende, de consentir libremente a las personas.

Incluso en los casos en los que se admite la gestación por sustitución, muchas veces se estipulan ciertos mecanismos de reflexión entre la prestación del consentimiento de la gestante, y el despliegue de las consecuencias jurídicas de este consentimiento<sup>8</sup>. También tiene lugar esta provisión de un lapso temporal entre la prestación del consentimiento, y sus efectos jurídicos, en el supuesto del aborto, que una vez más tiene que ver con decisiones reproductivas de las mujeres, uno de los pocos ejemplos en los que se estipula legalmente un periodo de reflexión entre el momento que la mujer consiente, y cuando efectivamente se procede a la interrupción voluntaria del embarazo<sup>9</sup>. En ambos casos lo que subyace es una desconfianza sobre la capacidad plena de obrar de la mujer en aquellas cuestiones demasiado importantes y transcendentales en su vida, como para dejarlas únicamente a su arbitrio. Asimismo, planea una idea generalizada de que la mujer pueda arrepentirse sobre esta decisión, contribuyendo una vez más al estereotipo de las mujeres indecisas, volubles e impredecibles (Farnós 2010).

También existen reticencias en admitir el consentimiento de los padres comitentes como forma de creación de una relación parental. La intención reflejada en la prestación de consentimiento antes del nacimiento del bebé debería constituir un elemento de determinación de la condición parental. Esa intención materializada en la prestación del consentimiento implica la voluntad de participar en el proceso reproductivo así como el compromiso de cuidar y criar al recién nacido. La paternidad, así, no debería concederse a posteriori, ni estar basada en presunciones.

Esta forma de reconocer el consentimiento de los padres comitentes como forma de filiación aseguraría la igualdad entre las parejas fértiles e infértiles, y también entre las diferentes formas de formar una familia, independientemente de qué técnicas de reproducción asistida se hayan utilizado (en el caso de gametos donados, no hay vínculo genético, pero el consentimiento de los progenitores se considera suficiente para reconocer las relaciones de filiación) (Lamm 2012b).

<sup>8.</sup> Este es por ejemplo el caso en el Reino Unido, donde está admitida la gestación por sustitución de carácter altruista. En este país la gestante debe prestar su consentimiento a la hora de iniciar todo el proceso, para ser inseminada artificialmente, y una vez más, frente al juez antes de que éste autorice la "parental order" que transferirá la condición de padres a los comitentes.

La ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece en su artículo 14.b un plazo de 3 días como mínimo.

Reconocer la maternidad y paternidad a través de la intención implica alejarse de asunciones tradiciones basadas en la biología. Ya existen otras áreas del derecho donde la intención tiene un peso legal, como puede ser en el área de los contratos o en material penal (Horsey 2010). En cambio, se critica que se permita la gestación por sustitución para satisfacer un mero deseo de los comitentes. Se duda de que el derecho deba satisfacer toda necesidad o deseo de las personas (Montero 2015). Incluso en algunos países donde se admite la gestación por sustitución, legalmente se aborda como una forma de adopción rápida tras el nacimiento del bebé y la supervisión del juez de todo el procedimiento y las condiciones del acuerdo<sup>10</sup>.

La gestación por sustitución tiene similitudes con la donación de órganos inter vivos, y en cambio esta posibilidad no despierta las mismas reticencias legales y éticas que la gestación por sustitución. La donación de órganos inter vivos es preferible a la donación de órganos mortis causa por una serie de razones: permite contar con órganos de mayor calidad, más sanos, también permite la reducción entre el momento de extracción del órgano y su trasplante, implica menos riesgos de rechazo por una mejor compatibilidad inmunológica, permite la planificación de la intervención, posibilita el aumento del número de donantes, y disminuye la tasas de mortalidad de las personas en espera de trasplante.

A pesar de su admisión por nuestros ordenamientos jurídico, también se teme que las relaciones entre el donante y el receptor puedan estar muy viciadas, ya que resulta difícil asegurarse de que el consentimiento del donante es realmente libre cuando puede que constituya la única forma de que su familiar continúe viviendo. Para ello, las leyes establecen una serie de medidas y garantías para asegurarse que el consentimiento de la persona que dona esté realmente libre de interferencias.

Igualmente se llega a considerar positivas las relaciones que se establecen o se estrechan en las donaciones de órganos inter-vivos. En general se entiende que el valor de las donaciones está ligado a la capacidad de crear relaciones. La donación está ligada a intercambios en sociedades donde la finalidad de la donación es establecer alianzas permanentes que no puedan ser rechazadas (Marzano 2009).

En el caso de la gestación por sustitución se duda que la gestante quiera donar el uso de su útero. Se esgrime que entre la gestante y el bebé

<sup>10.</sup> Es el caso del Reino Unido donde el juez transfiere la paternidad mediante una "parental order" de la gestante (legalmente considerada la madre) a los padres comitentes.

se crearán vínculos muy íntimos, y que la separación implicará un daño para ambos<sup>11</sup>. Además se teme que la existencia de esa tercera persona (la gestante) pueda ser un elemento negativo en la vida familiar del recién nacido y los padres comitentes<sup>12</sup>.

# IV. DIGNIDAD HUMANA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En el debate acerca de la gestación por sustitución, aparecen con frecuencia los conceptos de dignidad humana y el de libre desarrollo de la personalidad, en ocasiones con interpretaciones bien dispares. El Tribunal Constitucional español ha interpretado que la dignidad humana incluye el respeto al propio proyecto de vida como un derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable. De la dignidad humana se deriva el libre desarrollo de la personalidad, entendida como la capacidad de adoptar los proyectos de vida que se quiera e incluyendo las decisiones reproductivas que esa persona desee. Este libre desarrollo de la personalidad puede concretarse en un deseo legítimo y digno de protección jurídica de ser progenitor biológico a la hora de crear una nueva vida (Vela 2011).

Cuando se pone en duda la capacidad de la gestante para decidir libremente sobre su vida, y se teme que actúe únicamente movida por la compensación económica, o por sentimientos o impulsos, o cuando se critica que los padres comitentes solo quieren satisfacer un deseo, no se está diferenciando entre deseos primarios y deseos secundarios.

Los deseos primarios constituyen expresión de afectos inmediatos, anhelos súbitos o pulsiones parciales y los deseos secundarios, en cambio, implican una reflexión sobre los deseos primarios, un campo donde el sujeto se convierte en su sujeto de su vida, intentando conscientemente seguir un proyecto, un ideal o un objetivo. Son los deseos secundarios los relacionados con conceptos de autonomía y autodeterminación (Marzano 2009). Cuando se dudan de las motivaciones de la gestante en la gestación

<sup>11.</sup> Sin embargo existen investigaciones empíricas que demuestran que el bienestar emocional de los niños/as que han crecido en una familia por gestación por sustitución es igual o incluso mejor, que los niños/as concebidos de manera natural. Igualmente estos estudios demuestran que las relaciones de las madres y los hijos/as en los casos de gestación por sustitución son de las más satisfactorias, incluso en la etapa adolescente (Golombok et al. 2017).

<sup>12.</sup> En cambio los estudios realizados con familias creadas mediante la gestación por sustitución demuestran que la gran mayoría de los casos los padres comitentes mantienen contacto y excelentes relaciones con la gestante, y que esta aparece como un figura positiva en el entorno emocional y familiar del hijo/a (Horsey 2015).

por sustitución, se está considerando sin razón aparente que esos deseos de la gestante son necesariamente primarios y no secundarios.

También en los casos de la gestación por sustitución se alude a la dignidad humana como límite en el ejercicio de los derechos fundamentales, límites que pueden ser impuestos por los poderes públicos al ejercicio de la autonomía de la voluntad. En este caso, sería legítimo que el Estado prohibiera la capacidad de contratar a las personas en un supuesto de gestación por sustitución, porque consideraría que ese ejercicio de la autonomía de la voluntad, incluso si se reconociera que se está haciendo sobre un hipotético derecho a la reproducción, basado en otros derechos fundamentales, va en contra de la dignidad humana de la gestante. En este sentido, se relaciona con la máxima kantiana que la dignidad humana exige que el ser humano sea un fin en sí mismo, y nunca un instrumento o un medio de otro fin.

Si en la gestación por sustitución se interpreta que la gestante está siendo utilizada como un instrumento y no como un fin en sí mismo, se estará negando su autonomía reproductiva y además, sería un tratamiento desigual con otros supuestos del ordenamiento jurídico como la donación de órganos inter vivos donde no se consideran los donantes como medios. Al mismo tiempo se estaría considerando que la función maternal es destino esencial de la vida de todas las mujeres y su fin por excelencia.

Para Kant (2007), todo ser humano tiene vocación para pensar por sí mismo, para juzgar y decidir por si mismo lo que debe hacer. Este ejercicio de la autonomía, es la capacidad de decidir racionalmente lo que debemos hacer sin interferencia de los deseos, inclinaciones, prejuicios o factores externos. La razón es en el fondo libertad, es decir, autonomía, y la autonomía es la capacidad de obedecer a una ley auto-prescrita. La dignidad humana es la capacidad que tiene de determinar su conducta a través de la razón.

Una vez más, si se considera que de acuerdo a esa ley auto-prescrita lo que la gestante debería hacer es quedarse con el bebé, y en ningún caso acordar una gestación por sustitución, se está considerando que lo razonablemente bueno es la función maternal y el cumplimiento del instinto maternal de toda mujer.

Para John Stuart Mill (2008) la autonomía será, como la libertad, un derecho humano que permite a cada cual escoger y hacer lo que quiera. Este concepto de libertad tiene como único límite no molestar a terceros. Pero no significa que no tenga después que asumir las consecuencias de sus actos, y que también se intente convencer de las consecuencias perjudiciales de sus comportamientos.

En definitiva, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en nuestro ordenamiento jurídico no constituyen derechos fundamentales sino presupuestos generales de estos derechos que se utilizan como instrumentos de concreción de los derechos fundamentales ya reconocidos. En todo caso, deberían ayudarnos a interpretar la existencia de un derecho a la reproducción, de la autonomía reproductiva, derivada de otros derechos como el derecho a la integridad física y moral, o el derecho a la intimidad.

#### V. A MODO DE CONCLUSIONES

La gestación por sustitución constituye un ejemplo de controversia bioética porque su admisión y regulación implica subvertir ciertos estereotipos y roles de género (la función maternal, las responsabilidades femeninas sobre los cuidados, etc.). Igualmente la gestación por sustitución supone reconocer una forma de filiación basada en la voluntad procreacional, reconociendo el libre consentimiento de la gestante en el ejercicio de su autonomía reproductiva. Esta autonomía reproductiva precisamente se deriva de su derecho a la integridad física, interpretada desde el libre desarrollo de la personalidad y el concepto de dignidad humana que ampara nuestro ordenamiento jurídico.

En el debate social y político previo a su admisión, y en su caso, a su regulación jurídica, se debería prestar especial atención a los paralelismos con otros supuestos similares de actos altruistas admitidos por nuestros ordenamientos jurídicos, como la donación de órganos o de gametos. También resultaría esencial, ser conscientes de la influencia de estereotipos y roles de género que inciden de manera importante en la garantía de la autonomía reproductiva de las mujeres, en su capacidad de consentir, así como en las relaciones de parentesco y filiación amparadas por el derecho.

## VI. REFERENCIAS

Amorós, C. y De Miguel, A. (eds.) (2005): *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Madrid, Minerva Editores.

Badinter, E. (1980) : *L'amour en plus. Historire de l'amour maternel (XVIIe – XXe siècle)*. Paris, Flammarion.

Beauvoir, S. (2001 [1949]): El segundo sexo. Madrid, Cátedra.

Bodelón, E. (2009): "Feminismo y Derecho: Mujeres que van más allá de

- lo jurídico", en G. Nicolás y E. Bodelón (comps): *Gènero y dominación*. *Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona, Antropos: 95-116.
- Butler, J. (2004): Deshacer el género. Barcelona, Paidós.
- Cobo, R. (1995): Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau. Madrid, Cátedra.
- Corral, E. (2013): "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", Revista de Derecho y Genoma humano: 38: 45-69.
- De Miguel, A. (2015): *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*. Madrid, Cátedra.
- Durán Ayago, A.; Blanco-Morales Limones, P. (2014): "Los vientres de alquiler (la cara y la cruz)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 881.
- Dworkin, R. (1994): El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual. Barcelona, Ariel.
- Facio, A. (1999): "Feminismo, género y patriarcado" en Facio, A. y Fries, L.(ed) *Género y Derecho*. Santiago de Chile, La Morada/Lom/American University.
- Farnós, E. (2010): "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que platea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, enero: 1-25.
- Friedan, B. (1984): The Feminine Mystique. Ney York, Dell.
- Golombok, S.; Illioi, E.; Blake, L.; Roman, G. and Jadva, V. (2017): "A Longitudinal Study of Families Formed Through Reproductive Donation: Parent-Adolescent Relationships and Adolescent Adjustment at Age 14", *Developmental Psychology* 53/10: 1966 –1977.
- Gómez Sánchez, Y. (1994) El derecho a la reproducción humana. Madrid, Marcial Pons.
- Horsey, K. (2010): "Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements", Child and Family Law Quarterly 22/4: 449-474.
- Horsey, K. and Sheldon, S. (2012): "Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy", *Medical Law Review*, invierno: 67-89.
- Horsey, K. (2015): Surrogacy in the UK: Myth busting and reform. Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform. London Surrogacy UK.

- Igareda, N. (2015): "La inmutabilidad del principio "mater sempre certa est" y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 21: 3-19.
  - (2014): "La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución", Revista Derecho y Genoma Humano 40: 171-194.
  - (2011): "El hipotético derecho a la reproducción", Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho 23.
- Jonas, H. (1995): *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona, Herder.
- Kant, E. (2007): *Crítica a la razón práctica*. Alianza Editorial, Madrid.
- Lamm, E. (2012): "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", In-Dret. Revista para el análisis del derecho 3: 1-49.
- Lamm, E. (2012): "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho* 24: 76-91.
- Marzano, M. (2009): Consiento, luego existo. Ética de la autonomía, Cànoves i Samalús, Proteus.
- Mestre i Mestre, R. (2006): *La caixa de Pandora: introducció a la teoría feminista del dret*. Valencia, Universitat de València.
- Mill, J.S. (2008): Sobre la libertad. Madrid, Tecnos.
- Montero, E. (2015): "La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas", *Persona y Derecho* 72: 223-236.
- Olavarría, M.E. (2008): "Poder, mercado y tecnología del parentesco contemporáneo", *Revista de Antropología Experimental* 8/17: 235-244.
- Pantaleón, A.F. (1993): "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", Revista del Centro de Estudios Constitucionales 15: 129-160.
- Pateman, C. (1995): El contrato sexual, Barcelona: Anthropos.
- Pitch, T. (2003): *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- Raposo, V.L. (2012): "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", Revista de Derecho y Genoma Humano 37: 93-122.
- Rich, A. (1976): Of woman born. Londres, Virago.

- Robertson, J.A. (1994): *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. New Jersey, Princeton University Press.
- Roca Trias, E. (1999) "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", DS: Derecho y salud 7/1: 1-11.
- Rubio, A. (1995): "Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?", *Derechos y Libertades* 4: 259-286.
- Smart, C. (1989): Feminism and the power of law. London, Routledge.
- Vela, A.J. (2011): "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *Diario La Ley*, nº 7621, Sección Doctrina, 3 mayo 2011.
- Vidal, J. (2011): "Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", *Revista Derecho Genoma Humano* 34: 155-201.

# Capítulo 11

# La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?

Mónica Navarro Michel Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN ESPAÑOLA EN EL MUNDO GLOBALIZADO. II. SOBRE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA. 1. De los comitentes. 2. De la gestante. III. CUESTIONES A REGULAR. 1. Remunerada o gratuita. 2. Requisitos de acceso de los comitentes o padres de intención. 3. Requisitos de acceso de la mujer gestante. 4. Control judicial. 5. La revocación del consentimiento. IV. FILIACIÓN DEL NACIDO MEDIANTE GS. V. OBSERVACIONES FINALES. VI. REFERENCIAS.

Resumen. Existe un debate en torno a la necesidad de regular la gestación por sustitución, que responde a una demanda social (o deseo) de tener hijos a través de una mujer gestante. Con independencia de si esa demanda es razonable o no, la regulación evitaría o reduciría el turismo reproductivo, lo que debe ser valorado positivamente, por dos motivos. Por un lado, esta práctica transfronteriza es fuente de explotación y violación de derechos de las mujeres vulnerables en países pobres o en vías de desarrollo. Por otro, eliminaría la inseguridad jurídica vinculada a la determinación de la filiación del nacido, inseguridad que es contraria al interés superior del menor. El objeto de este trabajo es analizar alguna de las cuestiones que una regulación sobre GS debe tener en cuenta.

# I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN ESPAÑOLA EN EL MUNDO GLOBALIZADO

La gestación por sustitución (GS en lo sucesivo) permite a una pareja (o

a una persona sola) tener un hijo mediante la colaboración de una mujer gestante, que se compromete a someterse a técnicas de reproducción asistida y a entregar al bebé que nazca a los comitentes, sea a cambio de una contraprestación, sea de forma gratuita. Desde hace unos años ha ido en aumento el número de casos de personas que, no pudiendo celebrar un contrato de GS en su país de origen, viajan a otro donde esta práctica es legal (o, por lo menos, alegal)¹.

De esta manera, los comitentes evitan la prohibición de su país de origen, pero aparecen nuevos obstáculos legales: uno previo a la salida del país del nacimiento del menor (obtención de la documentación legal correspondiente), y otro posterior, cuando los comitentes vuelven a su país de origen y quieren regularizar la situación legal del menor. La negativa inicial de los Estados europeos a reconocer la filiación del menor con los padres comitentes (o "de intención"), establecida legalmente en otro país, se ha ido flexibilizando a partir de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>2</sup>. Aunque los comitentes pudieran estar actuando en fraude de ley, esa negativa es contraria a los derechos del menor, concretamente a su identidad, que forma parte del art. 8 CEDH (respeto a la vida privada y familiar). El TEDH no establece la obligación de los Estados miembro de admitir o regular la GS, sino de prever algún mecanismo legal que permita establecer un vínculo de filiación con el nacido. El requisito indispensable es que el menor tenga un vínculo genético con, al menos, uno de los padres de intención<sup>3</sup>. Esta solución, de acabar aceptando los hechos consumados, protege el interés del menor y es razonable, aunque no resulta satisfactoria en aquellos países que mantienen que la GS es contraria al orden público.

En España, la única norma que hace referencia expresa a la GS es el artículo 10 LTRHA<sup>4</sup>, que lleva por título precisamente GS<sup>5</sup>, y establece la nulidad de esos contratos de la siguiente manera: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin pre-

<sup>1.</sup> Aunque es imposible determinar la prevalencia de estas prácticas, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado estima que se ha producido un crecimiento de casi el 1000% entre los años 2006 y 2010. Ver *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, de marzo de 2012, p. 8.

<sup>2.</sup> *Mennesson contra Francia y Labasse contra Francia,* ambos resueltos por el TEDH en sentencias de 26 de junio de 2014.

<sup>3.</sup> Requisito indispensable, como insiste la Gran Sala TEDH en su sentencia de 24 de enero de 2017 (asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia*).

<sup>4.</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Creo que es preferible esta expresión, no sólo por ser la legal, sino porque otras que también se manejan son desafortunadas, como maternidad subrogada o vientres de alquiler.

cio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero." Existe un debate en torno a si ésta es una norma prohibitiva o si, por el contrario, no prohíbe sino que se limita a no reconocer efectos a dicho contrato. Aunque es cierto que la norma no prohíbe expresamente esa conducta, la nulidad se prevé como consecuencia jurídica de un supuesto de hecho, una conducta, que es antijurídica. La "sanción" propia del Derecho civil es la privación de validez del contrato<sup>6</sup>, aunque pueda resultar insuficiente como desincentivo.

De otras normas, las penales, cabe deducir la ilicitud de la conducta. Es cierto que el Código Penal no tipifica expresamente la celebración de un contrato de GS, pero sí castiga conductas relacionadas con la ejecución del contrato, como son la suposición de parto, la ocultación o entrega a terceros de un hijo para modificar su filiación, así como la entrega de un hijo mediando contraprestación económica (arts. 220 y 221 CP). Aunque estas conductas no implican necesariamente un contrato previo de GS, la GS casi siempre implica la entrega a terceros de un hijo (recién nacido) para modificar su filiación, y esta conducta sí está claramente sancionada por el Código penal.

La GS es un fenómeno transfronterizo, consecuencia del mundo globalizado actual. La práctica se ha visibilizado con la llegada de parejas que regresan de otro país con un niño nacido de la GS. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante GS, admite la inscripción de la filiación de los hijos concebidos mediante GS cuando al menos uno de los solicitantes sea español y presente una resolución judicial (así, no basta presentar el certificado registral de nacimiento). La DGRN impone un control incidental previo de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se formalizó el contrato, para verificar que no existe simulación (encubriendo un supuesto de tráfico de menores), que se protegen los intereses del menor (en lo relativo al derecho a conocer el origen biológico) y de la mujer gestante (mediante la obtención de su consentimiento válido, voluntario y revocable).

Sin embargo, la Fiscalía General del Estado considera que el art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español y se opone a la inscripción<sup>7</sup>. Siguiendo las reglas de jerarquía normativa, es cierto que una

<sup>6.</sup> Para este debate, ver Delgado Echevarría (2007: 121-123).

<sup>7.</sup> La Fiscalía General del Estado (FGE) adoptó este criterio en 2012, según explica en la Memoria de la FGE de 2013, p. 633, que mantiene en la última Memoria de 2017, pp. 550.

Instrucción no puede contravenir una ley, pero este conflicto no se puede solucionar sólo según criterios jurídico-formales. Por encima de ellos, hay que tener en cuenta el interés superior del menor<sup>8</sup>. Este interés superior del menor es una idea con un triple contenido: es un derecho del menor, es un principio general de carácter interpretativo, y es una norma de procedimiento<sup>9</sup>. La dificultad reside en que, una vez admitida la supremacía del interés superior del menor, no hay acuerdo sobre cuál es ese interés. Al igual que con la consideración del orden público internacional, el interés del menor no hay que valorarlo en abstracto, sino en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso. Sólo de este modo se puede llegar a una solución acorde con el interés del menor. En todo caso, el nacido tiene derecho a una identidad<sup>10</sup>, lo que incluye nombre, nacionalidad y vínculos familiares, y a la continuidad transfronteriza de esa identidad, evitando que varíe en función del país en el que se encuentre.

Habrá que ver cómo se pronuncia el Tribunal Supremo sobre esta cuestión, tomando partida por algunos de los criterios que se han manejado: orden público o interés del menor. De momento, la STS de 6 de febrero de 2014, única sobre esta materia, no aplicó la Instrucción de 2010. No sólo porque los hechos enjuiciados eran anteriores a ella, sino porque el objeto del proceso era distinto: la Instrucción DGRN exige una resolución judicial extranjera en que se determine la filiación del nacido, y en el caso enjuiciado se aportaba una certificación registral<sup>11</sup>. En todo caso, la posición del Tribunal Supremo (que no es aún doctrina jurisprudencial por no ser "reiterada", como exige el art. 1.6 del Código civil, al tratarse sólo de una sentencia) es que mientras existan alternativas legales que permitan la creación de vínculo de filiación, no se vulneran ni los derechos de los comitentes ni los del menor. E insta expresamente al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar la filiación. Vías existen: o bien a través de la acción de reclamación de paternidad biológica (exige vínculo genético con uno de los comitentes) que permitirá a la pareja iniciar los trámites de adopción, o bien a través de la protección de la

<sup>8.</sup> Desde la Convenio sobre los derechos del niño, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. En España, la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección de la familia (art. 39 CE). El interés del menor como prioridad se encuentra recogido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, con las importantes reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>9.</sup> Como destaca la exposición de motivos (II, 1°) de la Ley Orgánica 8/2015.

<sup>10.</sup> Art. 7 Convenio sobre los derechos del niño.

<sup>11.</sup> Los comitentes solicitaron después la nulidad de actuaciones, que el TS denegó en el Auto 2 febrero 2015.

situación familiar *de facto*. Y esto es también lo que exige el TEDH: no que los Estados miembros regulen la GS, sino que existan vías legales que permitan la determinación de la filiación con los padres de intención.

Dada la demanda social existente, y con el propósito de ofrecer seguridad jurídica, se reclama la regulación de la GS. En España existen varias propuestas de regulación, que van desde la prohibición absoluta (Comité de Bioética de España¹²) a una regulación más permisiva (SEF¹³). En el Parlamento se ha presentado una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación (PL-GS)¹⁴, por el grupo parlamentario Ciudadanos, en fecha 27 de abril de 2017¹⁵, y la exposición que sigue incluye alguna referencia a ella. Más allá de afirmaciones contundentes a favor o en contra, es necesario que se produzca un debate público y sereno sobre la GS. Legislar o no legislar es una decisión política y, si se opta por una regulación, son muchas las cuestiones que deben ser consideradas. El objeto de este trabajo consiste en exponer algunas ellas, no sin antes aclarar algunos términos del debate, concretamente los que giran en torno a la autonomía reproductiva.

# II. SOBRE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

No es la autonomía el único argumento que se utiliza para defender la GS. Hay otros, como la discriminación de las parejas de hombres frente a las de mujeres, pues éstas pueden tener un hijo genéticamente vinculado con gametos de donante, mientras que aquellos no, pues les falta la colaboración de una gestante. Cabe dudar de si la prohibición de discri-

<sup>12.</sup> El Comité de Bioética de España, en su *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, de 16 de mayo de 2017, propone la prohibición universal de la GS. Aboga por la nulidad de los contratos celebrados en el extranjero, y propone sancionar a las agencias que operan como intermediarias.

<sup>13. &</sup>quot;Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por Sustitución", del Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), de abril de 2016.

<sup>14.</sup> Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B. Proposiciones de ley, nº 145-1, de 8 de septiembre de 2017.

<sup>15.</sup> El mismo grupo presentó, el 10 de marzo de 2016, una Proposición No de ley (PNL-51/2016) en la Asamblea de Madrid, con el objeto de que la Asamblea de Madrid inste al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar al Gobierno de la Nación a la regulación de la GS. www.asambleamadrid.es/BOAM/BOAM\_10\_00049.pdf
Dicha propuesta fue rechazada el 17 de marzo por el Grupo Socialista, el Grupo Podemos CM, y algunos diputados del Grupo Popular. Este Grupo Popular estaba muy dividido y, aunque inicialmente había manifestado su apoyo a la iniciativa, algunos diputados rompieron la disciplina de voto. Ver el artículo de Madridiario de 18 de marzo de 2016 https://www.madridiario.es/431910/gestacion-subrogada-asamblea-de-madrid.

minación del art. 14 CE, que impide tratar de modo distinto supuestos que son idénticos, es aplicable aquí. En todo caso, me centro ahora en la autonomía por ser el eje central del debate<sup>16</sup>.

## 1. DE LOS COMITENTES

La autonomía en el ámbito reproductivo permite oponerse con éxito a interferencias externas sobre las decisiones personales, sea la decisión de tener hijos (sin limitaciones por parte del Estado en cuanto a número o sexo de los mismos) y la decisión de no tenerlos (legalidad de medidas anticonceptivas, aborto en determinadas circunstancias). Si se configura como un derecho, sólo existe en su aspecto negativo o de exclusión, pero no existe un derecho a la reproducción en su aspecto positivo, como posibilidad de exigir a los demás una obligación de contribuir a conseguir un resultado deseado (tener hijos mediante reproducción asistida). Aunque coloquialmente se hable de un "derecho a la reproducción", en puridad, no lo es. Un derecho supone que una persona puede exigir algo a alguien, y si este sujeto obligado no cumple voluntariamente la conducta o prestación debida, el acreedor puede demandarle judicialmente para exigir el cumplimiento forzoso de la prestación. Sólo cuando exista esa posibilidad de imposición coactiva de la prestación, estamos en presencia de un derecho. En el caso de la autonomía reproductiva, se trata más bien de una libertad, que permite a las personas planificar su propia vida reproductiva libre de interferencias externas. Esa libertad no otorga un derecho a imponer judicialmente nada a nadie, más que la abstención de interferencias externas.

La idea de autonomía reproductiva se ha ido desarrollando a partir de un derecho de oposición a las limitaciones no consentidas de la capacidad de procrear (pensemos en las esterilizaciones forzosas impuestas por el régimen nazi). La libertad procreativa sería una faceta de la genérica libertad humana, que en España deriva de la cláusula general de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Los derechos reproductivos amparan la libertad en el diseño y ejecución del proyecto vital personal, lo que permite la oposición o impugnación de aquellos actos legislativos o regulatorios que afecten a decisiones personales de forma injustificada o desproporcionada<sup>17</sup>. A partir de ahí se ha ido ampliando para incluir el reconocimiento de las opciones personales y decisiones reproductivas. Yendo más lejos, un Estado social y demo-

<sup>16.</sup> Me he ocupado de estas cuestiones con anterioridad. Ver Navarro-Michel (2012).

<sup>17.</sup> Impediría, por ejemplo, la adopción de una política de hijo único que estuvo vigente durante varias décadas en China.

crático de Derecho debería hacer algo más que abstenerse de interferir, y crear las condiciones para facilitar y potenciar el ejercicio de esa autonomía<sup>18</sup>, mediante la educación y la información<sup>19</sup>.

El TEDH ha destacado la importancia del derecho a la reproducción, como un derecho que debe ser respetado, pero es interesante destacar que la argumentación se basa en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (respeto de la vida privada y familiar) y no en el art. 12 (derecho a casarse y fundar una familia). Esta autonomía no ampara cualquier demanda a ser padre o madre<sup>20</sup>, pues la reproducción asistida no es un medio alternativo de procreación, financiado por el Estado y disponible para todo el que la solicita. El Estado puede imponer limitaciones, siempre que estén justificadas (excluyendo, por ejemplo, a los comitentes septuagenarios). No todo lo que es posible técnicamente debe ser aceptado legalmente sólo por el hecho de que algunas personas lo deseen.

### 2. DE LA GESTANTE

El argumento de la autonomía reproductiva también se plantea desde el punto de vista de la gestante. La mujer es libre de hacer con su cuerpo lo que quiera y ese "lo que quiera" incluye gestar para otros. Si enarbolamos la bandera de la libertad individual, cualquier limitación se percibe como un paternalismo injustificado. Pero ni todas las conductas individuales y libres pueden ser socialmente toleradas, ni todos los avances científicos o tecnológicos deben ser aceptados. Evidentemente, será necesaria una justificación para que el Estado pueda proteger bienes jurídicos, aún en contra de la voluntad de las personas individuales. Y esa justificación se encuentra en los valores y derechos reconocidos constitucionalmente. Y de forma muy importante, en la dignidad de la mujer.

La oposición a la GS se centra fundamentalmente en que es una prác-

<sup>18.</sup> Balaguer (2017:46).

<sup>19.</sup> El TEDH no ha reconocido un derecho a exigir al Estado una determinada regulación del aborto; pero, cuando un Estado ha legalizado el aborto en determinadas condiciones, la mujer tiene derecho a ser informada de la posibilidad de interrumpir su embarazo cuando se encuentra en alguna de esas situaciones. El Estado, por tanto, está obligado a crear un marco legal y procedimental que garantice que la mujer embarazada obtiene la información relevante en el tiempo adecuado. Ver las sentencias del TEDH de 16 de diciembre de 2010 (asunto *A*, *B* y *C* contra Irlanda), de 26 de mayo de 2011 (asunto *RR* contra Polonia) y de 30 de octubre de 2012 (asunto *P* y *S* contra Polonia).

<sup>20.</sup> STEDH de 10 de abril de 2007, Gran Sala (asunto *Evans v. Reino Unido*), de 4 de diciembre de 2007 (asunto *Dickson v. Reino Unido*) y de 3 de noviembre de 2011 (asunto *S.H. y otros v. Austria*).

tica contraria a la dignidad de la mujer. Se produce una instrumentalización o cosificación de la mujer que gesta para otros. Reducir a la mujer a un papel de "vasija" o "incubadora" resulta contrario a la dignidad humana. Históricamente, la mujer estaba relegada del espacio público para dedicarse a la función reproductora y cuidadora. A medida que la mujer ha ido adquiriendo mayor espacio en la vida pública, su identidad ya no se agota ni acaba con la reproducción. La maternidad ha dejado de ser un mandato. Se ha fragmentado de tal modo que ya no es necesario que se produzca una conexión entre la maternidad biológica, genética, legal o social. Sin embargo, persiste una tensión esquizofrénica entre la consideración de la mujer que se realiza siendo madre (que ya no es la gestante), y la consideración de la mujer que se aísla emocionalmente para poder despojarse inmediatamente del recién nacido.

La instrumentalización de las personas es contraria a la dignidad humana. Se podría decir que en el contexto de la reproducción asistida se dan otros casos en que interviene un tercero, que puede ser objeto de cosificación: donante de semen, óvulos, o preembriones. Pero la intervención de la mujer que gesta para otro (u otros) supone la prestación de un servicio (¿o acaso sería un contrato de obra?) que excede con mucho cualquier otra colaboración. La gestación es una prestación personalísima donde las haya, y la gestante suele comprometerse a llevar un determinado estilo de vida durante el embarazo (comida equilibrada, no fumar, no beber alcohol ni consumir drogas, abstenerse de mantener relaciones sexuales durante el período de fecundación, ejercicio moderado, etc.). En cualquier otro contexto, una prestación personal que vincule a una persona veinticuatro horas al día, siete días a la semana, durante nueve meses aproximadamente, quedaría encuadrada como una forma de esclavitud<sup>21</sup>.

Frente a estas ideas, aparecen otras. Se ha dicho que la GS es un movimiento liberador de la mujer, en cuanto desconecta la maternidad biológica de la social, pero en el fondo no significa más que la industrialización de un nuevo tipo de esclavitud<sup>22</sup>. Se dice también que impedir a la mujer dar su consentimiento para ser gestante supone una nueva forma de paternalismo, al entender que le falta capacidad a la mujer para protegerse de una posible explotación. ¿Qué papel juega en este contexto la autono-

<sup>21.</sup> Cuando se alude al origen bíblico de la GS (relato de Abraham y Sara, narrado en el Génesis, por ejemplo). Pero, aparte de que no todo lo que está en la Biblia es justificable hoy en día, si nos centramos exclusivamente en la GS, resulta ilustrativo que las gestantes a las que se recurre son siempre esclavas.

<sup>22.</sup> Como advierte García Manrique (2017: 132) "La aparente libertad que nos da el derecho a disponer de nuestro cuerpo puede constituirse, a no mucho tardar, en una nueva forma de esclavitud".

mía individual? ¿Cabe limitar la libertad individual para proteger a la persona en contra de su propia voluntad?

No todos los derechos son susceptibles de entrar en el mercado (o no deberían serlo). El neoliberalismo conservador, imperante en Estados Unidos, potencia la apariencia de libre autodeterminación, pero es la posición que se ocupa en el mercado la que define la posibilidad de elección individual<sup>23</sup>. La existencia de desigualdades genera vulnerabilidades, que el libre mercado explota. El Estado debe erigirse en protector de los débiles, creando condiciones para evitar esa explotación, y la instrumentalización de las personas es contraria a la dignidad de la persona. Aunque se ha dicho que la dignidad es un concepto inútil<sup>24</sup> por ser excesivamente vago e impreciso, sigue teniendo consecuencias normativas útiles, y esta prohibición de instrumentalización de las personas, es una de ellas<sup>25</sup>.

## III. CUESTIONES A REGULAR

Son muchos los aspectos que deben ser abordados en cualquier regulación sobre la GS. Aquí presento los más importantes, trayendo a colación también las soluciones adoptadas en los tres países de la Unión Europea que regulan esta práctica: Reino Unido<sup>26</sup>, Grecia<sup>27</sup> y Portugal<sup>28</sup>.

#### 1. REMUNERADA O GRATUITA

La primera cuestión que habría que decidir gira en torno al carácter remunerado o gratuito de la GS. En el ámbito internacional y europeo existen múltiples convenios y códigos éticos<sup>29</sup> que prohíben la comerciali-

<sup>23.</sup> Balaguer (2017:178).

<sup>24.</sup> Macklin (2003: 1419).

<sup>25.</sup> Tomás-Valiente Lanuza (2014: 177).

<sup>26.</sup> Surrogacy Arrangement Act de 1985 y Human Fertilisation and Embryology Act de 2008.

<sup>27.</sup> Ley 3089/2002 de reproducción humana asistida, modificada por la Ley 3305/2005, y Ley 4272/2014.

<sup>28.</sup> Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación de sustitución, procediendo a la tercera alteración de la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación médicamente asistida. Se completa la regulación con el Reglamento 6/2017, de 31 de julio.

<sup>29.</sup> Principios rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos, de 1991 (revisado en 2010). Su principio nº 5 establece que "Las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin ningún pago monetario u otra recompensa de valor monetario. Deberá prohibirse la compra, o la oferta de compra (...). La prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos

zación del cuerpo humano y de sus partes. Entre las normas vinculantes cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997 (art. 21)³0 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000 (art. 3). Esta prohibición coincide con el antiguo principio romano de que el cuerpo está fuera del comercio (*res extra commercium*) recogido también en art. 1271 CC. Sin embargo, lo que está prohibido no es cualquier acto sobre el cuerpo o sus partes, sino específicamente la venta, es decir, la obtención de una prestación a cambio del objeto (en este caso, el recién nacido), pero sí cabe realizar una donación³1. Así se admiten la donación de órganos, células, gametos, tejidos, sangre. En esta prohibición estaría incluida la capacidad de gestar.

La gratuidad de la donación puede ser compatible con el reembolso de ciertos gastos relacionados con el embarazo, parto y postparto (gastos médicos, gastos de desplazamiento, alimentos, ropa y enseres), así como la compensación del lucro cesante (beneficios dejados de percibir, lo que ocurre si la mujer ha dejado de ingresar dinero por estar de baja laboral)<sup>32</sup>.

Estas partidas son claramente demostrables, pero habrá que ver si son indemnizables las molestias causadas, como permite la LTRHA para la donación de gametos<sup>33</sup>. Las molestias de una donación de esperma son menores que las de la donación de óvulos, por lo que ésta obtiene una compensación económica mayor. En justa proporción, la gestante debería recibir una compensación aún mayor por sus molestias, pero aparte de la complejidad de fijar una cuantía por este concepto, existe un límite infranqueable: la compensación resarcitoria no puede suponer en ningún caso incentivo económico. La dificultad radica en ver cuándo esa compensación resulta un incentivo para la gestante. En el Reino Unido cabe abonar los gastos razonables, y son abundantes las sentencias en que se cuestionan esos gastos, su cuantía y justificación<sup>34</sup>.

o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante."

<sup>30.</sup> Art. 21: "El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro."

<sup>31.</sup> Como recuerda Arroyo Amayuelas (2017: 146).

<sup>32.</sup> El Reino Unido, Grecia y Portugal permiten abonar ciertos gastos. Grecia menciona específicamente el lucro cesante de la gestante.

<sup>33.</sup> Art. 5.3 LTRHA: "La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta."

<sup>34.</sup> Aunque algunas cuantías o conceptos pueden no ser razonables, los tribunales acaban autorizando los pagos porque en caso de no hacerlo se verían abocados a dene-

La gratuidad para la gestante contrasta con el enorme beneficio económico que obtienen las agencias intermediarias. No parece justo que éstas se lucren con estas prácticas y la propia gestante (que es quien, en definitiva, más aporta al proceso) no. La solución no pasa tanto por permitir que la gestante se lucre, sino por impedir que lo hagan las agencias, solución adoptada en el Reino Unido. Es posible que una regulación que admita sólo la GS gratuita resulte inútil, porque no incentiva la práctica, como pretenden algunos. Pero creo que la gratuidad debe ser elemento esencial de la GS para evitar incentivos económicos que puedan generar tráfico de seres humanos.

La anterior afirmación no supone un enfoque tremendista, sino que es una preocupación que responde a un problema, desgraciadamente, real. La relación entre contraprestación y tráfico de órganos ha quedado bien establecida en relación con la donación de órganos<sup>35</sup>. El Comité de los derechos del niño ha mostrado su preocupación por el uso comercial de la GS, que puede llevar a la venta de niños<sup>36</sup>, como expone en las Observaciones Finales sobre la India en 2014<sup>37</sup>, y sobre el Estados Unidos en 2017<sup>38</sup>.

# 2. REQUISITOS DE ACCESO DE LOS COMITENTES O PADRES DE INTENCIÓN

De los requisitos que se exigen a los sujetos comitentes, algunos tienen que ver con la edad<sup>39</sup>, otros con la nacionalidad o residencia legal<sup>40</sup> (para evitar el turismo reproductivo). Si quien accede a la GS es una pareja, ge-

gar la atribución de responsabilidad parental a los padres de intención. Ver Horsey (2015: 30-31).

<sup>35.</sup> Ver la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes. Aprobada en el Congreso internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por *The Transplantation Society* y la Sociedad Internacional de Nefrología en Estambul, Turquía, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008.

<sup>36.</sup> El Protocolo opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000, define la venta de niños como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución" (art.2.a).

<sup>37.</sup> Comité de los derechos del niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos terce- ro y cuarto combinados de la India,* 7 de julio de 2014, pár. 57 y 58.

<sup>38.</sup> Comité de los derechos del niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos terce- ro y cuarto combinados de los Estados Unidos de América*, 12 de julio de 2017, pár. 24 y 25.

<sup>39.</sup> Entre 25 y 45 años, propone la PL-GS (art. 8.2). Edad mínima de 18 años, de los dos comitentes, exige el Reino Unido y Portugal.

<sup>40.</sup> Portugal permite el acceso de extranjeros. Grecia también, desde la reforma del 2014.

neralmente se considera suficiente que los requisitos sean cumplidos por uno solo de los miembros de la pareja.

Como en cualquier otra técnica de reproducción asistida, las diferentes legislaciones permiten el acceso en función de varios criterios. Lo más habitual es permitir a las parejas heterosexuales, casadas o no, el acceso a las mismas. Más dificultades han tenido las personas solas o las parejas del mismo sexo<sup>41</sup>. En cuanto a las personas solas, si la legislación de un Estado permite que sean adoptantes, resulta discriminatorio que no puedan formar una familia monoparental a través de la GS<sup>42</sup>. La Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación (PL-GS) permite el acceso a todas ellas.

La clave de acceso son los problemas de fertilidad o esterilidad<sup>43</sup>. La PL-GS exige "haber agotado o ser incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida" (art. 8.1). La incompatibilidad, entiendo, puede ser la estructural, es decir la que sufren las personas solas o las parejas de hombres. En cuanto a las parejas de mujeres o las heterosexuales, parece que deberían someterse primero a las técnicas de reproducción asistida, y sólo tras su fracaso, acceder a la GS. Quedan excluidas aquellas mujeres que, pudiendo hacerlo, prefieren "externalizar" el proceso de reproducción, sea por motivos estéticos o profesionales.

Si se trata de parejas, al menos uno de ellos debe aportar su material genético para que exista conexión genética entre el menor y uno de los comitentes. Este parece ser un requisito bastante extendido<sup>44</sup>, y ciertamente recomendable en vista del asunto *Paradiso y Campanelli*, pero cabe cuestionar hasta qué punto debería ser necesario, dada la primacía de la voluntad como criterio de determinación de la filiación. Por otra parte, la exigencia de conexión genética impediría a las parejas totalmente estériles tener un hijo a través de la GS, siendo éstas, tal vez, las que más se beneficiarían de la GS.

La PL-GS exige un control de idoneidad, similar al que se produce en la adopción, para acreditar la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada con la familia que se

<sup>41.</sup> Portugal sólo permite el acceso a las parejas heterosexuales. Grecia, además, a las mujeres solteras.

<sup>42.</sup> Así lo ha declarado la sentencia de la *High Court* de 20 de mayo de 2016, *In the matter of Z (A Child) (No 2)*, [2016] EWHC 1191 (Fam).

<sup>43.</sup> En Portugal la GS es posible sólo a título excepcional "en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer o en situaciones clínicas que lo justifiquen." (art. 8.2).

<sup>44.</sup> Reino Unido y Portugal. No se exige en Grecia.

pretende constituir. Cabe preguntarse quién haría este control de idoneidad, si el mismo organismo que gestiona las adopciones, u otro distinto. El control previo es un tema muy discutible, ya que no existen controles para los que tienen hijos por otras vías, pero la necesidad de colaboración de otras personas puede justificar ese control.

## 3. REQUISITOS DE ACCESO DE LA MUJER GESTANTE

A la gestante se le exige que tenga capacidad de obrar, buen estado de salud física y mental. La PL-GS menciona específicamente la ausencia de episodios de depresión o desórdenes psíquicos, los antecedentes de abuso de drogas o alcohol, y la ausencia de antecedentes penales. Debe tener, como mínimo, 25 años y menos de la edad fijada reglamentariamente<sup>45</sup>, de nacionalidad española o residencia legal en España (para evitar el turismo reproductivo). Finalmente, la gestante debe haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad. Se entiende que, con esta exigencia, la gestante conoce la experiencia de la maternidad y su consentimiento estará más informado, aunque tal vez parte de la idea errónea de que todos los embarazos son iguales.

Para asegurar que la gestante no tiene una motivación lucrativa, la PL-GS adopta dos precauciones (art. 7). Por un lado, exige que la gestante tenga una situación socio-económica, así como familiar, "adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas". Por otro lado, limita el número de veces que se puede ser mujer gestante (sólo una vez), cerrando las puertas a la profesionalización de la práctica.

En la gestación gratuita, la gestante suele ser persona conocida por los comitentes, unida por vínculos de parentesco o de amistad, aunque no necesariamente. Puede añadirse alguna precaución adicional para evitar que exista alguna relación de subordinación económica, sea de naturaleza laboral o de prestación de servicios, entre las partes involucradas<sup>46</sup>. En cuanto a la gestación intrafamiliar, parece recomendable que el parentesco se limite al colateral (hermana, prima), excluyendo al parentesco en línea recta, por la confusión a la que puede llevar (abuela que gesta a su nieta).

<sup>45.</sup> La LTRHA no tiene una edad máxima para acceder a las técnicas de reproducción asistida, de manera que podrá acceder mientras haya posibilidades razonables de éxito, y no supongan un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia (art. 3.1).

<sup>46.</sup> Como hace Portugal (art. 8.6), y propone la PL-GS (art. 9.6).

# 4. CONTROL JUDICIAL

Los países europeos que regulan la GS suelen exigir un control judicial para garantizar la validez del consentimiento emitido por las partes, y para garantizar la ausencia de finalidad lucrativa de la práctica<sup>47</sup>. Lo que difiere es el momento en el que se produce ese control judicial: antes del inicio de la inseminación de la gestante, o después del nacimiento.

En Grecia, el proceso es el siguiente: la mujer comitente solicita autorización judicial para iniciar el proceso de GS. Esta solicitud se envía a todas las personas que se pueden ver afectadas: el cónyuge de la comitente (en su caso), la mujer gestante y su cónyuge (en su caso), y el Ministerio Fiscal. Tras la oportuna audiencia judicial, y el examen del cumplimiento de los requisitos legales, el juez autorizará el inicio de la inseminación. Producido el nacimiento, la mujer comitente puede solicitar al registro civil la declaración de filiación presentando copia de la autorización judicial. Si la mujer comitente está casada, la filiación se establecerá también respecto de su cónyuge.

El control judicial en el Reino Unido se produce con posterioridad al nacimiento<sup>48</sup>. Aunque el contrato de GS se celebra antes del inicio del tratamiento médico, no es vinculante. A partir del nacimiento, los comitentes tienen un plazo de seis meses para solicitar al juez la atribución de la responsabilidad parental (*parental orden*). En el momento de la solicitud el menor debe estar ya conviviendo con los comitentes. La gestante no puede emitir su consentimiento transcurridas seis semanas del nacimiento, y hay que tener en cuenta que, si la gestante está casada o en relación de pareja análoga con persona de distinto o igual sexo, esta persona también deberá consentir.

En Portugal, es el Consejo Nacional de Procreación Clínicamente Asistida (CNPCA) la entidad que autoriza el proceso y verifica el cumplimiento de los requisitos, de forma previa al inicio del proceso procreativo<sup>49</sup>. La CNPCA solicitará dictamen al Colegio de Médicos sobre la situación de la mujer comitente, para asegurarse que está en la situación excepcional que justifica el acceso a la GS. Además, debe tomar las medidas que considere necesarias, como la audiencia con la gestante y los comitentes, y la

<sup>47.</sup> Quienes defienden la validez de la GS suelen optar por un sistema de control judicial. Así Lamm, (2013: 252-253). Para Vela Sánchez (2011: 77) es suficiente un control notarial

<sup>48.</sup> Art. 54 HFEA. Muy criticado por la doctrina, por la inseguridad que genera. Entre otros, ver Horsey y Sheldon (2012: 81).

<sup>49.</sup> Art. 2, párrafos 2ºa 9º, del Reglamento 6/2017.

evaluación de todos ellos por un equipo técnico y multidisciplinar. El hijo nacido será considerado hijo de los comitentes.

En España, la PL-GS propone la creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación, en el que se deberán inscribir las mujeres que deseen participar en la GS, y los progenitores subrogantes (art. 15), una vez verificado el cumplimiento de las condiciones legales. Tras la inscripción, y expedido el certificado acreditativo correspondiente, podrán celebrar un contrato de GS ante notario, que será inscrito en el Registro (art. 9). Este contrato, que tiene un contenido mínimo obligatorio, debe formalizarse con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción asistida, y de este modo se producirían los efectos propios de la GS. Si los comitentes no conocen a una mujer dispuesta a ser la gestante, podrán dirigirse al Registro para que les facilite la identidad de una mujer idónea (art. 16.4).

A grandes rasgos, este Registro nacional recuerda a la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), aunque con dos diferencias fundamentales. En la donación de órganos, la emisión del consentimiento del donante se hace en sede judicial<sup>50</sup>, no notarial, por las garantías que ofrece, de autoridad, imparcialidad y competencia; en la donación de órganos, cuando el donante no es familiar o amigo íntimo del receptor, rige el principio de confidencialidad, de manera que donante y donatario no llegan a conocerse<sup>51</sup>.

## 5. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La liberación que ha supuesto la "desacralización" de la maternidad y el embarazo no implica que el embarazo sea irrelevante para la mujer: se producen cambios hormonales, cambios de hábitos, existen riesgos para la salud. Es, en fin, un cambio importante que no se puede minimizar. De ahí que aparecieran casos de gestantes que cambiaban de opinión después del parto y se negaban a entregar al recién nacido a los comitentes.

Para evitar este cambio de opinión, las legislaciones permisivas suelen adoptar una serie de precauciones, que la PL-GS también recoge. Por un lado, exigir que la gestante haya tenido, al menos, un hijo; ello permite a la mujer otorgar un consentimiento con conocimiento de causa, por la experiencia previa del embarazo. Por otro, impedir que la gestante aporte

<sup>50.</sup> Art. 8.4 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

<sup>51.</sup> Art. 5 del Real Decreto 1723/2012.

su óvulo<sup>52</sup>, para evitar que la genética se convierta en un "hilo" del que tirar para reclamar al nacido mediante GS. La posibilidad de revocación es uno de los temas más espinosos de la GS, y las respuestas legales ofrecen soluciones muy dispares: en el Reino Unido, los acuerdos de GS no son vinculantes<sup>53</sup>, mientras que en Portugal el consentimiento es irrevocable a partir del inicio del proceso de reproducción asistida<sup>54</sup>.

También hay que plantear la revocación del consentimiento por parte de los comitentes, aunque no es generalmente admisible. Poner en marcha un proceso de formación y nacimiento de una persona no puede tomarse a la ligera, y los comitentes deben asumir las consecuencias no queridas del proceso: embarazo múltiple, nacimiento con malformaciones. El contrato de GS debería contemplar cómo se han de gestionar los problemas que pueden surgir durante el embarazo, y quien decide sobre la interrupción voluntaria del embarazo, por ejemplo, en caso de malformación del feto. Es necesario también prever ciertas eventualidades (divorcio de los comitentes, muerte de uno o ambos).

## IV. FILIACIÓN DEL NACIDO MEDIANTE GS

En la GS, el ordenamiento tiene que elegir entre seis posibles candidatos a ser padres: la madre gestante y su cónyuge (si está casada, la paternidad se atribuye al marido por el juego de la presunción del art. 116 CC, aunque si no ha consentido a la procreación asistida y no ha aportado material genético, podrá impugnar su paternidad, según aclara el art. 8.1 LTRHA), los padres comitentes (si no aportan material genético), y aún los donantes de material genético (aunque éstos quedan descartados inmediatamente en virtud del art. 8.3 LTRHA).

Celebrado un contrato de GS, con la legislación española actual, la determinación de la filiación materna se hace a través del dato biológico del parto, siguiendo el principio *mater semper certa est*. El art. 10.2 LTRHA recuerda que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto", por lo que la gestante será la madre legal. En cuanto a la paternidad, si el comitente aporta material genético, se aplica el art. 10.3 LTRHA, según el cual "queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme

<sup>52.</sup> Portugal. Es acorde con la recomendación de la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (2005), "ESHRE Task Force on Ethics and Law 10: Surrogacy", *Human Reproduction*, vol. 20, n.10, pp. 2705-2707, en p. 2706.

<sup>53.</sup> Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

<sup>54.</sup> Art. 14.4, que el art. 14.5 indica es de aplicación también a la GS.

a las reglas generales", y a partir de ahí, el cónyuge o pareja podrá iniciar los trámites para la adopción.

El TEDH entiende que, mientras exista alguna forma para determinar la filiación del nacido con respecto a los padres de intención, no se produce vulneración alguna de derechos fundamentales. La vía será la reclamación de paternidad (de ahí la importancia del vínculo genético) y la adopción sucesiva por parte del cónyuge. Este es un proceso que puede ser largo y gravoso y por eso algunos autores han planteado<sup>55</sup> que, si los tribunales van a terminar reconociendo el vínculo de filiación entre el nacido y los padres de intención, sería conveniente que la ley admitiese, sin más, la filiación con los padres de intención. El legislador español podría haber aprovechado la aprobación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, para introducir algún cambio, y no lo hizo.

El esquema apuntado permitirá establecer un vínculo de filiación con los padres de intención, pero funciona correctamente sólo cuando el varón aporta material genético, sea de una pareja comitente heterosexual u homosexual. Cuando los comitentes no aportan los gametos masculinos, sean pareja heterosexual, sean pareja de mujeres, no habrá padre biológico respecto del cual determinar la filiación. Cabe pensar que, si quien aporta material genético es la mujer comitente, ésta debería poder impugnar la maternidad de la gestante y reclamar la maternidad y, una vez establecida la filiación materna, su cónyuge o pareja podrá adoptar. No permitirlo sería un caso de discriminación injustificado<sup>56</sup>. Ello sería acorde con la exigencia que hace el TEDH de que al menos uno de los comitentes tenga vínculo genético con el nacido mediante GS.

La importancia de esta conexión genética entra en contradicción con la idea de la primacía<sup>57</sup> de la voluntad como criterio de determinación de la filiación en la reproducción asistida. Son muchos los supuestos en que la filiación parte de la voluntad, no del hecho biológico: la filiación adoptiva, el reconocimiento de complacencia, la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida con material heterólogo. La gestación por sustitución podría ser un supuesto más en que el interés del menor justifica la determinación de la filiación por voluntad de los padres de intención<sup>58</sup>. Es más, siendo así, tal vez no fuera necesario buscar un vínculo genético

<sup>55.</sup> De Verda y Beamonte (2010: 4), Farnós Amorós (2017: 215).

<sup>56.</sup> Núñez Bolaños, Nicasio Jaramillo, y Pizarro Moreno (2015).

<sup>57.</sup> Farnós Amorós (2015: 51).

<sup>58.</sup> Roca Trías (2015: 333).

con los comitentes, sino que la voluntad podría determinar la filiación con independencia de la relación genética con sus padres de intención<sup>59</sup>.

No sería éste el único supuesto en que no coinciden la maternidad biológica, la genética y la legal. Cuando una pareja de mujeres tiene un hijo mediante inseminación artificial de una de ellas, con semen y óvulo de donante, pueden concurrir estas tres "maternidades", aunque solo una de ellas sea la legal. Y aún puede haber una más, la madre social, cuando la que convive habitualmente con el menor y se ocupa de él no es ninguna de las anteriores. Si la fragmentación de la paternidad ha sido una constante históricamente, ahora es la maternidad la que se ha fragmentado.

Los ordenamientos que regulan la GS permiten la determinación de la filiación en favor de los comitentes, pero cabe preguntar si eliminan toda referencia a la gestante o si, como ocurre en la adopción, la filiación materna consta registralmente. El tema es importante a efectos de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, reconocido en art. 7 de la Convención de los derechos del niño. La Instrucción de la DGRN de 2010 menciona expresamente la necesidad de respetar el derecho del menor a conocer su origen biológico. Cabe oponer que este derecho se plantea en los casos de adopción, y que por tanto no se aplicaría a la GS. Sin embargo, si la GS se encuadra como una técnica de reproducción asistida, existe una tendencia a que los hijos nacidos por estas técnicas puedan también conocer la identidad de los donantes. La revelación de la identidad de la gestante no implicaría en ningún caso, determinación legal de la filiación, como ocurre con los donantes de gametos<sup>60</sup>.

#### V. OBSERVACIONES FINALES

En los últimos años se han producido tendencias contrapuestas en torno a la GS. Los países que han sido destino de GS transfronteriza (India, Nepal, Tailandia), en respuesta a los casos de explotación de mujeres vulnerables, han adoptado ahora un modelo restrictivo de GS<sup>61</sup>. En Europa, algunos países (Grecia y Portugal) han optado por admitir esta práctica, de forma altruista. El hecho de que estos sean algunos de los países más pobres de Europa puede verse como una mera coincidencia, o como un intento (no expresado abiertamente) de fomentar el turismo reproductivo.

<sup>59.</sup> Una de las recomendaciones de Horsey (2015: 39) consiste en eliminar la necesidad de vínculo genético entre el nacido y los padres de intención.

<sup>60.</sup> Art. 5.5 LTRHA.

<sup>61.</sup> La India ha prohibido el acceso para los ciudadanos extranjeros desde 2015, así como la modalidad comercial de GS. En Nepal y Tailandia también se admite sólo de forma altruista, desde 2015.

En 2015, el Parlamento europeo declaró que la GS debía ser prohibida por vulnerar la dignidad de la mujer<sup>62</sup>. En 2016, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechazó elaborar recomendaciones sobre la GS, al entender que es incompatible con la dignidad de la mujer y del niño, y constituye una violación de sus derechos fundamentales<sup>63</sup>. Por su parte, la Conferencia Internacional de La Haya sigue en su trabajo de elaborar un instrumento multilateral para intentar buscar soluciones consensuadas.

Las posiciones encontradas se mantienen: siendo coherentes con la necesidad de proteger la dignidad de la mujer y del menor, parece que debe ser prohibida, pero desde un enfoque más pragmático, parece que la tolerancia y la regulación son el camino más acertado. Por un lado, una prohibición de este tipo, en el mundo globalizado actual, puede resultar inútil. Por otro, se argumenta que la explotación y la vulneración de derechos fundamentales que ha generado en algunos países de destino ha sido consecuencia no tanto de la práctica en sí misma, sino de la ausencia de regulación legal en ellos, y que no se produciría esta GS transfronteriza si se pudiera recurrir a la GS en el país de origen de los comitentes<sup>64</sup>.

Regular o no regular es una decisión de política legislativa, y aunque no soy partidaria de la GS como un medio alternativo para tener hijos, y me produce rechazo el negocio que se ha generado en torno al sufrimiento de las personas que no pueden tener hijos<sup>65</sup>, acaso haya supuestos que puedan ser admitidos (con una hermana, o cuando haya fuertes lazos de amistad), sujetos a control judicial, y sin contraprestación económica. Existe un mercado muy lucrativo en torno a la GS, y a veces parece que nos hayamos plegado a las exigencias del mercado reproductivo<sup>66</sup>. Hay una fuerte presión para que así sea, y debemos tomar medidas para que ciertos aspectos de la vida no se organicen en torno a las relaciones de mercado<sup>67</sup>. La explotación es una consecuencia (aun indeseada) de las prácticas comerciales sobre el cuerpo, y debemos evitar el riesgo de empobrecimiento colectivo y el incremento de desigualdades que conlleva. Regular sin incentivar, esta es la cuestión.

Cabe hacer una última reflexión en torno al debate actual. La GS no es la única vía posible para satisfacer el deseo de tener hijos. Aunque no hay

<sup>62. &</sup>quot;Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the European Union's policy on the matter", aprobado el 17 de diciembre de 2015.

<sup>63.</sup> Desde su Declaración 522, de 27 de abril de 2012.

<sup>64.</sup> Fenton-Glynn (2016: 59).

<sup>65.</sup> Ver las reflexiones de Ballesta Ballester (2011: 33-34).

<sup>66.</sup> Como advierte Van Beers (2014: 103).

<sup>67.</sup> Ver Sandel (2013), Satz (2015), Lema Añón (2015: 226).

datos estadísticos, muchas de las parejas que acuden a la GS explican que lo hacen como último recurso, después de haber fracasado con la reproducción asistida y de haber intentado adoptar a un menor. La reproducción asistida no garantiza el éxito en todos los casos, existen dificultades biológicas y técnicas, por lo que poco hay que decir ahora respecto a esta vía, pero ¿y si la adopción hubiera sido posible? En algunos casos, las parejas no cumplen los requisitos de idoneidad, ¿podrían revisarse? En otros, se cansan de esperar; los plazos ¿no podrían agilizarse? Tal vez resulte más provechoso adoptar políticas públicas que incentiven la adopción y no tanto la GS.

#### VI. REFERENCIAS

- Arroyo Amayuelas, E. (2017): "Entre propiedad y persona: disposición de partes y productos del cuerpo. Un análisis desde el Derecho civil", en *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Casado (coord.), Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona, pp. 135-155.
- Ballesta Ballester, F.J. (2011): "El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación", Revista de Bioética y Derecho 23: 21-34.
- De Verda y Beamonte, J.R. (2010): "Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n´. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), *Diario La Ley* 7501, 3 de noviembre de 2010: 1-6.
- Delgado Echeverría, J. (2007): "¿"Sanción de invalidez"? Los conceptos de invalidez y sanción", en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Delgado (coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra): 89-138.
- Farnós Amorós, E (2015): "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil* 68/1: 5-61.
  - (2017): "¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España?
     Estado de la cuestión y algunas reflexiones", en De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico, Casado (coord.), Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona: 195-234.
- Fenton-Glynn, C. (2016): "Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements", *Medical Law Review* 24/1: 59-75.
- García Manrique, R. (2017): "¿Es mío mi cuerpo? Sobre la propiedad privada del cuerpo humano", en *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Casado (coord.), Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona: 105-134.

- Horsey, K. (2015): "Surrogacy in the UK: Myth busting and reform", Informe del grupo de trabajo Surrogacy UK sobre la Reforma de la legislación sobre GS (Surrogacy UK, Noviembre 2015).
- Horsey, K y Sheldon, S. (2012): "Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy", Medical Law Review 20: 67-89.
- Lamm, E. (2013): *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres,* Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.
- Lema Añón, C. (2015): "Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción?", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a una fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia 2179: 205-238.
- Macklin R. (2003): "Dignity is a Useless Concept", *British Medical Journal* 327 (7429): 1419-1420.
- Navarro-Michel, M. (2012): "Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos", en *Sobre Bioética y Género*, Casado y Royes (coords), Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra): 155-179.
  - (2012): "Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España", Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia (Argentina) 57: 91-112.
- Núñez Bolaños, M., Nicasio Jaramillo, I.M., y Pizarro Moreno, E. (2015): "El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción", *Derecho Privado y Constitución* 29: 227-261.
- Roca Trías, E. (2015): "Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia 2179: 301-338.
- Sandel, M. (2013): Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado. Debate, Barcelona.
- Satz, D. (2015): Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado. Siglo XXI, Madrid.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2014): "La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?", *Revista Española de Derecho Constitucional* 102: 167-208.
- Van Beers, B.C. (2014): "Is Europe "Giving in to Baby Markets?" Repro-

#### EL CUERPO DISEMINADO. ESTATUTO, USO Y DISPOSICIÓN...

ductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets", *Medical Law Review* 23/1: 103-134.

Vela Sánchez, A.J. (2011): "Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho de Familia* 53: 67-85.

# Capítulo 12

# Argumentos contra la gestación por sustitución

Maria Eugenia R. Palop (Universidad Carlos III de Madrid)

SUMARIO: I. ALGUNOS PRESUPUESTOS QUE CONDICIONAN EL DEBA-TE. II. ARGUMENTOS CONTRA LA GESTACIÓN POR SUSTITU-CIÓN. 1. ¿Gestación por sustitución "low cost"? 2. ¿Es el del embarazo un "trabajo" mal pagado? 3. ¿Qué se pretende proteger con la regulación de la GS? 3.1. Los derechos de los comitentes. 3.2. Los derechos de la gestante. 4. ¿Releer los vínculos afectivos en clave mercantil? III. RE-FERENCIAS.

**Resumen.** La gestación por sustitución es siempre una forma de sustituir la norma parental de los afectos por la que rige el tráfico comercial porque en lugar de desmercantilizar y de someter la lógica productiva a la reproductiva, lo que hace es someter la reproducción a las dinámicas productivas. De manera que esta práctica exige que se relea en clave mercantil lo que podría ser un lazo afectivo al que, especialmente las mujeres, hemos atribuido un sentido que nada tiene que ver con la dinámica del mercado. En algunos casos, con la regulación de la gestación por sustitución se espera satisfacer el deseo de los comitentes de tener hijos genéticamente propios o se aspira a evitar el sufrimiento que les ocasiona no poderlos tener, si bien es obvio que ni una cosa ni la otra puede dar lugar a derecho alguno. En otros casos, lo que se defiende es el derecho a decidir de la gestante entendido como una forma de autoemprendimiento de signo neoliberal; un ejercicio de libertad que se consuma y finaliza en el acto de firmar un contrato y que le compromete irreversiblemente con una situación a la que no puede anticiparse. Más allá de la estrecha concepción de la libertad individual que se está defendiendo aquí, habría que plantearse cuál es el tipo de relación social que se está protegiendo con la legalización de esta práctica, y el modo en que tal relación conecta con el capitalismo y el patriarcado, confirma la ideología machista dominante y fomenta la desigualdad de género que, como feministas, queremos combatir.

#### I. ALGUNOS PRESUPUESTOS QUE CONDICIONAN EL DEBA-TE

Es evidente que el uso de un término o de otro para referirse a lo que aquí llamaré "gestación por sustitución" (GS) denota ya una toma de posición en relación a la amplísima problemática que este asunto plantea, y que la lucha terminológica, que es también semántica y política, tiene una relevancia indudable. Desde una postura crítica, por ejemplo, puede pensarse que la expresión "subrogación" o "sustitución" no es la más adecuada porque da por sentado lo que se quiere cuestionar: que la madre "verdadera" no es la que engendra, la que pone el cuerpo, sino la que aporta la carga genética y el dinero. Y, ciertamente, parece ineludible determinar quién debe ser sustituida y quien es la sustituta, porque, aunque hay quien ha defendido que la sustitución que se necesita no es tanto la de una mujer por otra, como la de un útero por otro, hasta el momento no se conoce útero sin mujer. Por eso, entre otras cosas, hay quien se ha posicionado en este debate utilizando la expresión "vientres de alquiler". La expresión "maternidad subrogada" complica el panorama, dado que la maternidad es un fenómeno complejo que resulta tan difícil definir como subrogar. Y la legislación española utiliza la expresión "gestación por sustitución", aunque la Proposición de Ley que, en España, Ciudadanos ha registrado recientemente en el Congreso de los Diputados, emplea la expresión "gestación por subrogación". El problema es que aquí no se agotan todas las posibilidades, dado que la ausencia de uniformidad terminológica es, básicamente, la regla. Con todo, no tengo intención de adentrarme en este asunto, de manera que he decidido optar por la denominación legislativa.

Por lo demás, la GS exige discutir sobre tal cantidad de cuestiones éticas, jurídicas y políticas que los desacuerdos sobre sus diferentes etiquetas terminológicas son, probablemente, los menos importantes. Quizá por esta complejidad, hablar de GS se ha convertido en un deporte de alto riesgo, que genera respuestas agresivas, en clave emotiva, y acusaciones de todo tipo, hasta el punto en el que resulta difícil eludir la confrontación

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 de abril de 2017.

y el abordaje conflictivo en el que se han instalado tanto defensores como detractores de esta práctica. A quienes nos hemos posicionado contra la regulación de la GS nos han llamado "feministas profesionales", "feministas del odio", "subrrofóbicas", con el mismo entusiasmo con el que, en otros momentos, se nos ha llamado "feminazis" o "hembristas". Y no faltan quienes creen sacar algún rédito generando división entre las feministas, justo cuando el feminismo se ha alzado como un arma eficiente contra la devastación a la que nos ha sometido tanto el patriarcado como el capitalismo.

Quizá por esta razón, la retórica en la que se apoya la GS apela igualmente a la transgresión de la maternidad tradicional (la mujer independiente) y a la tradicional familia nuclear (la familia feliz que anhela tener un hijo para resultar "completa"), y se describe, simultáneamente, como una práctica revolucionaria y como una tradición milenaria<sup>3</sup> (ahí está, se dice, el relato bíblico de Sara, Abraham y Agar, en el que la parturienta no es la esposa sino la sirvienta).

Tampoco es fácil encasillar políticamente a quienes toman una posición contundente en este terreno, porque la GS se ha defendido desde ideologías y posiciones partidarias distintas, y ha generado diferencias también en el interior de tales posiciones. De hecho, ni siguiera es posible detectar con claridad si tal o cual postura es más o menos conservadora o progresista, dado que tan conservador puede ser obsesionarse con el material genético propio como con la gestación y el parto. La transgresión de la familia tradicional y la madre biológica podría sustituirse por la mitificación de la carga genética o la composición de un núcleo familiar también convencional, o incluso por la del vínculo biogenético del padre (esa ilusión patriarcal según la cual puede haber padre sin madre). De hecho, es curioso que mientras los comitentes insisten en que no quieren adoptar porque desean tener un hijo con sus propios genes, la retórica en la que se apoyan es, muchas veces, de carácter anti-biológico. Es más, en su versión transgresora, la idea es que la GS desdibuja los roles tradicionalmente asignados a cada sexo y la maternidad tradicional, pero lo cierto es que es la familia nuclear lo que se suele acabar defendiendo.

<sup>2.</sup> Vid. al respecto mis diferentes artículos en prensa: "La maternidad subrogada en manos de Ciudadanos" http://www.eldiario.es/zonacritica/maternidad-subrogada-manos-Ciudadanos\_6\_492810751.html; "Argumentos contra la gestación subrogada en su versión "altruista"" http://www.eldiario.es/zonacritica/Argumentos-gestacion-subrogada-version-altruista\_6\_620198013.html; "La gestación subrogada en el Estado high-tech con el que sueña Ciudadanos" http://www.eldiario.es/zonacritica/gestacion-subrogada-high-tech-suena-Ciudadanos\_6\_659044113.html

<sup>3.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 191

A pesar de estas y otras dificultades, hablar de GS es del todo necesario porque no podemos abandonar el debate acerca de los límites morales del mercado, ni dejar de pensar acerca de los criterios que tenemos para valorar los bienes sociales que apreciamos (la maternidad, la paternidad, la libertad o el derecho a decidir). En fin, no podemos drenar la vida pública de discusiones acerca de lo bueno, por miedo a que nos llamen moralistas, ni podemos dejar este asunto al albur del mercado, lobistas o medios de comunicación, ni en manos de los diferentes puntos de vista individuales y fragmentados que, lógicamente, existen.

En fin, lo que sí me parece claro es que la discusión sobre la GS la tienen que protagonizar, fundamentalmente, las mujeres, porque cuando hablamos de gestación, hablamos de sus cuerpos; del uso de esas funciones biológicas de gestación y parto que solo ellas tienen, sea o no sea tal uso más o menos gratuito, y sean o no sean varones los llamados padres de intención. En fin, que el debate en España, hasta este momento, haya sido liderado por varones (ni mujeres gestantes, ni subrogantes), no deja de resultar sintomático porque mujeres y varones no estamos situados en el mismo lugar, ni en este tema, ni en ningún otro. Como dice Gimeno, "ni ellos son masivamente cosificados, ni sus cuerpos son ni han sido campo de batalla, ni nosotras tenemos el mismo acceso al discurso ni a la palabra, ni por supuesto al poder o a los recursos. No es lo mismo hablar desde una posición de privilegio que desde una posición de lucha por el acceso al discurso público"<sup>4</sup>.

# II. ARGUMENTOS CONTRA LA GESTACIÓN POR SUSTITU-CIÓN

Normalmente, tanto en España como en el resto de Europa, quienes defienden la GS apuestan sólo por su versión "altruista" con compensación económica y con ciertas restricciones.

La GS, se dice, es una Técnica de Reproducción Asistida en la que una mujer hace donación de la capacidad gestacional de su útero a fin de que otra persona o personas puedan tener hijos.

La ficción jurídica que representa el contrato de gestación, con el que se otorga la filiación a los padres de intención, considera a la gestante únicamente como un medio uterino dado que, entre otras cosas, carece de vínculos genéticos con el bebé al que engendra en su cuerpo y al que proporciona alimento y oxígeno hasta que nace. Por lo demás, se afirma,

<sup>4.</sup> http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Vientres-alquiler-genero\_6\_615298501.html

las gestantes subrogadas no se consideran a sí mismas madres, así que no pueden ser consideradas como tales.

Se subraya que la donación de la capacidad de gestar es idéntica a la donación de gametos (óvulos y espermatozoides) o a la donación de órganos, confundiendo en este caso el derecho a la salud propia con el derecho a comprometer la salud y la autonomía reproductiva de otra persona.

Y, en fin, se habla de donación, en el presupuesto de que esta transacción se sitúa fuera del mercado y de que, por tanto, no hay explotación económica de la gestante. El contrato de GS será altruista cuando la gestante no reciba pago alguno o sólo reciba lo necesario para cubrir los gastos (no hay enriquecimiento y se evita la profesionalización). El valor monetario del intercambio viene relacionado con los riesgos, tiempos, dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e implicaciones afectivas del proceso; costos que los comitentes deben retribuir de alguna manera a la gestante. Se entiende que obtener una compensación económica por todo lo que el proceso supone para la gestante es lo que legitima el acuerdo, y este es el primer asunto conflictivo que vamos a tratar.

# 1. ¿GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN "LOW COST"?

¿Sería esperable que alguna persona se sometiera a una GS sin recibir algo a cambio? ¿Simplemente por el sentimiento subjetivo de haber ayudado a alguien? Se sostiene que no, que no puede esperarse, ni exigirse. De hecho, en los países en los que la GS no se compensa correctamente, no hay gestantes; es decir, no hay mujeres que se ofrezcan a actuar como gestantes, por lo que los comitentes van a otros países, fomentando, se dice, el "turismo reproductivo"<sup>5</sup> con toda la problemática que arrastra consigo (este es el caso de Holanda, por ejemplo).

La cuestión es que el hecho de no haya gestantes sin compensación, ¿no significa que es imposible pensar en la donación fuera de la lógica mercantil?

Por otra parte, si es la compensación lo que evita la explotación, ¿no sería más consistente defender directamente la gestación comercial? Porque la compensación es difícil de calcular, es escasa y suele tener límites. Si el útero es un bien codiciado y es el juego de la oferta y la demanda el que determina su valor, a mayor demanda, mayor precio. ¿No será que esta-

<sup>5.</sup> Hay que notar aquí que la European Society of Human Reproduction and Embriology se ha mostrado especialmente crítica con la terminología "turismo reproductivo", pues considera que banaliza las razones por las que los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida.

mos confundiendo interesadamente GS altruista con GS low cost, en beneficio exclusivo de los comitentes? Además, si no hay dinero, dice Juan Ramón Rallo, se condena a esta actividad al amateurismo y a la infraprovisión<sup>6</sup>, lo que tampoco favorece a los padres de intención, de manera, que, en coherencia, es la gestación comercial la que debería regularse.

Finalmente, lo que queda claro es que, fuere como fuere, la donación no está "fuera ni en los márgenes del mercado". Allí donde está regulada, el coste de la donación "altruista" oscila entre los 45.000 y los 60.000 euros, por lo que sigue siendo un espacio al que solo pueden acceder algunos. Curiosamente, este es uno de los argumentos que se ha utilizado para defender la regulación, porque, se dice, con ella se salvaría la brecha económica que sufren quienes no pueden permitirse viajes, trámites costosos y honorarios exagerados. Y, ciertamente, no puede negarse, solo que esto da por supuesto que son los derechos de los comitentes, y no los de la gestante, los que han de salvaguardarse con la regulación, algo que, como veremos, resulta, cuando menos, discutible.

#### 2. ¿ES EL DEL EMBARAZO UN "TRABAJO" MAL PAGADO?

Se dice que, como sociedad, siempre hemos devaluado e invisibilizado el trabajo tradicional de las mujeres —como enseñar o cuidar a los hijos—, y que su inferiorización está inevitablemente ligada al hecho de que tradicionalmente han asumido tareas sin reconocimiento monetario o empleos con menores salarios. Dado que la gestación es algo propio de la mujer, negar una compensación implica seguir devaluando e invisibilizando el trabajo de las mujeres. Como, de momento, urge resolver la injusticia que recae sobre las situaciones de explotación a las que se ven sometidas las mujeres, que han de vender su fuerza de trabajo o sus cuerpos en condiciones precarias, hay que traducir esta situación al lenguaje mercantil. Esta es la mejor forma de equilibrar la desigualdad que instituye el mercado entre el comprador de esos servicios y quienes los demandan: regulando una relación contractual basada en los derechos de las partes, pero poniendo especial énfasis en la protección de aquellos que corresponden a quien se considera la parte más débil – normas garantistas.

Lo que ocurre es que, entonces, la regulación de la GS no supone tanto una forma de lucha contra la desigualdad (su abolición) como una forma de apuntalar su institucionalización. Estaríamos frente a una especie de explotación mutuamente ventajosa por obra y gracia del contrato, en el

<sup>6.</sup> http://juanramonrallo.com/2013/05/en-defensa-de-los-vientres-de-alquiler-comerciales/

supuesto de que no toda explotación es denigrante. Ya es sabido que, para quienes no tienen nada que ofrecer en el mercado más que su cuerpo, la vía mercantil es el mejor canal para lograr la armonización de intereses contrapuestos y garantizar la paz social.

Sin embargo, este tipo de argumentación acaba por resultar tan falaz como cínica. Su falacia consiste en considerar que solo el mercado visibiliza, regula y protege, cuando podría pensarse también que es el mercado el que genera desigualdad. Su cinismo se apoya en una idea estrictamente pragmática: ya que existe la GS, introduzcámosla en el mercado y hagamos que su existencia nos interpele, aunque es obvio que el hecho de que algo exista no significa que haya que aceptarlo, ni mucho menos permitirlo. Esto es: ya que existe, inevitablemente, la injusticia en el mercado, "hagamos de la necesidad virtud" y asumamos la fatalidad en el devenir capitalista.

Ciertamente, puede pensarse que una sociedad de mercado es ya inevitable y que en ella todo consentimiento está viciado en mayor o menor medida porque no hay un capitalismo que no sea explotador, ni hay rostro humano en el capitalismo, pero la solución no puede ser la de profundizar en el problema, entre otras cosas, porque el problema se agudizará cuando lo que las personas se vean en posición de vender o donar afecte más profundamente a su dignidad, sus vidas, su cuerpo o su salud.

Es verdad que en la GS se pone el cuerpo como en cualquier otro trabajo, y que las condiciones contractuales en las que nos movemos pueden ser tan alienantes ahí como lo son en el mercado laboral (hay cosas peores que ser gestantes), pero ¿es este un buen argumento? ¿Es que se nos está vedado luchar contra las estructuras dominantes que nos obligan a trabajar en condiciones de semiesclavitud? ¿Se trata ahora de someterlo todo a tales estructuras presentadas como inevitables? ¿Puede ser esta posición tachada de feminista? ¿Es compatible con la filosofía de los derechos humanos, que son herramientas para luchar contras las estructuras de dominación y no para confirmarlas?

Como dice Gimeno, este es el eterno problema de la libertad individual en un orden injusto. El sistema crea las condiciones necesarias para que los más vulnerables tengan que "optar" por hacer exactamente lo que el sistema exige y necesita<sup>7</sup>. Y en el caso de las mujeres, el sistema que las condiciona es doble, patriarcal y capitalista, de manera que sus condiciones de partida son siempre peores y sus opciones más limitadas. Por su-

<sup>7.</sup> Esto es lo que A. de Miguel llama "el mito de la libre elección" en De Miguel 2015.

puesto, la GS puede ser una forma de mejorar sus condiciones de vida individuales, pero considerar que eso podría ser lícito no exime de analizar críticamente las alternativas que se les presentan en el mercado. Es decir, no se juzgan sus decisiones, sino las alternativas limitadas y esqueléticas que el sistema les ofrece<sup>8</sup>.

Por otra parte, si el embarazo es un trabajo, ¿es el niño un producto por el que se paga en el mercado? ¿Un encargo que se paga por adelantado? Quienes defienden la regulación de la GS arguyen que también en el caso de las adopciones hay un "mercado de la paternidad" y que no habría diferencias con la GS. Sin embargo, en este caso lo que está en juego son los derechos relativos a la patria potestad, no los niños, y no puede negarse que hay una diferencia entre evitar un mal mayor para los que ya nacidos y provocar su nacimiento mediante contrato<sup>9</sup>. En fin, por mor de la GS ahora ya es posible tener un bebé propio, externalizando el coste que supone gestarlo y parirlo, como se hace con otros productos en el capitalismo global.

Finalmente, si el embarazo fuera un trabajo, sería un trabajo diario en el que la mujer formaría parte del proceso laboral y el proceso laboral formaría parte de ella, lo que no dejaría de ser una total reificación. El trabajo sería su existencia misma durante las 24 horas de cada uno de sus días; la gestante no sería un apéndice de la máquina, ella misma sería la máquina, pues no podría evadirse en ningún momento, ni distanciarse físicamente, del proceso que está viviendo, y acabaría por ser objeto de una doble enajenación<sup>10</sup>.

# ¿QUÉ SE PRETENDE PROTEGER CON LA REGULACIÓN DE LA GS?

La GS se presenta como una forma de liberación de la mujer que, por esta vía, alcanza una mayor realización personal, y hasta se entiende como una herramienta en la lucha contra el racismo y el clasismo, dado que los comitentes blancos y ricos no tienen problemas en recurrir a mujeres de otras razas y clases inferiores para que tengan a *sus* hijos<sup>11</sup>. Sin embargo, más bien, lo que suele suceder es que un hijo con un color de piel diferente permite manejar la disociación con mayor facilidad (esta es una razón

<sup>8.</sup> http://www.eldiario.es/pikara/Mercado-vientres-alquiler-prostitucion-abor-toEl\_6\_404269607.html

<sup>9.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 186-189

<sup>10.</sup> Ekis Ekman 2017: 216-219.

<sup>11.</sup> Ekis Ekman 2017: 179.

por la cual las mujeres negras y mexicanas prefieren tener niños caucásicos y japoneses)<sup>12</sup>.

#### 3.1. Los derechos de los comitentes

a) Podría pensarse que la regulación de la GS está orientada a dar satisfacción al deseo de los comitentes de tener un hijo propio, pero todos sabemos que los deseos no son el anclaje antropológico de los derechos. Son las necesidades básicas y no los deseos, lo que los derechos deben orientarse a satisfacer. Y la diferencia entre satisfacer una necesidad y satisfacer un deseo es que, en el primer caso, el objetivo es evitar un mal que inevitablemente se produciría, y en el segundo caso, lo que se pretende es, más bien, otorgar un bien. Es difícil argumentar sobre la necesidad de tener un hijo, entre otras cosas, porque si tal necesidad se diera, no se trataría de una necesidad verdadera (en el sentido de Agnes Heller o de Marcuse) dado que su satisfacción pasaría por la eventual alienación de un tercero, en concreto, de una tercera. Aquí resultaría relevante analizar la distinción entre necesidades cuantitativas alienantes y necesidades cualitativas que tanto se ha trabajado desde la tradición marxista, pero no es el momento de adentrarse en semejante análisis.

El problema con el que nos encontramos aquí es que en las sociedades opulentas se juega a la confusión entre deseos y necesidades, porque es esta confusión la que impulsa el consumo, alimenta el mercado y apuntala nuestro sistema productivo. Y en estas sociedades los deseos de los grupos económicamente bien situados se convierten en derechos incontestables, gracias, entre otras cosas, a la lógica del lucro a la que responde el mercado.

Desde luego, podría pensarse que con la regulación de la GS no se pretende satisfacer un deseo, sino evitar el profundo sufrimiento que provoca, sin ninguna duda, y en sociedades como las nuestras, la esterilidad o la imposibilidad de tener hijos propios. Pero, ¿debe el Estado paliar el sufrimiento que genera esta frustración? ¿No cabe preguntarse a qué se debe tal frustración? ¿Qué es? ¿Qué intensidad presenta? Si pensáramos en esta posibilidad, cabría decir que solo las mujeres pueden tener la expectativa fundada y autónoma de ser madres, dado que los varones solo pueden tener la expectativa de ser padres por la mediación del cuerpo de una mujer. Probablemente, algo de esto hay en la legislación que se ha articulado en Portugal, Brasil, Holanda o Grecia (aunque aquí la vía judi-

<sup>12.</sup> Vid.Franklin y Ragoné 1998: 127. "La madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo" (López Guzmán y Aparisi 2012: 259). Vid. también Lerner 2000: 169.

cial ha abierto otras posibilidades), donde la GS está abierta únicamente a mujeres que no pueden tener hijos. Esto, y quizá también el intento de evitar la consabida utilización del cuerpo de las mujeres para paliar las frustraciones de los varones sobre la que tanto se ha reflexionado desde el feminismo radical.

b) Al hilo de esta cuestión, es posible preguntarse también qué importancia queremos concederle a la descendencia "propia". Más allá de la filiación, que siempre es una construcción jurídica, cabe preguntarse por qué conceptualmente son los vínculos genéticos los más importantes, al punto de que la gestante pueda quedar totalmente invisibilizada.

No sé si es esta mitificación genética la que anima a quienes defienden la gestación, entre otras cosas, porque la adopción es "arriesgada". Estos menores, se dice, "por el hecho de haber sido abandonados, ya tienen un trauma. Además, en muchos casos, también han sufrido maltratos y/o sufren enfermedades. El Estado tiene la obligación de encontrar una familia que sea capaz de hacerse cargo de [ellos], con todas estas necesidades y problemas adicionales, en todos los sentidos: intelectualmente, emocionalmente, económicamente [...]"13. Pero, ¿es esto cierto? Y, en caso de serlo, ¿es un argumento en favor de la GS? ¿Qué se quiere decir con estas afirmaciones? ¿Qué se corren menos riesgos con los niños "propios"? ¿Qué es posible asumir sus "enfermedades" y "traumas" con mayor entereza? Resulta que la estigmatización que, con justicia, quiere evitarse en el caso de los niños engendrados con esta "técnica" se traslada, de este modo y sin rubor, a los niños adoptados.

En fin, la generalización de estas dudosas valoraciones puede explicar que la adopción haya caído en más del 72% en los últimos cinco años de los que se tienen cifras<sup>14</sup>, y desde luego no dicen nada bueno en favor de la GS.

Y, para terminar, ¿qué ocurriría si fueran los niños nacidos mediante GS los que sufrieran los traumas? No es este un proceso argumental que me interese en este momento, pero hay quien afirma que el "abandono planificado" del que habrían sido objeto podría resultar también nocivo para la articulación de esa identidad consistente que algunos quieren echar en falta en los niños adoptados<sup>15</sup>. No hay que olvidar que la GS

<sup>13.</sup> http://www.lrmcidii.org/respuesta-la-intervencion-alicia-miyares-la-mesa-redonda-gesta cion-subrogada-noelia-oses-fernandez/

<sup>14.</sup> http://www.publico.es/sociedad/gestacion-subrogada-siete-claves-debate.html

<sup>15.</sup> Vid. Muraro 2016: 70-71. El Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 10 de mayo de 2017, señala expresamente que "a la urdimbre afectiva del hijo no es ajena la voz, el sabor y el

intenta evitar el riesgo que supone que el niño conserve un lugar para la gestante en su geografía emotiva; un puesto que quizá conserve siempre, aunque sea como una figura ausente<sup>16</sup>. Lo cierto es que no puede dudarse de que el mercado desempeña un papel fundamental en la existencia de estos niños y, aunque no es mi intención valorarlo, hay quien considera que esto puede tener un efecto muy negativo sobre la construcción de su personalidad<sup>17</sup>.

c) En algunas apuestas en favor de la GS, parece subyacer una cierta obsesión por la perfección. En la GS comercial, por ejemplo, se suele dividir el papel de la madre en tres: sustituta, gestante y donante, para poder discriminar mejor a la donante y a la gestante, buscar óvulos con una carga genética determinada, y senos maternos de mujeres con una personalidad concreta, ¿no exhibe esto una buena dosis de eugenesia liberal y darwinismo social?<sup>18</sup>.

Es verdad que algunos podrían preguntarse qué hay de malo en esto de diseñar a tu propio hijo si hay posibilidades de "perfeccionamiento" o de "mejora". Sin embargo, este "supermercado genético" resulta francamente preocupante, y no solo por obvias razones morales que ahora no voy a detallar (realización perfecta del proyecto de vida propio en la planificación de una vida ajena, vivencia autocentrada y egoísta de la filiación), sino por las consecuencias nocivas que podría tener en un mundo en el que lo que prima es el acceso desigual a estos recursos y en el que la brecha genética global es ya suficientemente profunda.

d) Finalmente, cabe preguntarse qué tipo de sociedad es la que no acepta limitación alguna; una sociedad en la que se intenta superar la materialidad del cuerpo propio a través del cuerpo de una mujer, de una "tercera". De la misma manera que no se interiorizan los límites estructurales que nos impone nuestra ecodependencia, se rechaza cualquier freno material a la realización de nuestro proyecto de vida, especialmente, si es posible pagarlo. ¿No hay algo de egocentrismo y narcisismo personal en todo esto? ¿No subyace aquí esa eterna aspiración prometeica de rehacer la naturaleza sobre la que descansa tanto el sistema capitalismo como el patriarcado?<sup>19</sup>.

olor del cuerpo de la madre", estableciéndose entre ambos lo que se denomina "espacio psíquico de la gestación" (p. 14). https://www.bioeticaweb.com/informe-del-comi te-de-bioetica-de-espana-sobre-los-aspectos-eticos-y-juridicos-de-la-maternidad-subrogada/

<sup>16.</sup> Vid. Terragni 2016: 17 y 51.

<sup>17.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 201.

<sup>18.</sup> Vid. Sandel 2016, en cuya introducción planteo algunas de estas cuestiones.

<sup>19.</sup> Vid. para esta cuestión, Sandel 2018.

Cuando en *La condición humana*, H. Arendt hablaba de biopolítica, de la sustitución de la política por la técnica y la biología, de la categoría técnica de "producir", ya vislumbraba el enorme potencial que tenía la mercantilización de la vida. Hoy la genética es la gran apuesta del mercado, y el biobusiness reporta, sin duda, cuantiosos beneficios. Ahí están las empresas high-tech para las que la maternidad es un obstáculo, y que no están tan preocupadas por investigar sobre las causas de la esterilidad, cada vez más extendida, como por articular lobbies a escala global que pivoten sobre la fecundación y la crioconservación de los óvulos. Un business global que mantienen élites económicas y que se orienta a explotar laboralmente a las mujeres mientras son jóvenes, sin necesidad de pagar bajas por maternidad, ni conciliaciones o corresponsabilidades, aunque solo hasta que les resultan útiles y productivas<sup>20</sup>. De hecho, al hilo de estas propuestas, habría que pensar seriamente acerca de las condiciones laborales que sufren las mujeres y el modo en que se articulan mecanismos de hetero-regulación de su capacidad reproductiva.

#### 3.2. Los derechos de la gestante

Con la regulación de la GS, ¿se está salvaguardando el derecho de la gestante a decidir sobre propio cuerpo? ¿Es un acto de liberación de la mujer poner a disposición de otros su cuerpo y su facultad de gestar?

a) Empecemos por el principio: ¿puede la gestante, genuinamente, "no considerarse madre" antes de iniciar el proceso de gestación?

Salvo excepciones, con la firma del contrato de sustitución, la gestante renuncia a la posibilidad de arrepentirse, y ello aunque se compromete con una situación que no se ha dado todavía y que bien podría animarle a cambiar de idea. De hecho, esta es la razón por la que, en España, un contrato de estas características es nulo de pleno de derecho (artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)<sup>21</sup>. Y es que no deja de resultar extraño que se pretenda reducir el proceso que supone el embarazo a un acto de punto y final, cuando hablamos de un proceso en el que se sufren transformaciones físicas y emocionales que la gestante debería tener la libertad de valorar en todo momento.

<sup>20.</sup> Vid. Terragni 2016: 55ss.

<sup>21. &</sup>quot;1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

Está claro que asegurarse de que alguien firma libremente un compromiso no es suficiente si la libertad se consuma y finaliza en el acto de firmar; si no hay reversibilidad una vez se conoce aquello a lo que una se compromete. ¿Podrá la gestante interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la parte subrogada? ¿Por qué en España no se plantea el derecho de retracto como sucede en Reino Unido, por ejemplo? Que durante un período (que en Reino Unido se reduce a seis semanas, y que también se contempla en Sudáfrica, Grecia, Australia u Holanda) la gestante pueda pensar si entregar o no entregar al niño, de modo que lo que se produzca sea una transferencia de paternidad/maternidad, no pone al niño en situación de indefensión, como han afirmado algunos. La filiación es clara, en tanto en cuanto la transferencia no se produce. Y, en España, además, los niños nacidos por GS son inscritos como hijos de los padres de intención (siguiendo ciertas exigencias de seguridad jurídica), que ya tienen reconocido también su derecho a las prestaciones de maternidad/ paternidad. De manera que, en nuestro país, aun cuando no se haya legalizado de facto la GS, el interés superior del menor queda siempre garantizado en estos casos<sup>22</sup>.

En fin, se dice que la falta de información de la que adolece la gestante al firmar el contrato puede subsanarse recurriendo solo a quienes han sido madres alguna vez, en la idea, supongo, de que todos los embarazos son iguales (visto uno, visto todos). Pero esta idea refleja una concepción mecánica del proceso de gestación y del parto que es, cuando menos, discutible. Supone concebir el embarazo y el parto en su dimensión estrictamente física o corporal, eludiéndose cualquier valoración acerca de los vínculos emocionales que tal experiencia podría significar para las gestantes. Por esta razón, entre otras, en 2015, el Parlamento europeo se opuso a la GS en la que, según su Resolución, se usaba el cuerpo de la mujer y sus funciones reproductivas como una simple "mercancía".

En el Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter (2015/2229(INI) – 30/11/2015), párrafo 114, se "condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como una 'commodity'; [se] considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desa-

<sup>22.</sup> Vid. sobre este recorrido, Balaguer 2017: 73ss., Presno Linera y Jiménez Blanco 2014: 9-44 y Romero Coloma 2016.

rrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos".

Entretanto, hay quienes caricaturizan la posible relación emocional y afectiva que la gestante puede desarrollar con el feto. "No es incomprensible que las gestantes sientan cariño por el bebé, como se puede sentir cariño por el hijo de un amigo"<sup>23</sup>, se ha llegado a decir, haciendo uso no ya del útero de la gestante, sino de su propia estructura sentimental, mientras algunos, como Juan Ramón Rallo, han comparado, sin más, a la gestante con la tata<sup>24</sup>.

Lo cierto es que el temor de los padres de intención a perder el control del hijo nacido, pone de manifiesto las dudas que ellos mismos tienen acerca de la manera en la que el embarazo puede influir en la voluntad de la gestante, dado que, si su libertad estuviera asegurada con el simple hecho de firmar, no habría necesidad alguna de establecer cláusulas de irreversibilidad.

Por supuesto, nada de esto significa que ejercer de madre sea menos importante que quedarse embarazada, sino que quedar embarazada no debería ser por completo irrelevante.

b) La GS se presenta como si fuera un deseo de la gestante que está encantada de compartir al niño que engendra con quienes no quieren compartirlo con ella, pero la fuerza motriz del contrato no es ella, sino los comitentes: es la demanda la que genera la oferta de sustitución y no al contrario<sup>25</sup>. Resulta sorprendente, además, que el objetivo en estos casos sea ocultar la voz de las gestantes, evitar que hablen en primera persona. ¿Dónde están las gestantes? ¿Disponen de un tejido asociativo para reivindicar que sus úteros sean utilizados? ¿Demandan sus derechos a decidir de manera organizada? ¿Quién decide sobre su derecho a decidir?

En el campo reproductivo, se ha intentado relacionar, muchas veces, la defensa del derecho al aborto con el debate sobre la GS, en la idea de que la misma libertad que se protege en el primer caso, habría de servir de apoyo al derecho a decidir de la gestante. Sin embargo, ambas situaciones distan mucho de ser equivalentes, dado que con la primera se combate la ideología patriarcal dominante, y con la segunda, más bien, suele confirmarse. La GS refleja con claridad el modo en que las mujeres son oprimidas por el patriarcado y explotadas por el mercado. Su regulación

<sup>23.</sup> http://www.lrmcidii.org/respuesta-la-intervencion-alicia-miyares-la-mesa-redonda-gesta-cion-subrogada-noelia-oses-fernandez/

<sup>24.</sup> http://juanramonrallo.com/2013/05/en-defensa-de-los-vientres-de-alquiler-comerciales/

<sup>25.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 180.

sugiere sustituir la norma parental de los afectos por la que rige el tráfico comercial, porque en lugar de desmercantilizar y de someter la lógica productiva a la reproductiva, lo que hace es someter la reproducción a las dinámicas productivas.

La GS exige a la gestante que aliene sus afectos, que se comprometa a reprimir, irreversiblemente, la vinculación emocional que pudiera llegar a sentir por el niño que engendra, sacrificándola en favor de personas a las que no conoce de nada. De hecho, en EEUU, en los casos de GS comercial, las agencias se ocupan de ofrecer a las gestantes la capacitación y el apoyo que necesiten para distanciarse emocionalmente del feto, y se les alienta a verse a sí mismas únicamente como proveedoras; se emplean con ellas técnicas de desconexión, indiferencia o transferencias de sentimientos a otras personas<sup>26</sup>. ¿Es este el derecho a decidir que queremos defender?

Cuando algunas feministas defendemos nuestros derechos reproductivos, no solo hablamos del consentimiento libre o de derecho a decidir, sino de la manera en que tal consentimiento fortalece o debilita aquello que, no una, sino todas las mujeres, queremos combatir. Y es que, como dice Zizek, la libertad es siempre la libertad que va contra la ideología dominante<sup>27</sup>; y si el ejercicio de la libertad se traduce en el sometimiento a la ideología dominante, más que de libertad, tendríamos que hablar de una forma de transgresión pueril y contraproducente.

Hay que notar, además, que la tesis de la disociación gestante-feto, la idea de que la gestante es solo una incubadora en la que un feto llega a término como un producto independiente, puede utilizarse, como hace el Vaticano, para prohibir el aborto o, incluso, puede ser utilizado por quienes han aportado la carga genética (que también podría ser el varón, en una relación convencional), para impedirlo.

En definitiva, cuando el feminismo gritaba "mi cuerpo es mío" no lo entendía como una forma de autoemprendimiento, en la idea de que podemos ser consumidoras de nosotras mismas; hacer de nosotras un producto del que pueda obtenerse un beneficio<sup>28</sup>. "Mi cuerpo es mío" era un grito contra el sistema que discriminaba y oprimía a las mujeres; se quería decir "mi cuerpo soy yo", no soy disociable de mi cuerpo<sup>29</sup>, porque hay una relación entre el cuerpo y el yo que no puede entenderse en clave de individualismo posesivo. El cuerpo no es del mercado, ni me lo gestiona

<sup>26.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 213.

<sup>27.</sup> http://www.laovejaroja.es/zizek-TSL.htm

<sup>28.</sup> Vid. Muraro 2016: 33ss.

<sup>29.</sup> Como afirma C. Pateman (1988), aunque el cuerpo y el yo no son idénticos, el yo es indisociable del cuerpo.

el mercado, no está sometido a la lógica mercatoria<sup>30</sup>, pero tampoco es totalmente mío, dado que forma parte de una red de relaciones, de bienes relaciones que no se compran ni se venden, ni están enteramente bajo mi control. Mi cuerpo no es mío, mi cuerpo soy yo; y mi yo está inmerso en mis propias prácticas relacionales.

Cuando en la GS se defiende que el niño no forma parte de la mujer y que el embarazo no tiene que ver con ella, sino con su cuerpo, lo que se defiende es que una parte del yo puede convertirse en otra cosa que, además, pertenece a otra persona.

c) Visto así, lo que realmente hay que discutir frente a la GS es el tipo de relación social que se está protegiendo con su legalización, y el modo en que tal relación conecta con el capitalismo y el patriarcado, confirma la ideología machista dominante y fomenta la desigualdad de género<sup>31</sup>. No únicamente si hay o no hay consentimiento informado, si hay más o menos vicio en el consentimiento, sino si el consentimiento que puedan ofrecer algunas no nos perjudica a todas<sup>32</sup>. Y es que nunca deberíamos dejar de tener en cuenta que siempre que se abre el mercado para algo que antes no era objeto de compraventa, eso no incumbe sólo a la persona concreta que se ve en la tesitura de vender o no, sino que incumbe a todas las personas que se encuentran en la misma situación de género, raza o clase<sup>33</sup>. De lo que tenemos que hablar es acerca de si queremos confirmar o no la misma estructura de dominación contra la que queremos luchar; de si queremos verdaderamente feminizar el espacio público y construir nuevas formas de hacer política contra la explotación capitalista y el patriarcado, y contra el orden simbólico patriarcal.

Como dice Muraro, "hasta que no se rompan los círculos viciosos de un cierto orden simbólico, que para las mujeres es más bien un desorden, la realidad continuará actuando [...] en favor del poder fálico y de una oposición rígida entre autonomía y dependencia"<sup>34</sup>. Eliminar el hecho de que somos nacidos de mujer, gracias al auxilio de la tecnociencia y el bio-

<sup>30.</sup> Vid. Terragni 2016: 46 y Nuño 2016.

<sup>31.</sup> http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Vientres-alquiler-genero\_6\_615298501.htmlA este respecto, vid. Satz 2015.

<sup>32.</sup> La individualización de los problemas colectivos y sistémicos es una forma de apolitización que confirma la estructura dominante.

<sup>33.</sup> http://beatrizgimeno.es/2011/06/13/vientres-de-alquiler-no-es-tan-sencillo/A este asunto se dedicó la conocida Sentencia sobre el "lanzamiento de enanos" – Manuel Wackenheim v. France, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002) – en la que se confirmó que dicha práctica violaba la dignidad humana, más allá de consideraciones acerca del consentimiento o la libertad individual.

<sup>34.</sup> Muraro 1994: 184 y Muraro 2016: 65ss.

business que no pone límites ni a los deseos de unos ni a los beneficios de otros<sup>35</sup>, supone reforzar ese orden simbólico que invisibiliza a las mujeres, las subordina al proyecto masculino, y las incorpora al varón como una simple costilla.

# 4. ¿RELEER LOS VÍNCULOS AFECTIVOS EN CLAVE MERCANTIL?

Como ya he señalado más arriba, en la GS las normas parentales que rigen la reproducción son sustituidas por las normas económicas que rigen la producción (aunque hablemos de donación), todo ello por mediación de un contrato. Pero hay bienes y prácticas sociales que no pueden valorarse según las pautas del mercado; hay bienes de diferente naturaleza y no todos pueden ser valorados como objetos de uso o como instrumentos de beneficio económico. Y la GS exige que se relea en clave mercantil lo que podría ser un lazo afectivo al que, especialmente las mujeres, hemos atribuido un sentido que nada tiene que ver con la dinámica del mercado.

La relectura de los vínculos, las emociones y los afectos que reflejan estas posturas es tan profundamente individualizada, artificiosa y alejada de nuestras propias vivencias, que las hacen difícilmente reconocibles para las mujeres. El rol que las mujeres han venido desempeñando en el ámbito privado, familiar y doméstico, les ha ayudado a interiorizar como propio un mundo relacional que fomenta la empatía y los afectos; a desarrollar un punto de vista ético diferenciado al que llamamos "ética del cuidado", y a entender la autonomía y la libertad personal como relación, no como autosuficiencia, separación o fragmentación³6. Y muchas pensamos que esta perspectiva feminista, que es claramente subversiva y progresista, es la que hay que trasladar al espacio público y a las instituciones para feminizarlas o despatriarcalizarlas³7.

Hace años que Fox Keller intentó poner de manifiesto que la oposición excluyente entre dependencia y autonomía era la propia de una concepción estática de la autonomía gracias a la cual el poder se identificaba con la dominación y el conflicto. Lo que Fox Keller se proponía era apostar por un desarrollo psicológico y una forma de socialización que armoniza-

<sup>35.</sup> Vid. Terragni 2016: 32-33.

<sup>36.</sup> Vid. a este respecto, Hernando 2012. 97-98: "[...]no puede ser eficaz ninguna lucha por la igualdad que esté enfocada exclusivamente a discutir razones sin plantearse la necesidad de reclamar el valor de las emociones". A estas cuestiones he dedicado Rodríguez Palop 2016.

<sup>37.</sup> https://www.diagonalperiodico.net/blogs/vidasprecarias/feminizacion-la-politica.htmlA la feminización de la política dediqué también mi artículo: http://www.eldiario.es/zonacritica/Feminizar-politica\_6\_585901437.html

ra autonomía y dependencia<sup>38</sup>. Y a este intento podría responder la idea de "autonomía relacional" que es, a mi modo de ver, la concepción de la autonomía más apropiada para abordar este tipo de cuestiones<sup>39</sup>.

La GS exige a la gestante que aliene sus afectos, que se comprometa a reprimir, de forma irreversible, la vinculación emocional que pudiera llegar a sentir por el niño que engendra, y para la que ha sido, por lo general, socializada (una forma de explotación parecida a la del trabajo alienado). Esto es, que renuncie a su socialización relacional para vivir la autonomía como un ejercicio patriarcal y masculinizado de desconexión. Es más, la desconexión que se pretende es tal, que, en la mayor parte de los casos, se excluye que la gestante pueda tener una relación de parentesco con la parte subrogada para que, según dicen, no quede afectada su libertad de decisión. En Brasil o la India, sin embargo, esta "afectación" se considera una garantía de bienestar tanto para la gestante como para el niño, de manera que la legalización se ha limitado precisamente a la unidad familiar. Y, con todo, incluso en estos casos, la maternidad está funcionalizada, aunque no se comercialice<sup>40</sup>.

Finalmente, la GS anima a la mujer a enajenarse de su propio cuerpo y del niño que crece en su interior porque el niño, el útero y la gestante se consideran seres separados que no se pertenecen, pero de cuyo cuidado ha de ocuparse por completo la gestante<sup>41</sup>. Su enajenación no es, por tanto, indirecta, sino directa.

Desde luego, resulta llamativo que en la defensa de la GS se obvien los eventuales vínculos emocionales del proceso de gestación, pero a la vez se entienda que las mujeres tienen una enorme capacidad para ser cuidadoras, llegándose a mitificar la tradicional abnegación femenina; una abnegación tal que algunas son capaces de someterse a tratamientos muy duros y a un posterior embarazo (con todo lo que ello implica), supeditando buena parte de sus vidas, bajo condiciones muy radicales, con el único fin de dar felicidad al mundo, empezando por terceros a quienes no conocen de nada<sup>42</sup>. Y lo más llamativo es que la capacidad afectiva que se niega en un caso, se refuerza, sin embargo, en el otro, que es el que, dada la situación, fortalece al pensamiento hegemónico y favorece a quienes pagan.

<sup>38.</sup> Vid. Fox Keller 1989: 119.

<sup>39.</sup> Vid. Rodríguez Palop 2016.

<sup>40.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 203.

<sup>41.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 217.

<sup>42.</sup> http://www.tribunafeminista.org/2016/05/me-prestas-altruistamente-tu-utero-por-favor/

De esta manera, de la gestante solo parece interesar su capacidad de abnegación absoluta; una generosidad y un altruismo que no genera relaciones para ella, sino que las destruye o las sustituye por la relación mercantil. En este contrato, el ser generoso es el ausente y, paradójicamente, es su propio acto de "donar" el que le inhabilita como madre, dado que en el subtexto de la donación lo que subyace es una interpretación de ese acto como un gesto de desesperación o de irresponsabilidad. Si la gestante participara de la crianza de ese niño, lo cierto es que se malograría el sueño de la unidad familiar cuya intensidad se evalúa en función de lo que los comitentes están dispuestos a pagar por realizarlo.

En fin, no hay nada más convencional y estereotipado que pensar en una gestante que ofrece su útero por la causa sagrada que supone evitar el sufrimiento ajeno; no hay nada más maternal que el amor que exige el sacrificio de aquello que se ama. La felicidad familiar se logra gracias a la gestante y a su útero, y en la idea de que para ella es una experiencia fantástica. Su función es la de crear una familia de la que no puede formar parte, porque los comitentes no quieren "compartir" al niño que engendra otra mujer y nos hacen creer que su ausencia es necesaria para salvaguardar su unidad familiar<sup>43</sup>.

La GS se apoya en una industria que ensalza la tendencia a esa abnegación autodestructiva que el capitalismo y el patriarcado han pretendido inculcar a las mujeres, y que se ha debatido entre la estigmatización de la puta y de la virgen. Si ofreces tu vagina, eres una puta, y si es tu útero lo que ofreces, eres una virgen. El deber de la gestante es parir sin haber tenido relaciones sexuales para alegrar a una pareja sin hijos y sin buscar nada para sí.

De esta manera, el mundo de la GS "está impregnado de una fuerte creencia en la Sagrada Familia [...] El culto a la Virgen María permite que la mujer olvide que es un trabajo. El culto a la Virgen María alivia la pérdida del niño al hacer pensar a la madre sustituta que sus sentimientos son aún más maternales [...] que se sienta piadosa, limpia y exaltada porque se convierte en el modelo de madre más arquetípica que tiene la cultura occidental [...] El sufrimiento es también un elemento fundamental de la maternidad subrogada: la mujer arriesga su vida y su salud, y se convierte en mártir por una causa sagrada"<sup>44</sup>. Que el amor se asocie al sacrificio forma parte de la socialización (incluso, dirían, de la naturaleza) femenina y esta tendencia autodestructiva es la que se estimula y se explota descaradamente en favor de los comitentes. Sin embargo, no son pocas las

<sup>43.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 173-177.

<sup>44.</sup> Vid. Ekis Ekman 2016: 223-224.

historias de aflicción, culpa y depresión que sufren las gestantes, una vez entregan al niño; la disociación no siempre funciona, y la sensación de poder sobre otros que tienen durante el embarazo se esfuma por completo después del parto<sup>45</sup>. De hecho, como ya he dicho, el mayor temor de la industria y los comitentes es que las gestantes se quieran quedar con el niño una vez nacido o que reclamen una atención a la que, una vez paridas, ya no tienen derecho. Y por esta razón, entre otras, son sistemáticamente ocultadas. La Sagrada Familia exige que desaparezcan; que asuman la división, la separación del niño, para consagrar, así, la unidad familiar que los comitentes desean.

En definitiva, en la GS se cristaliza la necesidad de separación en la que se apoya tanto el patriarcado como el capitalismo; la pérdida de un yo íntegro, la violenta fragmentación que permite que todo pueda ser comprado y vendido, y que ha convertido al biobusiness en la gran inversión de todos los tiempos. Verdaderamente, allí donde el capitalismo-patriarcal genera el problema, confecciona también su solución. No hay duda de que sabe metabolizar cualquier alternativa para convertirla en un producto<sup>46</sup>.

#### III. REFERENCIAS

- Balaguer, M.L. (2017): Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social, Cátedra, Madrid.
- De Miguel, A. (2015): *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid.
- Ekis Ekman, K. (2017): *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edicions Bellaterra, Barcelona.
- Fox Keller, E. (1989): *Reflexiones sobre género y ciencia*, Alfons el Magnánim, Valencia.
- Franklin, S. y Ragoné, H., eds. (1998): *Reproducing Reproduction: Kinship, power and technological innovation*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia.
- Fumero, K.: "¿Me prestas altruistamente tu útero, por favor?" http://www.tribunafeminista.org/2016/05/me-prestas-altruistamente-tu-utero-por-favor/

<sup>45.</sup> Vid. Ekis Ekman 2017: 226-231. El caso de E. Kane es, en este sentido, un caso paradigmático. Vid. su biografía (Kane 1988).

<sup>46.</sup> Vid. Terragni 2016: 10.

- Gil, S.: "Feminización de la política" https://www.diagonalperiodico.net/blogs/vidasprecarias/feminizacion-la-politica.html
- Gimeno, B.: "Mercado, vientres de alquiler, prostitución, aborto... El mismo debate" http://www.eldiario.es/pikara/Mercado-vientres-alquiler-prostitucion-abortoEl\_6\_404269607.html
- Gimeno, B: "Vientres de alquiler y género" http://www.eldiario.es/tribunaa-bierta/Vientres-alquiler-genero\_6\_615298501.html
- Gimeno, B: "Vientres de alquiler: No es tan sencillo" http://beatrizgimeno. es/2011/06/13/vientres-de-alquiler-no-es-tan-sencillo/
- Hernando, A. (2012): La fantasía de la individualidad. Sobre la construcción sociohistórica del sujeto moderno, Katz, Madrid.
- https://www.diagonalperiodico.net/blogs/vidasprecarias/feminizacion-la-politica.html
- Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 10 de mayo de 2017 https://www.bioeticaweb.com/informe-del-comite-de-bioetica-de-espana-sobre-los-aspectos-eticos-y-juridicos-de-la-maternidad-subrogada/
- Kane, E. (1988): *Birth Mother: The story of America's first legal surrogate mother*, Hougthon Mifflin Harcourt, Boston.
- Kohan, M.: "Siete claves sobre el debate para legalizar la gestación subrogada en España" http://www.publico.es/sociedad/gestacion-subrogada-siete-claves-debate.html
- Lerner, G. (2000): La mujer completa, Kairós, Barcelona.
- López Guzmán, J. y Aparisi, A. (2012): "Aproximaciones a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos de bioética* XXIII, 78: 253-268.
- Muraro, L. (1994): El orden simbólico de la madre, Horas y Horas, Madrid.
  - (2016): L'anima del corpo. Contro l'utero in affito, La Scuola, Milano.
- Nuño, L. (2016): "Una nueva cláusula de contrato sexual: vientres de alquiler". *Isegoría* 55: 683-700.
- Oses Fernández, N.: "En respuesta a la intervención de Alicia Miyares en la mesa redonda sobre gestación subrogada" http://www.lrmcidii. org/respuesta-la-intervencion-alicia-miyares-la-mesa-redonda-gestacion-su-brogada-noelia-oses-fernandez/

- Pateman, C. (1988): *The Sexual Contract*, Stanford University Press, Palo Alto, CA.
- Presno Linera, M.A. y Jiménez Blanco, P. (2014): "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea". Revista Española de Derecho Europeo 51: 9-44.
- Rallo, J.R.: "En defensa de los vientres de alquiler comerciales" http://juan ramonrallo.com/2013/05/en-defensa-de-los-vientres-de-alquiler-comerciales/
- Rodríguez Palop, M.E. (2016): "Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia". *Derechos y libertades* 36: 135-166.
  - "La maternidad subrogada en manos de Ciudadanos" http:// www.eldiario.es/zonacritica/maternidad-subrogada-manos-Ciudadanos\_6\_492810751.html
  - "Feminizar la política" http://www.eldiario.es/zonacritica/Feminizar-politica\_6\_585901437.html
  - "Argumentos contra la gestación subrogada en su versión "altruista""

http://www.eldiario.es/zonacritica/Argumentos-gestacion-subrogada-version-altruista 6 620198013.html

- "La gestación subrogada en el Estado high-tech con el que sueña Ciudadanos" http://www.eldiario.es/zonacritica/gestacion-subrogadahigh-tech-suena-Ciudadanos\_6\_659044113.html
- Romero Coloma, A.M. (2016): La maternidad subrogada a la luz del Derecho español, Dilex, Madrid.
- Sandel, M. (2016): Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética, Marbot, Barcelona.
  - (2018): Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado, Debate, Barcelona.
- Satz, D. (2015): Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado, Siglo XXI, Madrid.
- Terragni, M. (2016): *Temporary Mother. Utero in affito e mercato dei figli*, Vanda, Milano.
- Zizek, S.: "Beauvois y la libertad leninista" http://www.laovejaroja.es/zizek-TSL.htm

# Sobre los autores

Elena Beltrán Pedreira es Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Autora y coeditora de Las ciudadanas y lo político (1995), Feminismo. Debates contemporáneos (2001), Democracia y deliberación pública (2012) y de los artículos "Property Rights in Human Bodies, Self Preservation and Human Rights" (en Property and Human Rights in Globalisation: An Engagement, 2015) y "El cuerpo humano: Propiedad sin derechos o derechos sin propiedad" (en Revista de Estudios Políticos 169, 2015).

Guillermo Escobar Roca es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá y Director de su Departamento de Ciencias Jurídicas y de su Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica. Su investigación se ha centrado en los derechos humanos y fundamentales, el Derecho ambiental, el Derecho de la comunicación y la figura del Ombudsman. Ha dirigido la obra *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (2012) y es autor de *El Derecho, entre el poder y la justicia: una introducción crítica al sistema jurídico español* (2017).

Carla Faralli es Profesora Ordinaria (Catedrática) de Filosofía del Derecho y Ética Aplicada en la Universidad de Bolonia (Italia), y directora de su Centro interdepartamentale di Recerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica (CIRSFID). Es editora de la revista *Ratio Juris*. Es miembro del Comité Ético Independiente de la Región Emilia-Romagna. En español, es autora de "Bioetica y derechos humanos. Reflexiones femininas" (en *Fronesis* 2, 2013), "Proteccion de los derechos y la nuevas tecnologias. El caso de la genetica" (en Opción, 2015), e "Investigación, pruebas de farmacos, transplantes y papel de los Comites de Ética" (en *Revista de Filosofía*, 2016).

**Ricardo García Manrique** es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona. Es autor de *La medida de lo humano: ensa-yos de bioética y cine* (2011) y de *La libertad de todos: una defensa de los derechos sociales* (2013). Ha sido investigador principal del proyecto "Transferencia

de materiales humanos de origen biológico: aspectos sociales, jurídicos y bioéticos" (DER2014-57167-P, 2015-2017).

**Noelia Igareda** es Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona. Es autora de "La inmutabilidad del principio 'mater sempre certa est' y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España" (en *Universitas* 21, 2015) y de "Subrogación de la maternidad" (en *Barbarismos queer y otras esdrújulas*, 2017). Actualmente es la investigadora principal del proyecto "Gestación por sustitución" (DER2015-74308-JIN, 2016-2019).

Eleonora Lamm es Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza (Argentina). Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB). Coordinadora del Doctorado de Derecho de familia de la Universidad de Mendoza. Miembro del Comité Nacional de Ética en la Ciencia y Tecnología, Argentina. Es autora de Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres (2013).

**Itziar de Lecuona** es Profesora del Departamento de Medicina y Subdirectora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, donde codirige el Máster en Alimentación, Ética y Derecho y coordina el Máster en Bioética y Derecho. Es miembro del Comité de Ética de la Investigación del Hospital Clínico de Barcelona. Es autora de *Los comités de ética como mecanismos de protección en investigación biomédica* (2011).

**Víctor Méndez Baiges** es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona. Es autor de *Sobre morir: eutanasias, derechos, razones* (2001), de *Bioética y derecho* (2007) y de *Eutanasia y cine* (2008).

**Mónica Navarro-Michel** es Profesora Agregada de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho (UB). Ha sido profesora visitante en Nova Southeastern University (Florida) y KU Leuven (Bélgica). Ha publicado diversos artículos sobre cuestiones jurídicas de las técnicas de la reproducción asistida.

María Eugenia R. Palop e s Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid y Subdirectora y Responsable de Relaciones Internacionales del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la misma Universidad. Es autora de *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación* (2010), de *Claves para entender los nuevos derechos humanos* (2011) y de "Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia" (en *Derechos y libertades* 36, 2017).

María José Villalobos Quesada es Doctora en Medicina por la Universidad de Manchester y está especializada en investigación biomédica.

#### SOBRE LOS AUTORES

Actualmente, cursa el Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Es miembro de la Escuela Holandesa de Investigación Filosófica (OZSW) y de la Asociación Internacional de Bioética (AIB).

Silvia Zullo es Ricercatrice (Investigadora) de Filosofía del Derecho y Bioética en la Universidad de Bolonia (Italia). Es autora de "From the Patentability of Living Matter to the Ethics of Biotechnological Innovation: The Person-Body Relationship" (en *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, 2012), "Features of Intergenerational Moral Responsibility in the Age of the Emerging Technologies" (en *Responsibility in Nanotechnology Development*, 2014) e "Il ruolo dell'epigenetica tra il paradigma dell'identità e quello della responsabilità" (en *Ragion Pratica* 2, 2015).

# THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE** LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES





Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos desde iPad, Android, Mac, Windows y desde el navegador de internet



# FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN PROVIEW



#### **SELECCIONE Y DESTAQUE TEXTOS**

Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



#### USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



#### HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



#### **ORDENAR**

Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



#### **CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS**

Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



#### MARCADORES DE PÁGINA

Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



#### **BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA**

Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra



#### IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



#### **SUMARIO NAVEGABLE**

Sumario con accesos directos al contenido



INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si ha recibido previamente un correo electrónico con el asunto "Proview – Confirmación de Acceso", para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberá seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, acceda a http://onepass.aranzadi.es

Tras acceder a la página citada, introduzca su dirección de correo electrónico (\*) y el código que encontrará en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulse enviar.

Si se ha registrado anteriormente en "One Pass" (\*\*), en la siguiente pantalla se le pedirá que introduzca la contraseña que usa para acceder a la aplicación Thomson Reuters ProView<sup>TM</sup>. Finalmente, le aparecerá un mensaje de confirmación y recibirá un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en su biblioteca.



Si es la primera vez que se registra en "One Pass" (\*\*), deberá cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a su libro electrónico.

Los campos "Nombre de usuario"
 y "Contraseña" son los datos que
 utilizará para acceder a las obras que tiene
 disponibles en Thomson Reuters Proview™
 una vez descargada la aplicación,
 explicado al final de esta hoja.



#### Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™:**

- iPad: Acceda a AppStore y busque la aplicación "ProView" y descárguela en su dispositivo.
- Android: acceda a Google Play y busque la aplicación "ProView" y descárguela en su dispositivo.
- Navegador: acceda a www.proview.thomsonreuters.com
- Aplicación para ordenador: acceda a http://thomsonreuters.com/site/proview/downloadproview y en la parte inferior dispondrá de los enlaces necesarios para descargarse la aplicación de escritorio para ordenadores Windows y Mac.

<sup>(\*\*)</sup> One Pass: Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.



<sup>(\*)</sup> Si ya se ha registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberá introducir el mismo correo electrónico que utilizó la primera vez.