

DE LA SOLIDARIDAD AL MERCADO:  
EL CUERPO HUMANO  
Y EL COMERCIO BIOTECNOLÓGICO

María Casado  
(coordinadora)

Derecho, salud y bioética



## PRESENTACIÓN

Este libro es fruto del trabajo conjunto que los autores de sus distintos capítulos llevamos a cabo en el seno de las actividades que se desarrollan en el Observatorio de Bioética y Derecho y la Cátedra Unesco de Bioética<sup>1</sup> de la Universidad de Barcelona y que, actualmente, se centran en la mercantilización de los tráfico del cuerpo humano y sus componentes.

Desde distintas perspectivas teóricas y prácticas, juristas, filósofos, médicos, genetistas... tratamos de desentrañar, con un enfoque bioético, cómo es posible que se sigan declarando válidos los principios de justicia global y respeto a los derechos humanos reconocidos y, no obstante, cada vez en mayor medida, se acepte la comercialización del cuerpo humano, de sus partes y de sus componentes.

La creciente tendencia que preconiza la aplicación de criterios que priorizan las relaciones mercantiles no sólo para la economía sino también para la sociedad y que desdeña lo social para apoyarse en «lo societal», entrega a la tiranía del mercado campos que el derecho reservaba a la gratuidad y la solidaridad entre las personas. Siempre se dijo que el dinero todo lo podía comprar. Cuestión distin-

---

<sup>1</sup> El Observatorio de Bioética y Derecho (1995) es un centro de investigación de la Universidad de Barcelona que trabaja en el análisis de las implicaciones éticas, legales y sociales de las biotecnologías desde el marco de los derechos humanos reconocidos; cuenta con el sustento del grupo de investigación consolidado “Bioética, derecho y sociedad”, de la Generalitat de Catalunya (2005) y constituye la base de la Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona (2007).

ta es que tal proposición resulte aceptable. Precisamente, ésta es la cuestión central sobre la que pivota este libro, así como del proyecto de investigación de cuyos resultados estos trabajos forman parte.<sup>2,3</sup>

A lo largo de los capítulos que figuran a continuación se presentan hechos y argumentos que permitirán al lector sustentar sus propios enfoques y contribuir al debate social informado y, así, impulsar políticas públicas afines al modelo democráticamente acordado.

Tras esta presentación, la coordinadora de la obra, la doctora María Casado (directora del Observatorio de Bioética y Derecho, titular de la Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, directora del Máster en Bioética y Derecho y catedrática acreditada de Filosofía del Derecho)<sup>4</sup> plantea, en su capítulo “¿Gratuidad o precio? Sobre el cuerpo humano como recurso”, la cuestión de que si el cuerpo humano y sus partes deben ser objeto de lucro, y señala ejemplos acreditativos de la contradicción entre los hechos y las normas que los regulan y la colisión de los dos modelos de análisis coexistentes. En el capítulo “El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias”, el doctor Manuel Atienza (catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, director de la revista *Doxa* y del Observatorio de Argumentación Jurídica para el mundo Latino)<sup>5</sup> analiza las diversas formas de entender el derecho que un individuo tiene sobre su propio cuerpo y las consecuencias que acarrea el suscribir determinadas concepciones de la dignidad humana. Seguidamente, la doctora Ana Rubio (catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada y presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política),<sup>6</sup> en su capítulo “Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja”, suministra el contexto en que los conceptos operan y muestra que la reducción a cuerpos para el mercado, o para la reproducción que la modernidad liberal llevó a cabo, no sólo no ha desaparecido, sino que se ha visto reforzada como conse-

---

<sup>2</sup> Proyecto de investigación “Transferencias de material biológico de origen humano: aspectos sociales, jurídicos y bioéticos” (DER2014-57167-P).

<sup>3</sup> Los debates previos tuvieron lugar en febrero de 2016 en el marco del X Seminario sobre la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de la UNESCO, dedicado a la glosa de su Artículo 21: “Prácticas transnacionales. El cuerpo humano ante el mercado global”, encuentro en el que intervinieron todos los autores de este libro.

<sup>4</sup> Ver <<http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/dra-maria-casado>>.

<sup>5</sup> Ver <[https://es.wikipedia.org/wiki/Manuel\\_Atienza\\_Rodr%C3%ADguez](https://es.wikipedia.org/wiki/Manuel_Atienza_Rodr%C3%ADguez)>.

<sup>6</sup> Ver <[http://directorio.ugr.es/static/PersonalUGR/\\*/show/b2c41aaac9e31559e-16dac0db3101bb](http://directorio.ugr.es/static/PersonalUGR/*/show/b2c41aaac9e31559e-16dac0db3101bb)>.

cuencia del proceso de cosificación y mercantilización de todos los cuerpos humanos. A continuación, el doctor Albert Royes (secretario de la Comisión de Bioética de la Universidad de Barcelona, catedrático de Filosofía y profesor de Ética Médica)<sup>7</sup> ante la pregunta “¿Qué hay que el dinero no pueda comprar?” propone argumentos que distinguen lo fáctico de lo prescriptivo. El doctor Ricardo García Manrique (profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona)<sup>8</sup> en su aportación “¿Es mío mi cuerpo? Cuerpo humano, propiedad y mercado” revisa la ampliación constante del ámbito de lo mercantil, de lo que puede poseerse e intercambiarse por un precio, y señala cómo, cada vez más, el cuerpo humano se ve amenazado por la colonización del mercado. Le sigue el capítulo “Entre propiedad y persona. La disposición de partes y productos del cuerpo”, de la doctora Esther Arroyo (catedrática acreditada de Derecho Civil y titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona),<sup>9</sup> quien desde un enfoque que se centra en el derecho civil y lo trasciende, discurre sobre si todo lo que no es sujeto de derecho puede ser el objeto de un derecho real mientras sirva para ser utilizado por el ser humano o si, por el contrario, las partes separadas del cuerpo pertenecen todavía al sujeto y, por consiguiente, deben considerarse *res extra commercium*. El siguiente capítulo, “Notas sobre el cuerpo humano y sus partes en el mercado”, a cargo del doctor Salvador Darío Bergel (titular de la Cátedra de Bioética y profesor emérito de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires),<sup>10</sup> encara la cuestión desde un planteamiento doblemente enraizado en la bioética y el derecho mercantil, que viene del otro lado del océano para defender la concepción que se apoya en las grandes declaraciones de derechos humanos y en los principios de justicia universal.

Tras esa primera parte del libro de carácter teórico y argumentativo, se da paso a la segunda parte, dedicada a la explicación de cómo discurren en la realidad hechos y situaciones en los que no cabe dejar la decisión para otro día, ni mirar para otro lado. La doctora Esther Farnós (profesora de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fa-

<sup>7</sup> Ver <<http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/albert-royes-i-qui>>.

<sup>8</sup> Ver <[http://www.ub.edu/dptscs/filodret/?page\\_id=113](http://www.ub.edu/dptscs/filodret/?page_id=113)>.

<sup>9</sup> Ver <<http://www.ub.edu/dret/professor/cas/earroyo.ub.edu.html>>.

<sup>10</sup> Ver <<http://www.bergelmartinez.com.ar/consultor.html>>.

bra)<sup>11</sup> dedica su capítulo a señalar la necesidad de adoptar una decisión normativa en un tema que suscita discusiones locales y globales en “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones”. A continuación, la doctora Chloë Ballesté (profesora del Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona y directora de cooperación y desarrollo de la Transplant Procurement Management Foundation-Donation and Transplantation Institute)<sup>12</sup> desarrolla uno de los temas más clásicos y de interés permanente, “Donación y trasplante de órganos y tejidos: ¿altruismo o negocio?”. Siguen las reflexiones y datos aportados por la doctora Carme Barrot (profesora de Medicina Legal y Forense de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona y responsable del laboratorio de Genética Forense)<sup>13</sup> en “La comercialización de la genética”. En su capítulo “Investigación y mercados emergentes: *webs, apps, big data*, muestras biológicas e información genética”, Miriam Méndez (abogada de los Servicios Jurídicos del Hospital Clínic de Barcelona y miembro del Comité de Ética de Investigación Clínica del Hospital Clínic de Barcelona) da cuenta de las dificultades de los comités de ética de la investigación para desarrollar sus múltiples funciones en contextos de gran complejidad y que se adentran en mercados emergentes. Para finalizar, la doctora Itziar de Lecuona (profesora del Departamento de Salud Pública de la Facultad de Medicina, miembro del Comité de Bioética de Cataluña, del Comité de Ética en Investigación del Hospital Clínic de Barcelona y de la Comisión de Bioética de la Universidad de Barcelona)<sup>14</sup> en su capítulo “La tendencia a la mercantilización de partes del cuerpo humano y de la intimidad en investigación con muestras biológicas y datos (pequeños y masivos)”, revisa la situación de la investigación respecto a la disyuntiva, o compatibilidad, entre el altruismo y el lucro que se plantean con inusitada fuerza en estos campos, que constituyen un área de gran interés para la investigación y para el mercado.

A todos los autores agradezco su generosidad con la entrega de sus conocimientos y su implicación en la elaboración de este libro.

<sup>11</sup> Ver <<https://www.upf.edu/dretcivil/professorat/farnos.html>>.

<sup>12</sup> Ver <<http://wp2.eulivingdonor.eu/expo-speakers/chloe-balleste/>>.

<sup>13</sup> Ver <<http://www.ub.edu/spublica/equip.html>>.

<sup>14</sup> Ver <<http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/itziar-de-lecuona>>.

Espero que los lectores aprecien el valor que tienen aportaciones como las que se hallan en cada uno de los capítulos, pues la información que en ellos se contiene no es ni fácil de encontrar ni tampoco de suministrar. Sin embargo, poner todo este análisis y reflexión en común es necesario para que sea posible un diálogo que, partiendo de los hechos, permita jerarquizar los valores y actualizar las normas, y para lograr un acuerdo que no desdeñe los requerimientos de la dignidad universal en que descansan los derechos humanos.

María Casado  
Universidad de Barcelona  
En Cartaya (Huelva), verano de 2016





# PRIMERA PARTE



# 1. ¿GRATUIDAD O PRECIO?

## SOBRE EL CUERPO HUMANO COMO RECURSO\*

*María Casado\*\**

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

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

Stefano Rodotà, “El cuerpo”, en *La vida y las reglas\*\*\**

### 1. Introducción

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

---

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

\*\* Universidad de Barcelona.

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

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

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

## 2. La distancia entre las prescripciones y las prácticas

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

---

<sup>2</sup> Rodotà, *La vida y las reglas*, pp. 44-51.

<sup>3</sup> Bergel, S. (2007), “Bioética, cuerpo y mercado”, en *Revista colombiana de bioética*, vol. 2, núm. 1, enero-junio, p. 136.

están llevando a cabo análisis que reformulan lo establecido para aceptar el lucro también en este campo.

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

El Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa establece en su artículo 2 la primacía del ser humano, indicando que «el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia» y, de forma inequívoca, en su artículo 21 instituye la prohibición del lucro: «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». A mayor abundamiento, el artículo 22, que se refiere a la utilización de las partes extraídas del cuerpo humano, prevé que «cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquélla para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados». El Consejo de Europa ha venido reiterando el principio de no comercialización a lo largo de los años en pronunciamientos de diverso carácter, como ejemplo bastan el Convenio del Consejo de Europa contra el Tráfico de Órganos<sup>4</sup> y la Declaración sobre la prohibición de cualquier forma de comercialización de órganos humanos, de 2014.<sup>5</sup> Las instituciones internacionales instan a los Estados a sancionar el tráfico de órganos.<sup>6</sup> Asimismo, es importante mencionar que también la Carta de los Derechos Fundamentales de la

---

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

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

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

Unión Europea establece en su artículo 3.c la prohibición de lucro en los tráficos del cuerpo humano y sus partes. Por otro lado, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y Bioética de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), indica en su artículo 21.5, al tratar sobre las prácticas transnacionales, que “los Estados deberían tomar las medidas adecuadas en los planos nacional e internacional para luchar... contra el tráfico ilícito de órganos, tejidos, muestras, recursos genéticos y materiales relacionados con la genética”.<sup>7</sup> También la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO, al proteger los Derechos Humanos respecto de nuevas posibilidades de las tecnologías genéticas, propugna que el genoma es patrimonio de la humanidad, y su artículo 4 establece que el genoma, en su estado natural, no puede dar lugar a beneficios pecuniarios, además, trata de incentivar la cooperación científica para permitir a los países en desarrollo acceder a los beneficios de la biotecnología.

En la Unión Europea, el ordenamiento comunitario sitúa la preocupación por la donación voluntaria y no remunerada en estrecha relación con la calidad de las donaciones. La Directiva 2004/23/CE<sup>8</sup> establece en su artículo 12.1, que los Estados miembros deben presentar a la Comisión —cada tres años— informes sobre la situación existente en relación con dicho principio; a partir de éstos, la Comisión debe comunicar al Parlamento y al Consejo cualquier medida adicional que considere necesaria en relación con las mencionadas donaciones. El informe presentado el 21 de abril de 2016 revela en su apartado 3.4<sup>9</sup> que si bien los Estados cumplen con la adopción de medidas para garantizar la donación voluntaria y no remunerada, es difícil evaluar de forma exhaustiva su cumplimiento; asimismo, advierte que algunas prácticas que se consideran compensación en un país pueden suponer pago en otro, ya que las diferencias de poder adquisitivo en cada uno de los Estados miembros pueden explicar que lo que en uno sea compensación en otro resulte un incentivo. El

---

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

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

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

informe constata las dificultades derivadas del disímil seguimiento y control de los registros, e insiste en que la gratuidad es garantía de seguridad para proteger la salud humana, ya que si se permitiera pagar a los donantes éstos podrían resultar tentados a ocultar datos relevantes de salud. Resulta interesante subrayar los datos del Eurobarómetro, según el cual sólo 13 por ciento de los ciudadanos considera adecuado recibir compensaciones por donación.<sup>10</sup>

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

### ***Donación de óvulos***

Ilustrativos ejemplos de lo que quiero poner de manifiesto son constatables sólo con una mirada a los carteles que aparecen en cualquiera de las facultades de las universidades de nuestro país a la búsqueda de donantes de óvulos<sup>11</sup> o semen. Con diseño de alto impacto publicitario, hacen énfasis en la idea de que donar óvulos es donar vida, a la vez que se revela la existencia de una «compensación», que

---

<sup>10</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo..., *op. cit.*, p.15.

<sup>11</sup> Ver Casado, M. y J. Egozcue (coords.) (2000), “Documento sobre donación de ovocitos”, Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, <[www.bioeticayderecho.ub.edu/documentos](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/documentos)>.

actualmente se sitúa alrededor de los 1,300 euros. La mecánica es común a prácticamente la totalidad de los centros que se dedican a la reproducción asistida, habiéndolos más o menos agresivos en sus campañas publicitarias.<sup>12</sup> Anuncios así los reciben —también vía móvil— las mujeres de la franja de edad y perfil deseado, lo que cuestiona el uso comercial de los datos personales, y en particular de los datos de salud que, como es sabido, son datos sensibles y que requieren una especial protección.

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

---

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

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

<sup>14</sup> Aunque obligatorios legalmente en España ya desde 1988.

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



## *Gestación por sustitución*

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

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

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

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

---

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

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

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

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

### *Donación de órganos*

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

---

<sup>18</sup> S. Bergel, “Bioética, cuerpo y mercado”..., pp. 149-150.

trasplantes de donantes vivos es una de las más arquetípicas y estre-mecedoras pues, aun estando dotado de sanción penal y prohibido por convenciones internacionales, es evidente que la venta de órga-nos es una realidad.<sup>19</sup> Más aún: algunos justifican que debería acep-tarse, con determinados requisitos; según tal planteamiento, la lógica propietarista y del mercado legitima, una vez más, tales «elecciones racionales».

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

---

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

<sup>20</sup> Ver <<http://www.abc.es/20120615/espana/abci-delitos-internet-venta-orga-nos-201206141937.html>>, <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/12/actualidad/1394632795\\_283474.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/12/actualidad/1394632795_283474.html)> y <[http://www.larazon.es/historico/vendo-rinon-por-50-000-eur-el-negocio-de-la-donacion-de-organos-FLLA\\_RAZON\\_124686](http://www.larazon.es/historico/vendo-rinon-por-50-000-eur-el-negocio-de-la-donacion-de-organos-FLLA_RAZON_124686)>.

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

## ***Donación de sangre***

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

## ***Investigación con seres humanos, muestras biológicas y datos sanitarios***

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

En este contexto se han ido perfilando dos tendencias respecto a la consideración que merecen el cuerpo humano y sus partes: la continental y la anglosajona. Si bien la primera opción fue la inicialmente dominante, poco a poco ha ido perdiendo primacía a favor de la segunda. Ya en 2000, Hottois<sup>30</sup> ponía de manifiesto la existencia de dos modelos opuestos que denominaba «euro-francés» y «anglo-norteamericano» y, en la línea de los trabajos del Consejo de Europa, reivindicaba la prioridad del primero —muy presente entonces en la bioética continental europea y en la latinoamericana—; consideraba

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

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

<sup>29</sup> Hottois, G. H., (2001), “Corps humain”, en Hottois, G.H. y Missa, N., *Nouvelle encyclopédie de bioethique*, Ed. de Boek Université, Bruselas, pp. 243 y ss.

<sup>30</sup> Hottois, “Corps humain”..., pp. 248-249.

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

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

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

---

<sup>31</sup> Rodotà, “El don”, *La vida y las reglas...*, pp. 139 y ss.

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

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

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

---

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

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



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

Si la dignidad es —o ¿era?— el mayor de los valores; la competitividad, la rentabilidad y el lucro no pueden pasar por encima ni reemplazarla. En tal sentido, como indica Felber, hay que maximizar el bien común superando al capitalismo en su actual versión sociedad de mercado, pues si el bien supremo es uno mismo y engañamos a los demás en todo, estamos perdiendo nuestra dignidad.<sup>35</sup> Ninguna sociedad puede prosperar ni ser feliz si la mayoría de sus miembros son pobres y desdichados.<sup>36</sup> Los síntomas de empobrecimiento colectivo son visibles a nuestro alrededor porque resultan explícitas las riquezas privadas y la miseria pública. En los últimos 20 años el estado de bienestar ha sido arrojado por la borda y crece sin cesar la brecha de la desigualdad, no sólo entre los países, sino también dentro de los países.<sup>37</sup>

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

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

---

<sup>35</sup> Felber, Ch. (2012), *La economía del bien común*, Deusto, Barcelona.

<sup>36</sup> Smith, A. (2011), *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, Madrid.

<sup>37</sup> Judt, T. (2011), *Algo va mal*, Taurus, Madrid.

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

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

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

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

---

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

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

<sup>41</sup> Daniels, N. (1995), *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>44</sup> Dieterlem, “Bioética y justicia distributiva” ..., pp. 365-367.

<sup>45</sup> Sandel, *Lo que el dinero no puede comprar...*

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

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

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

---

<sup>47</sup> Dworkin, *La democracia posible...*

## 2. EL DERECHO SOBRE EL PROPIO CUERPO Y SUS CONSECUENCIAS

*Manuel Atienza\**

### 1.

La mayor parte de los problemas que se discuten en bioética —y, por tanto, su respuesta— tienen que ver, como parece obvio, con la manera de entender el derecho que un individuo tiene sobre su propio cuerpo. No es que nadie discuta propiamente la existencia de ese derecho, pero parece haber muchas maneras de entenderlo, y cada una de ellas lleva también a resolver de manera distinta las muy variadas cuestiones de carácter moral y jurídico que se plantean en torno al aborto, la eutanasia, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, los trasplantes de órganos, la maternidad por subrogación... Merece la pena, pues, pararse un momento para tratar de clarificar un concepto que quizás sea menos simple de lo que a primera vista pudiera parecer.

Para empezar, y por extraño que pueda resultar a algunos (entre los que me incluyo), muchos juristas siguen pensando hoy que la categoría de los derechos a la que pertenecería el derecho al propio cuerpo (los llamados «derechos de la personalidad») tiene algo de «ilógica», puesto que en ellos la persona es considerada al mismo tiempo como sujeto y como objeto de una relación jurídica lo que, al parecer, constituiría un imposible o, cuando menos, un escollo que habría que salvar. Y de ahí que algunos hayan acudido a hablar de «bienes», en lugar

---

\*Universidad de Alicante

de propiamente «derechos» de la personalidad; o que otros hayan pensado que habría que construir el objeto de ese derecho de manera que no se identifique con el sujeto mismo (ni —por razones obvias— con las cosas en sentido material) (al respecto, ver Puig Brutau, 1979; Gordillo, 1987 y Lacruz Berdejo, 2012). O sea, lo que causa la extrañeza de los civilistas se debe a que su noción de derecho subjetivo (que a su vez ha sido el armazón teórico de la de «derecho fundamental») se ha construido a partir de los derechos de contenido patrimonial que, por su lado, suelen subdividirse en personales (sobre las personas) y reales (sobre las cosas). En el caso de los derechos personales o derechos de crédito suele decirse que el acreedor (como consecuencia, por ejemplo, de la realización de un contrato) tiene la facultad de exigirle al deudor una cierta prestación; y es obvio que uno no puede ser al mismo tiempo acreedor y deudor de sí mismo: nadie puede hacer un contrato consigo mismo. De manera que el derecho sobre el propio cuerpo habría que construirlo como un derecho real (el prototipo es el derecho de propiedad); y entonces surge la dificultad que veíamos (la identificación entre el sujeto y el objeto del derecho) y que, analizada con más cuidado, podría quizás resolverse así: si el cuerpo —nuestro cuerpo— fuese (o en la medida en que sea) una cosa material que pudiera separarse de la propia personalidad, entonces no existiría ese problema, pues sujeto y objeto dejarían de coincidir. Pero, claro, eso no supone tampoco una gran ayuda. Nos permitiría hablar quizás de derechos de propiedad sobre nuestros dientes, nuestros cabellos, nuestras uñas o (limitadamente) nuestra sangre, nuestro esperma, nuestros óvulos... que podemos ver como partes separables de nuestros cuerpos sin que por ello dejemos de ser nosotros mismos; pero no de un derecho de propiedad sobre nuestra vida, sobre nuestros miembros o sobre nuestros órganos vitales. Repárese con todo en que la objeción de los civilistas (quiero decir, la objeción de la que estoy tratando) no afectaría en principio a la posibilidad de que un hombre pueda tener un derecho real (de propiedad) sobre otro hombre o sobre partes de ese hombre (sobre sus órganos), dado que entonces no se produciría ya esa confusión entre sujeto y objeto de derecho. O, mejor dicho, no afecta en la medida en que se considere que algunos hombres no son personas, sino cosas. Así, el Derecho romano reconocía tres tipos de objetos sobre los que podía tenerse derecho de propiedad: las cosas propiamente dichas, los animales y los esclavos. Y la frase que apare-

ce en el Digesto<sup>1</sup> y que con mucha frecuencia se usó luego para defender la idea de que los romanos negaban el derecho al propio cuerpo, en el sentido de que no podían disponer de sus miembros, parece que hay que entenderla referida al *hombre libre*: éste no tenía el derecho de propiedad sobre su propio cuerpo, pero sí podría tenerlo sobre el cuerpo de sus esclavos (que eran cosas, *rei*); de manera que la apelación a esa fórmula romana por parte de los teólogos medievales (*homo non est dominus membrorum suorum*) presuponía el haber prescindido de la anterior distinción, entre hombre libre y siervo (Hervada, 1979: 201).

Pero, en fin, esa dificultad de tipo «técnico» a la que se refieren los juristas es, en realidad, muy fácilmente salvable. Basta con tener en cuenta la crítica que Hans Kelsen realizó hace ya muchas décadas a la división de los derechos en personales (*ius in personam*) y reales (*ius in rem*), en el sentido de que los derechos reales son también derechos con respecto de personas; no consisten, básicamente, en una relación de una persona con una cosa, sino en una relación entre personas.<sup>2</sup> Así, el derecho de propiedad sobre una cosa se traduciría en la obligación que tienen todos los otros individuos de consentir los actos de disposición realizados por el propietario. Y, de manera análoga, podría decirse que el derecho de un individuo sobre el propio cuerpo se traduciría en la obligación de todos los demás de consentir los actos de disposición que él (el propietario) realizara sobre su propio cuerpo (sobre todo él o sobre partes del mismo).

## 2.

Pero con eso no se resuelve, claro está, la dificultad de fondo que entraña esa categoría de los derechos de la personalidad; una categoría que —conviene no olvidarlo— es sumamente reciente: no está presente, por ejemplo, en nuestro código civil, que es de finales del siglo XIX. Y no se resuelve porque lo que en ella está en juego tiene que

---

<sup>1</sup> *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur* (Hervada, 1979: 201). El texto es de Ulpiano: D.X, 2,13.

<sup>2</sup> Kelsen atribuye una motivación ideológica a ese planteamiento: disimular la explotación, el dominio, sobre el hombre que supone el derecho de propiedad capitalista: ver Kelsen, 1979: 143-145.

ver muy estrechamente nada más y nada menos que con tres de los conceptos más difíciles y más básicos de la filosofía jurídica y moral desde la época moderna: el de derecho (con minúscula), el de persona y el de dignidad. A fin de aclararlos y de mostrar cómo están ligados entre sí, empezaré por señalar cómo los entiende un gran jurista contemporáneo, Luigi Ferrajoli, y procederé luego a añadir algunos elementos adicionales para poder obtener, como resultado final, una visión satisfactoria de los mismos.

## 2.1.

Ferrajoli construye su noción de «derechos fundamentales» a partir de la de «derecho subjetivo» y lo hace además en términos puramente formales. «Son “derechos fundamentales” —nos dice— todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar» (Ferrajoli, 1999: 37). Y aclara inmediatamente que por «derecho subjetivo» entiende «cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica»; y por *status*, «la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas» (Ferrajoli, 1999: 37). A ello hay que añadir que «universalmente» tiene para él un sentido puramente lógico y avalorativo. O sea, se trata simplemente de que la norma que establece el derecho en cuestión esté formulada de manera que incluya a todos los individuos de la clase de los sujetos que son titulares de los derechos (las personas, los ciudadanos o las personas capaces de obrar). Por ejemplo: «todos [todas las personas] tienen derecho a la vida (aunque el “todos” no incluya a los no nacidos)» (Artículo 10, CE); o «todos los españoles son iguales [tienen derecho a ser tratados por igual —o a no ser discriminados en relación con determinadas circunstancias: sexo, raza, etcétera] ante la ley» (Artículo 14, CE). Pero como ese requisito de la universalidad es puramente formal, de ahí se sigue también una conclusión que parecería antiintuitiva: «si fuera establecido como universal —afirma Ferrajoli— un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios



conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental» (Ferrajoli, 1999: 38).

A partir de aquí, Ferrajoli traza una clasificación de los derechos fundamentales como resultado de la combinación de dos grandes divisiones: por un lado, entre derechos de la personalidad (que corresponden a todos) y derechos de la ciudadanía (que corresponden sólo a los ciudadanos); y, por otro lado, entre derechos primarios (o sustanciales: corresponden a todos) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía: corresponden sólo a las personas con capacidad de obrar). Tendríamos, al final, cuatro clases de derechos fundamentales: los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos; los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar; y los *derechos políticos*, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar.

Un aspecto que en el planteamiento de Ferrajoli resulta de gran interés, y que afecta directamente al tema que aquí nos interesa, es la diferencia que traza entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. Desde el punto de vista de su forma o estructura, esas diferencias se concretan en los cuatro rasgos siguientes: 1) Los derechos fundamentales son derechos universales en el sentido —lógico, formal— que hemos visto, mientras que los patrimoniales son singulares, o sea, para cada uno de esos derechos existe un titular con exclusión de los demás; de manera que los primeros «están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida», mientras que los segundos «pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad» (Ferrajoli, 1999: 46). Aquí es importante precisar que una cosa es «el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad» (derecho reconducible —según Ferrajoli— a la clase de los derechos civiles); y otra el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien (este último es el que resulta excluyente y está en la base de la desigualdad jurídica). 2) Los derechos fundamentales (a diferencia de los patrimoniales) son indisponibles, inalienables, inviolables, intransferibles y personalísimos. 3) Los derechos patrimoniales están destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos, mientras que los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley

(habitualmente, de rango constitucional). O, dicho de otra manera, «mientras que los derechos fundamentales *son normas*, los derechos patrimoniales *son predispuestos por normas*» (por ejemplo, la propiedad de la computadora con la que estoy escribiendo este trabajo no está dispuesta, sino predispuesta por normas del código civil que hicieron posible que lo adquiriera a través de un contrato de compraventa; pero mi libertad para expresarme en este texto con libertad está dispuesta en un artículo de la Constitución española). 4) Los derechos patrimoniales son *horizontales* y los fundamentales, *verticales*; eso quiere decir básicamente que los primeros pertenecen a la esfera privada (al derecho patrimonial le corresponde —en los derechos reales— la prohibición genérica de no lesión por parte de los demás o —en el caso de los derechos personales de crédito— el deber de llevar a cabo una prestación por parte de la persona obligada), mientras que los segundos, los derechos fundamentales, se insertan en la esfera pública estatal, o sea, los límites y vínculos establecidos para su tutela son (básicamente) prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado.

Si el análisis anterior lo trasladamos al derecho al propio cuerpo (en donde podríamos incluir el derecho a la vida, a la salud, a la integridad corporal y quizás también a la libertad personal; constituyen lo que en ocasiones [Puig Brutau, 1979] se denomina «derechos de la personalidad en la esfera física», y se contraponen a los «derechos de la personalidad en la esfera moral»: el derecho al nombre, al honor o a la intimidad), parece obvio que los mismos pertenecerían a la categoría de los derechos humanos: los que corresponden a todos, a todas las personas; aunque podría pensarse que esos derechos (o el ejercicio de los mismos) involucran también elementos característicos de los derechos civiles, los derechos de autonomía, pues sólo quienes gozan de capacidad de obrar (pueden prestar su consentimiento) pueden también tomar decisiones sobre su propio cuerpo. Pero lo que ya no está tan claro es si esos derechos fundamentales no tienen también algún elemento característico de los derechos patrimoniales. Más en concreto, parece que esto podría ocurrir en relación con la característica de la universalidad, que es uno de los rasgos que, según Ferrajoli, separan a los derechos fundamentales de los patrimoniales. Pues es cierto que el derecho al propio cuerpo corresponde en principio a todos «en igual forma y medida» (de la misma manera que el derecho a ser propietario que Ferrajoli considera —re-

cuérdese— como uno de los derechos civiles, y un derecho distinto del derecho de propiedad sobre tal o cual bien). Pero al igual que el derecho concreto de propiedad sobre determinados bienes es excluyente y puede suponer condenar a otros a la pobreza (dado que los bienes, la riqueza, es algo limitado), lo mismo podría ocurrir también en relación con el derecho que uno tiene sobre su propio cuerpo y sobre sus órganos: o sea, dadas las condiciones de escasez (hay menos órganos disponibles para ser trasplantados de los que se necesitan), el ejercicio de ese derecho sobre el propio cuerpo sí que parece tener efectos excluyentes en otros (quienes necesitarían de un órgano vital). Y esa dificultad podría darse también en relación con otra de las características de los derechos fundamentales: su indisponibilidad. Pues si yo decido donar uno de mis pulmones para que pueda ser trasplantado a alguien que lo necesite, ¿no estoy acaso disponiendo del mismo? ¿O sólo cabe hablar de disposición si esa cesión no es completamente desinteresada? ¿Pero acaso no puedo yo disponer de un bien de mi propiedad (un automóvil, una casa) de manera completamente desinteresada? ¿Y dejaría por eso (si actúo de manera desinteresada) de ejercer un derecho patrimonial? Y, en fin, si los derechos al propio cuerpo no son de carácter patrimonial, sino derechos fundamentales, ¿significa eso que nunca podría aceptarse que alguien reciba una compensación (por ejemplo, una cantidad económica) por haber cedido un órgano a otro? ¿Tampoco si esa compensación no beneficia a ninguna persona en particular sino que, al ser satisfecha —pongamos por caso— por el sistema público de salud de un determinado país, a lo que está dirigida es a que pueda contarse con un número mayor de órganos? ¿Y no podría una mujer (no sería moralmente lícito) disponer de su propio cuerpo, en el sentido de presartarse para llevar a delante un embarazo, a cambio de una suma de dinero? ¿Por qué no? Y, en definitiva, ¿resulta adecuada a la categoría de derechos que aquí nos interesan la caracterización que Ferrajoli hace de los derechos fundamentales?

## 2.2.

Pues bien, estos y otros problemas que, como sabemos, plantean los derechos al propio cuerpo no pueden solucionarse, me parece, en el marco de una teoría de los derechos como la de Ferrajoli, precisa-

mente porque la suya es una teoría, como veíamos, puramente formal y circunscrita al Derecho positivo: al Derecho positivo de un Estado o al Derecho internacional. Nos es útil como punto de partida, pero las respuestas a preguntas como las anteriores exigen tomar en consideración, además de elementos de carácter formal y estructural, otros que son inevitablemente sustantivos y de índole inequívocamente moral. Esto es así por un doble orden de razones. Por un lado, porque uno podría plantearse no únicamente la cuestión de qué es lo que dice el Derecho español o el Derecho internacional de los derechos humanos en materia de trasplantes, de derecho a la vida, de uso de las técnicas de reproducción humana asistida, etcétera, sino también qué es lo que moralmente estaría justificado que estableciese al respecto un sistema jurídico, aunque de hecho no lo haga. No conviene olvidar que muchas veces hablamos de derechos humanos o de derechos fundamentales para oponerlos a los derechos propiamente jurídicos; los derechos humanos, en su sentido más radical, son entidades de carácter moral. Y, por otro lado, porque incluso en el caso de que aceptáramos que los derechos al propio cuerpo debemos entenderlos precisa y exclusivamente en el sentido en que han sido establecidos en ciertos textos jurídicos (por ejemplo, en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO), la identificación e interpretación de esos derechos no puede hacerse al margen de una teoría moral. Más en concreto, los derechos son algo más que posiciones normativas (expectativas positivas y negativas, en la terminología de Ferrajoli) en las que se sitúan ciertos sujetos; son también —sobre todo— los bienes y los valores que tratan de satisfacerse mediante esa articulación normativa. En el caso de los derechos de la personalidad, se trata obviamente del valor que solemos designar como dignidad, de manera que necesitamos ahora entrar a analizar esos conceptos: el de persona y el de dignidad.

Y hablar de persona y de dignidad supone necesariamente referirse a Kant, a la segunda formulación del imperativo categórico (el deber de tratar a los demás y de tratarnos a nosotros mismos como fines en sí mismos y no meramente como instrumentos) y a la caracterización de las personas, frente a las cosas, como entidades dotadas de dignidad (las cosas tienen un precio y pueden intercambiarse unas con otras o a través del dinero, pero las personas —o los seres racionales— poseen un valor absoluto, incondicionado, y merecen por ello respeto). Pues bien, hay una interpretación de la concepción kantiana al res-

pecto que enlaza muy directamente con lo que aquí estamos considerando. En efecto, según Manuel Jiménez Redondo, la idea de persona le nace a Kant de su formación jurídica y tiene su origen en las *Instituciones*, que es una de las obras que componen el *Corpus Iuris Civilis* y con la que Kant habría estado familiarizado. En las *Instituciones*, la división suprema del Derecho de las personas viene dada por la contraposición entre el estado de libertad y el de servidumbre (pero no hay, en esa obra de carácter didáctico, una definición de persona). Y en relación con el Derecho de las cosas (la otra rama del Derecho patrimonial), la división fundamental que aparece en las *Instituciones* se traza entre las cosas que están o pueden estar en nuestro patrimonio (una de esas cosas serían los esclavos) y las que ni están ni pueden estar. Y, a su vez, dentro de este segundo grupo hay ciertas cosas que no pueden ser objeto de apropiación porque *por esencia* son cosas de nadie; y conviene recalcar esa idea: no se trata de cosas que pertenecen a todos los hombres (el aire, el mar) o a la colectividad (los estadios o los teatros), sino que no pertenecen a nadie. Se trata de las cosas sagradas, religiosas y santas:

*Cosas sacras* son las cosas consagradas a Dios conforme a los ritos de los pontífices, como son los templos y las ofrendas. Las cosas sagradas no pueden fundarse por nuestra propia autoridad, pues si alguien por su propia autoridad se constituyese en algo sacro, no sería algo sacro sino profano. *Cosas religiosas* son las que tienen que ver con la muerte, principalmente los sepulcros; éstos son el símbolo de que la existencia humana en su tenerse a sí misma, se tiene en usufructo, no en propiedad; es propiedad de los dioses y éstos, llegada la hora, se personarán a reclamar lo que es suyo como propietarios de ella. *Cosas santas*, como son los muros y las puertas de la ciudad, son aquéllas que señalan el límite dentro del cual es posible una existencia y coexistencia articuladas y solidarias con base en lo sacro y en lo religioso, y más allá de lo cual comienza la desarticulación, lo extraño, lo caótico, la que para la existencia no es medida sino carencia de ella (Jiménez Redondo, 2013: 26).

Pues bien, la noción de persona de Kant, como algo que es *un fin en sí mismo*, se habría construido precisamente a partir de esa categoría de las cosas que no pertenecen a nadie:

Y podríamos entonces decir que, así como la existencia antigua se basa en una transferencia del derecho de personas al derecho de cosas por la que una clase de personas quedan convertidas en cosas en el sentido de cosas que por esencia pueden estar en nuestro patrimonio, la existencia moderna se basa al contrario en una transferencia del derecho de cosas al de personas, por la que la persona, y *necesariamente toda persona*, queda entendida conforme a una categoría de cosas, las *cosas que esencialmente son de nadie*, que son las cosas sagradas, religiosas y santas, y por cierto la única cosa sagrada, religiosa y santa (Jiménez Redondo, 2013: 26).

Y esa curiosa transferencia de significado lleva también a Kant a entender la persona (y su dignidad) en términos que cabría calificar de extrema radicalidad: «El hombre, en palabras de Kant, no tiene *pre-cio* porque esencialmente no puede pertenecer al patrimonio de nadie ni quedar en el patrimonio de nadie, ni individual ni colectivo, y ni siquiera pertenecerse a sí mismo» (Jiménez Redondo, 2013: 28).

Para comprender bien esta noción de persona, merece la pena detenerse un momento para ver a qué otras nociones de persona, de individuo humano, se contraponen.

Por supuesto, se contraponen a la noción antigua, pero no sólo porque en Grecia o en Roma hubiese seres humanos a los que no se les reconocía la calidad de personas, sino porque a los individuos que son personas (si se quiere, a los ciudadanos de la *polis*) no se les ve tampoco (me refiero a la concepción predominante en el pensamiento griego), o al menos no completamente, como fines en sí mismos y para sí mismos. El ciudadano griego o romano no se pertenece a sí mismo, sino que pertenece a (es parte de) la *polis*, de la ciudad. Eso explica, por ejemplo, que cuando en la *Ética a Nicómaco* (Aristóteles, 1981: V 9) Aristóteles se plantea la causa de la ilicitud del suicidio, su razonamiento viene a ser el siguiente. Quien voluntariamente se quita la vida actúa injustamente, pero ¿contra quién?, se pregunta. No es posible, en su opinión, ser injusto consigo mismo porque «por necesidad lo justo y lo injusto requieren más de una persona», y de ahí su conclusión de que el suicida actúa injustamente pero no contra sí mismo, sino contra la ciudad. Y otro tanto cabría decir en relación con las mutilaciones. En definitiva, el hombre, en esa concepción, no es completamente dueño de sí mismo ni de sus miembros.

También se opone a la idea de persona del cristianismo. Si se quiere, ahora, al menos incoactivamente, todos los hombres serían personas y estarían dotados de la misma dignidad en cuanto hijos de Dios; pero ya sabemos que en las sociedades inspiradas en el cristianismo esos planteamientos no tuvieron las consecuencias que serían de prever: las sociedades cristianas fueron perfectamente compatibles con la servidumbre y con la esclavitud. En todo caso, según esa concepción religiosa de la existencia, el hombre no es un fin en sí mismo o, si se quiere, sólo lo es de una manera limitada. Como señala Javier Hervada, «el hombre sólo es fin en sí mismo de modo relativo, no total». El hombre «es persona por participación y, consecuentemente, la persona humana sólo participa finita y limitadamente del ser personal, cuya plenitud —es el analogante— sólo encontramos en Dios» (Hervada, 1975: 222). Y este autor da la siguiente explicación (que, en realidad, deriva de la idea de que la vida es un don de Dios) de por qué el hombre no es dueño de sí mismo ni de sus miembros o, si se quiere, no ejerce un dominio absoluto sobre su propio cuerpo:

La expresión de los moralistas —*homo non est dominus membrorum suorum*— quiere significar que, en el plano moral, el hombre no es un ser absoluto, dejado a su libre arbitrio como único criterio del bien y del mal. En otras palabras, significa por una parte el principio de la finalidad y, por otra, la existencia de la ley natural, que incide en la vida, en la salud y en la integridad física, de tal modo que estos tres bienes — que se resumen en la vida, la salud o vitalidad y la integridad del cuerpo—, no están dejados a la arbitrariedad del hombre ni a su libre disposición. El dominio, verdadero pero finito y dependiente, es un dominio para unos fines y conforme a unas reglas (Hervada, 1975: 224).

De ahí se deriva que «lo primario que aparece respecto de la vida, la salud y la integridad física sea un deber: el deber de conservarlos» (Hervada, 1975: 224). Y que «jurídicamente, el derecho que el hombre tiene sobre su vida, su salud y sus miembros no es un derecho de propiedad, sino un derecho de otro tipo: es un *derecho natural y fundamental* a existir y a conservar íntegras sus facultades, el derecho a ser y vivir» (Hervada, 1975: 226).

Dicho de otra manera, el hombre no tiene libertad para disponer ni de su vida ni de su propio cuerpo, porque no se pertenece a sí mis-

mo. Tampoco pertenece a la comunidad. Pertenece a Dios, es una criatura suya.

Y, en fin, la noción de Kant de persona es también distinta a la de un liberal como Locke. En el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Locke vincula la idea de libertad con la de propiedad y afirma que «la propiedad de su persona la tiene cada hombre. Nadie a excepción de él mismo tiene derecho alguno sobre ella» (Locke, 1981: 5). De manera que su noción de persona implica la idea de libertad y de igualdad (todas las personas son libres e iguales: igualmente libres), pero el hombre no es visto por Locke como un fin en sí mismo, sino como un fin para sí mismo. Jiménez Redondo lo presenta así:

Según estas explicaciones de Locke (...), el hombre no es algo de lo que otro pueda disponer como una cosa, ya que no está ni para otra cosa ni para otro, y, por tanto, en este sentido no es un medio o no es sólo un medio del que otro se pueda servir, sino que es un fin o siempre también un fin, ya no un fin relativo sino absoluto. Ahora bien, él tiene la *propiedad de sí*. Por tanto, no siendo sino un fin, o siendo siempre también un fin respecto a los demás y respecto a cualquier otra cosa, es, sin embargo, un fin con derecho a disponer de sí como propietario de sí. El hombre, por tanto, es un fin que como fin se duplica en fin y medio y es fin sólo para él en el sentido de poder ser un medio completo para sí mismo, del que él podría disponer enteramente según su arbitrio. Él es *un fin para sí* (Jiménez Redondo, 2013: 19).<sup>3</sup>

### 3.

Creo que es muy importante darse cuenta de la diferencia que va entre la concepción, digamos, puramente liberal de la persona, y la

---

<sup>3</sup> Conviene aclarar, de todas formas, que aunque Locke afirme que el individuo es el propietario de su cuerpo, sin embargo, sostiene también que «nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo» (Locke, 1981: 135). Un estado de libertad no es, precisa Locke, lo mismo que un estado de licencia: «aunque el hombre tenga en semejante estado [de naturaleza] una libertad sin límites para disponer de su propia persona y de sus propiedades, esa libertad no le confiere derecho a destruirse a sí mismo» (Locke, 1981: 6). Y la razón es que, «siendo los hombres la obra de un Hacedor omnipotente», «son propiedad de ese Hacedor y Señor» (Locke, 1981: 7). Pero parece obvio que el liberalismo, una vez despojado de esas ataduras religiosas, lleva en su lógica interna la consecuencia de que el individuo es el dueño completo de su propio cuerpo.



concepción kantiana. Ambas son alternativas a la visión religiosa (o a la visión comunitarista), pero no es lo mismo pensar que cada uno es dueño de su propio cuerpo y, por tanto, puede usar de él como le parezca (con el límite que vendría a ser el equivalente al que solemos poner en relación con la libertad: que sea compatible con el ejercicio de esos derechos por parte de los demás); o bien que no lo es nadie y que, por tanto, tampoco el individuo puede usar de su cuerpo —ni, por supuesto, del de los otros— a su arbitrio: tiene que tratarse a sí mismo como una persona, como un fin en sí mismo (no como un mero instrumento), al mismo tiempo que también tiene, naturalmente, que tratar a los demás de esa manera: «obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (Kant, 1973: 84). Y eso es lo que explica que Kant considerase moralmente ilícito el suicidio, aunque me parece que uno podría, suscribiendo centralmente la filosofía moral kantiana, discrepar de esa tesis. Pero, en todo caso, el argumento de Kant era que el suicida (el que, por ejemplo, se quita la vida para evitarse graves sufrimientos) no se trataría a sí mismo como un fin, sino como un instrumento.<sup>4</sup> No estaría cometiendo un acto injusto ni contra sí mismo (pues él no es el propietario de su cuerpo), ni contra la comunidad, ni contra Dios, sino contra la idea misma de humanidad, de moralidad; el que se suicida se trata a sí mismo indignamente, pero la ofensa tiene una dimensión que va más allá del individuo, porque éste estaría negando en su persona la posibilidad de la moralidad.

Una consecuencia muy importante de esto último es que, así entendida, la dignidad no puede reducirse a autonomía. Éste es, precisamente, uno de los temas centrales que pueden encontrarse en diversos trabajos sobre la dignidad aparecidos en el libro que coordinó hace algunos años María Casado: *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO* (Civitas, 2009). Frente a la propuesta de autores como Macklin, Pinker o Mosterín, que habían sugerido prescindir del «in-

---

<sup>4</sup> Aunque esta afirmación puede ser matizada. Así, a propósito de un pasaje de la *Metafísica de las costumbres*, Rawls escribe lo siguiente: «Yo no interpreto este pasaje en el sentido de que el suicidio es siempre malo. Antes bien, dice que siempre necesita una autorización moral, la cual no puede ser otorgada por los fines queridos por la inclinación natural. Las cuestiones casuísticas que Kant enumera en esta sección implican que dicha autorización puede ser otorgada por razones de obligación en conflicto» (Rawls, 2007: 246).

tratable» concepto de dignidad y sustituirlo por el de autonomía (entendiendo por tal, aproximadamente, el deber de respetar las decisiones de los individuos, al menos mientras éstas no causen daño a otro), casi todos los que escriben en ese libro a propósito de la dignidad defienden que esa tesis constituye un error, aunque reconocen que el de dignidad no es precisamente un concepto fácil de precisar y que, de alguna forma, dignidad y autonomía son conceptos necesariamente vinculados entre sí. Así, por ejemplo, Ricardo García Manrique, al proponer una reconfiguración de la dignidad en el ámbito de la bioética, parte de que «la base de la dignidad humana es la capacidad para la autonomía moral de los seres humanos», pero esa capacidad sólo sería valiosa en la medida en que pueda «ser ejercida para aproximarse al ideal de lo humano». Ideal que queda «más allá de lo autónomo». Pero además, la dignidad supone, en su opinión, un límite (un límite sustantivo, no simplemente formal) a la autonomía no sólo en el plano individual, sino también en el ejercicio colectivo de la autonomía; así es como interpreta el artículo 12 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, cuando establece que «no se podrá atentar contra la dignidad humana mediante la invocación de consideraciones relativas a la diversidad cultural y el pluralismo, cuya importancia reconoce la *Declaración*» (García Manrique, 2009: 55-56, 60). O sea, la dignidad supone también un límite para la democracia.

Pues bien, siguiendo con lo anterior (con la idea kantiana y no meramente liberal de persona y de dignidad), parece que no sería, por ejemplo, aceptable que alguien adujera una razón del tipo de «mi cuerpo es mío y hago con él lo que quiero» para justificar acciones que pudieran suponer quitarse la vida, mutilarse, abortar, donar un órgano, consumir cierto tipo de drogas, etcétera. Pablo de Lora y Marina Gascón, en relación con el problema de los trasplantes de órganos, recogen unas declaraciones de quien era ministro de Sanidad en España en septiembre de 2008, Bernat Soria (referidas a la eutanasia, pero generalizables a muchos otros casos): «hay un principio básico que separa dos formas de pensar: quien piensa que el propietario del cuerpo es uno mismo, y quien piensa que es alguien, una iglesia, una institución o un partido político. El Partido Socialista dice: el propietario del cuerpo eres tú». A lo que De Lora y Gascón añaden este comentario: «lo dice el Partido Socialista y la inmensa mayoría de los individuos. Lo afirmó en su día como axioma la escuela iusnaturalista

racionalista con Samuel Puffendorf y Hugo Grocio a la cabeza». (De Lora y Gascón, 2008: 189). Lo cual puede ser muy cierto, pero hay que insistir en que esa opinión entra en contradicción no sólo con concepciones religiosas o totalitarias de la persona, como señalaba el ministro, sino también con la noción de dignidad de Kant.

Uno de los ejemplos que este último autor pone de lo que iría contra el imperativo categórico (lo trae a colación a propósito de las diversas formulaciones del imperativo categórico puesto que, para Kant, se trata de tres formulaciones de una misma ley moral) es el del individuo que «prefiere ir a la caza de los placeres que esforzarse por ampliar y mejorar sus felices disposiciones naturales» (Kant, 1973: 75); o sea, no sólo quien se quita la vida o se causa un daño físico a sí mismo, sino también quien no hace lo posible por desarrollar sus talentos, sus capacidades, no se estaría tratando a sí mismo con la dignidad que corresponde a un ser racional. Dicho si se quiere de otra manera, el libre desarrollo de la personalidad no sería simplemente un derecho, sino un deber del individuo.<sup>5</sup> Ahora bien, este peligro de perfeccionismo moral que uno podría ver en la concepción kantiana de dignidad resulta, en mi opinión, desactivado, cuando se consideran las tres circunstancias siguientes que permitirían quizás llegar, desde presupuestos morales de tipo kantiano, a consecuencias seguramente no muy diferentes a las que se derivarían del esquema liberal clásico.

La primera es la separación entre el Derecho y la moral establecida por Kant y que no permite pasar del juicio de que tal tipo de acción (la antes indicada u otras semejantes) es contraria a la moral, a defender que, por lo tanto, esa conducta debe estar estipulada también como un ilícito jurídico. Más bien al contrario. Como también señala Jiménez Redondo (interpretando la tesis de la separación de Kant entre el Derecho y la moral):

[E]l [D]erecho libera a quien está sujeto a él de la necesidad de ser virtuoso, precisamente en atención al derecho de los demás; es decir, al ejercicio de la igual libertad. El [D]erecho, por tanto, se desliga así enteramente de la moral precisamente en virtud de que el hombre nunca debe ser tratado simplemente como un medio sino siempre también

---

<sup>5</sup> Y un deber hacia sí mismo y hacia los otros: estamos obligados a hacer lo posible para que los otros (cualquier otro) pueda(n) desarrollarse personalmente.

como un fin en sí(...) precisamente en virtud de que la *persona* es algo *sagrado*, el [D]erecho no está ni para convertirse en instrumento ni de la moralidad kantiana ni otro tipo de moralidad (Jiménez Redondo, 2013: 30).

Y aunque uno no suscriba del todo (como es mi caso) la manera kantiana de entender las relaciones entre el Derecho y la moral, hay un punto de la teoría que me parece incuestionable: el que haya motivos para, o esté justificado, calificar un comportamiento como inmoral, no supone que deba entonces ser considerado como un ilícito jurídico. Es más, constituye incluso un derecho humano, un derecho fundamental, el no ser sancionado (que no se ejerza la coacción contra alguien) simplemente porque su comportamiento no sea un comportamiento moral: ni todo lo inmoral es (debe ser) antijurídico, ni todo lo jurídico es moral.

La segunda consideración se refiere al carácter de límite o de negación que, esencialmente, supone la noción kantiana de dignidad, tomada en términos normativos; no es puramente formal, sino que contiene un elemento sustantivo, pero que adopta más bien una forma negativa. Sobre esto ha insistido mucho Javier Muguerza: lo que, sobre todo, supone el imperativo de los fines es la exigencia de decir «no», de discrepar incluso frente a las decisiones de la mayoría; suministra un fundamento para desobedecer, pero no para imponer a otros una decisión. Y de ahí que él llegue incluso a ver en el disenso el fundamento de los derechos humanos y proponga esta formulación en términos negativos del imperativo de los fines: «no nos dice en rigor “lo que” debemos hacer, sino más bien lo que “no debemos”, a saber, no debemos tratarnos, ni tratar a nadie, a título exclusivamente instrumental» (Muguerza, 1998: 64). Pero, además, el destinatario del mismo sería más bien el individuo y no las instituciones. O sea, de nuevo, la radicalidad del mensaje kantiano parece que habría que circunscribirla fundamentalmente al ámbito de la ética individual.

Y, finalmente, la tercera consideración que marca un límite a ese peligro de perfeccionismo moral deriva de la necesidad de interpretar la noción de persona (y de dignidad) de Kant en un sentido funcional, fuese ésta o no la intención del filósofo. Aquí vuelve a resultar muy útil la lectura de Jiménez Redondo que antes veíamos. De la misma manera, podríamos decir, que la función de las cosas que son esencialmente de nadie es la de fijar ciertos límites que hagan posible una vida

civilizada dentro de la *polis*, la función de la noción de persona es la de hacer posible que, quien es persona, pueda llevar adelante una vida moralmente satisfactoria, pueda desarrollar libremente su personalidad. Y, por eso, cuando deja de existir esa posibilidad, no cabe pensar ya que quien decide terminar con su vida física esté atentando también contra su dignidad. Por eso decía antes que el suicidio (mejor, el suicidio en ciertas circunstancias) no tenía por qué verse como un atentado contra el imperativo categórico.

#### 4.

Y vayamos ahora a examinar las consecuencias que una concepción de los derechos sobre el propio cuerpo basada en la noción de persona y de dignidad kantianas tienen en relación con la bioética. Para ello, permítaseme que resuma brevemente las tesis que defendí en un trabajo que se publicó hace 20 años (Atienza, 1996) y en el que hacía una propuesta metodológica sobre cómo abordar los problemas de la bioética.

En mi opinión, si se examinaban con cuidado los llamados «principios de la bioética», se podía llegar a la conclusión de que éstos pretenden ofrecer una respuesta, básicamente, a estos cuatro problemas generales, que tienen como trasfondo la vida, la salud y la integridad de las personas: 1) ¿quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?; 2) ¿qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?; 3) ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?; y 4) ¿qué se debe decir, y a quién? Y pensaba también que esos cuatro problemas venían a ser una concreción (en un campo específico) de la pregunta general de la ética: ¿qué debo (qué se debe) hacer? La respuesta tendría que coincidir entonces con los principios de la ética *tout court* y yo trataba de mostrar que los principios de la bioética eran, efectivamente, especificaciones de las cuatro formulaciones que Kant atribuía al imperativo categórico, esto es, de los principios de autonomía, dignidad, universalidad (igualdad) y publicidad que, a su vez, estaban ligados a los rasgos que caracterizan a las personas: nadie puede decidir por nosotros, si podemos hacerlo; no se nos instrumentaliza, esto es, se nos respeta; no se nos trata peor que a los demás; podemos conocer para decidir. Formulaba así lo que llamaba «principios primarios de la bioética»:

- *Principio de autonomía*: Cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta (aquí, en particular, sobre su vida y salud).
- *Principio de dignidad*: Ningún ser humano puede ser tratado como un simple medio.
- *Principio de universalidad* (o de igualdad): Quienes están en las mismas condiciones deben ser tratados de manera igual.
- *Principio de información*: Todos los individuos tienen derecho a saber lo que les afecta (aquí, lo que afecta a su salud).

Esos cuatro principios es todo lo que necesitamos para resolver lo que puede llamarse —recurriendo a terminología jurídica— casos fáciles. Pero hay supuestos —los casos difíciles— en los que esos principios resultan insuficientes. Por ejemplo, ¿qué hacer si la persona afectada no puede tomar decisiones por su corta edad o porque está en estado de inconsciencia? ¿No supone el trasplante de vivo tratar a una persona como un simple medio en beneficio de otro? ¿Respetan las listas de trasplantes (tomar, por ejemplo, en consideración la edad o los hábitos de vida de una persona) el principio de igualdad? Las insuficiencias de los anteriores principios para contestar a estas últimas cuestiones no derivan de que pensemos que hay casos en que esos principios no se pueden respetar; o sea, no puede ser que tengamos que aceptar que hay ocasiones en que puede ser lícito conculcar la autonomía, la dignidad, etcétera. Sino más bien de que esos principios están formulados de manera muy abierta, de tal forma que pueden darse ciertos conjuntos de circunstancias que justifiquen tomar una decisión sin contar con el consentimiento del afectado, realizar una acción que supone un daño para una persona, establecer una cierta diferencia de trato entre dos personas o no decirle a alguien la verdad. Pero lo que sirve de justificación a los que en aquel trabajo llamaba «principios secundarios» (o sea, el establecimiento de excepciones a los primarios) no puede ser otra cosa que el respeto a la autonomía, a la dignidad, a la igualdad.<sup>6</sup> Por ejemplo, una decisión paternalista se justifica porque es la manera de permitir que alguien pueda llegar a ser autónomo, que no se le instrumentalice, etcétera; el daño que esté

---

<sup>6</sup> La información (el derecho a conocer) podría considerarse como una condición para poder decidir y, naturalmente, deja de tener sentido si uno no está en condiciones de poder decidir.

justificado infligir a una persona no puede suponer incurrir en un trato degradante o arbitrario; una medida de acción afirmativa no puede significar tratar a alguien con menos consideración y respeto que a otro, etcétera. Y ese tipo de relación entre los principios primarios y los secundarios es lo que me llevaba también a establecer en el discurso práctico una prioridad a favor de los primeros que podría adoptar la forma de una regla de carga de la argumentación: quien pretende utilizar, para la resolución de un caso, uno de esos principios secundarios tiene que probar que, efectivamente, se dan las circunstancias de aplicación de alguno o varios de esos principios. En concreto, mi construcción de los cuatro principios secundarios correspondientes a los anteriores (no son, pues, la negación, sino un complemento o una especificación de aquéllos), era como sigue:

*Principio de paternalismo justificado:* Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o a la salud de otro si: 1) este último está en una situación de incompetencia básica; 2) la medida supone un beneficio objetivo para él; y 3) se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.

*Principio de utilitarismo restringido:* Es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o que le supone un daño) si con ella: 1) se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros; 2) se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría); y 3) se trata de una medida no degradante.

*Principio de la diferencia:* Es lícito tratar a una persona de manera distinta que a otra si: 1) la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable; 2) produce un beneficio apreciable en otra u otras; y 3) se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.

*Principio del secreto:* Es lícito ocultar a una persona informaciones que afectan a su salud si con ello: 1) se respeta su personalidad; o 2) se hace posible una investigación a la que ha prestado consentimiento.

Ahora bien, todos estos principios, y aun aceptando que se aceptan las formulaciones que acabo de proponer, no nos permiten siempre resolver, sin más ayuda, la diversidad de casos difíciles que pueden surgir en la bioética. Por un lado, porque pueden darse otras circunstancias no tomadas en cuenta y que podrían llevar a la formulación de nuevos

principios. Y, por otro lado, porque aunque nos circunscribiéramos a los anteriores, ellos necesitan ser precisados —concretados— en forma de reglas: qué significa incompetencia básica; hasta dónde puede llegar el riesgo para una persona y el beneficio para otra; etcétera. La conclusión a lo que me llevaba todo lo anterior (y que presentaba en forma de un «cuadro de la bioética») era a considerar que el problema fundamental de la bioética es el de pasar del nivel de los principios al de las reglas, o sea:

Construir, a partir de los anteriores principios —que, con alguna que otra variación gozan de un amplio consenso— un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso. La bioética tendría que proporcionarnos, por así decirlo, la satisfacción de comprobar que nuestros problemas prácticos pueden ser resueltos (al menos en un buen número de casos) sin dejar de ser fieles a nuestros principios (Atienza, 1996: 72).

## 5.

Y ha llegado entonces el momento de comprobar si efectivamente es así a propósito de una serie de casos que parecen involucrar sobre todo la cuestión de los límites en relación con los derechos sobre el propio cuerpo (cuál es el juego, entonces, entre el principio de dignidad y el de utilitarismo restringido) y que últimamente han sido objeto de diversas polémicas.

### 5.1.

Un caso extraño pero que, precisamente por su rareza, parece útil discutir es el de los *wannabee*, o sea, los que desean ser mutilados para sentirse *completos* (*I wanna be*). En un interesante artículo sobre ese asunto, Macario Alemany manifiesta tener dudas sobre la licitud o no del comportamiento de los cirujanos que llevan a cabo esas intervenciones, pero finalmente parece optar por dar una respuesta cautelosamente afirmativa: «no es descartable la licitud de las



amputaciones voluntarias para algunos casos extraordinarios» (Alemany, 2014: 245).

Su razonamiento para llegar ahí arranca del presupuesto de que a un médico le estaría permitido aplicar una medida que suponga un daño físico y/o psíquico si se dan conjuntamente estas dos condiciones: «(1) que la medida sea idónea y necesaria para evitar un daño mayor físico o psíquico a la misma persona sobre la que se interviene y (2) que se proceda de forma respetuosa con la autonomía individual. A la primera condición —añade— la voy a denominar la condición de la responsabilidad médica y, a la segunda, la condición del respeto por la autonomía» (Alemany, 2014: 234). Como se ve, se trata del principio que yo denominaba de «utilitarismo restringido», pero con la salvedad de que él no incluye la condición de que se trate de una medida no degradante. Podría pensarse que, de esa manera, lo que Alemany está haciendo es eludir la cuestión de la dignidad, pero quizás no sea del todo así, sino que, simplemente, esta última noción estaría incluida en la de daño. Veámoslo.

Una manera de interpretar el planteamiento de Alemany sería, en efecto, considerar que él parte de la noción liberal de persona, y no de la noción kantiana, ligada a la idea de dignidad. Se explica así que su argumentación se centre en discutir las condiciones bajo las cuales cabe decir que el consentimiento se ha otorgado de manera autónoma, y en cómo hay que entender la noción de daño y, en particular, si en esos supuestos puede decirse (dadas ciertas condiciones) que con la amputación de un miembro se puede evitar un daño psicológico de gran entidad. Alemany considera que su presupuesto (las dos condiciones antes señaladas) viene a operar en su razonamiento como la «garantía», en términos de Toulmin. Pero esa garantía tiene (para seguir con la terminología de Toulmin), un «respaldo», implícito, que sería la noción liberal de persona. O sea, que su razonamiento completo vendría a ser éste: «dado que cada individuo es el propietario de su cuerpo, que X muestra fehacientemente su deseo de ser amputado y que la amputación va a suponer (hay buenas razones para pensar que así será) evitarle un grave daño psíquico, la acción de Y consistente en llevar a cabo la amputación es una acción moralmente lícita».

Y la crítica que entonces se le podría hacer es que ese razonamiento tendría que ser muy distinto si modificáramos el respaldo, en el sentido de sustituir la noción liberal de persona por la kantiana.

Pues lo que ocurriría ahora es que, al introducir un nuevo ingrediente, se produciría también, cuando menos, un desplazamiento en cuanto a la relevancia a dar a las premisas: lo importante no sería ya tanto (o sólo) la autonomía del individuo (que haya dado su consentimiento en condiciones adecuadas), cuanto (también) si la medida en cuestión resulta o no degradante, afecta o no negativamente a la dignidad del individuo.

Pero es cierto que Alemany podría replicar a lo anterior diciendo que, aunque él no se haya referido explícitamente a la dignidad, ésta aparece, en cierto modo, contenida en su concepto de daño. Lo cual puede resultar aceptable, si bien obliga a interpretar «daño» en un sentido muy amplio y que no se limitaría al daño físico y al psicológico. Como veíamos antes, la noción de persona kantiana es la de una entidad que no es (ni puede ser) «propiedad» de nadie, de tal manera que uno podría producir un daño personal (atentar contra la dignidad de un individuo) aunque sea con el pleno consentimiento de ese individuo, esto es, aunque no lo suponga desde la perspectiva psicológica del dañado.

Pues bien, si nos planteamos la cuestión de la licitud o no de esas conductas (la amputación de un miembro) desde la perspectiva de la noción kantiana de persona, yo creo que llegaríamos a la misma conclusión a la que llega Alemany, o al menos a una muy parecida: bajo ciertas circunstancias más bien excepcionales, podría aceptarse la licitud moral de esas conductas. Pero, como decía, el acento habría que ponerlo ahora en la idea de que mostrar respeto por las personas no supone simplemente tomar en consideración sus deseos. Y habría que dar razones que avalen que llevar a cabo la amputación contribuye —o, al menos, no obstaculiza— al desarrollo de la personalidad del amputado. Y para defender que, efectivamente, así puede ser, resulta muy pertinente el argumento por analogía, en relación con las intervenciones para reasignación de sexo, que el propio Alemany introduce en su texto. Pues, efectivamente, si una intervención de cambio de sexo no se considera como un atentado contra la integridad física de una persona, tiene que ser porque se entiende que con ella de lo que se trata es de promover los valores de respeto y protección de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, pero no sólo en el sentido de que dicho desarrollo sea libre, sino de que encarne un proyecto de vida valioso. Tropezamos aquí de nuevo con el riesgo del perfeccionismo moral, pero el remedio podríamos encontrarlo en los

mismos factores antes señalados. En particular, en la necesidad de diferenciar el juicio moral del juicio jurídico: tiene sentido cuestionar moralmente las acciones de un individuo que sean incompatibles con un proyecto de vida buena (que suponga el respeto pleno de su dignidad como persona), pero sería equivocado pretender que ese déficit de moralidad es razón suficiente para defender también la ilicitud jurídica de esa conducta.

## 5.2.

Uno de los problemas éticos fundamentales que plantea el trasplante de órganos es el de los criterios a utilizar en su asignación (por ejemplo, ver De Lora y Gascón, 2008: cap. 4; Veatch y Ross, 2015), dada la escasez de órganos en relación con el número de enfermos que los necesitan. Digamos, una situación en la que resulta imposible dar a cada uno según sus necesidades.

Hace años se produjo un gran escándalo porque una cadena de televisión holandesa anunció que emitiría un programa de *reality show* en el que una mujer, enferma terminal de cáncer, donaría (en vida) uno de sus riñones a uno de los tres candidatos que competirían por él en un concurso: cada uno debía tratar de convencerla para que él fuera el elegido.<sup>7</sup> El programa se emitió y tuvo una gran audiencia, pero en el último momento, antes de saberse quién era el ganador, el presentador aclaró que se trataba de un montaje destinado a sensibilizar a la opinión pública y que, en consecuencia, no se iba a producir ninguna donación.

Si uno preguntara si (en el caso de que no hubiera sido un montaje) el tipo de acción que habrían llevado a cabo donante, receptores y responsables del canal televisivo podía calificarse o no como moral, me parece que muchos, probablemente una mayoría, contestaría que, en efecto, es inmoral y que supone un atentado contra la dignidad de las personas. Y para aclarar lo que eso quiere decir, se podría usar un argumento comparativo: quienes tienen que competir por un órgano están en una posición semejante a la de los gladiadores en el circo romano: unos y otros se ven obligados a luchar por su vida, por su supervivencia, porque se les ha colocado —sin ellos desearlo— en una

---

<sup>7</sup> El tema lo traté en Atienza, 2007. Lo que sigue es un resumen de ese trabajo.

especie de estado de necesidad y con el único propósito de crear un espectáculo. Ciertamente, hay una diferencia, pues esa situación, en el caso de los gladiadores, habría estado creada por acciones voluntarias de otros seres humanos, mientras que en el caso de la donación de órganos, al menos en parte, la situación de necesidad es más bien producto del azar. Pero lo que parece relevante es que también en este segundo caso esa situación podría haberse evitado, o sea, que hay una forma de obtener y de distribuir órganos que no consiste en hacer que los posibles receptores tengan que competir entre sí. Digamos, es indigno colocar a una persona en una situación de extrema necesidad, si la persona en cuestión no desea encontrarse en tal situación, y es posible encontrar una alternativa a la misma, o sea, evitar esa situación.

Ahora bien, parece claro que una organización en relación con el trasplante de órganos como la que rige en España evita ese tipo de situación, al menos en una considerable medida. Y la evita porque la adjudicación de los órganos no depende de ninguna circunstancia que el receptor pueda o haya podido controlar (el tipo de vida que ha llevado, si acepta o no ser donante, etcétera); lo único que se toma en cuenta son datos como la edad, el estado clínico, el territorio... Y los criterios de adjudicación son públicos y todo hace pensar (con alguna rara excepción) que se han aplicado de manera uniforme y sin sesgos de ningún tipo. O sea, en lugar de llevar a los que necesitan un órgano a competir entre sí, el principio que parece regir es el de la igualdad en relación con las necesidades y modulada por razones de eficiencia. Pero la pregunta que todavía cabe hacerse es si resultaría posible una situación que, al hacer que hubiese menos individuos afectados por la situación de escasez de órganos vitales, habría que considerar también que respeta en mayor medida la dignidad de las personas. Y la respuesta es que probablemente sí. O sea, si pudiera articularse un sistema en el que los poderes públicos compensasen a los donantes o a sus familiares (se garantizaría, pues, el criterio de igualdad de trato entre los receptores) con la consecuencia de que se dispondría de más órganos y sin que ello supusiera un incentivo para que los donantes pusieran en riesgo la vida o la salud (de manera significativa), entonces no es sólo que ese sistema (en el que las donaciones dejaran de ser gratuitas) no iría contra la moral, sino que por razones morales (de respeto a la dignidad de las personas) habría que procurar implantarlo. Es obvio que el criterio apela a relaciones cau-

sales que podrían no darse. Pero ese problema (de carácter empírico) debe distinguirse del problema propiamente normativo y moral. Es decir, el deber de tipo moral que se acaba de establecer está condicionado a que, efectivamente, se produzcan (o sea razonable pensar que se van a producir) esas circunstancias empíricas.

### 5.3.

El último de los casos que quiero traer aquí es, me parece, bastante más simple que los anteriores. Mejor dicho, son dos: uno es el del llamado (por la Iglesia católica) «bebé-medicamento»; y el otro es el de la maternidad subrogada. Quienes se oponen a esas dos prácticas suelen esgrimir el argumento de que ambas van en contra del respeto debido a la dignidad humana, pero me parece que en ambos casos se maneja un concepto completamente inadecuado de lo que es la dignidad humana. El error —bastante grosero— es el mismo en ambos casos.

La primera de esas prácticas (ver Atienza, 2013) consiste en hacer un uso de las técnicas de reproducción humana asistida para seleccionar embriones cuyos tejidos sean compatibles con los de personas (familiares) enfermos, de manera que el futuro bebé pueda contribuir (mediante trasplante) a salvar la vida o a curar una enfermedad grave, por ejemplo, de un hermano ya nacido. Pensar que esa práctica (que no supone ningún riesgo apreciable para el bebé: la ley española, como se sabe, lo autoriza) es contraria a la dignidad humana parece ciertamente irrazonable y no es difícil darse cuenta de por qué lo es. Resulta que quienes defienden esa tesis (en la medida en que no esgrimen argumentos puramente religiosos, basados en dogmas de fe) parecen pensar que el principio de dignidad humana se limita a prohibir que un ser humano pueda ser usado como instrumento para otro, cuando lo que establece (como resulta claro de la formulación kantiana) es la prohibición de que se use *sólo* como un medio y no siempre al mismo tiempo como un fin. Algo (un uso puramente instrumental) que es absurdo pensar que vaya a ocurrir con los bebés nacidos en esas condiciones.

La segunda, la maternidad subrogada, es un problema algo más complejo pero que, en el fondo, se reduce a lo mismo: la solución a dar es la misma que a propósito del «bebé-medicamento».

En España ha tenido lugar, en los últimos años, una discusión más o menos prolija a propósito de un caso jurídico que llegó hasta el Tribunal Supremo y que, de manera breve, se puede exponer así (ver Atienza, 2016). Hace años, el encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles, California, dictó un auto en el que denegaba la solicitud de dos ciudadanos españoles (ambos varones) de inscripción del nacimiento de sus dos hijos, nacidos mediante gestación por sustitución. Los interesados interpusieron luego un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta lo aceptó y ordenó su inscripción. La resolución fue recurrida, sin embargo, por el fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia que dejó sin efecto la inscripción practicada, básicamente por entender que no podía obviarse la aplicación de la ley española que prohibía (*sic*) la gestación por sustitución. El razonamiento fue asumido por la sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia que ratificó la decisión del juzgado al resolver el recurso de apelación instado por los padres de los menores. Y finalmente, interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el pleno de la sala civil (Sentencia 06/02/2014) ratificó el criterio del Juzgado y de la Audiencia (aunque no por unanimidad) con una motivación en la que se repite una y otra vez el argumento de que la gestación por sustitución está prohibida en nuestro país y es contraria al orden público español. Lo de «contrario al orden público español» significa contrario a algún principio o valor básico del ordenamiento (precisamente, a la dignidad humana), razón por la cual el Tribunal Supremo entendió que no cabía inscribir ese nacimiento en el Registro.

Pues bien, esas decisiones están, en mi opinión, doblemente equivocadas. El primer error consiste en interpretar que la maternidad por sustitución está prohibida en nuestro Derecho, cuando no es así. Lo que dice la ley es que ese tipo de contrato es «nulo de pleno Derecho», pero de ahí no puede inferirse que, entonces, está prohibido. O sea, el concepto de nulidad no equivale al de sanción. El antecedente de una sanción es un acto ilícito, prohibido, pero, precisamente, la Ley de Reproducción Humana Asistida no establece ninguna sanción para el caso de que alguien realice un contrato de maternidad subrogada. Y el antecedente de una norma que establece la nulidad de un acto no es —o no necesariamente— el haber realizado una conducta prohibida. Y el segundo error, ligado al anterior, es el de interpretar que la causa de la «prohibición» es el atentado contra la dignidad que

supone ese tipo de contrato. En la Sentencia del 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo da por apodícticamente sentado, y en varios de sus fundamentos jurídicos, que la gestación por sustitución vulnera «la dignidad de la mujer gestante y del niño». No se molesta mucho en aclararnos cuál es su razonamiento para llegar a esa conclusión, seguramente porque a la mayoría del Tribunal le parece una tesis obvia. Pero me temo que lo que está en el fondo de todo esto es una incomprensión del concepto de dignidad. Si la prohibición de instrumentalizar a un ser humano, la obligación de respetar su dignidad, se entiende como debe entenderse (no que esté prohibido tratar a otro o a sí mismo como un medio, sino *sólo* como un medio), se comprende yo creo con facilidad que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad. Por supuesto, es posible que en el contexto de esas prácticas —como pasa en el contexto, pongamos por caso, de un contrato de trabajo— alguien trate a otro sin respetar su dignidad: solamente como un medio; pero esto nada tiene que ver con la cuestión que aquí importa. Hay, sin duda, buenas razones para oponerse a considerar conforme con la moral todo aquello que el progreso tecnológico permite hacer. Pero conviene también estar alerta para evitar que consideremos como prohibiciones éticamente (y jurídicamente) justificadas lo que no son otra cosa que la plasmación normativa de nuestros prejuicios ideológicos.

## 6.

El marco del derecho sobre el propio cuerpo y las consecuencias del mismo vienen fijados por la idea de la dignidad humana. Voy a atreverme por ello, como conclusión de todos los análisis anteriores, a dar una formulación del principio de dignidad humana, seguramente el concepto más básico de la moral y, también por ello, el más difícil. Pues bien, aun a riesgo de simplificar (o de no precisar lo suficiente), yo diría que el núcleo de ese principio (el núcleo de la ética) reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; pero de ahí no se sigue que cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos hu-

manos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. Cabría decir entonces que el fundamento último de la moral reside en la dignidad humana, pero eso se debe a que en esa noción están también contenidos los otros dos grandes principios de la moral: la igualdad y la autonomía. Por ello también, no habría inconveniente en construir la moral a partir de cualquiera de estos dos últimos principios, pero siempre y cuando se formularan de manera que cada uno de ellos contuviese también a los otros dos.

## Fuentes consultadas

- ALEMANY, Macario (2014), “Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: El caso de los *wannabe*”, en *AFDUAM*, núm. 18.
- ARISTÓTELES (1981), *Ética a Nicómaco* (edición de Araujo, M. y Marías, J.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (1996), “Juridificar la bioética”, en *Claves de Razón Práctica*.
- \_\_\_\_\_ (2007), “El gran espectáculo de los donantes. Sobre la ética de los trasplantes de órganos”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 16.
- \_\_\_\_\_ (2012), *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra-Themis, Lima-Bogotá.
- \_\_\_\_\_ (2016), “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 65.
- CASADO, María (coord.) (2009), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters.
- DE LORA, Pablo y Gascón, Marina (2008), *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Alianza Editorial, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil* (prólogo de P. Andrés Ibáñez), Trotta, Madrid.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2009), “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters.
- GORDILLO, Antonio (1987), *Trasplantes de órganos: «pietas» familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid.



- HERVADA, Javier (1975), “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, en *Persona y Derecho*, núm. 2.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (2013), “El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona”, en *Teoría y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 14.
- KANT, Immanuel (1973), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (4ª ed.; trad. de M. García Morente), Austral, Madrid.
- KELSEN, Hans (1979), *Teoría pura del Derecho* (trad. de R. Vernengo), UNAM, México.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2012), *Elementos de Derecho civil*, I-2, 5ª ed. Dykinson, Madrid.
- LOCKE, John (1981), *Ensayo sobre el gobierno civil* (trad. de A. Lázaro Ros; int. De L. Rodríguez Aranda), Aguilar, Madrid.
- MUGUERZA, Javier (1998), *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Argés, Madrid.
- PUIG BRUTAU, José (1979), *Fundamentos de Derecho civil* (tomo I, vol. I, primera parte. Parte general: Sujeto y objeto del Derecho por Luis Puig Ferriol), Bosch, Barcelona.
- RAWLS, John (2007), *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral* (compilado por Barbara Herman), trad. de Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona.
- TOULMIN, Stephen E. (1958), *The uses of argument*, Cambridge University Press, Cambridge.
- VEATCH, Robert M. y Ross, Lainie F. (2015), *Transplantation Ethics*, 2da ed., Georgetown University Press, Washington.



### 3. SUJETO, CUERPO Y MERCADO. UNA RELACIÓN COMPLEJA

Ana Rubio\*

#### 1. Presentación

Esta ponencia<sup>1</sup> trata de responder a cuestiones que me preocupan desde hace años: cómo derechos tan importantes para la protección de la integridad, la autonomía y la libertad personal como son los derechos sexuales y reproductivos tan ligado al cuerpo-sujeto, son todavía objeto de controversia y de menosprecio; por qué la cultura jurídica tiene tantas dificultades para reconocer el cuerpo y la heterogeneidad humana de los sujetos con derechos, y, por último, cómo responder de forma homogénea y global a la cuestión de la comercialización del biomaterial humano (órganos, tejidos, células, información genética) y a la presencia del ánimo de lucro en estas transacciones. Unas cuestiones imposibles de responder si no analizamos las representaciones humanas y el valor del cuerpo en la cultura jurídico-política moderna, en Europa.

Para entender la difícil relación que el derecho mantiene con el cuerpo de los sujetos con derechos, debemos exponer que el primer patrón de poder hegemónico a nivel global se construyó en torno a una representación global del mundo como sistema, que la hizo posible la

---

\*Universidad de Granada.

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto: *Tradición y constitución: problemas constituyentes de la España Constitucional*. DER 2014-56291-C3-3-P.

colonialidad racista, el capitalismo y el eurocentrismo (Quijano, 2005). Un patrón de poder de dominio sistémico y global en el que se insertó el orden patriarcal modernizado<sup>2</sup> y la distinción humana entre cuerpo-no cuerpo (razón). La implementación de estos tres ejes de racionalización de la diferenciación humana en las sociedades actuales hace que no podamos entender el funcionamiento y la lógica de cada uno de ellos de forma aislada, y explica el propio título del trabajo: “Sujeto, cuerpo y mercado, una relación compleja”.

A lo largo de nuestra exposición trataremos de mostrar que la reducción a cuerpos para el mercado, o para la reproducción, que la modernidad liberal llevo a cabo para impedir el acceso de algunos grupos sociales a la subjetividad y a la ciudadanía, no sólo no ha desaparecido con el desarrollo del Estado liberal y la globalización de la economía, sino que se ha visto reforzada como consecuencia del proceso de cosificación y mercantilización de todos los cuerpos humanos. Un proceso que hizo posible la desvalorización de la corporalidad humana y la reducción de un gran número de seres humanos (mujeres, grupos étnicos inferiorizados, menores, sirvientes) a una existencia próxima a la animalidad o integrada en ella. En estos momentos, la jerarquización y la desvalorización de lo humano (especialmente los trabajadores pobres) se están reforzando desde el mercado. Amparados por los brillos de la ciencia y de la tecnología, todo parece estar a la venta: los vientres de las mujeres, los órganos de los pobres o de los reclusos (China utilizó para los trasplantes de órganos a su población reclusa), los tejidos de los cadáveres, la congelación de óvulos como incentivo a las trabajadoras (este incentivo fue ofrecido por algunas empresas tecnológicas como Facebook y Apple<sup>3</sup>) para fide-

---

<sup>2</sup> Aunque el patriarcado como sistema de dominio es anterior a la colonialidad racista, tal y como analiza Kate Millett, considero que la influencia de ésta sobre el poder de dominio patriarcal intensificó la subordinación e inferiorización de las mujeres a nivel sistémico. Sobre la complejidad que encierra el patriarcado, quiero citar estas palabras de Millett: La «subordinación de la mujer no representa tan sólo un hecho económico o político, sino todo un fenómeno social y psicológico, un modo de vida que Engels (cuya psicología es menos fina y concreta que la de Mill, por basarse en estados colectivos) describe como una lucha de clase» (Millett, 1995: 226). Aclarar desde el inicio la complejidad que encierra el poder de dominio patriarcal y su impacto en todos los niveles de la vida es imprescindible a la hora de valorar moral y políticamente los vientres de alquiler, la regulación de la prostitución, la oferta empresarial para congelar los óvulos de las empleadas, la compraventa de órganos, etcétera.

<sup>3</sup> Bajo el eslogan «Retrasar la maternidad tiene premio», las grandes empresas tecnológicas Facebook y Apple reconocieron a la cadena de televisión NBC, su interés por

zarlas en sus años más productivos, la adopción internacional de niños a la carta, entre otros posibles ejemplos.

Para construir una opinión sobre la conveniencia o no de prácticas, como las mencionadas, y para debatir sobre el carácter ético y jurídico de su comercialización, me parece adecuado analizar el contexto socio-económico y político en el que estas prácticas se gestan y se desarrollan, y su impacto sobre la vida y los derechos de las personas afectadas, en primer lugar, y de toda la ciudadanía, en segundo lugar. Si no tomamos en cuenta esta complejidad y aislamos cada historia particular, no alcanzaremos a ver.

Uno de los errores de la cultura occidental ha sido concebir el conocimiento científico como un proceso cuya misión es disipar la complejidad de los fenómenos sociales, para construir desde la teoría un orden claro, ordenado y lo más simple posible. La complejidad de los análisis es percibida como falta de rigor o catalogada como dispersión cognitiva. Desde esta perspectiva se entiende de mayor calidad las teorizaciones unidimensionales, fuertemente especializadas, claras y acotadas en su objeto. Sin embargo, defendiendo que las pretensiones reduccionistas introducen más ceguera que claridad en el análisis de fenómenos sociales como el que nos ocupa. Por este motivo, lejos de eludir, o de eliminar, la complejidad que encierra la relación sujeto, cuerpo y mercado, he tratado de exponerla. El pensamiento complejo no tiene tras de sí una herencia filosófica, epistemológica o científica cargada de legitimidad, al contrario, sufre, como dice Edgar Morin, una pesada tara semántica al haberse asociado tradicionalmente a las ideas de confusión, incertidumbre y desorden. La complejidad tampoco debe confundirse con la *completud*.<sup>4</sup> El conocimiento completo es imposible. La totalidad es, en palabras de

---

las mujeres trabajadoras, lo que les había llevado a costear el proceso de congelación y mantenimiento de óvulos. «Según explica Brigitte Adams, fundadora de *Eggsurance.com*, la empresa en la que han confiado ambas empresas para ofrecer el incentivo, cada ciclo de estimulación ovárica para la toma de muestras cuesta 10,000 dólares (7,900 euros), a los que hay que añadir 500 dólares (394 euros) adicionales al año por el almacenamiento de los óvulos. Facebook ya ofrecía 3,159 euros (4,000 dólares) para gastos por el nacimiento de un hijo. Este nuevo *perk*, el mismo nombre que se le da a las chucherías para mascotas, pretende que se retrase la edad de maternidad. *Eggsurance* y *Extend Fertility* son dos de las empresas que ya llevan tiempo dando el mismo servicio a consultoras». Tomado de <[http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970\\_087854.html](http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html)>, consultada el 17 de marzo de 2016.

<sup>4</sup> Utilizo la expresión que emplea Morin en su obra sobre el pensamiento complejo (Morin, 2009).

Adorno, la no verdad. Esto significa reconocer que en todo análisis científico siempre existe incertidumbre, falta de plenitud y falsabilidad. El reconocimiento de estos límites en el trabajo que se les presenta no invalida el esfuerzo realizado para mostrar las lógicas y las interacciones que existen entre el discurso jurídico-político, el económico, y entre los sujetos y los no sujetos (individuos reducidos a cuerpos mercantilizados y fragmentados).

## **2. El discurso jurídico-político moderno y el capital/mercado**

No podemos comprender la estrecha relación que existe entre la economía, la política y el derecho en las sociedades actuales sin volver la mirada al pasado y sin analizar los presupuestos desde los que se conformó el orden socioeconómico y se legitimó el poder de los sujetos con derechos.

1. La «colonialidad racista» construyó una representación y clasificación jerarquizada de lo humano, que se consolidó en el orden jurídico-político moderno europeo, y que pervive hasta nuestros días (la actitud de Europa ante los refugiados da cuenta de esta representación, pero también la forma en que regula las migraciones, o reglamenta la prostitución). Lo peculiar de este modelo de poder no es su naturalización y racionalización, sino la forma en que se expande «como representación universal de lo humano, trascendiendo las fronteras, las peculiaridades culturales» y desafiando, hasta el día de hoy, los discursos sobre los derechos humanos (Quijano, 2005: 200).

2. En «el proceso de constitución histórica de América, todas las formas de control y de explotación del trabajo y de la producción-apropiación-distribución de productos, fueron articuladas alrededor de la relación capital-salario y mercado mundial. Bajo este patrón quedaron reguladas la esclavitud, la servidumbre, la pequeña producción mercantil, la reciprocidad y el salario». Este hecho produjo, desde el punto de vista histórico y sociológico, una nueva realidad socioeconómica, en la que todas las formas de producción y de trabajo se articulaban bajo un patrón de poder común. Este modelo de poder conectó la raza a la división del trabajo quedando ambos elementos estructuralmente unidos y reforzándose mutuamente en el establecimiento de relaciones de dominio y opresión, a pesar de que ninguno de los dos elementos era dependiente del otro para existir o para evolucionar. Es

así como nace «una sistemática división racial del trabajo», que legitima el trabajo asalariado como un «privilegio de los blancos», mientras que los seres humanos negros quedan sometidos a la esclavitud y a la apropiación gratuita de su trabajo, recursos y producción, y los indios sometidos a relaciones de servidumbre (Quijano, 2005: 205). No es difícil encontrar en la actualidad actitudes y relaciones socio-económicas en España, y en Europa, que den cuenta de este tipo de diferenciación humana jerarquizada y de apropiación ilegítima del trabajo, o de relaciones laborales de explotación socioeconómica y afectiva (Young, 2000). Sirvan como ejemplo las actuales condiciones de trabajo que se viven en las vendimias o en los invernaderos del poniente andaluz (los subsaharianos realizan trabajos más próximos al suelo, mientras que los magrebíes llevan a cabo otros que les permiten estar en posiciones más erguidas); en la prostitución de carretera, donde el sometimiento y la explotación de las mujeres extranjeras es muy similar a la esclavitud; el trabajo doméstico interno de mujeres inmigrantes en las grandes ciudades, o el mercado de órganos o vientres de alquiler<sup>5</sup> en los países del tercer mundo.

El orden social y político moderno en Europa es, pues, resultado de la convergencia de dos procesos históricos constitutivos. De una parte, la codificación de las diferencias entre dominadores y dominados, a partir de la idea de raza y género como estructura biológica diferencial entre unos y otros, lo que legitima la inferiorización y el dominio de los blancos sobre los negros o los indios y de los hombres sobre las mujeres. Y, de otra, el diseño de nuevas relaciones e identidades individuales y sociales (indios, negros y mestizos), y la redefinición de otras ya existentes. «Así, términos como español y portugués, y más tarde europeo, que hasta entonces sólo indicaban procedencia geográfica o país de origen, cobran en referencia a las

---

<sup>5</sup> Prefiero utilizar la expresión vientres de alquiler, para evidenciar que la maternidad comprada reduce a la mujer a un recipiente reproductor. La expresión recientemente acuñada de maternidad por sustitución, juega con el lenguaje para crear una imagen idealizada de la maternidad comprada. Llama la atención que siempre que se habla de esta práctica, se exalte la maternidad biológica, el valor del deseo en quien compra y la libertad personal de quien ofrece su cuerpo, ignorándose el proceso fisiológico y emocional que encierra para toda madre gestante el embarazo, o la instrumentalización a que son sometidas las mujeres pobres, o necesitadas, para satisfacer los deseos de otros. A todos estos hechos hay que añadir el negocio. Se anuncia para los días 7 y 8 de mayo de 2016, la Feria sobre gestación subrogada, donde se informa y asesora sobre su utilización en Estados Unidos y Canadá, con el eslogan «¿Sueña con tener un hijo?».

nuevas identidades, una connotación racial que trasciende al origen geográfico». La realidad que emerge de este patrón sistémico de poder no es asimilable a otras ya conocidas. En las viejas servidumbres medievales y en la esclavitud el amo o el señor tenían ciertas responsabilidades con respecto a sus sometidos, unas responsabilidades que el nuevo sistema de poder elimina; es decir, la colonialidad racial y el capital-mercado diseñan, junto al sistema sexo/género: «una nueva manera de legitimar las ya antiguas ideas y prácticas de superioridad/inferioridad entre dominados y dominantes», a las que reconocen carácter universal (Quijano, 2005: 199-200, 208).

3. A estas estructuras se sumará un nuevo mito: la idea de Europa como cuna de la civilización y eje geográfico de la evolución cultural humana. Europa, como ideal, aglutina todos los mitos fundantes del nuevo modelo de poder económico, social y político, al representar al mismo tiempo el capital, la raza blanca y la cultura. Como todos sabemos, la historia real no se parece en nada a la historia inventada en torno a la conquista de América y a la hegemonía civilizatoria de Europa. Como bien argumenta Aníbal Quijano, esta visión del mundo «sólo adquiere sentido como expresión del exacerbado etnocentrismo de la recién constituida Europa, por su lugar central y dominante en el capitalismo mundial colonial moderno, la vigencia de ideas mitificadas de humanidad y progreso, productos de la ilustración, y por la vigencia de la idea de raza como criterio básico de clasificación social universal de la población del mundo» (Quijano, 2005: 214, 216). Por consiguiente, el eurocentrismo produjo:

- A. Una representación de la experiencia histórica, en la que se pasa de un hipotético estado de naturaleza (pre-capitalista, no europeo, primitivo, tradicional) a una moderna sociedad europea fruto del acuerdo y del pacto político de los sujetos iguales, los únicos con derechos naturales y sagrados. Esta narrativa alcanzaría su punto álgido con el nacimiento del Estado y el constitucionalismo moderno. Lo que este discurso ocultaba era la subordinación y la opresión que lo articulaba. Por esta razón se conecta el ideal de justicia a la igualdad legal, y no a la ausencia de opresión.
- B. La naturalización de las diferencias culturales y biológicas entre grupos humanos a través de la codificación de la idea o representación de «raza» y de género.



C. Una distorsionada reubicación temporal de todo lo existente antes del proceso de dominio y conquista de América. En esta narrativa lo europeo se presenta como el progreso, la cultura y la civilización, mientras que lo no europeo es el pasado, lo primitivo y la incultura. Este relato oculta que no existe una Europa con anterioridad al nacimiento de América. Las narrativas construidas en torno a ambas realidades geográficas tenían como objetivo presentar la historia como un proceso evolutivo unidireccional y ascendente, en el que Europa representa el fin de la historia. Pero la realidad era muy diferente. El progreso económico europeo y su posterior desarrollo científico-técnico se debe al proceso de apropiación que los colonos y comerciantes europeos hicieron del trabajo, los recursos y la producción de las diferentes poblaciones americanas tanto a nivel intelectual como material (Quijano, 2005).

4. Sobre estas estructuras de poder económico y social, la modernidad europea insertó otras estructuras de poder, más antiguas, las relaciones entre mujeres y hombres o de género,<sup>6</sup> adecuando el viejo patriarcado y el modelo familiar del Derecho romano a las nuevas demandas de racionalidad y de igualdad que imponía el discurso jurídico-político ilustrado (esto se observa con claridad en Hobbes, Locke y sobre todo en Rousseau). La interacción entre la colonialidad racista y el patriarcado reformulado para permitir el acceso de todos los hombres a la subjetividad y a la ciudadanía (una universalización masculina que antes no existía) hace posible racionalizar la exclusión de las mujeres de las categorías personales básicas (individuo, sujeto de derecho, ciudadano). Una exclusión política, preestatal y prelegal, que se deja sentir hasta el día de hoy. Nunca en la historia se había producido una exclusión e inferiorización de las mujeres, por razón de sexo, universal y global. Un hecho que sorprendió a las aristócratas y burguesas de la Francia prerrevolucionaria.

5. A todo lo anterior se sumará una nueva representación de lo humano marcada por la distinción entre el cuerpo y el no cuerpo. Los

---

<sup>6</sup> Recientemente se están llevando a cabo investigaciones que analizan de forma conjunta la colonialidad y el género, al tiempo que hacen propuestas de descolonialidad (Mignolo, 2014). Entre estos trabajos quisiera destacar el de María Lugones, por las críticas que vierte a las propuestas de Quijano, y por su interesante análisis de la colonialidad y el género (Lugones, 2014).

individuos con poder quedarán conectados a la no corporalidad, a la racionalidad, mientras que los seres humanos inferiorizados serán reducidos a meros cuerpos (Quijano, 2005: 221-223).

### **3. ¿Qué cambios estructurales debería afrontar la cultura jurídico-política para superar la opresión originaria?**

En primer lugar, es imprescindible irracionalizar cualquier tipo de diferenciación jerarquizada de lo humano sobre la base de la biología. Y para lograrlo debemos deconstruir la raza y el sexo como elementos de diferenciación jerarquizada de lo humano y como formas de representación simbólica de lo humano. Superar estas bases esencialistas en la cultura jurídico-política exige, además, revisar críticamente y deconstruir el binomio «cuerpo, no cuerpo» consolidado y reforzado por la modernidad liberal.

Aunque la diferenciación entre cuerpo y no cuerpo está presente en culturas y en momentos históricos previos a la modernidad,<sup>7</sup> lo específico de la modernidad es la forma en que ambos elementos se relacionan entre sí. El no cuerpo —donde se ubica el alma o la razón—, llega a confundirse con la esencia de lo humano, mientras que el cuerpo queda abandonado a las leyes de la naturaleza (única realidad para las mujeres y razas inferiorizadas) o sometido al control u observación del alma o la razón. A partir de Descartes, la razón se convertirá en una nueva forma de identidad humana y de eje conformador del sujeto, mientras que el cuerpo será objeto de conocimiento y de observación por parte de los sujetos racionales y de la ciencia.

La inferiorización continúa. La forma en que hoy tratamos a las y los menores como seres incapacitados para cualquier labor o trabajo, incrementa su vulnerabilidad, impide el desarrollo de sus habilidades y reduce sus capacidades. Esta representación de las y los menores tiene como fin legitimar y mantener la superioridad y el dominio de los adultos sobre ellos, y la natural y racional clasificación humana entre

---

<sup>7</sup> Aunque fue durante la «cultura represiva del cristianismo —como resultado de los conflictos con musulmanes y judíos durante los siglos XV y XVI, en plena Inquisición—, que la primacía del alma fue enfatizada, quizás exasperada», y el cuerpo convertido en «objeto básico de represión» por el alma—, debemos esperar a Descartes para ver culminado el proceso de separación radical entre razón-sujeto y cuerpo (Quijano, 2005; Descartes, 1977: 61-75).

seres racionales y no racionales. No existen seres humanos racionales y otros que no lo son, existen tan sólo diferentes fases de evolución y desarrollo en el ser humano. Como complemento a este razonamiento cabe citar la lucha de muchos menores en el mundo para que les sea reconocido su derecho al trabajo y a unas dignas condiciones de trabajo, como medio para su subsistencia y la de sus familias. Aunque faltan estudios empíricos sobre las experiencias laborales de niñas y niños y sus movimientos asociativos, dada la prohibición legislativa existente respecto al trabajo infantil, lo cierto es que constituyen una verdadera ciudadanía. Una ciudadanía que cobra sentido y significado como una práctica autoorganizada, en interacción con adultos y otros movimientos sociales vindicativos, lo que le hace ser una ciudadanía conformada desde abajo y no sólo formalmente reconocida. (Liebel, 2015: 43-61; Cordero, 2015: 87-127).

La objetivación del cuerpo hace posible la cosificación y la negación de subjetividad a todos aquellos seres humanos que quedan reducidos a simples cuerpos estereotipados, al serles negada el alma o la razón, por los sujetos de derecho/ciudadanos. Estamos hablando de mujeres, siervos, esclavos y menores. Estos seres humanos quedan privados, como no personas, del valor de su trabajo y sometidos a la voluntad de otros, así como excluidos del discurso de los derechos y de la política, y expulsados del mundo del conocimiento y de la ciencia.

Cuando se analiza la concepción histórica de la categoría individuo-sujeto de derecho en la cultura europea moderna, se observa que su institucionalización fue realizada abstrayéndola de la economía y desligándola de las estructuras de poder familiar y social. Tanto Hobbes como Locke separarán el poder político y la ley de otros pre-existentes poderes sociales, el del padre sobre los hijos, el del amo sobre el sirviente (en Locke el sirviente es el trabajador), el del marido sobre la mujer y el del señor sobre el esclavo. Una distinción entre lo privado y lo público que permite compatibilizar la jerarquización natural de lo humano con los principios y los valores del nuevo orden jurídico-político (Clavero, 1997: 16, 18, 20). ¿Pero quién es esta persona que deviene sujeto? ¿Qué potencialidad otorga este reconocimiento?

La persona que deviene sujeto, en el mundo del derecho, representa una determinada posición social y procesal. Persona era, pues, una determinada cualidad o capacidad del individuo de la naturaleza humana. Hobbes será el primer teórico que reelaborará ese término

para referir con él al individuo que se concibe por sí como sujeto del derecho. Debemos esperar a la mitad del siglo XVIII, para encontrar utilizado el término persona, por los juristas, «no como algo que se tiene, sino que se es». Y en Locke, en el *Segundo Tratado sobre el Sistema Jurídico y Político*, encontramos la primera ideación conjunta del individuo y del estado constitucionales. En Locke existe ya «una concepción más elaborada del individuo como sujeto de derechos, titular y actor de libertades», y del Estado «como institución que respalda y garantiza la posición del individuo como sujeto». Por este motivo Locke es un referente a la hora de interrogarnos sobre los efectos constitucionales del individuo-sujeto de derechos (Clavero, 1997: 16, 18, 20). Para Locke el estatus de sujeto de derecho implica «la propiedad de su propia persona. Este derecho propietario es sobre todo derecho sobre uno mismo, derecho de auto-disposición de la persona, un radical derecho de libertad» (Clavero, 1997: 21). Esto implica que el individuo constitucional se afirma como una forma de libertad que produce discriminación interna (quedan excluidos mujeres, menores, sirvientes) y segregación externa (quedan fuera del discurso de los derechos y del reconocimiento de igualdad todos lo no ciudadanos) (Clavero, 1997: 23). Nos encontramos, pues, ante una categoría que sólo reconoce el estatus de sujeto y de ciudadano a unos pocos seres humanos. El abandono que la cultura jurídico-política moderna hace de gran parte de la población (a nivel interno y externo), se justifica por la existencia de seres humanos cuya naturaleza les aproxima a la animalidad (en las mujeres se destaca su carácter reproductivo, su dimensión de hembras) o los sitúa dentro de ella (negros, esclavos). Una inferiorización que permite reducir a las mujeres blancas y a los individuos de razas inferiorizadas a cuerpos-mercancías y a cuerpos estereotipados (en el caso de las mujeres a cuerpos fuertemente sexuados).

Podríamos pensar que todo lo expuesto nada tiene que ver con el presente; sin embargo, el tráfico de personas, el tráfico de órganos, la compraventa de vientres de alquiler, los controles médicos y jurídicos que se le exigen a las personas transexuales,<sup>8</sup> la indiferencia

---

<sup>8</sup> Sirva como ejemplo Alexa, tiene 13 años y una resolución inquebrantable en su forma de ser y estar en la vida. «Siempre ha sido la niña que es», dice Ches Cordero, la madre de Alexa. Esta menor transexual y su familia han tenido la fuerza y el coraje suficiente para ir rompiendo las barreras que la sociedad ha puesto a su paso y Alexa ha llegado a la adolescencia con una seguridad abrumadora en su género. Sin embargo, ahora se

moral y política ante los refugiados, las condiciones de vida y de trabajo de millones de personas en la no Europa, nos dicen todo lo contrario. El peso de los estereotipos sobre la corporalidad se deja sentir en la legislación y en la sociedad.

Pienso con Rodotà que la categoría jurídica de sujeto en su proceso de institucionalización y codificación jurídica ha incurrido en un exceso de abstracción, que la aleja de la realidad humana que debe identificar y reconocer (Rodotà, 2014). No puede utilizarse la abstracción que toda categoría jurídica ha de tener para ocultar el privilegio y la desigualdad. Tanto la categoría de sujeto de derecho como el principio de igualdad jurídica deben dar entrada a la diversidad de lo humano y a las diferencias jurídicamente relevantes para la aplicación igualitaria del derecho. De otro modo, haremos de la igualdad legal y del sujeto de derecho representaciones idealizadas que obstaculizaran la comprensión de lo real. Cuando las categorías personales básicas (individuo, sujeto de derecho, ciudadano) y los principios jurídicos rompen los puntos de conexión con la realidad social y política a la que interpelan y representan, las formas jurídicas se convierten en estructuras que impiden el desarrollo del derecho justo.

A medida que el derecho y las políticas públicas son obligadas, ante la presión de las ciudadanías y el desarrollo de la democracia a hacer frente a las desigualdades y violencias estructurales, toman mayor protagonismo nuevos recursos, aparentemente no coercitivos, como son la publicidad, los medios de comunicación y las nuevas estéticas, desde donde se reproduce la diferenciación humana y la inferiorización. Basta con analizar algunas de las más famosas series de televisión a nivel global (*Borgen*, *Madam Secretary*, *Scandal*, *Castle*, *The Good Wife*, *El cuerpo del delito*, *Daños y perjuicios*, entre otras) para constatar cómo se lleva a cabo un proceso de asimilación cultural (a través de una radical igualación en la forma de vestir y de actuar de los diferentes profesionales con independencia de su cultu-

---

encuentra con un escollo complicado. Dentro de un mes cumplirá 14 años y a esa edad es obligatorio tener el DNI para salir a competiciones deportivas en el extranjero. Hace un año solicitaron judicialmente el cambio de nombre en el documento, pero el juzgado se lo ha denegado, hasta que cumpla los 18. La mayor parte de las veces el poder judicial es sensible y favorable a este tipo de peticiones, pero aún existe un 25 por ciento de negaciones. El auto no ha tomado en consideración que la menor en la escuela y en el deporte es una niña. Tomado de <<http://www.diariodesevilla.es/article/andalucia/2214661/deniegan/cambio/nombre/dni/una/m>>, consultada el 8 de febrero de 2016.

ra u origen geográfico), y la radicalización de la feminidad. Las mujeres profesionales y con éxito aparecen en televisión con el «uniforme» de la falda tubo, los tacones de 15 centímetros y los vestidos ceñidos. Una forma de vestir que no deja lugar a la imperfección, ni a la diversidad corporal. Estas formas de homogeneización cultural y estética son eficaces sistemas disciplinarios, que regulan los cuerpos y las mentes de quienes quedan sometidos a ellos.<sup>9</sup> Y en el caso concreto de las mujeres un exceso de exposición física (otra forma de reducirlas a cuerpos sexuales).<sup>10</sup>

A la reglamentación de los cuerpos hay que añadir su mercantilización y la sobrecarga de sexualidad, especialmente sobre las mujeres jóvenes, favoreciendo su objetivación y fragmentación. Las mujeres (preferentemente caucásicas) aparecen en la publicidad como seres enfermos o necesitados de constantes mejoras físicas (pérdidas de orina, sordera, herpes, celulitis, arrugas, sobrepeso, problemas capilares, entre otros); mientras que las personas no blancas aparecen como seres vulnerables, pasivos, demandantes de ayuda constante. La televisión muestra siempre a los inmigrantes o refugiados sentados, inactivos, esperando la ayuda humanitaria, sólo las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) humanitarias nos muestran

---

<sup>9</sup> El otro día, en un famoso programa de televisión el actor español Arturo Fernández afirmaba que una cosa era ser elegante, lo cual tenía más que ver con la forma de estar la persona en el mundo y en cómo se relaciona con los demás, y otra cosa bien distinta era vestir bien. Esta distinción no es ni nueva, ni original, pero sí nos permite reflexionar sobre el por qué deseamos vestir bien, qué nos aporta vestir bien, y quiénes tienen más necesidad de hacerlo. Pienso que las respuestas a estas cuestiones están en estrecha relación con todo lo descrito respecto a las bases fundantes del patrón de dominio económico, cultural y global, que entreteje la vida social y política. El deseo de vestir bien expresa el deseo de ser reconocido, de ser aceptado como una persona no intrusa, de ser un igual. Recordemos las ridiculizaciones a que fueron sometidas algunas de las mujeres ministras en España por su forma de vestir o su físico (sólo se veía un cuerpo).

<sup>10</sup> María Luz Esteban y Rosa Cobo sostienen que «el creciente proceso de sexualización de las mujeres hunde sus raíces en las estructuras simbólicas que definen a las mujeres como naturaleza, biología y sexo». Los aprendizajes de las mujeres dirigidos al cuidado corporal tienen como objetivo principal reforzar su rol social de reproductoras y seres para la seducción (pornografía, prostitución). Cobo mantiene que «la sexualización es un dispositivo que los sistemas de dominio aplican a los miembros de los colectivos oprimidos con el objetivo de apartarles del ámbito de la racionalidad y la política», lo que le lleva a afirmar que los cuerpos de las mujeres han sido utilizados como soporte para la desigualdad. Junto a este proceso de cosificación se abre paso también «otra propuesta alternativa y crítica de la subjetividad femenina impulsada por el feminismo». Las mujeres se encuentran en la encrucijada de ambas propuestas. (Esteban, 2004: 73; Cobo, 2015: 9-10, 14-15).

a seres creativos, productivos y activos. En ambos casos no vemos sujetos, sólo cuerpos desvalidos o imperfectos, que paradójicamente no generan empatía o solidaridad, sino extrañeza.

También la ciencia colabora en el proceso de diferenciación estereotipada de lo humano. No son difíciles de encontrar de forma recurrente, en prensa, estudios neurológicos que tratan de demostrar el diferente tamaño y funcionamiento del cerebro en mujeres y hombres, en blancos y negros, a pesar de que los estudios sobre el genoma humano han demostrado que no hay diferencias relevantes entre los diversos fenotipos humanos, y entre lo humano y lo no humano. Sirva como ejemplo decir que desde hace más de una década sabemos que nuestra especie tiene tan sólo unos 30,000 genes más que un gusano. Pero aún queda lo mejor. El genoma del ratón, que se presentó en 2002 en la revista *Nature*, reveló que este modesto roedor comparte con los humanos el 99 por ciento de los genes. Las asombrosas capacidades cerebrales de nuestra especie no se deben, por tanto, a la *invención* evolutiva de nuevas estrategias genéticas, sino a sutiles modulaciones en la activación de unos genes que, en esencia, compartimos con todos los mamíferos. Allan Bradley, del Instituto Sanger, comentó en *Nature*: «aunque las diferencias anatómicas entre el ratón y el ser humano son espectaculares, no suelen reflejar más que alteraciones en la forma y el tamaño. El análisis detallado de los órganos, los tejidos y las células revela muchas similitudes, que se extienden a los sistemas orgánicos completos, las funciones fisiológicas, la reproducción, el comportamiento y las enfermedades».<sup>11</sup>

¿Por qué pervive, a pesar de los avances científicos, una diferenciación estereotipada de lo humano que la experiencia y gran parte de la ciencia demuestran errónea? ¿Qué función política cumple? Si una determinada corporalidad (genotípica, genital y heterosexual) determina quiénes son las personas que devienen sujetos de derecho, entonces no es la racionalidad, lo que identifica al sujeto jurídico, sino un cuerpo estereotipado. Por este motivo, la medicina será la encargada de determinar lo normal y lo patológico en lo humano, desplazando «el concepto de verdad —verdad sobre el cuerpo y la sexualidad— hacia regímenes empíricos, objetivos y científicos» (García, 2015: 52). No se está dispuesto a que la naturaleza humana

---

<sup>11</sup> El país, jueves 5 de diciembre 2002, tomado de <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:u7PsjxuXx6gJ:elpais.com/diario/20>>, consultado el 28 de enero de 2016.

se oponga al binomio normativo macho/hembra, de ahí que se sometan a intervención y mutilación, al nacer o durante la infancia, a las personas intersexuales. Cuando en 2006 se publican las conclusiones consensuadas de un grupo de expertos recogidas, en el Informe de San Francisco *Human Rights Commission (Medical “Normalization” of Intersex People)*, se dice que el nombre con el que se debe designar a estas personas es el de personas que sufren anomalías de desarrollo sexual o anomalías de diferenciación sexual. Con esta expresión se tratan de evitar términos como intersexuales, hermafroditas o pseudo-hermafroditas. Y lo más importante, convertir en un estatus de verdad científica lo que es una opción política. Esto nos permite sostener que la cultura construye tanto el género como el sexo de la persona (Butler, 2006: 148).

¿Qué ha de cambiarse para que para que el concepto jurídico sujeto de derecho reconozca a todas los individuos sin discriminación? La respuesta a la primera cuestión ya ha sido respondida, aunque más adelante profundizaremos en ella. Respecto a la segunda cuestión, debemos decir que la persona deviene sujeto, sujeto de derecho a través de un largo proceso, de la infancia a la edad adulta. Para integrar en la categoría de sujeto de derecho y en el principio de igualdad pluralidad y dinamismo, necesitamos de nuevas narrativas sobre los derechos humanos,<sup>12</sup> en las que aparezcan nuevas representaciones simbólicas de lo humano, tal y como se hizo en el siglo XVIII en Europa, para que promuevan y favorezcan un cambio de mentalidad<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Como destacaba Joaquín Herrera, los derechos humanos como producto cultural que son, pertenecen al contexto en el que surgen y para el que funcionan como categorías legitimadoras o antagonicas de la idea de una vida digna en una formación social concreta. Esto nos lleva a sostener que el discurso de los derechos humanos, con su vocación expansiva y globalizadora, sólo impuso una economía mundial y una ideología mundial sustentada en la idea de una razón ilustrada universal absolutamente superior a otra forma de actuar y de percibir, que es la occidental. Esto significa que estamos ante una forma, como otra, de lucha por la dignidad humana frente a las relaciones de dominio y opresión. Por consiguiente, cuando lo real nos interpela y reclama que expliquemos el porqué del incumplimiento de los derechos humanos de la gente real, no de los sujetos idealizados, no podemos teorizar dejando al margen la realidad, ignorando las prácticas sociales. (Herrera Flores, 2005: 20-25).

<sup>13</sup> Los cambios son difíciles a nivel jurídico como resultado de los obstáculos epistemológicos que existen en la práctica científica de los juristas y por las trabas que la teorización jurídica tiene por su cercanía al ejercicio del poder. Hoy un análisis crítico del derecho no puede reducirse a destacar el rol represivo del Estado a través de la ley, sino que ha de dar cuenta de las funciones de subordinación y opresión que el sistema jurídico promueve y respalda. La sociedad no es sólo abarcable en su complejidad, exclusiva-



y de percepción de los otros iguales y diferentes.<sup>14</sup> Debemos desarrollar nuevas actitudes y aptitudes de respeto integral al ser humano y a la comunidad, desde las cuales promover diferentes y plurales formas de estar en el mundo; así como lugares comunes a partir de los cuales construir, traducir y consensuar. Hay que transformar conciencias para transformar realidades (Herrera, 2005: 30).

#### 4. Valor político y ético del discurso moderno

El hecho de que las mujeres y gran parte de los hombres no formaran parte del proceso de construcción del discurso de los derechos o del desarrollo del estado y del constitucionalismo moderno ha sido valorando carente de relevancia desde el punto de vista moral o político. Los argumentos expuestos para avalar el valor moral y político del discurso jurídico-político moderno han sido que «los sujetos racionales» que establecieron las bases intelectuales de la cultura jurídico-política y las categorías personales básicas (individuo, sujeto de derecho, ciudadano) lo hicieron con imparcialidad, buscando la universalidad. Un mito que se extenderá del estado liberal al estado de bienestar.

Si hay diferencias significativas de poder y en el acceso a los recursos, entre las distintas clases, grupos o intereses, los procedimientos de toma de decisión imparciales, en el sentido de permitir igualdad de oportunidades formales a todas las personas para presionar por sus intereses, normalmente producirán resultados que favorezcan los intereses de las más poderosas. Más aún, la imparcialidad es para quienes toman decisiones burocráticas exactamente tan imposible como lo es para otros agentes morales. Es sencillamente imposible para personas de carne y hueso, estén o no en el gobierno, adoptar el punto de vista de la razón trascendental cuando toman decisiones, separando su propia persona de

---

mente, desde el derecho; ni la dimensión de ser humano es reducible al estatus de sujeto de derecho-ciudadano. Por esta razón debemos ampliar los enfoques, las miradas. El discurso jurídico es parte de los discursos del poder, pero su centralidad es hoy usurpada por la ciencia y el mercado.

<sup>14</sup> Lynn Hunt hace en su obra *La invención de los derechos humanos*, un recorrido histórico sobre las narrativas que lograron cambiar la mentalidad sobre la violencia y lo humano, durante la Francia prerrevolucionaria (Hunt, 2009).

las afiliaciones y compromisos que constituyen su identidad y le dan una perspectiva respecto de la vida social (Young, 2000: 193-194).

Por consiguiente, si el conocimiento humano es un conocimiento posicionado (corporal y políticamente) entonces no puede presentarse la racionalidad masculina —autora y actora de las narrativas sobre los derechos humanos, el estado y el constitucionalismo—, como «la razón universal», quedando a ella ligados los ideales de igualdad, justicia y verdad. Tampoco garantiza la bondad de lo decidido el haberse utilizado el método científico. Adorno criticaba los límites del método científico y la relevancia de la posición social del sujeto que conoce, afirmando que el «método amenaza tanto con fetichizar lo estudiado como con degenerar él mismo en fetiche» (Adorno, 2001: 23, 28). Las críticas realizadas no tienen como objetivo menospreciar todo lo construido, al contrario, pretenden mostrar los desvíos, las zonas de penumbra y los límites de las categorías jurídicas básicas y del constitucionalismo liberal. Mostrando la necesidad de resignificar el discurso sobre los derechos humanos y la categoría básica de persona-sujeto de derecho,<sup>15</sup> abriéndolos a la realidad humana y a la diversidad cultural.

Analizar los límites de las bases fundantes de la cultura jurídico-política europea y sus violencias estructurales tiene como fin, en primer lugar, comprender la fase actual de la globalización, y en segundo lugar, mostrar que el poder de domino del capital-mercado se ha incrementado en las últimas décadas, afectando a la categoría de sujeto con derechos y a su corporalidad. La inferiorización y la subordina-

---

<sup>15</sup> En torno al sujeto existe una amplia y extensa bibliografía, donde la subjetividad es abordada desde múltiples puntos de vista. Pero en la mayoría de ellos constatamos la presencia que tiene el cuerpo, ya sea para analizar las relaciones de dominio o de presión sobre él, o para presentarlo como espacio de construcción del yo y de liberación. A pesar de todo lo escrito y reflexionado, se debe repensar la noción de «cuerpo-sujeto», para hacer visibles los diversos niveles y modos de sujeto y de subjetividad. El feminismo que ha reflexionado mucho sobre la corporalidad y sobre el carácter monolítico del sujeto, no posee consenso respecto a la unidad cuerpo-sujeto. Sin embargo, los debates son muchos e interesantes, especialmente en Simón de Beauvoir, Lucy Irigaray, Judith Butler. Algunos de estos debates han sido recogidos por Luisa Femenías en su reflexión sobre el sujeto y el género (Femenías, 2000). En la línea que defiende en este trabajo, es interesante destacar el análisis de Iris Marion Young, en su obra *La justicia y la política de la diferencia*, y la reflexión que sobre esta autora y su concepción del cuerpo, desde la teoría política que realiza Marian Martínez (Martínez Ramírez, 2009).

ción social se han extendido a los pobres con trabajo,<sup>16</sup> y los cuerpos humanos han sido reducidos a cuerpos para el mercado. Esto significa que el capitalismo colonial, racial y patriarcal se está reforzando desde uno de sus ejes, la explotación de las clases trabajadoras y la apropiación del valor del trabajo. Este hecho convierte a las clases trabajadoras en otra forma de mercancía (un proceso favorecido por la objetivación y cosificación humana). Unas mercancías curiosas pues, a diferencia de las tradicionales que pueden circular libremente y no tienen límites arancelarios, ni fronterizos, desde la puesta en marcha de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 1 de enero de 1995, éstas quedan atrapadas en lo local, fruto de las leyes de extranjería y los límites a la movilidad que Europa impone a su ciudadanía y a los nacionales de terceros estados (Rubio y Moya, 2011: 183-227). ¿Qué nivel de concentración de poder por parte del capital y del mercado global será sostenible a nivel humano y medio-ambiental? Es una pregunta para la que no tenemos respuesta. Pero los hechos no nos permiten prever un giro positivo de los acontecimientos.

## 5. La mercantilización y la fragmentación de los cuerpos

Walder sostiene que cuando el fotógrafo estadounidense Spencer Tunick<sup>17</sup> reunió, por ejemplo, en 2005, a 7,000 voluntarios que posaron desnudos en la avenida María Cristina, de Barcelona,<sup>18</sup> a 450 personas desnudas en Buenos Aires, en 2001; o hizo su *performace* en Caracas (Venezuela) frente a una estatua de Simón Bolívar, o en la orillas

<sup>16</sup> El derecho a un salario que garantice la subsistencia y cierta autonomía, ya no es un privilegio de los hombres blancos, sino tan sólo de algunos de ellos, los que están sobre-cualificados y pertenecen a ciertos estados. Por ende, no todos los sujetos-ciudadanos a nivel formal, son interpelados o reconocidos por el discurso político o económico, en este momento. Al sistema jurídico-político sólo les interesan aquellos individuos-ciudadanos que son útiles como consumidores o productores de talento, el resto quedan abandonados, cuando no culpabilizados por su falta de valor y de productividad. El viejo concepto de sirviente se identifica hoy con todas las personas trabajadoras, y el de persona marginada con las y los trabajadores pobres (Bauman, 2015).

<sup>17</sup> Tunick hizo su primera sesión de desnudos con 30 personas en Nueva York, en 1994, y todos terminaron en la cárcel.

<sup>18</sup> Tomado de <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LvsG88StroJ:www.eltiempo.com/Multimedia/galeria\\_fotos/cultyentre6/GALERIAFOTOS-WEB-PLANTILLA\\_GALERIA\\_FOTOS-13130338.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LvsG88StroJ:www.eltiempo.com/Multimedia/galeria_fotos/cultyentre6/GALERIAFOTOS-WEB-PLANTILLA_GALERIA_FOTOS-13130338.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es)>.

del Támesis (Londres), con motivo de la inauguración de la Galería de Arte Moderno Saatchi, lo que pretendía era criticar la mercantilización a la que están sometidos los cuerpos humanos. A través de la desnudez pretende mostrar la verdad de lo humano, su diversidad —cuerpos viejos y jóvenes, con diferentes armonías y formas—, y permitirnos pensar qué somos, cómo nos ven y qué nos falta. Exponer la debilidad del cuerpo individual y al mismo tiempo su fortaleza, en tanto cuerpo junto a otros, era una forma de rebelarse frente al mercado y los cánones de belleza que impone. Se desea traspasar los límites de lo normativo, haciendo de la performance un acto de provocación, pero también de libertad, al recuperar cada individuo, con independencia de su estética corporal, el control sobre sí, frente a quienes pretenden reducir los seres a cuerpos para el mercado. En el instante de la *performance* los cuerpos pierden su valor de cambio y se convierten en arte, en belleza, basta con mirar las fotografías de Tunick. Por algunos minutos los cuerpos humanos se reconocían entre sí fuera del control del mercado, como un bien en sí mismos, liberados de apropiaciones, contratos e imposiciones. Lo humano era un cuerpo global y único, conformado por millares de miembros y matices, al margen de la competencia y del consumo masivo. Lo relevante de estos encuentros es que los cuerpos humanos eran y ocupaban lo global, lo público, lo político.<sup>19</sup> En otras palabras, conformaban desde sí nuevos significados y sentidos posibles de lo humano.

El único amparo a la desnudez<sup>20</sup> —frente a la pesadez estructural e institucional—, era la compañía y la desnudez de los otros. El reconocimiento, en reciprocidad, se construye desde la constancia de la vulnerabilidad y la dependencia, no desde el miedo o la independencia. Con esta metáfora, Tunick trata de poner en valor la relevancia del grupo, para poder construir sentido y significado de vida a nivel individual y colectivo. Para mostrar cómo Walder sostiene que «muchas singularidades conformaban una totalidad, el cuerpo social desnudo, como observación y como figura lingüística. Cuerpos liberados de su condición económica, social, estatutaria, étnica; en la desnudez colectiva no había distinciones sino similitudes» (Walder, 2012).

---

<sup>19</sup> No es casual que el fotógrafo busque espacios públicos y ante el público, y convoque en espacios públicos en donde se concentran el arte, la cultura, la belleza o la política, lo más propio humano.

<sup>20</sup> La desnudez representa, así al menos lo he entendido yo, la verdad sin obstáculos, sin artificio, desnuda.

En las sociedades premodernas el individuo era reconocido por el lugar que ocupaba en el conjunto social, la modernidad por el contrario representa al «yo» solo, desvinculado, sin límites, o mejor dicho, sin más límites que aquellos que le imponen la libertad y los derechos de los otros. Por esta razón debe aceptar ciertas reglas coercitivas, aquellas que garantizan la libertad individual y la sociabilidad fuera de la violencia y el caos. En el orden social y político moderno no es el individuo-sujeto quien cambia su naturaleza, sino la sociedad y el poder político para garantizar las condiciones estructurales e institucionales, que hagan posible el desenvolvimiento y el desarrollo de la individualidad (sólo de los reconocidos como personas-sujetos), y de los derechos a ella adscritos. Esto explica por qué el pensamiento liberal limita las intervenciones del Estado en la vida privada a la creación de normas favorables a la libre circulación de personas, bienes e ideas y no formula ningún juicio moral sobre la conducta individual salvo cuando las conductas ponen en riesgo la vida pública. En la actualidad, algo más ha sucedido. Cuando el neoliberalismo limita lo social al mercado, «se disuelven muchas figuras de la modernidad, la ley, el orden, el deber» (Walder, 2012). Pero el retorno a esos viejos ideales exige de nuevo un acto de fe<sup>21</sup> y de nuevas narrativas que los acomoden a la realidad.

Jon Beasley-Murray afirmaba en su libro *Pos-hegemonía* que el poder es mitad coerción y mitad legitimidad. La dominación que ejercen los Estados se mantiene mediante el consenso y la aceptación de los dominados, como resultado de la aceptación de los principios que lo legitiman. Esto significa que el poder del Estado se mantiene porque se sigue creyendo en las ideas y utopías que lo conformaron. Es decir, el Estado mantiene aún su capacidad de persuadir, convencer y seducir. Una seducción que recientemente se articula tanto desde el

---

<sup>21</sup> «Resulta difícil precisar qué son los derechos humanos porque su definición, su misma existencia dependen tanto de las emociones como de la razón. La pretensión de evidencia se basa en última instancia en un atractivo emocional (...) es convincente si toca la fibra sensible de toda persona. Además, estamos casi seguros de que se trata de un derecho humano cuando nos sentimos horrorizados ante su violación». Los derechos humanos representan las líneas rojas, lo que ya no es admisible. En términos parecidos se pronunciaba Diderot en 1755, cuando afirmaba: «no tengo otros derechos naturales verdaderamente inalienables que los de la humanidad». Sin el sentido de pertenencia a la humanidad es difícil defender y garantizar los derechos humanos a nivel local y global (Hunt, 2009: 25).

miedo como desde los viejos anhelos o deseos de cambio más o menos radicales. En palabras del autor,

Los sentimientos son la puerta de entrada a la inmanencia de la política (y a una política de la inmanencia). El afecto, entonces, resulta un indicio de poder, que en sí constituye una función de la capacidad afectiva de un cuerpo o de su receptividad. El afecto marca el pasaje mediante el cual un cuerpo se transforma en otro, con alegría o con tristeza; en este sentido el afecto siempre ocurre *entre* cuerpos, actuando como el umbral móvil entre estados afectivos al cohesionar o desintegrar los cuerpos, al volverse otros para sí mismos (...) el afecto en general constituye un inmanente e ilimitado «campo de emergencia» o «pura capacidad», antes de la imposición del orden o de la subjetividad. Sólo desde el proceso de delimitar y capturar el afecto, se fijan los cuerpos y emergen la subjetividad y la trascendencia.

Pero en la medida en que esto ocurre, el afecto mismo se transforma y con él la subjetividad y el orden que instaura (Beasley-Murray, 2008).

Lo expuesto hasta el momento nos permite concluir que el capital-mercado ha ampliado su patrón de poder de domino sobre los cuerpos de todos los individuos —hombres y mujeres—, hasta el punto de confinar la subjetividad al espacio limitado del cuerpo en el mercado. Por este motivo se vive el deterioro de la corporalidad con enorme angustia, dado que simboliza la exclusión social y la expulsión del mercado. Esto aclara el horror al envejecimiento y la necesidad de buscar artificialmente la juventud a través de la intervención quirúrgica o la farmacología. «El desgaste físico es la metáfora de la extinción de la vida. El oscurecimiento corporal es la evidencia de la muerte, de la finitud del sujeto» (Walder, 2012). Lo paradójico de esta situación es que se presenta a la vida humana como una vida sin trascendencia, y al sujeto de forma amputada al habersele privado de sus capacidades y potencialidades para la trascendencia, justo en un momento en el que los cuerpos-sujetos están experimentando una «prolongación biomecánica» como consecuencia de la interacción cuerpos-nuevas tecnologías (Cybord), y las y los individuos pueden desplegar, a través de las redes sociales, múltiples identidades y desarrollos de su subjetividad. ¿Cómo hacer frente a la conversión del sujeto en un cuerpo mercantilizado?

Para erradicar de nuestras sociedades las relaciones de explotación, dominio e inferiorización que padecen los grupos sociales discriminados, y para liberar a los cuerpos-sujetos de las limitaciones impuestas por el mercado debemos:

1. Deconstruir y reelaborar las bases intelectuales sobre las que se asienta la cultura jurídico-política moderna y el sistema económico capitalista. Hay que poner límites a la mercantilización y a la cosificación humana. La libertad personal y el mercado no pueden, sin más, legitimar la compraventa de cuerpos u órganos. Y si este hecho se permitiera, deberíamos de establecer fuertes controles antidiscriminatorios, líneas rojas, que impidieran convertir al cuerpo humano en material deshumanizado, o en un nuevo nicho de negocio deshumanizador.<sup>22</sup>

2. Irracionalizar las representaciones simbólicas sobre lo humano que la ciencia y la filosofía moral construyeron y construyen, generando nuevas narrativas, en las que la heterogeneidad de lo humano se desvele como lo verdaderamente natural y racional, y donde los cuerpo-sujetos pueden verse y ser vistos, pero además soñarse para ser. Se trataría, en última instancia, de liberar los cuerpos y los deseos del control que les impone el mercado. Categorías como mujeres, hombres, transexuales hermafroditas, europeos, latinoamericanos deberían referir tan sólo la diversidad y heterogeneidad de lo humano, no identidades. Otras como blancos, negros, indios mestizos deben erradicarse del lenguaje, pues producen una representación mental sobre lo humano absolutamente distorsionadora. Para lograr estos objetivos debemos superar la separación tradicional entre cuerpo y no cuerpo, puesto que no existe un sujeto fuera de un cuerpo, ni un cuerpo sin subjetividad. Hay que reequilibrar la relación trabajo y

---

<sup>22</sup> Fidel Castro denunció en la sesión inaugural de la Cumbre Sur, en la Habana, el 12 de abril de 2000, la posición de los países pobres: «el lucro se impone por encima de las necesidades en la investigación privada, los derechos de propiedad intelectual excluyen del conocimiento a los países subdesarrollados, y la legislación de patentes no reconoce los conocimientos ni los sistemas tradicionales de propiedad, que son tan importantes en el Sur. La investigación privada se concentra en las necesidades de los consumidores ricos. Las vacunas son las tecnologías más eficientes en relación con los gastos en la atención de salud, pues son capaces de prevenir la enfermedad con una dosis que se administra por una sola vez, pero producen pocas ganancias y son relegadas respecto a medicamentos que requieren aplicaciones reiteradas y generan ganancias mayores. Los nuevos medicamentos, las mejores semillas y en general las mejores tecnologías, convertidas en mercancías, tienen un precio» sólo al alcance de los países ricos. Tomado de <<http://www.g77.org/summit/ceniai.inf.cu/f120400e.html>>, consultado el 10 de marzo.

capital, y redefinir el concepto de trabajo para que se reconozca como tal todo el trabajo: el trabajo mercantilizado y el trabajo de cuidados, crianza y doméstico; y, por último, hay que desarrollar unos nuevos fundamentos para el discurso de los derechos humanos, de modo que nos horrorice la violación que el mercado efectúa al reducir a un ser humano a mercancía para la producción o a recambio de órganos para su compraventa.<sup>23</sup>

## 6. Los cuerpos/sujetos y la ciudadanía

No son los cuerpos simples recipientes de una espiritualidad superior y a proteger, sino el espacio desde el que cada «yo» es, existe y se relaciona con otros cuerpos-sujetos. Si el cuerpo es el espacio desde el cual el yo conforma su identidad y despliega su autonomía personal y subjetividad, entonces no tiene sentido diferenciar entre cuerpo y no cuerpo, ni cabe reducir a un ser humano a cuerpo. Por todo ello me parece más adecuado utilizar la noción de persona, una vez depurada de sus residuos ancestrales, para que actúe como noción y línea roja que establece el carácter sagrado y de unidad de todo ser humano.

Persona es un término que tiene en el derecho una larga tradición, funcionado hoy como un dispositivo (Foucault). Un dispositivo del que sorprende su éxito y su exceso de significado irreflexivo. Su empleo tras el final de la Segunda Guerra Mundial, en la Declaración de Derechos de 1948, obedece al deseo de restablecer la conexión cuerpo-razón, dar centralidad al valor y a la dignidad de la persona humana, y volver a conectar derecho y vida. Pero, en principio, la noción de «persona no está en condiciones de subsanar el extraordinario hiato entre vida y derecho, *nomos* y *bios*, porque es ella misma la que lo produjo». Un hecho que en palabras de Esposito nos obliga a desvelar el residuo oculto, de violencia, que los relatos fundacionales que ligan el origen civilizatorio a un conflicto entre consanguíneos ocultan, cuando hablan de persona. Los límites que esta categoría presenta para su utilización hoy, es que encierra una unidad «constituida por una separación », «que une en sí sin confundirlos dos estados o naturalezas»

---

<sup>23</sup> Hay que constitucionalizar los derechos sexuales y reproductivos, así como mejorar los sistemas de garantía de los derechos sociales para garantizar el valor del ser humano en plenitud.



que «no son equitativamente equivalentes» en la cultura cristiana. Por este motivo pudo ser utilizada para distinguir entre sujeto y objeto, lo que permite crear subjetividad «a través de un procedimiento de sometimiento o de objetivación. Persona es la que mantiene una parte del cuerpo sometida a la otra en la medida en que hace de ésta el sujeto de la primera». «Somete al ser vivo a sí mismo». A partir de esta base, el Derecho romano desarrolló el término otorgándole el sentido de representación de lo humano, y prisma que hace posible al mismo tiempo diferenciar entre distintas clases de hombres (*servi* y *liberi*, *ingenui* y *liberti*) y albergar el más elevado estatus humano y el menor, el esclavo-*res*. La categoría de sujeto parecía superar esta clasificación humana, pero lo que hizo fue expulsarla del Derecho, y ocultar su existencia a nivel social y político. Por esta razón debemos resignificar la noción y hacer que la noción de persona describa al cuerpo-sujeto, al ser humano que es y tiene, a través de «una relación transversal que descompone, y luego superpone», obligándonos a ver lo oculto y a superar la idea de apropiación que en la noción de persona subyace, para darle otro sentido, aquél que divulgue que la persona humana, el ser humano, es sagrada en su unidad. Entendiendo por sagrado, lo intocable, lo que ha de ser respetado por todos, porque protege lo humano (Esposito, 2011: 56-60, 62, 63, 65, 67, 68, 74, 90).

El dispositivo persona posee el suficiente grado de abstracción como para dar cuenta de la diversidad de los cuerpos-sujetos humanos, y la suficiente concreción para impedir que la categoría sujeto se distancie de lo real, de la vida. Esta argumentación llevada al plano económico y jurídico-político implica la prohibición absoluta de dominar, explotar o apropiarse del trabajo, recursos o producciones intelectuales o materiales de los cuerpos-sujetos, pero también de cosificar y mercantilizar a los cuerpos humanos.<sup>24</sup> Por este motivo considero que cualquier cesión mercantil relacionada con la corporalidad humana debe verse como un posible riesgo a la unidad e igualdad humana. Y, por consiguiente, ha de estar sometida a un estricto *test* de control, para impedirse cualquier tipo de discriminación. Estamos hablando de prohibir, que el mercado utilice la ley de la oferta y la

---

<sup>24</sup> Todo lo expuesto me lleva a afirmar que la maternidad subrogada o la prostitución no son actividades que se deban aceptar socialmente y regular como meros alquileres o cesiones de la corporalidad, que en modo alguno afectan a la subjetividad y a la igualdad. El cuerpo y el no cuerpo, en mi opinión, son indisociables a la hora de salvaguardar jurídicamente al sujeto y sus derechos.

demanda para reforzar y mantener una imagen devaluada de las mujeres y de los grupos étnicos inferiorizados, neutralizando el discurso de los derechos humanos, el derecho humanitario y antidiscriminatorio, a través de la fragmentación y mercantilización de sus cuerpos. No puede la ley del mercado legitimar diferenciaciones humanas, reproducir discriminación, a través del precio de un vientre de alquiler, la compraventa de un órgano, tejido o cualquier otro biomaterial.

Los problemas o violencias estructurales expuestas no permiten concretar culpables en el ámbito jurídico, aunque sin duda los hay, ni establecer una estrecha conexión lógica (sin margen de duda) entre acción y efecto discriminatorio, dada la naturaleza grupal, compleja y difusa de sus causas, acciones e impactos. Por este motivo es necesaria la aceptación por parte de la ciudadanía de la responsabilidad política a nivel individual y colectivo (Young, 2011), así como superar la tentación de exonerarnos de toda culpa. La lucha contra la discriminación y la deshumanización es responsabilidad de todos y de cada uno, en democracia.

Cuando los cuerpos-sujetos no perciben la discriminación o la opresión social es porque han interiorizado las reglas establecidas y los sistemas de valor que las respaldan, porque han identificado como propios los puntos de vista de los grupos sociales hegemónicos y dominadores. Para romper esta alienación hay que desarrollar en los individuos conciencia crítica, educación moral y capacidad para la reflexión. La libertad no es una cualidad natural, se desarrolla o se constriñe en el marco de las relaciones sociales que permiten las estructuras y las instituciones. No se nace libre, se hace libre el cuerpo-sujeto como un efecto colateral de su capacidad de pensamiento, elección y acción, en la interacción con los otros cuerpos-sujetos con los que convive y es. Minimizar las diferencias entre quienes son reconocidos por el mercado como sujetos, y quienes quedan reducidos a cuerpos estereotipados y ocupados, es ocultar que la verdadera igualdad sólo es posible en la reciprocidad, en la equivalencia y en el reconocimiento mutuo de igual valor y dignidad,<sup>25</sup> tanto en el derecho como en el mercado.

---

<sup>25</sup> Entiendo la dignidad en sentido descriptivo y normativo. En su vertiente normativa, es decir, como fundamento último de los derechos humanos representa una línea roja ante lo que nos padece insoportable, inadmisibile. Una afirmación que no se opone a considerar el carácter complejo que encierra la dignidad en su interacción con la igualdad en

Aunque la tecnología ha permitido al poder y al mercado actuar y desarrollarse de forma des-localizada, los seres humanos no pueden vivir de ese modo. Los individuos vivimos en cuerpos e integrados en estructuras familiares y sociales y en ciudades. En otras palabras, la vida humana es y se despliega en un determinado territorio —corporal y social— y en coordenadas de temporalidad y sociabilidad. La razón de desplazar a las familias y a las empresas la función de mediación entre el poder y la sociedad, que antes ocupaban la política y el derecho, es para crear modelos estatales debilitados, cuya funcionalidad queda reducida a la de gendarme local y mantenimiento institucional de espacios de encuentro, negociación y decisión entre individuos (aislados y corporizados) y mercado. La desregularización de relevantes sectores sociales y económicos, el desbordamiento de la política y la carencia de discursos políticos alternativos, están sirviendo para dismantelar los estados de bienestar y para implantar otros nuevos, que se presentan<sup>26</sup> como más eficientes y participativos. La privatización de la política y la deslocalización de la economía hacen que retorne un modelo de sociedad fuertemente corporativo, en el que junto a las viejas jerarquías humanas afloran otras nuevas, como hemos tratado de evidenciar, que despojan a las clases trabajadoras de subjetividad y ciudadanía, reduciéndolas a cuerpos mercantilizados. Un proceso de deshumanización que afecta a toda la sociedad y al discurso de los derechos humanos en particular.

## 7. ¿Qué errores hemos cometido y estamos cometiendo?

1. Creer que el acceso a los derechos y a las libertades fundamentales en pie de igualdad formal sería suficiente garantía para el ejercicio de la ciudadanía y el acceso de todos a los derechos, sin necesidad de llevar a cabo cambios institucionales o estructurales que erradicaran la discriminación originaria que representa el patrón hegemónico de poder de dominio del capital-mercado/racismo/género. Ignorar o no va-

---

derechos, el pluralismo y el contexto social, lo que nos permite hablar de consensos flexibles y mínimos (Atienza, 2009: 92; Lucas, 2009: 319-321).

<sup>26</sup> En este nuevo contexto de privatización de la política y de deslocalización de la producción regresa un modelo social fuertemente corporativo, que vuelve a jerarquizar a los seres humanos en función de su capacitación técnica o intelectual y su origen, conformándose nuevas servidumbres, en apariencia voluntarias (Rubio y Moya, 2011).

lorar de modo adecuado los mitos contruidos en torno a la modernidad.<sup>27</sup>

2. Pensar que las políticas públicas desarrolladas a partir del principio de igualdad de oportunidades, en educación, empleo o política, subsanarían las insuficiencias de la igualdad formal y lograrían erradicar la discriminación social y la subordinación, ignorándose el carácter grupal y no individual de las mismas.

3. Entender que las categorías jurídicas y políticas que conformaban la cultura política y el discurso de los derechos, una vez constatada su parcialidad y falta de universalidad, podrían ser utilizadas, una vez ensanchadas, para promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el desarrollo de una democracia inclusiva.

## **8. Los problemas inesperados y los retos futuros**

1. Cierta sector del feminismo y algunos movimientos sociales han criticado la tutela institucional y las políticas públicas de igualdad, al entender que descuidaban o no prestaban suficiente atención a las relaciones de dominio y de subordinación en lo privado y doméstico. Un enfoque que sitúa el debate sobre la justicia social en la reducción o eliminación de las relaciones de opresión y dominio, tanto en lo privado como en lo público.

2. Se ha cuestionado el modelo de justicia distributiva sobre el que se asentaba el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades y el derecho antidiscriminatorio, afirmándose que reproduce una imagen victimizada de los grupos sociales oprimidos y no actúa sobre las causas estructurales de la discriminación.

3. Se ha criticado el modelo democrático y cuestionado el modelo de sujeto (proponiéndose subjetividades múltiples y abiertas) sobre el que se habían asentado los cambios legislativos, al entender que no abordaban la necesaria globalidad que hoy ha de tener la política y la ciudadanía, pero también la categoría de sujeto.

4. La imagen del desorden que impera en la sociedad española y europea parece haber quitado valor a todo referente utópico, haciendo desaparecer la idea de una realidad social controlada y controlable. El

---

<sup>27</sup> En estos momentos se habla de transmodernidad, como vía desde la cual superar el mito de la modernidad y hacer visible la alteridad negada (Dussel, 2005: 55),

mundo parece ser «un campo de fuerzas dispersas y desiguales que cristalizan en lugares difíciles de prever y adquieren un impulso que en verdad nadie sabe detener» (Bauman, 2015: 79). En este contexto sólo el mercado parece tener sentido y lógica, de ahí que lo común y lo social se reduzca a él. Los efectos sobre el tema que nos ocupa es pensar que carece de relevancia moral y política la comercialización de cuerpos y órganos, puesto que debe ser la libertad personal la que se imponga en este contexto. Pero como en toda práctica social, el contexto es relevante para su valoración y regulación, y los efectos individuales y colectivos de tales prácticas también.

5. Nadie parece poder hablar en nombre de la humanidad, ni sabe cómo hacerlo, si es que esto fuera posible. La aparente destrucción de todo lo conocido a nivel teórico y práctico, unido a la imagen de confusión que genera la creación de nuevos riesgos e incertidumbres, sumerge a los seres humanos en la perplejidad y el desconcierto. Esta paralización diluye la fe en el nosotros, en tanto sujeto político colectivo para la acción y el control del poder. Pero carece de sentido esta pérdida de confianza en el nosotros. Si realmente las ciudadanía locales y globales no tuviesen capacidad para controlar y actuar, no existiría el repunte del discurso del miedo promovido desde los ejecutivos, el descrédito promovido de la política y los esfuerzos por reducir lo común, el interés general a lo que el mercado establece y regula.

6. Ante esta realidad, la única tarea que el mercado le exige a los Estados es que mantengan bajo control el déficit y el presupuesto, reprimiendo todas aquellas expresiones ciudadanas locales a favor de una mayor intervención en el mercado y en las instituciones (Bauman, 2015: 91). Pero como hemos venido sosteniendo, controlar desde la política y el derecho al mercado es esencial.

7. El desdén por lo local, la cohesión social y el Estado puede tener sentido y lógica para los poderosos, pero en modo alguno para las clases trabajadoras que viven en espacios concretos, y no son, ni pueden ser, cosmopolitas. Ricardo Petrella afirmaba que «la globalización arrastra a las economías a la producción de lo efímero, lo volátil (mediante una reducción masiva y generalizada del tiempo de vida útil de personas, productos y servicios) y hacia lo precario (trabajos temporales, flexibles, a tiempo parcial)». Esta forma de producción y de consumo marca la forma de vida de las personas, haciéndolas caer en la inmediatez, en la superficialidad y en el consumo masivo, desconectándonos de lo necesario y haciéndonos prisioneros de los deseos ili-

mitados; o peor aun buscando refugio en lo mío, en la biología (Pettrella, 1997: 17). Pero el cuerpo-sujeto con derechos sólo está protegido cuando el «nosotros» a nivel local y local lo está también. Controlar la mercantilización a que están sometidos los seres humanos y someterla al *test* de control de los derechos humanos es el único modo posible de oponerse a la deshumanización.

8. Los efectos de la reducción de los sujetos a cuerpos para el mercado ya es un hecho. Los seres humanos viven sumergidos en un vacío existencial que les hace cuestionarse en cada momento qué son y qué han logrado. Y es en este momento de incertidumbre cuando retorna el valor de lo biológico, la consanguinidad. Se habla de los nuestros, de mi país, de lo mío, buscándose a través de la paternidad o la maternidad biológica (y si no es posible, tomando el cuerpo de una mujer) una proyección de sí, el valor o el sentido de la vida. Lo cual no deja de sorprender. Durante mucho tiempo pusimos en valor que lo importante eran los afectos y el cuidado y no el origen biológico de la paternidad o maternidad. Pero todo lo debatido parece haber perdido interés ante el deseo de la descendencia propia, al coste humano y económico que sea necesario. La pregunta que debemos de hacernos es: ¿por qué vivir la paternidad o la maternidad exige un hijo propio? ¿Qué no satisface la adopción? ¿Todos nuestros deseos son necesidades?

9. El hecho de pagarse hoy de modo diferente el órgano o el vientre de una persona caucásica al de otra de fenotipo diferente o de ciertos lugares del planeta, son y serán las nuevas formas de la colonialidad racial y del sistema sexo-género. Hay que impedir que los cuerpos humanos se valoren en el mercado de modo diferente en atención a sus rasgos fenotípicos, sexuales o de origen. Si vamos a compensar las donaciones en vivos, estandaricemos los costes, impidamos que oculto tras el libre comercio se favorezca la inferiorización humana, y que los cuerpos de las mujeres y de los jóvenes pobres sean nuevos nichos de negocio y de especulación. Si se establece para las donaciones en vivos compensaciones económicas para paliar los inconvenientes sanitarios y personales que la donación produce, hagamos que éstas vayan directamente al sujeto donante, evitando el enriquecimiento injusto de las corporaciones e intermediarios.

10. Sin menospreciar todo lo que la ciencia y la tecnología nos ofrece y reconociendo la imposibilidad de retornar a un mundo no globalizado, debemos volver la mirada a las líneas rojas, a los límites

al poder-mercado, al acto de fe que implica reconocer a los derechos humanos como derechos sagrados del cuerpo-sujeto, esto es inalienables, inviolables. Debemos tornar al «nosotros los humanos», a la persona con derechos, a poner bajo el control de las ciudadanías (local y global) y del derecho al mercado y al estado. Hay que recuperar la fe en el nosotros —todos humanos—, en la utopía, en las nuevas narrativas sobre los derechos humanos, sin este acto de fe los seres humanos corremos el riesgo de continuar deshumanizándonos, lo que nos abocará a quedar reducidos a cuerpos ocupados y estereotipados.

### Fuentes consultadas

- ADORNO, T. (2001), *Epistemología y Ciencias Sociales*, Frónesis, Universitat de Valencia, Madrid.
- ATIENZA, M. (2009), “Sobre el concepto de la dignidad humana”, en Casado, María (coord.) *Sobre la dignidad y los principios*, Thomson Reuters, Pamplona.
- BAUMAN, Z. (2015), *La globalización, consecuencias humanas*, FCE, España.
- \_\_\_\_\_, (2009), *Ética posmoderna*, Siglo XXI, Madrid.
- BEASLEY-MURRAY, J. (2008), “El afecto y la poshegemonía”, *Estudios* 16:31 (enero-junio), tomado de <<http://www.revestudio.ll.usb.ve/PDF/31/Beasley-Murray.pdf>>.
- BECK-GERNSHEIM, E.; Beck, Ulrich y Schmitz, D. (2001), *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, Paidós, Barcelona.
- BUTLER, J. (2006), *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona.
- \_\_\_\_\_, (2001), *Mecanismo psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, Cátedra, Madrid.
- CASADO, M. (coord.) (2009), *Sobre la dignidad y los principios*, Thomson Reuters, Pamplona.
- CLAVERO, B. (1997), *Happy Constitution*, Trotta, Barcelona.
- COBO, R. (2015), “El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de sexualidad”, en *Investigaciones Feministas*, vol. 6.
- CORDERO ARCE, M. (2015), “El derecho de las niñas y los niños al trabajo: un derecho secuestrado por el adultismo y el capitalismo hegemónico”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49.

- DESCARTES, R. (1977), *Meditaciones metafísicas con objeciones y respuestas*, (traducción y notas de Vidal Peña), Alfaguara, Madrid.
- DUSSEL, E. (2005), “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires.
- ESTEBAN, M. L. (2004), *Antropología del cuerpo. Género, itinerarios corporales, identidad y cambio*, Bellaterra, Barcelona.
- ESPOSITO, R. (2011), *El dispositivo de la persona*, Buenos Aires.
- FEMENIAS, M. L. (2000), *Sobre el sujeto y género*, Catálogos, Buenos Aires.
- HERRERA FLORES, J. (2005), *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid.
- HUNT, Lynn (2009), *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona.
- IRIGARAY, L. (1981), *Cuerpo a cuerpo con la madre*, Ediciones de la Sal, Barcelona.
- LIEBEL, M. (2015), “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49.
- LOCKE, J. (1980), *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Editorial Nacional, Madrid.
- LUCAS, J. de (2009), “Dignidad, pluralismo y democracia”, en *Sobre la dignidad y los principios*, Thomson Reuters, Pamplona.
- LUGONES, M. (2014), “Colonialidad y género: hacia un feminismo descolonial”, en Mignolo, W. (comp.), *Género y descolonialidad*, Editorial del Signo, Buenos Aires. Tomado de <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XZKlzt5fT7IJ:www.lrmcidii.org/wp-conte>>, consultado el 22 de marzo de 2016.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, M. (2009), “Nuevas fuentes de subjetivización: Hacia una teoría política del cuerpo”, en *Isegoria*, núm. 40, enero-junio.
- MILLETT, K. (1995), *Política sexual*, Cátedra, Madrid.
- MIGNOLO, W. (2014), *Desobediencia epistémica*, Ediciones del Signo, Buenos Aires.
- MORIN, E. (2009), *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona.



- PETRELLA, R. (1997), “Une machine infernale”, en *Le monde diplomatique*, junio.
- QUIJANO, A. (2005), “La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas”, en Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires.
- RODOTÀ, S. (2014), *El derecho a tener derechos*, Trotta, Barcelona.
- RUBIO CASTRO, A. y Moya Escudero, M. (2011), “La ciudadanía en Europa y el fenómeno migratorio: nuevas desigualdades y servidumbres voluntarias”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45.
- RUBIO, A. (1997), *Feminismo y ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.
- \_\_\_\_\_, (2000), *Los desafíos de la familia matrimonial. Estudios multidisciplinar de derecho de familia*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.
- WALDER, P. (2012), “El cuerpo fragmentado”, en *Polis* [En línea], 7 | 2004, publicado el 10 septiembre 2012, tomado de <<http://polis.revues.org/6278>>, consultado el 16 de enero de 2016.
- YOUNG, I. M. (2011), *La responsabilidad por la justicia*, Ediciones Morata, Madrid.
- \_\_\_\_\_, (2000), *La justicia y la política de la diferencia*, Editorial Cátedra, Madrid.



## 4. ¿QUÉ HAY QUE EL DINERO NO PUEDA COMPRAR?\*

Albert Royes\*\*

En relación con el tema al que hace referencia el título de este texto, uno debe, para empezar, hacerse esas dos preguntas, similares pero enfrentadas, como dos caras de una misma moneda. La primera: ¿hay realmente algo que el dinero (de manera directa o indirecta) *no pueda comprar* en el mundo actual? Y la segunda: ¿hay algo que el dinero *no tendría que poder comprar*, porque no debería estar en venta?

Mi respuesta a la primera pregunta es negativa si nos referimos a actuaciones, conductas, voluntades, decisiones... Quedaría, por lo tanto, fuera del ámbito de lo comprable todo aquello que conforma nuestras emociones, sentimientos, pensamientos, deseos, sueños, ilusiones... En definitiva, todo aquello que denominamos nuestra intimidad (que no privacidad, términos que no deben confundirse). En cuanto a la segunda pregunta, mi respuesta es, en este caso, afirmativa, y cómo justificar esta respuesta con argumentos concretos y útiles es justamente sobre lo que considero interesante debatir.

Comenzaré por explicar por qué respondo, en general, negativamente a la primera pregunta. Como es bien sabido, a finales del siglo XVIII, Adam Smith, en su obra *La riqueza de las naciones*, describió los componentes y mecanismos básicos de la economía de mercado apelando a «los mercados» como la *mano invisible* que todo lo regula

---

\* Universidad de Barcelona.

\*\*Este texto está escrito tras la lectura del libro de Michael Sandel (2012), *What money can't buy: The moral limits of markets*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York. Traducido al español por la editorial Debate con el título *Lo que el dinero no puede comprar*.

y controla. Hablaba de Inglaterra —sociedad ya bastante industrializada y poseedora de un vasto imperio que le permitió poner en marcha la primera globalización, preludio y presagio de la actual— a diferencia de la Europa continental integrada básicamente por sociedades de rentistas con una diferencia media de unas 50 veces entre las rentas altas y la renta mediana de la población. Eso duró, en lo fundamental, hasta que después de las dos guerras mundiales del siglo XX, y a consecuencia de la situación sociopolítica resultante, se fue generando lo que en Europa se ha denominado Estado social o Estado de bienestar (desde 1946 hasta mediados de los años Ochenta), caracterizado por una significativa limitación de los beneficios y las rentas de todo tipo (vía impuestos progresivos), un incremento de la igualdad de oportunidades (vía educación y formación pública) y, por lo tanto, una disminución de las desigualdades, además de políticas de reinversiones locales, una fuerte presencia sindical y un sistema bancario-financiero altamente regulado. En resumen, el tipo de políticas impulsadas durante años por la socialdemocracia europea.

Todo esto comenzó a cambiar (¿para siempre jamás? Habrá que preguntarse) a mediados de los años Ochenta y hasta la Gran Recesión de 2008, que es en donde todavía estamos: desregulaciones bancarias y financieras, disminución de los impuestos progresivos y aumento de los indirectos o proporcionales (Impuesto al Valor Agregado [IVA]...), no limitación de beneficios, fuerte reducción de los salarios, precariedad laboral, escasas reinversiones locales (más deslocalizaciones), fuertes desinversiones en el anterior Estado social o de bienestar, un mundo progresivamente globalizado, etcétera. En resumen, un escenario de mayor desigualdad, mayor globalización de capitales y menor igualdad de oportunidades. En definitiva, una sociedad de mercado globalizado, en la cual, a decir de Joseph Stiglitz (buen exponente de la socialdemocracia norteamericana) «la política ha condicionado el mercado a fin de que favorezca a los más ricos (al 1 por ciento de la población y, sobre todo, al 0.1 por ciento) a expensas de los de abajo».<sup>1</sup> El potentado norteamericano Warren Buffet lo dijo claramente en 2006 en un ataque de sinceridad: «durante los últimos 20 años ha habido una guerra de clases, y la mía (la de los más ricos) la ha ganado».

---

<sup>1</sup> Stiglitz, J. (2012), *El precio de la desigualdad*, Taurus, Madrid.

¿Alguien se sorprende, pues, de que una economía de mercado haya generado una sociedad de mercado, y además globalizada? Seguramente era sólo cuestión de tiempo (y la consolidación de la hegemonía casi absoluta de una cierta economía política a la que llaman neoconservadora) que este proceso tuviera lugar con éxito. ¿La causa de todo ello ha sido la codicia ilimitada de algunos? No solamente, sino que también ha desempeñado un importante papel en este proceso la expansión de la economía de mercado (y la ideología que comporta, claro) hacia ámbitos de la vida en los que quizás nunca debería haber imperado; es decir, hacia la implementación de una «sociedad de mercado».

Lo que ocurre, a mi modo de ver, es que este proceso que he descrito muy someramente no tiene gran cosa que ver con la moralidad o con la ética, como tampoco ha tenido nunca nada que ver con la moralidad o con la ética el sistema económico capitalista. De ahí que resulta por lo menos chocante que M. Sandel se sorprenda cuando escribe, en el libro antes citado, que «el razonamiento mercantil vacía la vida pública de argumentos morales» y que el único «argumento moral» que utilice (porque le conviene, naturalmente) el capitalismo es el llamado *moral hazard* (que se puede traducir como riesgo moral o deriva moral): si subvencionamos a los parados, estamos desincentivando la búsqueda de trabajo; si pagamos la sanidad pública universal, la gente no necesitará ahorrar para pagarse un seguro de salud, etcétera. Pero, en cambio, si los bancos son «demasiado importantes (o demasiado grandes) para dejarlos caer», sus gestores pueden sentirse muy incentivados para apropiarse de todo cuanto puedan y tanto como puedan... ¡porque a fin de cuentas ya pagará el contribuyente! Y por lo visto aquí el capitalismo y sus adláteres financieros no ven «riesgo moral» alguno...

Pensar en la «falta de moralidad» de Wall Street y sus gestores, dice M. Sandel en su obra ya citada, es lo primero que nos viene a la cabeza. Pero, a continuación, nos aconseja generalizar «repensando el rol de los mercados en la vida de todos»: una buena táctica para volver abstracto lo que es muy concreto para así desactivarlo (todos somos en parte culpables, o por lo menos cómplices, etcétera). Si lo comparamos con los análisis concretos y detallados que ofrece, por ejemplo, J. Stiglitz en su obra *Freefall*,<sup>2</sup> cuando estudia directamente las conductas faltas de toda ética de los tiburones de Wall Street, lo

---

<sup>2</sup> Stiglitz, J. (2010), *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*. WW Norton. Traducido al español por Taurus, Madrid.

que expone Sandel es lo más parecido a un cuento de hadas. En efecto, cuando en la parte final de su libro Stiglitz analiza la crisis moral del capitalismo, tal y cómo se ha puesto claramente de manifiesto desde 2008, describe «la depravación moral, la explotación de los americanos pobres y también de clase media por el capitalismo financiero» como un hecho bien documentado. Concluye este autor que «si ganar dinero es la finalidad última de la vida, entonces no hay ningún límite al comportamiento aceptable» (por ejemplo: financiar la esclavitud, como hizo el primer banquero Morgan; financiar el apartheid de Sudáfrica, como hizo CityBank, etcétera).

Para entender mejor el mundo en el que vivimos, de vez en cuando conviene releer a los clásicos. Veamos algunos ejemplos.

Si efectivamente todo tiene precio (explícito o implícito) y todo está cada vez más gobernado por la ley fundamental del mercado, la oferta y la demanda, quizás resulte interesante releer *Das Kapital*, de Marx, y lo que escribe en las 10 primeras páginas del primer capítulo sobre el «fetichismo de la mercancía», con la novedad de que en la actual sociedad de mercado globalizada cualquier cosa, objeto, persona, órgano, tejido... es una mercancía más, que como tal tiene precio y que se puede vender si hay compradores en cualquier lugar del mundo global e interconectado, en el que las informaciones sobre las mercancías disponibles viajan a la velocidad de Internet. Más todavía porque ahora, en este mercado global no sólo es posible vender bienes sino también ideas, en especial las ideas en las que se basan las políticas y, por lo tanto, la propia economía.

Como decía, nada más empezar su libro, Marx describe el sistema capitalista como un sistema económico fundamentado en la continua y masiva transformación del «valor de uso» de los objetos (o de los bienes en general, incluidas las capacidades y las habilidades intelectuales de las personas) en «valor de cambio», en mercancía que se puede comprar y vender en algún tipo de mercado. Ésta es justamente la base de la economía de mercado (por ejemplo: los diamantes poseen un enorme «valor de cambio», muy superior a su posible valor de uso en procesos industriales, porque son escasos y necesitan un enorme esfuerzo humano y tecnológico para extraerlos, cortarlos, pulirlos, etcétera).

Hablando de diamantes, y citando a otro clásico muy diferente, cuando hace ya muchos años leí por primera vez *L'étoile du Sud*, de Jules Verne, empecé a intuir, con sorpresa, algunas de las situaciones

paradójicas de la economía de mercado: Verne explica que a las minas de diamantes que el colonialismo inglés y holandés poseía en África del Sur llega un químico alemán (¡no podía ser de otra manera!) que consigue crear fácilmente un diamante artificial con las mismas propiedades para su uso en la industria que los diamantes naturales pero sin que se precise el penosísimo esfuerzo de excavación y el elevado precio en accidentes mortales con que se obtenían y todavía se obtienen; lo que pasa, sin embargo, es que cuando divulga su descubrimiento se ve enfrentado, con gran sorpresa por su parte, a la hostilidad de los colonos buscadores de diamantes porque éstos piensan, con razón, que su descubrimiento hará bajar en picada el precio de este producto en los mercados (es decir, su *valor de cambio*), y eso obviamente no les interesa en absoluto.

Puestos a recordar los clásicos también resulta interesante leer a Balzac, en especial *Le père Goriot* y el célebre discurso de Vautrin con que se abre el capítulo nuclear de la novela. En este capítulo, Balzac suelta una frase terrible que seguramente puede valer para muchos de los jóvenes de hoy en día: «el éxito social por medio de los estudios, el mérito y el trabajo es una pura ilusión». Más vale (le aconseja Vautrin al joven Rastignac, un arribista que, como d'Artagnan, sube de Gascuña a París para hacerse rico por cualquier medio) seducir a una joven heredera, casarse con ella y vivir cómodamente de sus rentas... es decir, que siguiendo la lógica que expone Balzac mucha gente buscará otras vías (legales o no) simplemente para salir del paso y sobrevivir, o en algunos casos para medrar.

La cuestión importante para el tema que nos ocupa es, a mi modo de ver, la siguiente: aquello que ha generado la naturaleza (el cuerpo humano y sus partes; los animales no humanos; el medio ambiente...) también puede convertirse en mercancía; es decir, que también es susceptible de adquirir valor de cambio en los diferentes mercados. Y en esta dinámica (globalizada, además) no hay topes, no hay límites a la lógica implacable del «fetichismo de la mercancía», como decía Marx. O al menos no hay límites en el seno de una economía y una sociedad de mercado. En palabras de Marx, escritas hace ya bastantes décadas: «la relación social actualmente dominante es la relación de unos seres humanos con los otros en cuanto que poseedores de mercancías [de cualquier tipo, añadido yo], que se expresan, en cuanto valor de cambio, por medio del dinero». En mi opinión, ahí seguimos.

En este marco socioeconómico el debate jurídico académico acerca de la «propiedad» del cuerpo, sobre los posibles «usos» del mismo y la protección que merece por parte del Derecho corre el riesgo de devenir en un debate cada vez más alejado de las circunstancias y de las situaciones concretas en las que buena parte de la humanidad globalizada intenta sobrevivir, en casos límite «a cualquier precio».

Pasemos ahora a comentar la segunda pregunta: ¿hay algo que el dinero no tendría que poder comprar, porque no tendría que estar en venta?

El debate sobre aquello que el dinero puede o no puede comprar (hipótesis que ya he dicho que para mí es inconsistente en el marco económico globalizado en el que nos movemos) se centra en dos puntos, que se refieren a:

- La justicia o la equidad (la desigualdad que genera la sociedad de mercado sumada a la falta de igualdad de oportunidades), y
- La corrupción (término con el que nos referimos a las actitudes y las normas que las relaciones mercantiles pueden dañar o directamente destruir).

Si, por ejemplo, se aplica este esquema a la compra-venta de riñones de personas vivas el resultado es obvio: de lo que se trata es de aprovecharse de la pobreza y de promover un concepto denigrante de la persona humana entendida como un conjunto de componentes biológicos de repuesto (órganos y tejidos). Aplicado a la prostitución, el argumento de la corrupción no creo que sea tan evidente, si esta práctica es realmente elegible y libremente consentida, porque las condiciones de trabajo en muchas empresas deslocalizadas seguramente son mucho peores y frente a las cuales las personas no tiene ni elección ni protección.

La manida referencia a la cuestión de la «dignidad»,<sup>3</sup> la afirmación de que «no es digno» comprar o vender el cuerpo o partes del cuerpo de las personas, es, en mi opinión, una muestra de simple moralismo. No sabemos muy bien qué queremos decir con eso de la «dignidad», pero sí podemos saber (y verlo, si queremos mirarlo)

---

<sup>3</sup> Para el debate, ver Macklin, R. (2003), “Dignity Is a Useless Concept”, en *British Medical Journal*, 327 (7429): 1419–1420 y Pinker, S. (2008), *The Stupidity of Dignity*, The New Republic,



qué es la «indignidad», ahora, además, globalizada: sus apellidos son pobreza, malnutrición, carencia de higiene, violencia de género o de cualquier otro tipo, no tener techo porque no se ha podido pagar una deuda excesiva y a menudo injusta con un banco, no tener trabajo por más que se busque y, en caso de encontrarlo, tener que trabajar en condiciones casi esclavistas (sin protección, ni derechos, ni seguridad), no poder decidir libremente sobre casi nada, etcétera.

En este contexto de miseria moral (y en demasiados casos también material), ¿podemos exigir razonablemente que la gente que vive en condiciones indignas se comporte «con dignidad» y que no entre en el juego del mercado aportando lo poco que tiene para ofrecer? Quizás más vale enfocar la cuestión del lado de quien compra, porque puede hacerlo, es decir, porque está en el lado «bueno» de la desigualdad. Y el comprador no se plantea cuestiones de «dignidad», seguro que no, sino sólo de beneficio e interés propios.

La pregunta interesante aquí es: ¿qué nos queda? Pues lo de siempre, la bioética y el derecho. Pero sólo si nos posicionamos desde una cierta bioética que priorice el deber ético de no maleficencia podemos argumentar y defender que extraer un riñón a cambio de dinero, o de cualquier otra cosa, es claramente maleficente, es causar un daño absolutamente evitable, y que lo importante es eliminar o cuanto menos minimizar suficientemente las condiciones indignas que el mercado globalizado genera y que llevan a algunas personas a tomar este tipo de decisiones, que para nada pueden considerarse libres, voluntarias y altruistas (como se exige para las donaciones de órganos entre vivos), sino como un último recurso en condiciones de pobreza.

Como en los demás supuestos sobre los que reflexiona, la bioética puede en este tema influir, con sus aportaciones, en la legislación a fin de que:

- Nadie viva en condiciones de indignidad tales que la compra-venta del cuerpo o de partes del cuerpo sea vista como una alternativa, y no como la peor.
- En una sociedad de mercado globalizado, lo que realmente se precisa es atacar la indignidad en origen y no sólo intervenir en el mercado de destino. Pero, mientras tanto, hay que poner todos los obstáculos posibles para que en nuestras sociedades ricas las conductas maleficientes mencionadas no se puedan

llevar a cabo en ningún caso ni de ninguna forma. Ese es el papel del Derecho.

- La normativa al efecto debe ser lo suficientemente severa como para que nadie se plantee colaborar, participar o ser cómplice de actos maleficentes, o que si lo hace sea severamente castigado. Evidentemente, esta normativa no puede ser solamente local o regional sino universal —asumida por organismos internacionales con poder ejecutivo— y, además, la participación o colaboración en este tipo de acciones debería formar parte de los supuestos punibles por un tribunal penal con jurisdicción internacional.
- Junto a eso, las entidades internacionales de protección de los Derechos Humanos deben incorporar como un elemento nuclear de sus intervenciones y declaraciones la defensa y protección de los más vulnerables; es decir, de los más susceptibles de verse abocados a entrar —como mercancía— en este mercado global al que me estoy refiriendo.

Uno puede, en este tema como en tantos otros, ejercer fácilmente el escepticismo más radical ante tanto desatino. Pero la bioética no debe caer en esta tentación intelectual. Debe, por el contrario, y aunque pueda sonar a utópico, ofrecer y defender una escala de valores en la que la sumisión al «fetichismo de la mercancía» de que antes hablaba no sea el «valor» dominante en nuestro mundo real.

## **5. ¿ES MÍO MI CUERPO?**

### **SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA DEL CUERPO HUMANO\***

*Ricardo García Manrique\*\**

#### **1. El cuerpo humano tentado por el mercado**

Dos fuerzas poderosas se han unido para tentar nuestros cuerpos con la materialización de un sueño que hace mucho que habita nuestras mentes: el del triunfo completo frente a la naturaleza. No me refiero a la que nos rodea sino a la que nos esclaviza desde dentro, la nuestra, nuestra naturaleza corpórea, vital, animal y humana, la que limita y condiciona nuestra libertad o lo que nos imaginamos que es nuestra libertad.

Una de esas fuerzas es el acelerado desarrollo de las biotecnologías, que ha ampliado el círculo de lo que ya no es sólo elucubrado sino realizable, cada día un poco más, más rápido incluso de lo que podemos asimilar. Otros lo harán más plenamente. La reproducción ya no es lo que era, y la lucha por la salud y por la prolongación de la vida, tampoco. Sus conceptos básicos están cambiando, y con ellos las pautas que hemos de seguir cuando de uno u otro modo nos ocupamos de nuestro cuerpo, sea para conservarlo, sea para proyectarlo en otros. Y lo que hoy ya podemos hacer nos permite vislumbrar lo que pronto podremos. Sentimos cómo se afloja nuestro corsé natural y lo libremente que respiramos.

---

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

\*\* Universidad de Barcelona.

La otra fuerza tentadora, formalmente independiente de la anterior, pero coadyuvante con ella cuando se pone en acción, es la hegemonía indiscutible de las ideas liberales y de las prácticas capitalistas, traducida en una ampliación constante del ámbito de lo mercantil, esto es, de lo que puede poseerse e intercambiarse por un precio, de lo que es fungible, por tanto. Hasta ahora ajeno a él en lo esencial, al menos en buena medida despatrimonializado o no comodificado, el cuerpo se ve ahora amenazado por la colonización del mercado, que huele negocio. Amenazado digo ahora, porque no todo es atractivo en el mercado, e incluso quién sabe si no es una fuerza del lado oscuro, pero antes he dicho tentado, porque sabemos del poderío de esa fuerza, de cómo ha transformado el mundo en muy poco tiempo, y nos seduce pensar, aunque sea morbosamente, en lo que puede llegar a pasar cuando tome posesión de nuestros cuerpos.

Ambas fuerzas son en efecto identificables por separado, pero no se nos ocurre que puedan actuar por separado, porque nos hemos acostumbrado a pensar, con razón o sin ella, que el impulso del lucro es el que mueve el mundo hacia adelante, el que tira del carro, sobre todo en materias sofisticadas, como lo es la biotecnología. Que los avances sean después puestos al alcance de todos en condiciones de ciudadana igualdad, por lo menos en alguna medida, no se niega por principio; pero tampoco que esos avances requieren de eso que se llama la iniciativa privada, una iniciativa que parece no ser nada sin un mercado, y que crece al ritmo que el mercado crece. Además, en una sociedad definida por el consumo, jerarquizada por él, la mayoría encuentra su lugar en función de su capacidad de compraventa y acumulación y dedica sus mayores esfuerzos a verla aumentar. Siendo así, cómo no vamos a querer que también lo corporal, que tan caro nos resulta y tan apetecible, sea también consumido. Cómo no vamos a querer, si somos consumidores más que otra cosa, poder comprar y vender nuestros cuerpos, o sus partes. Claro que lo querríamos todo para todos, si estuviéramos ante uno de esos recursos tan abundantes cuya distribución dicen Hume, Marx o Rawls que no requiere de la justicia; requiriéndola, por más o menos escasos, la justicia del mercado nos parece la más apropiada: no estamos dispuestos a compartir si eso nos iguala con los demás por abajo en vez de por arriba.

Pero la doble tentación, la de la biotecnología y la del mercado, correría el riesgo de fracasar en su empeño si no fuera porque cuenta con

un aliado inesperado: la desacralización del cuerpo. Dicen que lo corporal fue sagrado alguna vez y bien podemos creerlo si recordamos cómo los sacerdotes, encargados de lo sacro, definían las reglas de lo corporal que guiaban nuestras prácticas sexuales, reproductivas, estéticas o sanitarias. Hoy cada vez lo es menos y nadie hace caso de los sacerdotes: ya no hay sacerdotes a los que escuchar. El resultado es que el sexo, la reproducción, la estética y la sanidad se han liberado, y cada uno hace lo que le place, porque, en síntesis, mi cuerpo es mío y hago con él lo que me da la gana.

Desde luego, se trata de un aliado valioso, porque sin esa desacralización de por medio sería difícil asumir como apetecible, y menos como legítimo, todo lo que las biotecnologías están en condiciones de ofrecer, desde que sea otra mujer la que geste nuestro hijo, o que nuestro hijo lleve los genes de otro, a que decidamos prescindir de nuestra nariz porque la preferimos más recta y porque, cual otro objeto de consumo, la nueva también será nuestra. Y entre la madre de alquiler, los genes ajenos y la nariz postiza se abre una oferta cada vez más variada, tan variada que precisamente contiene cosas dotadas de sentidos tan distintos como el de los tres ejemplos, elegidos al azar salvo por esa misma diversidad y sin ánimo alguno de resultar frívolo. No soy yo quién para aventurar una hipótesis acerca de las causas profundas de ese proceso de secularización de lo corporal. Acaso sea el lógico correlato, en su ámbito, de la general secularización del mundo. Sin embargo, sí creo que hay una causa que cabe llamar indirecta, porque no buscaba el efecto, y que viene al caso. Queríamos librarnos del control de los otros, del control de los sacerdotes, para tomarlo en nuestras manos: que mi cuerpo fuera mío quería decir, más que nada, que no era suyo; pero para arrebatárselos ese control hubo que argumentar en contra del relato tradicional, que, una vez derruido, no ha sido sustituido por otro. El resultado no buscado, por lo menos no de manera directa, es el fin de la mística corporal: el cuerpo pierde el valor que tenía y no ha adquirido otro. Ha quedado en el campo de lo profano y las vías para su manipulación quedan abiertas.

Del mismo modo, sólo porque el cuerpo ha perdido su antiguo valor sin revestirse de uno nuevo, sólo porque le asignamos un valor meramente instrumental, podemos imaginarlo sin problemas en el espacio de lo poseíble, acumulable, intercambiable, sujeto a precio. Pues lo que no tiene precio, lo que el dinero no puede comprar, es

aquello que posee un valor específico, propio, no fungible. Sin él, no hay razones para impedir que se convierta en un objeto más, uno de tantos: se impondrá la lógica de supermercado y tarjeta de crédito. Así, la desacralización de lo corporal nos predispone a la aceptación gustosa tanto de los productos biotecnológicos como de la invasión mercantil de los cuerpos.

Esta desacralización, ¿se trata de veras de un aliado inesperado, tal como lo he llamado? Según se mire. Así me lo parece, teniendo en cuenta que la reivindicación del control sobre nuestros propios cuerpos, que la incitó al menos en parte, tenía una vocación liberadora y en cambio puede acabar dando lugar a nuevas formas de opresión: de aquí lo inesperado o paradójico. Claro está que esta impresión mía se debe a que estoy convencido de que el régimen mercantil es peligroso y puede acarrear, en este ámbito como en otros, sensibles pérdidas de libertad para muchos, acaso para la mayoría, incluso puede que para todos. En muchos ámbitos de la vida, creo que la libertad (o la autodeterminación, o la autonomía) queda mejor resguardada precisamente al revés, mediante la prohibición de la acumulación, con la intención de asegurar un reparto igualitario de los recursos, en este caso de los que atañen al cuerpo. En cambio, el régimen mercantil implica por necesidad esa acumulación y, por tanto, la posibilidad muy cierta de que unos acaben teniendo más de un cuerpo y otros ninguno, valga decirlo así. Queriéndonos librar de la opresión de los sacerdotes, podemos acabar sometidos a la de nuestros semejantes, o a la de nosotros mismos, y así todos oprimidos, incluso los que acumulen y opriman: porque desconocer el verdadero valor de las cosas (¿las cosas?) supone vivir de acuerdo con modelos inapropiados, por ajenos a nuestra manera de ser, y esa alienación, aunque sea autoinducida, es opresión. Que esto sea paradójico depende, por supuesto, de la idea que uno tenga acerca de la relación entre el mercado y la libertad, y quienes creen que es una relación directamente proporcional no verán paradoja alguna en todo esto. Además, podemos trazar fácilmente una secuencia conceptual que no carece de toda lógica, al menos en apariencia, y que lleva desde la afirmación de mi cuerpo como mío hasta la justificación de su comercialización, pasando por las nociones de propiedad y de libre disposición. Quizá no sea tan paradójico, pues.

De uno de los eslabones de esa cadena quiero ocuparme en estas páginas: del primero de todos ellos, el que permite pasar del concep-

to de lo mío al de la propiedad, porque creo que es su eslabón más débil. En efecto, una vez afirmada la propiedad de mi cuerpo, o de sus partes separadas, es más sencillo, aunque no del todo evidente, afirmar el derecho de libre disposición y desde aquí justificar la mercantilización. Por el contrario, si la propiedad del propio cuerpo o de sus partes no puede afirmarse, tampoco podrá serlo la posibilidad de su mercantilización. Puesto que sólo si soy propietario de un bien estoy en situación de enajenarlo a cambio de un precio, esto es, de ponerlo en el mercado. No se trata de una condición suficiente, porque la propiedad contemporánea es compatible con todo tipo de limitaciones, incluso con las que podrían obstaculizar la libre disposición; sin embargo, sí es una condición necesaria. Por supuesto, podemos tener derechos sobre nuestro cuerpo de carácter no patrimonial, como es el caso de algunos derechos fundamentales (el derecho a la integridad física, sin ir más lejos, aunque podríamos ir y llegar hasta la formulación de otros, como el derecho a la libertad sexual o el derecho a la autodeterminación reproductiva); pero los derechos fundamentales son precisamente derechos no patrimoniales, esto es, derechos por definición no disponibles o no alienables (Ferrajoli, 1999: 45-50).

Asistimos, pues, a una mercantilización general de la vida que se une, por un lado, a las múltiples posibilidades que nos ofrecen las biotecnologías, y que incluyen la de separar partes de nuestro cuerpo y transferirlas a otros; y, por otro lado, a la relajación del respeto tradicional por lo corporal. Es cierto que, hasta ahora, el cuerpo humano y sus partes han permanecido al margen del mercado, pero la tentación crece y caer en ella se justifica con el recurso a la intuición de que mi cuerpo es mío; y si es mío, ¿por qué no puedo hacer negocio con él? Si mis órganos, tejidos, sangre o células reproductivas son transferibles, ¿por qué no puedo venderlos? ¿Cuál es la razón de que no pueda usar y disponer libremente de mi cuerpo y de sus partes y ponerlos en el mercado? ¿Acaso no tengo un derecho a disponer de mi propio cuerpo? ¿No es la prohibición de la comercialización de lo corporal una limitación injustificada de la libertad individual? Frente al argumento que contienen implícito estas preguntas, la cuestión es si estamos en condiciones de articular otro argumento que circule en sentido contrario y contribuya a la protección del cuerpo humano contra el abordaje mercantil. Una forma de intentarlo, y así de responder a esas preguntas, es tratar de responder negativamente a esta otra: ¿puedo ser el propietario de mi propio cuerpo? Es lo que me

propongo a continuación. La otra pregunta clave, la de si puedo ser propietario de las partes separadas de mi cuerpo o de otros cuerpos, quedará para otra ocasión.

Importa aclarar, antes de seguir adelante, que estas preguntas tienen un carácter filosófico-jurídico y, si se quiere, anticipatorio. No se trata de preguntas acerca de la actual regulación jurídica de lo corporal, sino acerca de cómo debería ser esa regulación en el futuro, lo cual implicará a su vez, eso sí, un juicio de valor sobre la regulación vigente. Sobre esta regulación, valga apuntar que una larga tradición jurídica que se remonta hasta el Derecho romano y que llega hasta nuestros días ha establecido que ni el propio cuerpo ni sus partes vitales pueden ser objeto de propiedad; es cierto que se está abriendo el debate jurídico sobre la posibilidad de poseer en propiedad las partes separadas del cuerpo, pero todavía hay acuerdo en dejar al margen del ámbito patrimonial al propio cuerpo. Esto vale tanto para los sistemas jurídicos anglosajones, o sistemas de *common law* (Hardcastle, 2007: 15ss.), como para los europeos y americanos no anglosajones, o sistemas de «derecho civil» (Arnoux, 1994: 28, 150, 236; Reid, 2015: 10). En España, uno de nuestros grandes civilistas escribía hace ya tiempo que sobre los llamados «bienes de la personalidad» no se posee un auténtico derecho subjetivo, dado que la persona «carece de un poder dispositivo sobre los mismos», puesto que «están fuera del comercio de los hombres», esto es, son «bienes no patrimoniales» (De Castro, 1972: 10, 45), y hay que entender que entre esos bienes se hallaría el propio cuerpo. No obstante, De Castro advertía ya entonces de la creciente patrimonialización del Derecho Civil (De Castro, 1972: 8), que podría afectar en especial a estos bienes de la personalidad, como unos años después pudo ya constatarse en relación con el honor, la intimidad y la propia imagen (Carrasco, 1988: 37). En síntesis: el cuerpo humano sigue excluido del ámbito de lo patrimonial y de lo comercial, pero ese ámbito se expande sin tregua y lo amenaza.

## **2. Mi cuerpo es mío**

### ***La propiedad***

El Código Civil español establece en su artículo 348 que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitacio-



nes que las establecidas en las leyes». Se trata de un precepto muy similar al que contienen otros códigos civiles europeos y americanos, todos ellos descendientes más o menos directos del Código Civil francés de 1804, hijo a su vez de la Revolución y también llamado Código Napoleón en honor de quien le dio su último y definitivo impulso. Su artículo 544, en efecto, define la propiedad como 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* (esto es: «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos»). La propiedad es, pues, el derecho patrimonial más amplio que podemos tener sobre una cosa, y no sólo el más amplio sino también el más característico y definitorio de las relaciones jurídico-reales. De hecho, los demás derechos reales (o sobre las cosas) se califican como derechos reales «limitados» y suelen ser contruidos a partir del derecho de propiedad, mediante la atribución de una o varias facultades a un titular distinto del propietario (así, el arrendamiento, el usufructo o la hipoteca, que permiten a sus titulares llevar a cabo ciertas actividades respecto de la cosa, pero no todas ellas).

Es cierto que la amplitud de un derecho de propiedad depende de esas «limitaciones establecidas en las leyes», que pueden llegar a ser muchas, sobre todo cuando se trata de propiedades «especiales», o sobre bienes de naturaleza particular (así, las aguas, las minas o las creaciones intelectuales protegidas por los derechos de autor o las patentes). Sin embargo, la esencia de la propiedad está constituida por esas dos facultades genéricas que mencionan los artículos precitados: la de gozar de la cosa (usarla o disfrutarla) y la de disponer de la cosa (transmitirla de algún modo, sea en todo o en parte; sea a título oneroso o lucrativo, esto es, a cambio de precio como en la compraventa o a cambio de nada, como en la donación; y sea *inter vivos* o *mortis causa*, como en el caso de la herencia; la destrucción de la cosa también es un acto de disposición, aunque no el más habitual). También estas dos facultades básicas pueden estar restringidas por las leyes en alguna medida, pero no del todo anuladas, porque en ese caso el derecho de propiedad perdería su esencia: no tendría mucho sentido seguir hablando de «propiedad» si no podemos gozar o disponer de la cosa en alguna medida significativa.

Por eso, parece evidente que si fuéramos propietarios de nuestro cuerpo tendríamos que tener tales facultades sobre él: la que permite un uso genérico del mismo y la que permite transmitirlo. Ya veremos a continuación que esto es muy problemático respecto del cuerpo, pero aprovecho ahora para anunciar mi sorpresa por el hecho de que algunos, en los últimos años y sobre todo en el ámbito anglosajón, estén proponiendo la posibilidad de constituir derechos de propiedad respecto de las partes separadas del cuerpo (por ejemplo, un órgano o células reproductivas), aduciendo en favor de su tesis que tales derechos de propiedad no implicarían por necesidad ni un uso ilimitado ni la posibilidad de disponer de tales partes a título oneroso, una posibilidad que es la que abre el paso a un mercado de lo corporal. En sociedades mercantiles como las nuestras, la disposición o transmisión más característica de una cosa es precisamente la onerosa, y por tanto la posibilidad de llevarla a cabo es la que, creo, mejor define a la propiedad moderna, con lo que atribuir estatuto de cosas apropiables a las partes separadas del cuerpo sin permitir que podamos disponer libremente de ellas resulta, cuando menos, sorprendente.

### *Mi cuerpo es mío y no vuestro*

Una buena base para la articulación de un derecho de propiedad sobre el propio cuerpo es esa idea de que «mi cuerpo es mío». Palabras como éstas han de sonar atractivas en los oídos del hombre moderno y mucho más en los de la mujer moderna. Por muy básica e intuitiva que sea la idea que expresan, no son palabras triviales ni mucho menos. Si se han pronunciado una y otra vez, si cual bandera se han enarbolado, lo han sido como afirmación de nuestra autonomía individual, como reacción frente a los que durante siglos han pretendido ordenar el modo en que podíamos usar nuestro cuerpo, ellos por su parte en el nombre de la idea contraria, la de que «tu cuerpo no es tuyo» (¿de quién entonces? De Dios, por ejemplo).

En efecto, nuestra autonomía individual ha sufrido múltiples vejaciones por culpa de esa doctrina de la propiedad ajena de nuestros cuerpos, sobre todo cuando ha ido acompañada por una consideración negativa de lo corporal, o al menos de ciertos apetitos corporales, como es el caso de la doctrina cristiana dominante en Occidente durante tanto tiempo (en cambio, la que podría considerarse otra for-

ma de ajenidad, la defensa de la pertenencia de lo individual a lo comunitario, al modo aristotélico, no parece haber sido tan rigurosa en la regulación de lo corporal). De uno u otro modo, con esa doctrina podemos relacionar fenómenos históricos tales como el de la restricción de la libertad sexual, una restricción sufrida especialmente por todas las mujeres y por los hombres homosexuales, pero que nos ha afectado a todos; la prohibición de los anticonceptivos; la relativa desprotección de las mujeres frente a la violencia sexual de los varones; la penalización de todo tipo de aborto; o la dificultad para llevar a cabo operaciones de cambio de sexo.

Por tanto, no es extraño que la reivindicación contemporánea de la autonomía corporal lo haya sido al grito de «¡mi cuerpo es mío!», la forma más directa y tajante de negar que nuestro cuerpo pertenezca a otros o pueda ser controlado por otros. No cabe duda de que afirmar que nuestro cuerpo es nuestro es una buena manera de oponerse a todas esas restricciones que tanto afectan a nuestra vida cotidiana y que tan hirientes pueden resultar para quienes han asumido que la libertad individual constituye el ideal supremo de la vida. Sin embargo, esta afirmación de que mi cuerpo es mío no está exenta de problemas y, desde luego, de por sí no resulta suficiente para justificar la existencia de un supuesto derecho de propiedad sobre nuestro cuerpo.

### **¿Es mío mi cuerpo?**

El adjetivo «mío» indica algún tipo de posesión, pero siempre y cuando a la «posesión» le atribuyamos un significado muy amplio, o varios significados. Mía es mi vida y mía es mi hacienda, mía también es mi mujer y míos son mis hijos y mis padres. Mía es mi patria y mío es mi Dios. Mío es mi pensamiento y mi letra irregular, míos son los libros que he escrito, pero también los que tengo en la estantería. «Mi miedo es muy mío», le responde Lawrence de Arabia a ese árabe que le pregunta: «¿no tienes miedo, inglés?». También, en este sentido amplio, en alguno de estos sentidos, mío es mi cuerpo. Hasta aquí nada que objetar, pero tampoco nada más que derivar de cara a la justificación de un derecho de propiedad. Porque las posesiones implicadas en todos esos «míos» no son todas del mismo tipo y, sobre todo, nadie estaría dispuesto a afirmar que cada una de ellas justifique la aparición de un correspondiente derecho de propiedad. Es

más, la afirmación de que mi cuerpo es mío ni siquiera justifica que haya de ser yo el que decida cómo se usa o cómo se dispone de él, esto es, ni siquiera sirve para oponerse racionalmente a quienes pretenden controlar desde fuera ese uso o disposición, aunque su fuerza retórica sea evidente. Por tanto, no cabe duda de que mi cuerpo es mío en algún sentido, pero ¿qué significa esto? Y, sobre todo, ¿qué consecuencias normativas se siguen de ello?

### 3. Mi cuerpo y yo: ¿tengo un cuerpo o soy un cuerpo?

Por mucho que sea «mío», la posibilidad de «apropiarme» de mi cuerpo presenta una dificultad obvia: la de la posible identidad del sujeto que posee y el objeto que es poseído. Decir que «mi cuerpo es mío» parece suponer que existe un yo (sujeto) que posee un cuerpo (objeto); lo que importa destacar ahora no es tanto la idea de la posesión sino la idea de la dualidad, de que existen dos entes, uno de los cuales soy yo y el otro es mi cuerpo. Ahora bien: no está ni mucho menos claro que pueda establecerse tal distinción entre mi cuerpo y yo, puesto que ¿acaso soy yo otra cosa distinta de mi cuerpo? ¿Soy algo más que mi cuerpo? ¿Tengo un cuerpo o más bien soy un cuerpo?

Afirmar la dualidad entre el yo y el cuerpo requiere identificar el yo con algo distinto del cuerpo, ya sea con el alma, el espíritu o la mente y, por tanto, requiere adherirse a alguna variante de la doctrina del «fantasma en la máquina», tal como Gilbert Ryle denominó en 1949 a la doctrina que suele asociarse con Descartes (Ryle, 2005 [1949]: 29), según la cual mi cuerpo es una realidad material (*res extensa*) manejada por una mente inmaterial (*res cogitans*). Sin embargo, una de las grandes empresas del pensamiento filosófico moderno habría consistido en «comprender naturalmente al hombre, comprenderlo desde su cuerpo» y, en este punto, Descartes, «a veces tan moderno, no fue moderno al concebir al hombre, pues continuó concibiéndolo ptolemeicamente-metafísicamente a través del Alma» (Rodríguez Camarero, 2002: 120, 135). Aun así, una consideración digamos puramente corporal de lo humano atisbaría ya en los últimos escritos del propio Descartes (Rodríguez Camarero, 2002 y 2012) y se abriría camino, Spinoza mediante, a lo largo del Siglo de las Luces o «siglo del cuerpo», en expresión del propio Rodríguez Camarero. Así se aprecia en la obra del Voltaire de las *Cartas filosóficas*, quien, en la

décimo tercera dedicada a Locke, escribirá eso de que «soy cuerpo y pienso: no sé nada más»; o en el *Tratado de la naturaleza humana* de Hume; o en la obra de Diderot, para quien el «pensamiento» es una «facultad de la materia» y no tiene sentido situarlo fuera de ella (Scotto, 2014: 111-113). Valga como símbolo de esta superación ilustrada del dualismo cartesiano el significativo título del libro que La Mettrie publicó en 1748: *El hombre máquina*. Para Descartes, los animales son máquinas; para los ilustrados, los hombres lo son también.

Pero ya se sabe que la razón avanza despacio por los terrenos del imaginario colectivo, sobre todo cuando contradice creencias arraigadas, por muy irracionales que puedan ser; y todavía a fines del siglo XIX Nietzsche consideraba necesario, en su *Zaratustra*, sacudir a los «despreciadores del cuerpo» con una invectiva célebre:

El despierto, el sabio, dice: soy enteramente cuerpo, y nada más; y el alma es sólo una palabra para designar algo en el cuerpo. El cuerpo es una gran razón, una pluralidad dotada de un único sentido, una guerra y una paz, un rebaño y un pastor (...). Instrumento de tu cuerpo, hermano mío, es también tu pequeña razón, a la que llamas «espíritu», un pequeño instrumento y un pequeño juguete de tu gran razón [tu cuerpo, o la de tu cuerpo] (...). Detrás de tus pensamientos y sentimientos, hermano mío, se encuentra un poderoso soberano, un sabio desconocido —se llama «sí mismo». Mora en tu cuerpo, es tu cuerpo (...). Hay más razón en tu cuerpo que en tu mejor sabiduría (...) Tu «sí mismo» se ríe de tu yo y de sus orgullosos brincos. «¿Qué significan para mí esos brincos y vuelos del pensamiento?», se dice. «Un rodeo hacia mi meta. Yo soy el andador del yo y el apuntador de sus conceptos» (Nietzsche, 2005 [1892]: 93).

Así, y haciendo caso de Merleau-Ponty, el filósofo contemporáneo del cuerpo, ha sido sólo en el siglo XX cuando el dualismo cuerpo-mente ha resultado desacreditado, por lo menos en el ámbito filosófico y en el científico, y en buena medida también en la conciencia popular: «Nuestro siglo [el XX] ha borrado la línea divisoria del “cuerpo” y del “espíritu», y ve la vida humana como espiritual y corporal a la vez, siempre apoyada en el cuerpo, siempre interesada incluso en sus costumbres más carnales (...). Para muchos pensadores, a finales del XIX, el cuerpo era un trozo de materia, un haz de meca-

nismos. El xx ha restaurado y profundizado la noción de la carne; es decir, del cuerpo animado» (en Martínez Rodríguez, 1995: 84).

Que esta supresión de la frontera que separa el cuerpo del espíritu haya dado lugar a una visión coherente de lo corporal es otra cuestión. Es decir, el dualismo mente-cuerpo, aunque rechazado de forma expresa, acaso sigue actuando de manera inconsciente dentro de muchos de nosotros, y acaso la forma en que nos vemos sigue dependiendo de ese dualismo del que todavía nos cuesta desprendernos. Es más, podría ser que el rápido desarrollo de la biotecnología (y las ensañaciones que provocan los avances de la inteligencia artificial) estén en la base del surgimiento de una nueva versión del mismo, de acuerdo con la cual podríamos distinguir nítidamente entre nuestro cerebro y el resto de nuestro cuerpo, y atribuir al primero el rol de la *res cogitans* de la que hablaba Descartes, o el del *fantasma* de Ryle. Esto porque el auge biotecnológico nos hace concebir la esperanza de que un día no muy lejano podamos reemplazar cualquier parte de nuestro cuerpo, o nuestro cuerpo entero, manteniendo nuestro cerebro y, así, nuestra identidad, porque entendemos que es en esa sustancia gris en la que reside el «yo» o la conciencia de uno mismo. Si se me permite un símil cinematográfico, el sueño del que hablaba al principio de estas páginas, el del triunfo sobre nuestra propia naturaleza, no lo vemos reflejado en los ya clásicos replicantes de *Blade Runner*, que aspiran a ser más humanos que los humanos, porque profundizan en su esencia; sino en Ava, el robot de la reciente *Ex Machina*, que cambia de brazo o de piel como de chaqueta, que podría cambiar incluso de cuerpo entero manteniendo su identidad, residente en esa especie de cerebro de plástico viscoso, una Ava que ya no es humana sino precisamente un robot (García Manrique, 2006 y 2016). Por eso, no estoy muy seguro de que esa forma de pensarnos a nosotros mismos sea verdaderamente humana, sino más bien transhumana. Habría que recurrir quizá a la neurociencia para saber si tiene sentido pensarnos así. Uno puede, para empezar, recurrir a las memorias de Henry Marsh (2016), que no son un libro de neurociencia propiamente dicho, pero que sí han sido escritas por un neurocirujano de prestigio, y cuya lectura más bien nos inclina a lo contrario: a pensar que no ha de ser fácil trasplantar un cuerpo a un cerebro (¿o es un cerebro a un cuerpo?) y a tomar con precaución la idea de que nuestra identidad radica únicamente en nuestro cerebro.

Sea como sea, hasta que no llegue ese futuro posible, parece sensato dar por buena la superación del dualismo cuerpo-mente y, por tanto, asumir que no podemos establecer una distinción entre el sujeto «yo» y el objeto «cuerpo», porque no tenemos un cuerpo, sino que somos un cuerpo. Si esto es así, entonces resulta que no tiene sentido la idea de que poseemos un cuerpo; y si esta idea no tiene sentido, tampoco la tiene la pretensión de formular un derecho de propiedad sobre un objeto llamado cuerpo, por muy nuestro que sea.

### *Las partes de mi cuerpo y yo*

En cambio, lo que sí es pensable es la existencia separada de partes de nuestro cuerpo: un litro de sangre que está en una bolsa junto a nosotros pero fuera de nosotros, un óvulo o una muestra de esperma que se guardan en el frigorífico de una clínica de reproducción asistida, un riñón que se nos ha extraído y que está dentro de una nevera portátil. En estos casos, el dualismo sujeto-objeto no parece presentar problemas, o no los mismos problemas que en el caso del cuerpo, porque podemos diferenciar con claridad la existencia de un sujeto y de un objeto, y porque podemos predicar una relación de posesión de éste por aquél. Es cierto que hay quien habla de «cuerpo diseminado» para referirse a esta existencia separada de partes de nuestro cuerpo, y defiende la necesidad de considerarlo como una unidad funcional a pesar de su dispersión (Rodotà, 2008: 304ss.). Esta consideración bien puede ser necesaria, pero entiendo que se trata de una consideración normativa y no fáctica. Porque el hecho es que aquí estoy yo (mi cuerpo), allá mi riñón y acullá mi muestra de esperma, esto es, la separación es un hecho, y la noción de cuerpo diseminado pero aun así unitario es una noción que apunta al tratamiento normativo que merecen las partes separadas del cuerpo. Lo que ahora interesa es darse cuenta de que la cuestión de si ha de ser posible ser propietario de esos biomateriales que provienen de mi cuerpo merece un tratamiento distinto de la cuestión que ahora nos ocupa, la de si ha de ser posible ser propietario del propio cuerpo, y ello a pesar de que ambas cuestiones estén obviamente vinculadas; por eso creo que es mejor abordarlas de forma independiente.

#### 4. La propiedad de sí mismo o autopropiedad

Una primera vía para justificar la propiedad del propio cuerpo ha quedado descartada, siempre que hayamos renunciado al dualismo cuerpo-mente u otros equivalentes. Sin embargo, se abre una segunda vía si reformulamos nuestra pregunta en estos términos: ¿podemos ser propietarios de nosotros mismos? Es decir, no podemos ser propietarios de nuestro cuerpo concebido como un objeto distinto de nosotros mismos, pero acaso podamos, reflexivamente, ser nuestros propios dueños. La obvia diferencia es que, en este caso, no hay dualismo alguno: sujeto y objeto coinciden; el sujeto propietario y el objeto poseído en propiedad son uno y el mismo ente.

##### *Nozick y la autopropiedad*

La cuestión de la *autopropiedad* fue suscitada en la filosofía política contemporánea a raíz de la publicación en 1974 de *Anarchy, State and Utopia*, el libro de Robert Nozick que se convirtió rápidamente en la biblia de lo que dio en llamarse «libertarismo» (o «libertarianismo»), porque, en español, el término «libertarismo» había sido usado desde hacía tiempo para designar otro fenómeno político e ideológico muy distinto: el anarquismo de izquierda), una suerte de liberalismo extremo que trataba de oponerse al liberalismo igualitario tal y como lo había formulado John Rawls en su *Theory of Justice* de 1971 (Nozick, 1974; Rawls, 1973 [1971]). La tesis sostenida por Nozick es que somos dueños de nosotros mismos; a nosotros ahora nos interesa la tesis como tal, aunque hay que tener en cuenta que su función principal es la de aguantar todo un entramado de consecuencias relativas a la organización de la comunidad política, siendo pues el «núcleo» o «piedra basal» de su teoría (Domènech, 2009: 27; Mundó, 2004: 189), la cual ha contribuido a fundamentar el neoliberalismo conservador que se ha impuesto en décadas subsiguientes, sobre todo en el ámbito anglosajón, y cuya propuesta central es la de un Estado mínimo, entre cuyas funciones no se cuenta la de poner límites a la desigualdad que genera el libre mercado, el cual, a su vez, se pretende lo más amplio posible.

Lo que sí merece la pena destacar ya de antemano, para que uno se haga idea del alcance de la tesis de Nozick, es que, dado que uno es



propietario de sí mismo, uno ha de tener el derecho de venderse a otro como esclavo (Nozick, 1974: 331). Lo destaco porque no deja de ser por lo menos curioso que el texto fundacional del libertarismo, una doctrina que aspira a maximizar la libertad individual, considere que la esclavitud es legítima, siempre que sea voluntaria. Habría que ver en qué circunstancias desearía uno venderse como esclavo a otro, y si en ellas podría hablarse de genuina voluntariedad, pero dejaremos esto a un lado. En cambio, quizá por la fecha en que el libro fue publicado, no se dice apenas nada en él, al menos de forma específica, acerca de la posibilidad de vender partes del propio cuerpo, aunque bien cabe considerar que también sería legítima, pues quien puede lo más puede lo menos, como sería legítimo que alguien se apoderase, con cualesquiera fines y mediando consentimiento, de un buen número de partes de los cuerpos ajenos (además de rodearse de unos cuantos esclavos).

Las ideas de Nozick sobre la autopropiedad han suscitado un encendido debate académico, en el que destaca el libro monográfico de G. A. Cohen sobre la cuestión: *Self-ownership, Freedom and Equality*, de 1995. Aquí me limitaré a tratar de explicar por qué creo que la tesis de Nozick no permite justificar un derecho de propiedad sobre el propio cuerpo, entendida la propiedad en el sentido jurídico-civil y patrimonial antes apuntado, que es el sentido en el que afirmar la propiedad supone afirmar, al menos en principio, la libre disposición (en este caso, del cuerpo; y así, por ejemplo, esclavizarlo a cambio de un precio). Estoy suponiendo, y así se comprobará más adelante, que cabe entender la propiedad en otro sentido, uno no jurídico-civil ni patrimonial en el cual no implica la libre disposición.

En síntesis, argumentaré del siguiente modo: cuando Nozick dice que somos propietarios de nosotros mismos, puede querer decir dos cosas distintas. Una es que somos autónomos y debemos tener la posibilidad de regir libremente nuestra vida mediante el ejercicio de nuestros derechos individuales; si es esto lo que quiere decir, creo que lleva razón, pero de aquí no se sigue que podamos tener un derecho patrimonial sobre nuestro cuerpo. Otra es, precisamente, que tenemos tal derecho patrimonial; si es esto lo que quiere decir, entonces se equivoca.

En realidad, las referencias de Nozick al *self-ownership* son dispersas y poco elaboradas. Son, más bien, y como las llama Cohen, «invocaciones» a algo que parece darse por supuesto (Cohen, 1995:

67) y que Nozick atribuye a la tradición liberal y remonta hasta la obra de Locke (de hecho, la idea de la propiedad de sí mismo está mucho más elaborada en el propio libro de Cohen). El concepto aparece al hilo de la discusión de la legitimidad de los impuestos y del estado redistributivo, que implican, entiende Nozick, que los demás tienen una propiedad parcial sobre nosotros y sobre nuestras acciones y trabajo, lo cual supone «un cambio desde la noción liberal clásica de la autopropiedad hasta la noción de derechos de propiedad (parciales) sobre otras personas» (Nozick, 1974: 172).

Dicho sea de paso, calificar a Locke como «liberal», tal como hace Nozick de acuerdo con la interpretación de la obra lockeana que era mayoritaria todavía en su época, es por lo menos anacrónico (Domènech, 2009: 27), puesto que el liberalismo ha de entenderse más bien como un fenómeno ideológico cuya fecha de nacimiento ha de fijarse en el siglo XIX (desde luego, ése es el momento en que la palabra empieza a usarse con el sentido político que le damos actualmente). En cambio, hay razones para calificar a Locke más como «republicano» que como «liberal» *avant la lettre*, y así han interpretado algunos su obra en tiempos recientes, tal como explica Víctor Méndez en su estupendo estudio de contextualización del *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Méndez Baiges, 2010: 258ss). En todo caso, lo que importa ahora no es poner una u otra etiqueta, aunque pueda ser orientativa, sino saber qué es lo que Locke quiso decir al sostener que somos dueños de nosotros mismos. Esto es lo relevante si aceptamos que Nozick no está proponiendo una noción nueva, sino asumiendo una mucho más antigua que atribuye, reitero, al liberalismo clásico y, dentro de él, a Locke; después veremos si Nozick ha interpretado correctamente la idea de Locke.

### ***Lo que dice Locke***

En su *Tratado*, Locke usa el término «propiedad» (*property*) en dos sentidos que pueden diferenciarse de forma clara:

1) Un sentido genérico, de acuerdo con el cual nuestra propiedad estaría compuesta por nuestra vida, libertad y posesiones (o bienes), esto es, por el conjunto de los tres derechos naturales básicos (vida, libertad y propiedad sobre las cosas). Este sentido aparece aquí: «el hombre (...) no sólo tiene por naturaleza el poder de proteger su

propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes...» (Locke, 2010 [1690]: secc. 87); y también aquí: «[el hombre] está deseoso de unirse en sociedad con otros que ya están unidos o que tienen intención de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones; es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de “propiedad”» (Locke, 2010 [1690]: secc. 123). Acerca del porqué de este uso genérico del término, parece ser que no era infrecuente en la época, pero también se ha considerado significativo de la relevancia que Locke otorga a la propiedad patrimonial, que sería en principio sólo una parte de ese todo (Laslett, 1988: 102-104); en cambio, otros intérpretes, incluso si comparten la opinión de que la propiedad patrimonial tiene un rol central en la teoría política de Locke, no dan mayor importancia a ese uso genérico del término (Macpherson, 1979 [1962]: 172, 190).

2) Un sentido específico, de acuerdo con el cual lo que se designa es un derecho patrimonial que se ejerce sobre las cosas. Se trata, como he dicho, de uno de los tres derechos naturales básicos, junto con la vida y la libertad. Su justificación y desarrollo se encuentra en el famoso capítulo V del *Segundo tratado*, donde resulta patente que Locke se está refiriendo al dominio sobre las cosas.

¿Y qué hay sobre la propiedad de uno mismo? Locke, en efecto, la afirma al menos en dos pasajes del *Segundo tratado*, que se encuentran en las secciones 27 y 44:

aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona [aquí la traducción que manejo quizá no es del todo precisa; lo que escribe Locke es *every man has a “property” in his own “person”*]; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos (Locke, 2010 [1690]: secc. 27).

El hombre, al ser dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones y trabajos de ésta, tiene en sí mismo el gran fundamento de la propiedad (Locke, 2010 [1690]: secc. 44).

Pues bien, cuando Locke afirma en uno y otro pasaje que somos propietarios de nosotros mismos, ¿en cuál de los dos sentidos ya examinados lo hace? A mi juicio, en ninguno de los dos, sino en un tercero según el cual «propiedad» (de uno mismo) significa «personalidad»

o «cualidad de sujeto autónomo» que tiene sus propios intereses y no puede ser puesto al servicio de los intereses de otro, una personalidad de la que derivarían los derechos individuales: vida, libertad y propiedad *sobre las cosas*. En este sentido, la propiedad de uno mismo tendría el mismo rol que actualmente tiene el concepto de «dignidad» o, como bien señala Jordi Mundó, el mismo rol que el concepto romano de *sui iuris*, de acuerdo con el cual uno tiene personalidad jurídica propia y es por ello susceptible de ser titular de derechos (Mundó, 2004: 203). En realidad, es posible que este sentido de la propiedad como personalidad se aproxime al que antes hemos calificado como sentido genérico del término, aunque es difícil identificarlos, quizá debido a que Locke no hace un uso muy preciso del término (a su vez, quizá, porque el término no es unívoco y puede significar varias cosas). Un argumento adicional al respecto es que, aparte de todo lo dicho ya, Locke también asevera que Dios es nuestro propietario («todos [los hombres] son propiedad de quien los ha hecho, y han sido destinados a durar mientras a Él [al Hacedor] le plazca»; Locke, 2010 [1690]: secc. 6); y es difícil compadecer la afirmación de que somos propiedad de Dios con la de que somos propiedad de nosotros mismos, si damos al término «propiedad» el mismo sentido en ambas afirmaciones. Por eso, no ha de extrañar que asignemos a la expresión «propiedad» (de uno mismo) un significado distinto de los dos anteriores.

En cambio, lo que sí parece más claro, y a nuestros efectos resulta más interesante, es que la propiedad de uno mismo no es la propiedad en el sentido específico de derecho patrimonial sobre las cosas, esto es, que no tenemos sobre nuestro cuerpo (sobre nuestra persona, si se quiere) un derecho equivalente al que podemos tener sobre una cosa, un derecho que nos permitiría usar y disponer libremente de nuestro cuerpo. Esto, al menos, por dos razones. La primera es que, tanto en la sección 27 como en la 44, la autopropiedad actúa como fundamento del derecho de propiedad sobre las cosas (o sobre los frutos del trabajo), luego es algo diferente, y de naturaleza diferente (repito: la «personalidad»). La segunda razón es que a lo largo del *Segundo tratado* queda claro que los derechos individuales son limitados, y que el modo en que lo son compromete la posibilidad de afirmar alguna especie de derecho patrimonial sobre uno mismo. Veámoslo.

En efecto, el derecho a la vida no es ilimitado, pues el hombre «no tiene la libertad de destruirse a sí mismo» y «se ve obligado a

preservarse a sí mismo»; por la misma razón, «también se verá obligado a preservar al resto de la humanidad en la medida en que le sea posible», y «no puede suponerse que haya entre nosotros una subordinación que nos dé derecho a destruir al prójimo como si éste hubiera sido creado para nuestro uso» (todo ello en Locke, 2010 [1690]: secc. 6).

Tampoco la libertad es ilimitada, sino que:

La libertad de los hombres en un régimen de gobierno es la de poseer una norma pública para vivir de acuerdo con ella (...); una libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas esas cosas que no han sido prescritas por dicha norma; un no estar sujetos a la inconstante, incierta, desconocida y arbitraria voluntad de otro hombre, del mismo modo que la libertad natural consiste en no tener más trabas que las impuestas por la ley de la naturaleza (Locke, 2010 [1690]: secc. 22). La ley, entendida rectamente, no tanto constituye la limitación como la dirección de las acciones de un ser libre e inteligente hacia lo que es de su interés (Locke, 2010 [1690]: secc. 57).

Consecuencia específica de esta limitación de los derechos a la vida y a la libertad es que, en el capítulo dedicado a la esclavitud, Locke niega expresamente que uno pueda esclavizarse de forma voluntaria:

Ese estar libres de un poder absoluto y arbitrario es tan necesario, y está tan íntimamente vinculado a la conservación de un hombre, que nadie puede renunciar a ello sin estar renunciando al mismo tiempo a lo que permite su autoconservación y su vida. Pues un hombre sin poder sobre su propia vida no puede, por contrato o acuerdo otorgado por su propio consentimiento, ponerse bajo el absoluto poder arbitrario de otro que le arrebatase la vida cuando se le antoje. Nadie puede otorgar más poder del que tiene [en la versión inglesa de que dispongo, la cosa es todavía más clara, porque reza: *for a man (...) cannot by contract or his own consent enslave to anyone, nor put himself under the absolute, arbitrary power of another...*] (Locke, 2010 [1690]: secc. 23).

Parece, pues, evidente que los derechos individuales están fuertemente limitados por su función, que es la de permitir a sus titulares vivir como sujetos independientes y autónomos y así (cabe añadir ahora) ser capaces de cumplir con los deberes que les impone la ley

de la naturaleza, un concepto éste que no deja de aparecer a lo largo de todo el *Tratado* y que, dicho sea de paso, suena muy poco liberal (el de que nuestros derechos están al servicio del cumplimiento de deberes impuestos por una ley ajena a nuestra propia voluntad). Dentro de este cuadro, no es plausible formular un derecho a la propiedad patrimonial de uno mismo, cuando resulta que no podemos disponer de nuestra vida ni de nuestra libertad. Es más, el calificativo que podemos aplicar a todos los derechos lockeanos (propiedad sobre las cosas aparte) es el de «indisponibles» o «inalienables». Con lo que estos derechos se acercan más al concepto moderno de los derechos fundamentales que al de los derechos patrimoniales (al cual podríamos vincular sólo el de la propiedad sobre las cosas).

De este modo, la conclusión a la que llegamos en este punto es la siguiente: cuando Locke afirma que somos dueños de nosotros mismos, lo que está diciendo es que somos sujetos autónomos, dotados de personalidad propia, lo cual nos habilita como titulares de derechos individuales.

### **¿Se equivoca Nozick?**

Pues, con todos los respetos, yo creo que sí, puesto que su noción de autopropiedad es tributaria de la de Locke (o de la «noción liberal clásica de la autopropiedad»), pero le atribuye un carácter patrimonial que ya hemos visto que no tiene, ni en la obra de Locke ni, por lo que se me alcanza, en la de ningún otro autor clásico que pueda ser calificado como liberal. Al atribuirle ese carácter, le atribuye también los rasgos propios de los derechos patrimoniales (entre los que destaca la libre disponibilidad o alienabilidad), derivando consecuencias normativas que llegan hasta el extremo de legitimar la esclavitud cuando es libremente consentida (en expresa discrepancia con lo que sostiene Locke). Sin embargo, no podemos atribuir validez alguna a lo que ha sido derivado a partir de una premisa falsa. Por tanto, hay que concluir, respecto de Nozick, que ha malinterpretado la noción lockeana de autopropiedad, sea esta noción liberal o no; y que no ha demostrado que debemos tener un derecho (patrimonial) de propiedad sobre el propio cuerpo.

## ¿Se equivoca Cohen?

Para reforzar esta conclusión, veamos cómo se enfrenta G. A. Cohen con la idea de Nozick, siquiera sea porque, tal como apunté antes, la idea de Nozick (o la interpretación que hace Nozick de la idea de Locke) está mucho más elaborada por Cohen que por el propio Nozick, quien, por cierto, y según nos cuenta Antoni Domènech, nunca replicó a los trabajos que Cohen fue publicando sobre el particular y que se reúnen en su libro *Self-Ownership, Freedom and Equality* (Domènech, 2009: 27). Cohen sostiene que Nozick está en lo cierto (Cohen, 1995; caps. 9 y 10). Su análisis tiene dos partes: en la primera juzga si el *concepto* de «propiedad de sí mismo» es coherente, llegando a la conclusión de que sí lo es, a pesar de su reflexividad; en la segunda, juzga si la *tesis* de que somos propietarios de nosotros mismos es correcta, y concluye también que sí. Con ello no es que Cohen (convencido socialista) apoye la teoría política de Nozick. Lo que trata de hacer ver en otras partes de su libro es que de la tesis de la autopropiedad no se siguen las consecuencias políticas y jurídicas que cree Nozick. De manera que la relevancia de dicha tesis, por muy verdadera o correcta que sea, queda muy disminuida, y la tesis pierde su atractivo (Cohen, 1995: 230).

Consecuencias aparte, ¿por qué cree Cohen que Nozick está en lo cierto? A mi juicio, porque, como él, maneja el concepto de «propiedad» con menos cuidado del necesario. Escribe Cohen:

¿Qué hay en el contenido de los conceptos de propiedad (*ownership*) y personalidad (*personhood*) que pueda descalificar el concepto de autopropiedad? Las personas y sus poderes pueden ser controlados, entre otros, por sí mismas, y a buen seguro, con respecto a cualquier cosa que pueda ser controlada, hay siempre una respuesta a la cuestión: ¿Quién tiene el derecho de controlarla? Incluso si la respuesta es: nadie. La tesis de la autopropiedad dice que la respuesta a todas esas cuestiones sobre las personas y sus poderes es: la persona misma. ¿Por qué esta respuesta habría de ser juzgada incoherente? (Cohen, 1995: 210).

En efecto, esta respuesta no habría de ser juzgada incoherente; lo que pasa es que ésta no es la respuesta que ofrece Nozick. Si Nozick, o su tesis de la autopropiedad, se limitaran a afirmar eso, no habría incoherencia alguna en ello; es más, podríamos aceptarlo gustosamente. Se-

gún se deduce del pasaje, Cohen cree que la «propiedad», aplicada a las personas, consiste en la facultad de controlarse a sí mismas y a sus poderes; pero la facultad de controlarnos a nosotros mismos y decidir cómo vamos a usar nuestros poderes, es decir, la capacidad para regir nuestra vida de acuerdo con nuestros criterios, parece muy distinta de la facultad que ostentamos sobre una cosa de la cual somos propietarios. Cohen da la sensación de referirse a ambas facultades a la vez o, por lo menos, no da pistas para pensar que las esté diferenciando. De hecho, esa facultad de regirnos a nosotros mismos está protegida por los sistemas jurídicos constitucionales, pero nunca a través del derecho de propiedad, ni por ningún otro derecho patrimonial, sino a través de los derechos fundamentales, cuya naturaleza, ya sabemos, es muy distinta.

Esa misma impresión de poco cuidado con el manejo del concepto de propiedad se percibe también cuando, más adelante, Cohen aborda con intención crítica un pasaje de Kant en el cual el filósofo alemán argumenta en contra de la coherencia del concepto de auto-propiedad. El pasaje es éste:

el hombre no puede disponer de sí mismo porque no es una cosa. El hombre no es propiedad de sí mismo. Esto supondría una contradicción. Pues sólo en cuanto persona es susceptible de poseer cosas. De ser una 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 (Kant, 2002 [¿1785?]: 205).

Y esto es así aunque pocas páginas antes haya escrito, pero entiendo que dando otro sentido al término «pertenecer», que «nuestro cuerpo nos pertenece a nosotros mismos y también atañe a las leyes universales de la libertad de las que se derivan nuestros deberes».

La clave del argumento de Kant es que la propiedad se tiene sobre las cosas y que las personas no son cosas (no se puede ser persona y cosa a la vez). Luego, por tanto, no se puede ser propietario de una persona ni, en consecuencia, propietario de uno mismo. Según entiende Cohen (1995: 212), Kant incurre aquí en una falaz petición de principio, porque de lo que precisamente se trata es de saber si uno puede ser propietario de uno mismo (esto es, de «una persona»), y, si afirmamos que uno sólo puede ser propietario de cosas y no de per-



sonas, estamos dando la cuestión por resuelta de antemano. La cuestión es precisamente ésta: si podemos ser propietarios de personas (aunque sea sólo de nuestra propia persona); y ya hemos visto que Cohen cree que sí.

¿Qué es lo que muestra el pasaje de Kant y el modo en que lo analiza Cohen? Pues que Cohen maneja un concepto no jurídico de propiedad, por contraste con el de Kant. El concepto jurídico de propiedad, al menos en la tradición romanista que hemos heredado en la Europa continental (pero yo diría que también presente en el *common law*) es, precisamente, el de un derecho sobre las cosas; por eso en el Digesto se puede leer eso de que *dominus membrorum suorum nemo videtur* (esto es, que el hombre «no es dueño de sus propios miembros», corporales se entiende, D. 9, 2, 13). A su vez, la idea de un derecho sobre las cosas está suponiendo esa distinción entre personas y cosas a la que recurre Kant. No se puede ser persona y cosa a la vez precisamente porque la definición de persona es la de «aquello que no es una cosa». Puede que la presentación del argumento por parte de Kant no sea todo lo clara que debería ser (al humilde profesor prusiano le acusa el soberbio profesor oxoniense incluso de «sacar un conejo normativo de una chistera conceptual», porque, a partir de dicho argumento, Kant deduce que es inaceptable vender partes del propio cuerpo o prostituirse). También es verdad que el profesor oxoniense de origen canadiense podría haber echado mano de un libro publicado en vida de Kant y no de unos apuntes recopilados por sus alumnos y publicados mucho después de su muerte. Sin embargo, creo que ello no obsta para comprender el sentido del argumento kantiano: la propiedad sobre una persona es una contradicción en los términos porque la propiedad es, por definición, un derecho sobre las cosas; y la invocación de aquellos sistemas jurídicos, como el propio Derecho romano, que han permitido la posesión de esclavos en propiedad no viene al caso, porque precisamente los esclavos eran considerados cosas y no personas (que es precisamente, recuérdese, lo que trata de evitar Locke cuando dice que somos propietarios de nosotros mismos). Lo dejó muy bien escrito Savigny, uno de los grandes juristas del siglo XIX:

Así una persona extraña puede estar, de igual modo que una cosa, sujeta al dominio de nuestra voluntad y sometida a nuestro poder; si este dominio es absoluto, la persona extraña pierde su carácter de libertad y

de personalidad, de manera que realmente no ejercemos dominio sobre una persona, sino sobre una cosa (...). Pero si queremos representarnos una relación de derecho que establezca nuestro dominio sobre una persona sin destruir su libertad, un derecho que se parezca a la propiedad, y que, sin embargo, se distinga de ella, es preciso que este dominio no abrace la totalidad de la persona, sino solamente uno de sus actos (...). Ahora bien, las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado de otra persona, se llaman *obligación* [y no propiedad] (Savigny, 1878 [1840]: 227).

En cambio Cohen, tal como se pone de manifiesto en el pasaje antes transcrito, maneja un concepto de propiedad que no parece ser el jurídico, y que bien podría equivaler al de «personalidad» o «autonomía», como ya he sugerido a la hora de leer a Locke. En realidad, Cohen renuncia expresamente a aceptar que en la obra de Nozick «autopropiedad» y «autonomía» designen un mismo concepto porque, dice con razón, entonces no encontraríamos allí argumento alguno a favor de la autopropiedad como concepto independiente de la autonomía (Cohen, 1995: 236, n. 6). Aun así, y por mucho que Cohen trate de interpretar a Nozick de la mejor manera posible, no veo que la idea de autopropiedad pueda ser interpretada de otro modo, salvo como «personalidad» o «dignidad», si es que cabe diferenciar estos conceptos del de «autonomía». Si estoy en lo cierto, lo que podemos observar ahora es que de lo que se trataba no era de argumentar a favor de que cada persona debe ser dueña de sí misma en el sentido de que ha de respetarse su personalidad y, con ella, su autonomía; sino a favor de que cada persona tiene un derecho patrimonial de propiedad sobre sí misma, y esto Cohen no lo consigue; en realidad, ni siquiera lo intenta porque no maneja el concepto jurídico-patrimonial de propiedad. En suma, si lo que Cohen pretende, al aceptar la tesis de la autopropiedad, es justificar que las personas han de ser dueñas de sí mismas en el sentido de ser en última instancia quienes deciden cómo vivir o cómo usar sus facultades o poderes, no hay nada que objetar, con el matiz de que, en este caso, lo que no se entiende del todo es su empeño en distinguir «autonomía» y «autopropiedad». En cambio, si interpretásemos sus palabras como significando que las personas tienen sobre sí mismas ese derecho particular que aparece en los códigos civiles europeos y en el *common law* y al que llamamos «propiedad», entonces diríamos que esas palabras no son acertadas, por no haber comprendido el sen-

tido que tradicionalmente se ha atribuido, y se sigue atribuyendo, al derecho de propiedad.

Merece la pena insistir en que el derecho de propiedad es un instrumento ideado para que las personas tengan el control sobre las cosas, de cara a garantizar su libertad, teniendo en cuenta que la libertad de las personas depende, entre otros factores, del aseguramiento de su bienestar o subsistencia material, ya sea por la vía de la propiedad o por otras vías. Por eso, una de las dos facultades del derecho de propiedad es el uso de las cosas. Claro está que uno puede recurrir al término «uso» para referirse a lo que uno decide hacer en la vida y con su vida, aunque sería un recurso extraño lingüísticamente. Aun así, el sentido del término «uso» sería muy distinto en uno caso y en otro: «usar una cosa» es muy distinto de «tomar decisiones sobre mi vida». La otra facultad del derecho de propiedad es la de disponer de las cosas, que, recordemos, significa ante todo transmitir las (también destruirlas, pero éste es un caso particular que podemos dejar de lado, para no complicarnos aquí con el problema del suicidio, que merecería un análisis aparte). Ahora bien, la idea de transmitirse a sí mismo no tiene sentido precisamente porque supone convertirse en objeto de la propiedad de otro; es decir, en cosa, y «cosa» es precisamente lo que las personas no son. Por eso, la idea de disponer de uno mismo, en el sentido de transmitirse a otro y pasar a formar parte de su patrimonio, resulta absurda, puesto que el derecho de propiedad, reitero, ha sido pensado para garantizar la libertad o autonomía de las personas, y permitir que ese derecho fuera usado para el fin contrario (para perder la libertad o la autonomía) supone desnaturalizarlo. Así lo entendió claramente Locke, en este punto nada original sino deudor de una tradición que yo diría que, más que liberal, bien cabe llamar iusnaturalista moderna, en la que le preceden, por ejemplo, Grocio y Hobbes (Blanco Echaurren, 2003: 117-120). Para todos ellos, afirmar que los seres humanos tienen la propiedad de sí mismos supone afirmar que los seres humanos están dotados de personalidad propia y no pueden someterse íntegramente al arbitrio de otros.

Siendo así, y dejando de lado el distinto lenguaje en que se expresa, creo que la concepción kantiana de la persona no está muy alejada de la de Locke, o no tanto como, apoyándose en un trabajo de Jiménez Redondo, sugiere Manuel Atienza en páginas de este mismo libro (Atienza, 2016). Los límites lockeanos a la disposición de sí mismo los atribuye Atienza a «ataduras religiosas» (y cita ese pasaje de la

sección 6 del *Segundo tratado* en el que Locke concibe a los seres humanos como «propiedad» de Dios), y continúa diciendo que «el liberalismo, una vez despojado de esas ataduras religiosas, lleva en su lógica interna la consecuencia de que el individuo es el dueño completo de su propio cuerpo». Dejando ahora aparte la cuestión de si de veras Locke es exponente del «liberalismo», yo diría que esas ataduras se comprenden mejor como racionales que como religiosas (y en este sentido son muy similares a las kantianas), y que seguirían ahí incluso después de pasar a Locke (o a Grocio, o a Hobbes) por el cepillo de la secularización, si es que ellos mismos no se lo habían pasado ya. Pues es en esa misma sección 6 donde escribe Locke eso de que «el estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos, y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones». Una lectura secular de Locke, y de la tradición en la que se inscribe, no habría de arrojar una interpretación distinta de la que aquí vengo sosteniendo, una interpretación de la idea de la propiedad de uno mismo que no difiere mucho de la concepción kantiana de la persona como ser autónomo y fin en sí mismo.

En definitiva: el concepto de «propiedad de sí mismo» no tiene sentido si «propiedad» se entiende en el sentido jurídico usual como el derecho de usar y disponer de una cosa. Por tanto, la tesis de que uno es dueño de sí mismo tampoco tiene sentido. Otra cosa es que queramos expresar de otro modo nuestra condición de seres libres o autónomos. Si es así, la propiedad de uno mismo equivaldría, más o menos, o tendría una función similar, al concepto de personalidad jurídica o al concepto de dignidad humana. Pero éste es un sentido poco preciso y poco interesante del término «propiedad» y, desde luego, nada nos dice sobre si tenemos el derecho de usar y disponer libremente (y, sobre todo, onerosamente) de nuestro cuerpo.

## 5. Mi cuerpo no es de nadie

El cuerpo humano, largo tiempo al abrigo del comercio, está siendo ahora tentado por el mercado. Los avances biotecnológicos, la invasión mercantil de la vida y la desacralización de lo corporal forman una alianza que amenaza con convertir nuestra carne en objeto de compraventa. En este proceso, un hito clave ha de ser la considera-

ción del cuerpo o de sus partes como cosas susceptibles de apropiación, y esta consideración, a su vez, se apoya en la idea básica de que somos propietarios de nuestros propios cuerpos y de que, por tanto, estamos en condiciones de disponer libremente de ellos. Contra esta deriva, una forma de reaccionar es advertir de que esta idea es errónea, a pesar de que esté vinculada con una intuición muy popular, la de que «mi cuerpo es mío». La secuencia argumentativa es ésta: mi cuerpo es mío; si mi cuerpo es mío, tengo la propiedad de mi cuerpo; si tengo la propiedad de mi cuerpo, puedo disponer de él; y si puedo disponer de él, tengo derecho a comercializarlo.

El error que vicia este razonamiento radica en el uso equívoco del término «propiedad». Existe, por una parte, un uso del término por parte de una tradición de la filosofía moderna que algunos han llamado «liberal», a mi juicio anacrónicamente, y que pasa por Grocio, Hobbes y Locke. Según este uso, somos «propietarios» de nuestro cuerpo en el sentido de que tenemos personalidad propia y nadie puede privarnos de ella; pero de aquí no se sigue que podamos disponer libremente de nuestro cuerpo, sino justamente lo contrario. Este uso no debe confundirse con el que es más típico de nuestro tiempo, el jurídico-patrimonial, según el cual ser «propietarios» de nuestro cuerpo es poseerlo cual si fuera una cosa. En este segundo sentido, no somos propietarios de nuestro cuerpo, porque nuestro cuerpo (al menos, mientras está vivo) no es una cosa; tampoco por este camino, pues, cabe derivar su libre disposición.

Por eso, unas declaraciones como las de Bernat Soria, a la sazón ministro español de Sanidad, y que recoge Manuel Atienza en el trabajo al que acabo de hacer referencia, pueden inducir a confusión. Dijo el ministro: «hay un principio básico que separa dos formas de pensar: quien piensa que el propietario es uno mismo, y quien piensa que es alguien, una iglesia, una institución o un partido político. El Partido Socialista dice: el propietario de tu cuerpo eres tú. Tú eres quien toma decisiones».

Son declaraciones confusas, o simplemente erradas, porque plantean un dilema equivocado: nuestro cuerpo o es propiedad ajena o lo es nuestra. La equivocación yace en la exhaustividad del dilema, esto es, en la exclusión de una tercera posibilidad, la de que nuestro cuerpo no sea propiedad de nadie, por no ser un objeto apropiable. Y si éste es el caso, de aquí no se sigue que podamos tomar cualesquiera decisiones sobre él. Esta libre disposición, desde luego, no es «ideo-

logía socialista», como sostuvo el ministro, ni tampoco cabe derivarla de la tradición iusnaturalista racionalista, para la que, es cierto, la propiedad del propio cuerpo constituía un axioma (así lo recuerdan De Lora y Gascón, en el trabajo que cita Atienza), pero en el sentido ya indicado: como afirmación incondicionada de la personalidad o dignidad de todos los humanos. Por supuesto, no se trata de que sean los demás los que hayan de decidir por nosotros en lo que concierne a nuestro cuerpo, sino de que, simplemente, hay decisiones que no deben tomarse, y de que el sistema jurídico no debe permitir que se tomen, como la de tratarse a uno mismo como un instrumento al servicio de otros.

El uso claramente dominante del término «propiedad» es hoy el jurídico-patrimonial. Por eso, si Bernat Soria siguiera siendo ministro de Sanidad, que no lo es, yo me atrevería a sugerirle que, para no confundir a la gente, no se refiriese a la autonomía individual en materia corporal (en la que seguramente estaba pensando) en términos propietarios. No sea que, tratando de reivindicar el control de cada uno sobre su propio cuerpo y de evitar así intrusiones ajenas ilegítimas, acabemos dando argumentos a los que pretenden convertirlo en objeto de comercio, quienes, desde luego, no parecen guiados por la ideología socialista que invocaba el ministro.

No somos, pues, propietarios de nuestro cuerpo, pero nadie lo es. No podemos disponer libremente de nuestro cuerpo, pero eso no significa que otros puedan hacerlo, ni que nadie nos diga cómo hemos de «usarlo». El derecho contiene herramientas para proteger nuestro cuerpo y el uso sexual y reproductivo que hacemos de él; pero esas herramientas no implican esa libre disposición, que abriría el camino de la mercantilización de lo corporal y con él una nueva vía de opresión. Porque la mercantilización implica el potencial control ajeno de nuestros cuerpos, de nosotros mismos. 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. En cambio, seremos más libres mientras nuestro cuerpo siga estando al margen del ámbito de lo apropiable.

## Fuentes consultadas

- ATIENZA, M. (2016), “El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias”. Capítulo 2 de este libro.
- ARNOUX, R. (1994), *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Burdeos.
- BLANCO ECHAURI, J. (2003): “Las concepciones del *ius naturale* o los fundamentos de la política en Grocio, Hobbes y Espinosa”, en *Agora. Papeles de Filosofía* 22.
- COHEN, G. A. (1995), *Self-ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge.
- DE CASTRO, F. (1972), *Temas de Derecho Civil*, sin editorial, Madrid.
- CARRASCO PERERA, Á. (1988), *El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Tecnos, Madrid.
- DOMÈNECH, A. (2009), “¿Qué fue del ‘marxismo analítico’? (En la muerte de Gerald Cohen)”, tomado de <www.sinpermiso.info>.
- FERRAJOLI, L. (1999), *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- GARCÍA MANRIQUE, R. (2006), “*Blade Runner* o la pregunta por la dignidad humana”, en *Revista de Bioética y Derecho* 6.
- \_\_\_\_\_, (2016), “*Ex Machina* o sobre la dimensión corporal de lo humano”, en *Revista de Bioética y Derecho* 37.
- HARDCASTLE, R. (2007), *Law and the Human Body. Property Rights, Ownership and Control*, Hart, Oxford.
- LASLETT, P. (1988), “Introduction”, en Locke, J., *Two Treatises on Civil Government*. Cambridge University Press, Cambridge.
- LOCKE, J. (2010 [1690]), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Tecnos, Madrid.
- MACPHERSON, B. (1979 [1962]), *La teoría política del individualismo posesivo*, Fontanella, Barcelona.
- MARSH, H. (2016), *Ante todo no hagas daño*, Salamandra, Barcelona.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F. (1995), *Merleau-Ponty*, Ediciones del Orto, Madrid.
- MÉNDEZ BAIGES, V. (2010), “Apelando a los cielos: el *Segundo tratado* en la historia del pensamiento político moderno”, en Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Tecnos, Madrid.

- MUNDÓ, J. (2004), “Autopropiedad, derechos y libertad (¿Debería estar permitido que uno pudiera tratarse a sí mismo como esclavo?)”; en Bertomeu, M. J.; Domènech, A. y De Francisco, A. (eds.), *Republicanismo y democracia*, Miño y Dávila, Buenos Aires.
- NIETZSCHE, F. (2005 [1892]), *Así habló Zaratustra*, Valdemar, Madrid.
- NOZICK, R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford.
- RAWLS, J. (1973 [1971]), *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- REID, K. G. C. (2015), “Body, Parts and Property”, en *Research Paper Series* núm. 2015/25, University of Edinburgh School of Law.
- RODOTÀ, S. (2008), “Aventuras del cuerpo”; en Silveira, H. (ed.), *El derecho ante la biotecnología*, Icaria, Barcelona.
- RODRÍGUEZ CAMARERO, L. (2002), “La novela del alma: la comprensión natural del hombre en la ilustración inglesa y francesa”, en *O legado das Luces*, Universidad de Santiago de Compostela
- \_\_\_\_\_, (2012), “El valor y la génesis de las pasiones humanas en el último Descartes y en Spinoza”, en *Cauriensia* VII.
- RYLE, G. (2005 [1949]), *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona.
- SCOTTO BENITO, P. (2014), “Naturaleza humana y política en Denis Diderot”, en *Oxímora* 5.
- VON SAVIGNY, F. K. (1878 [1840]), *Sistema del Derecho romano actual*, tomo I, F. Góngora y compañía, Madrid.



## 6. ENTRE PROPIEDAD Y PERSONA: DISPOSICIÓN DE PARTES Y PRODUCTOS DEL CUERPO. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CIVIL

*Esther Arroyo Amayuelas\**

### 1. Introducción

Los cambios sociales y tecnológicos en el contexto biomédico plantean grandes retos y, entre ellos, el de saber si sobre las partes separables del cuerpo humano y sus fluidos y productos es posible hablar de un derecho de propiedad, como muestran los intensos debates que tienen lugar particularmente en la doctrina anglosajona. A lo largo de estas páginas se querría aclarar si todo lo que no es sujeto de derecho puede ser objeto de un derecho real mientras sirva para ser utilizado por el ser humano o si, por el contrario, las partes separadas del cuerpo pertenecen todavía al sujeto y, por consiguiente, deben considerarse *res extra commercium*. Adelantemos que no existe una respuesta unívoca en los distintos ordenamientos y ni siquiera entre los juristas pertenecientes al mismo sistema jurídico hay acuerdo. A veces la cuestión se enfoca desde una perspectiva estrictamente patrimonial y otras veces, por el contrario, la noción de personalidad trasciende a

---

\* Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona. El texto es un extracto, con modificaciones, de una ponencia más amplia presentada en el Congreso “El derecho de la propiedad en la construcción del derecho privado europeo: índices, sistemas adquisitivos y objetos”, Universidad de Barcelona, 9 y 10 de junio de 2016, de próxima publicación. La investigación forma parte del Proyecto MINECO DER 2014-54267 y se incardina en las actividades del Grup Consolidat de la Generalitat de Catalunya 2014 SGR 22 y del Instituto Transjus de la Universidad de Barcelona.

la lógica del *ius ad rem*.<sup>1</sup> Pero ni siquiera existe una división perfecta, puesto que no es lo mismo tratar del cuerpo que de alguna de sus partes, ni es indiferente de qué partes se trate, ni, por supuesto, es lo mismo que éstas sean órganos, tejidos o fluidos, por no hablar de las diferencias que puedan existir según el origen o productor de los mismos sea una persona viva o ya cadáver. Puesto que la pregunta sobre si es tolerable pronunciarse en términos de «derecho de propiedad» exige tener claro que ese material que sería su objeto está en el comercio, es preciso saber en qué condiciones y, por eso, el trabajo también trata de la gratuidad que rige en esta materia y sus más que probadas excepciones. Unas reflexiones finales, a caballo entre el resumen y la conclusión, servirán para poner de relieve hasta qué punto resulta poco útil tratar de imponer categorías, por lo menos a la vista de los casos difíciles analizados en este trabajo, y cómo las tradicionales exigen ser replanteadas, precisamente a la vista de los cambios sociales.

## 2. Entre el derecho de propiedad y el derecho de la persona

Desde el punto de vista legal, cualquier paciente tiene la última palabra sobre el control de su cuerpo.<sup>2</sup> Además, la ley también ampara que sea él quien decida el tratamiento médico o si no quiere recibir ninguno.<sup>3</sup> Ahora bien, ese derecho a disponer del propio cuerpo ¿va más allá? Y ¿es ilimitado? El debate tiene un componente ético y moral que ineludiblemente condiciona el discurso jurídico y que

---

<sup>1</sup> Para el planteamiento, ver Von Bar, Christian (2015), *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, I, Beck, München, pp. 135-136; Godt, Christine (2013), “The Functional Comparative Method in European Property Law”, en *European Review of Contract Law* (= ERCL), 2 (1), [pp. 73-89], p. 79, p. 85. También plantean la dicotomía, siquiera para explicar el estado de la cuestión en la doctrina italiana, Zatti, Paolo y Klesta, Laurence (2012), “Le statut juridique du corps humain en Italie”, en *Travaux de l'Association Henry Capitant. Journées suisses* (2009), T. LIX, Bruylant/LB2V, Bruselas, [pp. 153-187], p. 159.

<sup>2</sup> Art. 212-7 del Libro II del Código civil de Cataluña (= CCCat) (L. 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; DOGC núm. 5686, del 5 de agosto).

<sup>3</sup> Ver Capítulo II (Autonomía de la Persona en el ámbito de la salud), del Título I (La persona física), del Libro II CCCat; L. 21/2000, del 29 de diciembre, sobre *els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica* (DOGC núm. 3303, del 11 de enero de 2001).

aquí es imposible reproducir íntegramente.<sup>4</sup> Por eso, sólo algunas ideas básicas permitirán encuadrar los términos de la polémica.

## 2.1. ¿Propiedad sobre el cuerpo o sus partes separadas?

La hipótesis de partida podría ser que si la persona es también cuerpo, el cuerpo es de la persona e, intuitivamente, de ello podría derivarse que la persona es propietaria de ese cuerpo y, en consecuencia, ella debería poder decidir qué hacer con él o con partes o productos del mismo. Parecería que no otra cosa es lo que sucede cuando mejora sus funciones gracias al sometimiento a distintas intervenciones, en las múltiples ocasiones en que se injerta implantes, o cuando se somete a distintas operaciones de medicina voluntaria o satisfactiva, e incluso cuando accede a *piercings* y tatuajes.<sup>5</sup> Sin embargo, tradicionalmente la respuesta es que la libre disposición no es posible porque existen principios éticos y morales, que tienen que ver con la dignidad de la persona, que exigen un respeto por el cuerpo humano. En este sentido, es común afirmar que no se puede comerciar con él y ni siquiera con partes separadas del mismo, porque eso puede dar lugar a explotación y entraña el peligro potencial de dañar a la persona.<sup>6</sup> Eso es en parte lo que ya sucede en países como Tailandia, Camboya, Filipinas, Birmania, Pakistán, Bangladesh o Ucrania, en donde

---

<sup>4</sup> Con detalle, Bergel, Salvador Darío (2007), “Bioética, cuerpo y mercado”, en *Revista Colombiana de Bioética*, 2 (1), pp. 133-164.

<sup>5</sup> Berlioz, Pierre (2007), *La notion de bien*, LGDJ, París, p. 125. De «materia prima modelable» habla Rodotà, Stefano (2008), “Aventuras del cuerpo”, en Silveira Gorsky, Héctor C. (ed.), *El Derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Universitat de Lleida-Icaria, Barcelona, [pp 291-307], p. 305, para exigir nuevas garantías de control.

<sup>6</sup> Sobre las ideas que preconizan la libertad de vender partes del cuerpo humano y sus consecuencias, ver Sandel, Michael, J. (2013), *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, DeBolsillo, Barcelona, 4ª ed. (trad. Juan Pedro Campos Gómez), pp. 85-87. Extensamente, Bergel, “Bioética...”, esp. pp. 151-154. En la línea, Hernández Plasencia, José Ulises (2006), “Sistema de aceptación de donantes vivos: análisis comparativo”, en Rodés Teixidor, Juan (ed.), *Trasplante de órganos y células. Dimensiones éticas regulatorias*, Fundación BBVA, Bilbao, [pp. 465-484], pp. 472-473, quien, sin embargo, se muestra de acuerdo con un sistema de incentivos a la donación. Sobre el particular, ver más abajo, el epígrafe 3 ss.

se ha dicho gráficamente que «los pobres venden su cuerpo para que los ricos puedan vivir».<sup>7</sup>

En Europa las leyes regulan rigurosamente la donación de órganos (pulmón, riñones), tejidos (córnea, huesos, piel, médula ósea) o células (óvulos, semen) y establecen el límite de lo tolerable y las condiciones en que la cesión debe producirse. En particular, cuando se trata de donación de órganos *inter vivos*, establecen la necesidad de prestar consentimiento ante el juez (o autoridad equivalente) para que éste pueda comprobar que la decisión es libre y que el donante comprende exactamente su alcance.<sup>8</sup> Tales precauciones no hacen sino confirmar que la cesión es perfectamente lícita, aunque no en cualquier caso, sino sólo cuando sirve a un fin altruista o de solidaridad, esto es, cuando sirve para salvar o mejorar la vida de otras personas. Hay que tener en cuenta, además, que no puede ser lo mismo disponer de partes del cuerpo o fluidos que se regeneran (sangre, semen, uñas, cabellos, orina) o que son fácilmente sustituibles (dientes), que desprenderse de órganos que no pueden reemplazarse o regenerarse una vez separados del cuerpo y cuya separación, eventualmente, podría causar la muerte de la persona o, cuando menos, el deterioro de su vida (hígados, riñones, pulmones o corazón).<sup>9</sup> Por lo de-

---

<sup>7</sup> Ver entrevista de Ima Sanchis a Jean-Daniel Rainhorn, médico especialista en salud internacional, en la sección “La Contra”, en el diario *La Vanguardia*, 15 de julio de 2016 (contraportada): “[E]n India el 83 por ciento de las personas a la que se les ha extirpado un órgano son mujeres, las más pobres entre los pobres”; “[Hay] que añadir un artículo a la Declaración de derechos humanos que incluya que no se puede comerciar con los seres humanos según el modelo de abolición de la esclavitud. En la esclavitud se comerciaba con los músculos de las personas, hoy con partes de su cuerpo”. El entrevistado ha co-coordinado un libro con un título provocador: (2015), *New Cannibal Markets. Globalization and Commodification of the Human Body*, Éditions de la Maison des sciences de l’homme, París.

<sup>8</sup> Artículo 19.2 del *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* (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997: «[E]l consentimiento [...] deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad». En España, ver Instrumento de Ratificación (BOE núm. 251, del 20 de octubre de 1999). Además, el artículo 4 letra c L. 30/1979, del 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos* (BOE núm. 266, del 6 de noviembre de 1979) y Cap. X, arts. 78-80 L. 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción voluntaria* (BOE núm. 158, del 3 de julio de 2015). En Italia, artículo 2 de la L. del 26 de junio de 1967 núm. 458, *Trapianto del rene tra persone viventi* (*Gazzetta Ufficiale* del 27 de junio, núm. 160, edición extraordinaria).

<sup>9</sup> En esta materia rige el principio médico *primum non nocere*, ver Hernández, “Sistema...”, en Rodés (ed.), *Trasplante...*, pp. 469-470. Así lo establece también la legislación.

más, la práctica demuestra que diariamente se producen numerosas transacciones con partes del cuerpo: el comercio de pelucas hechas con cabello natural es legal, existen bancos privados que guardan las células madre del cordón umbilical y, por citar un último ejemplo, la donación de material genético no es en absoluto infrecuente. Se trata, pues, de bienes *intra commercium* de los que el titular puede disponer libremente. Por consiguiente, si el sujeto tiene un indiscutible poder de decisión, ¿por qué no reconocerle la propiedad sobre esas partes separadas de su cuerpo? Muchos juristas en Alemania, Escocia, Austria, Italia, Grecia o Hungría responderían afirmativamente a esa pregunta.<sup>10</sup> También es conocida la visión de los jueces ingleses en ese sentido.<sup>11</sup> Al referirme a la propiedad no aludo a la intelectual sobre el material que ha sido transformado gracias al trabajo de otros, porque está claro que, en tal caso, la propiedad sí que se reconoce y además se protege en forma de patente, precisamente a las instituciones, investigadores o empresas que trabajan esos tejidos que, por cierto, nadie diría que no persiguen un ánimo de lucro.<sup>12</sup>

---

Por ejemplo, en España, ver el artículo 8.1 letra *b* del Real Decreto 1723/2012, del 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* (BOE núm. 313, del 29 de diciembre de 2012). En Portugal, ver el artículo 6.7 de la Lei núm. 12/93, del 22 de Abril, *colheita e transplante de órgãos*.

<sup>10</sup> Ver las referencias en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, pp. 135-136.

<sup>11</sup> English Court of Appeal *R vs. Kelly* (1998) 3 All ER 741. Se suele citar también la influencia de la decisión de la High Court australiana en *Doodeward vs. Spencer* (1908) 6 CLR 406. Para un relato sucinto, Forster, Charles (2013), *Medical Law. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, pp. 114-118. Con detalle, Mason, J. Kenyon y Laurie, Graeme T. (2013), *Mason & McCall Smith's Law & Medical Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 9ª ed., pp. 480 ss; Skene, Loane (2014), "The current approach of the courts", en *Journal of Medical Ethics*, (40), pp. 10-13. Referencias también en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 137, nota 89.

<sup>12</sup> En España, el artículo 7.2 de la L. 14/2007, del 3 de julio, *de Investigación biomédica* (BOE núm. 159, del 4 de julio de 2007) es taxativo: «[L]a donación implica, asimismo, la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas». Es conocido el caso *Moore vs. Regents of the University of California* (1990), de la *Supreme Court of California*, que negó al demandante, enfermo de leucemia, el derecho a participar en los resultados económicos de la patente a que dio lugar a la línea celular creada por los investigadores a partir de su semen y sin su previo consentimiento. El tribunal negó la propiedad de las células al enfermo y, por consiguiente, no pudo condenar al médico por un *tort of conversión*. Ver Mason & Laurie, *Mason & McCall Smith's Law...*, pp. 480-481. Ver ahora S. 32 (9) (c) *Human Tissue Act* 2004.

## 2.2. ¿O derecho de la personalidad y de autodeterminación?

La respuesta a si es o no tolerable pronunciarse en términos de «derecho de propiedad» sobre partes del cuerpo, fluidos o tejidos, viene en buena parte condicionada por el debate sobre la admisibilidad de comerciar con partes o productos del cuerpo humano.<sup>13</sup> Como esto generalmente se prohíbe, los juristas tienden a argumentar en términos de «derechos de la personalidad» a la hora de admitir la licitud de la disposición de aquellas partes o productos.<sup>14</sup> El lenguaje de la propiedad o de los «derechos patrimoniales» parece tratar a la persona como una mercancía u objeto (de derechos) y, en general, genera rechazo. Ése parece ser el punto de vista del legislador francés, que, en virtud de la L. del 29 de julio de 1994, ha introducido en el Código civil normas sobre la integridad del cuerpo humano (artículos 16 y 16-1 a 9 *Code*) que prescriben la imposibilidad de que éste, o sus partes o productos, sea objeto de tráfico.<sup>15</sup> Si el cuerpo no es objeto, sino sujeto de derecho, que la persona deba consentir la disposición o el uso que se dé a partes del mismo o a su material genético, no debería significar nada en términos de «propiedad», ni para la persona que se desprende de las mismas, ni tampoco para quien las recibe. Parece que tratar las decisiones sobre el propio cuerpo en términos de dignidad y autodeterminación y desde el punto de vista de los derechos inalienables (por ejemplo vida, salud, integridad, privacidad) se acomoda mejor a la idea de que las partes del cuerpo son consideradas *rei extra commercium*. Esa perspectiva, que continua siendo mayoritaria en España, sitúa el tema en las coordenadas del *sujeto* del derecho y lo aleja del *objeto* del mismo y la consiguiente cosificación.<sup>16</sup> Todavía repug-

<sup>13</sup> Sobre el particular, ver más abajo epígrafe 3 ss.

<sup>14</sup> Para un planteamiento sucinto del problema, Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, pp. 137-138. Más ampliamente, Bergel, Salvador Darío (2011), “Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 35, [pp. 65-100], pp. 79-87. Para una aproximación reciente al concepto de «derechos de la personalidad», ver García Rubio, Ma. Paz (2013), “Los derechos de la personalidad”, en Gete-Alonso, Ma. Carmen (dir.) y Solé Resina, Judith (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 595-631.

<sup>15</sup> Artículo 3 de la L. núm. 94-653 del 29 de julio de 1994 (JORF 30 de julio de 1994). En particular, ver los artículos 16-1.3, 16-5, 16-6.

<sup>16</sup> Relaciona dignidad y derechos sobre el cuerpo y tejidos humanos, García Rubio, “Los derechos...”, en Gete-Alonso (dir.), *Tratado...*, p. 612. Claramente partidario de ese enfoque, Gordillo Cañas, Antonio (1987), *Trasplantes de órganos: «pietas» familiar y solidaridad humana*, Cuadernos Civitas, Madrid, pp. 39-41; Navas Navarro, Susana,

na reducir a la condición de cosa a una persona y, en el sentir de esa doctrina, eso es exactamente lo que sucedería si el cuerpo humano o partes o productos del mismo fueran tratados como objeto de un derecho patrimonial. En los manuales españoles al uso, es común tratar el problema que ahora nos ocupa al abordar la explicación del Derecho de la persona y, en particular, los derechos de la personalidad y, más concretamente, el derecho a la integridad física.<sup>17</sup>

### 2.3. Algunos casos difíciles

Aunque no faltan en España juristas que reconocen la posibilidad de disponer de partes separadas del cuerpo y sustancias que se regeneran (leche materna, sangre o médula ósea), esos mismos juristas manifiestan sus recelos respecto a la disposición de sustancias germinales (semen, óvulos y preembriones).<sup>18</sup> De nuevo, el problema consiste en determinar si puede decirse que existe una donación o cualquier otro contrato cuando el sujeto dispone sobre esas «cosas» que se consideran fuera del comercio de los hombres (artículo 1.271 CC) o si más bien tales actos son manifestaciones del derecho de autodeterminación de la persona.<sup>19</sup> En esa polémica también han terciado los tribunales. Todos son casos difíciles, que evidencian la imposibilidad de establecer reglas generales.

---

“Le statut juridique du corps humain en Droit espagnol”, en : *Travaux...*, [pp. 119-131], p. 121. En relación con las muestras biológicas, Gómez-Salvago Sánchez, Cecilia (2014), “Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1 [pp. 11-79], pp. 45-49. La misma perspectiva sería la que observarían algunos juristas en Portugal (pero no unánimemente) y en Polonia, según Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 138, nota 93.

<sup>17</sup> Como ejemplo, ver Lacruz Berdejo, José Luis *et al.* (1999), *Elementos de Derecho Civil*, I, Dyckinson, Madrid, p. 72; Hualde Sánchez, José Javier (1995), en Puig Ferriol, Lluís *et al.*, *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, pp. 363-365.

<sup>18</sup> Gil Rodríguez, Jacinto (2011), “Comentario al artículo 333 CC”, en De Pablo Contreras, Pedro y Valpuesta Fernández, Rosario (coords.), *Comentario al Código Civil*, Civitas-Thomson, Madrid, [pp. 1353-1356], p. 1355.

<sup>19</sup> Partidario de esto último, Soto Díez, Carlos (2007), “Comentario al artículo 5”, en Lledó Yagüe, Francisco *et al.* (dirs.), *Comentarios científico-jurídicos. Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dyckinson, Madrid, [pp. 88-97], p. 90.

### 2.3.1. La destrucción de material genético masculino

Que el semen, una vez expulsado del cuerpo, pueda ser objeto de propiedad es algo generalmente admitido por la doctrina en países como Alemania, Hungría, el Reino Unido o los Países Bajos.<sup>20</sup> En algunos, los tribunales han tenido que enfrentarse a esa cuestión, con ocasión de las demandas por destrucción negligente de ese semen por parte de la clínica que debía custodiarlo crioconservado. Ante la pretensión del demandado a ser resarcido por el daño psicológico derivado de la pérdida de la oportunidad de procrear (el llamado *solutum* o *pretium doloris*), la sentencia de la *Court of Appeal* del Reino Unido, *Yearworth and others vs. North Bristol NHS Trust*<sup>21</sup> reconoció un derecho de propiedad sobre el material genético. El tribunal declaró a la demandada responsable en virtud de un daño contra la propiedad del semen que aquella conservaba en *bailment* (depósito); ya no podía devolverlo y ello equivalía a decir que el demandante había visto lesionada su propiedad, esto es, el derecho de usar el esperma y controlar el uso que del mismo se hiciera. De ahí que pudiera reclamar una indemnización por daños psicológicos y psiquiátricos, siempre que tales padecimientos fueran una consecuencia previsible derivada de la infracción del deber del demandado y así se pudiera probar. El tribunal negó expresamente que hubiera habido una lesión al cuerpo, contrariamente a lo que unos años antes decidieron los jueces en Alemania. En efecto, la sentencia del *Bundesgerichtshof* del 9 de noviembre de 1993<sup>22</sup> consideró que aunque el esperma hubiera sido enteramente separado del cuerpo y ya no formara parte de él, su función era la que tendría si todavía se encontrara en el cuerpo humano, es decir, la de fertilizar un óvulo y procrear. Por consiguiente, el tribunal entendió que existía un daño al cuerpo y acordó la indemnización derivada de la frustración de la única oportunidad de ser padre que le quedaba al demandante.<sup>23</sup> En Escocia, la doctrina había reac-

<sup>20</sup> Referencias en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, pp. 137-138.

<sup>21</sup> (2009), EWCA Civ 37.

<sup>22</sup> BGH del 9 de noviembre de 1993 – VI ZR 62/93 (BHZ 124, 52-57; JZ 1994, 464-465). Un extracto de la sentencia en inglés es tomado de <<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=157>>, consultado el 26 de julio de 2016.

<sup>23</sup> De acuerdo, Banert, Christian (2011), “Die Vernichtung von eingefrorenem Sperma als Rechtsproblem”, en *European Review of Private Law* [ERPL], 2, [pp. 283-290], pp. 287-288.



cionado frente a la solución propuesta en *Yearbook* proclamando la necesidad de proteger el derecho a procrear a través de la protección al derecho de la personalidad o la dignidad de las personas<sup>24</sup> y, según parece, en la reciente sentencia *Holdich vs. Lothian Health Board*, los jueces escoceses tampoco prestaron un claro apoyo a la teoría de la propiedad.<sup>25</sup>

Es común a los tres casos la necesidad de reconocer el control sobre el uso que se haga del material separado del cuerpo, de manera que los jueces buscan soluciones dentro de los límites del propio ordenamiento. No está de más señalar que en el momento en que se dictó la sentencia alemana, el BGB no reconocía la existencia de un daño moral cuando el bien lesionado era la propiedad. Y que si, por el contrario, el juez inglés no hubiera reconocido la propiedad del semen, nunca podría haberse declarado la infracción de un contrato de depósito ni ninguna indemnización, a la vista de la calificación como «ficción» que hace el tribunal inglés de los argumentos de los jueces alemanes.

### 2.3.2 La disposición de gametos y embriones

Por dos veces, el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de aclarar que donar embriones no equivale a patrimonializar o cosificar a la persona. Primero fue la sentencia (=STC) 212/1996, dictada contra la (hoy derogada) Ley 42/1988 del 28 de diciembre, *de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos* que, a pesar de contar con un voto particular discrepante que afirmaba que los embriones vivos no pueden ser objeto de contrato, expresaba en el FJ 8 la siguiente idea:<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Ver Farran, Sue (2011), “Storing Sperm in Scotland: A Risky Business?”, ERPL, 2, [pp. 258-273], pp. 271-272; Harmon, Shawn (2011), “Yearworth vs. North Bristol NHS Trust: A property/medical case of uncertain insignificance?”, *Working Paper Series* núm. 32, University of Edinburgh School of Law, pp. 12-15, tomado de <<http://ssrn.com/abstract=1948099>>, consultado el 26 de julio de 2016.

<sup>25</sup> [2013] CSOH 197, 2014 SLT 495. Ver Reid, Kenneth G. C. (2015), “Body Parts and Property”, en *Research Paper Series* núm. 2015/25, University of Edinburgh School of Law, pp. 1-18.

<sup>26</sup> La sentencia fue dictada en respuesta al recurso de inconstitucionalidad promovido por Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, comisionado por 78 diputados del Grupo Parlamentario Popular. La ley fue impugnada en su totalidad y subsidiariamente contra los artículos 1, 2, 3, apartados 2 y 3, 5 apartado 1, 5 apartado 3, 7, 8, 9 y Disposición Adicional Primera, apartados d) y e), por contradecir los artículos 9, 10, 15, 25, 53 y

[T]anto en relación con el artículo 1 como en otros sucesivos (artículos 2, 3.2, 7 y Disposición adicional primera), se reprocha a la Ley el que emplee un concepto, el de donación, de preciso significado, sostienen, en nuestro Derecho y que estiman incompatible con la dignidad de la persona en cuanto supone la patrimonialización de seres humanos, cualquiera que sea su grado de desarrollo. Aclarado, sin embargo, que la Ley no prevé la donación sino de embriones o fetos muertos o, en todo caso, no viables (o de estructuras biológicas procedentes de los mismos cuya muerte ya ha sido constatada, artículo 6), tal reproche carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular «donación», al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/79, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la «patrimonialización», que se pretende de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (artículo 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el artículo 2 d) de la Ley: «Que la donación y utilización posterior nunca tengan carácter lucrativo o comercial».

Poco tiempo después siguió la STC 116/1999, del 17 de junio, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad contra la (hoy derogada) Ley 35/1988, del 22 de noviembre, *de técnicas de reproducción asistida*, cuyo FJ 11 dice así:<sup>27</sup>

[...] Cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, «persona humana», por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo, difícilmente puede resultar contrario al derecho [...] a la dignidad humana (artículo 10.1 CE), tal como, sin embargo, sostienen los recurrentes. [P]or su parte, el artículo 5.1 es impugnado en la medida en que permite la donación de gametos y preembriones, porque, según se afirma en el recurso, ello «patrimonializa y convierte en objeto humano a un individuo fruto de la concepción», lo que resulta incompatible con el art. 15 C.E. Sin embargo, como se de-

---

81 de la Constitución Española (BOE núm. 19, del 22 de enero de 1997). El voto particular corresponde al magistrado José Gabaldón López.

<sup>27</sup> Sentencia pronunciada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular. La ley fue impugnada en su totalidad y, subsidiariamente, contra distintos apartados de la misma (BOE núm. 162. Suplemento del 8 de julio de 1999).

claró en la STC 212/1996 (fundamento jurídico 8º), en relación con ciertos preceptos de la Ley 42/1988, esta singular donación «no implica en modo alguno la “patrimonialización”, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (artículo 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida»; prohibición que, en este caso, se encuentra en el artículo 5.3 de la Ley que ahora enjuiciamos. En definitiva, el objeto perseguido por el artículo 5.1 de la Ley no es otro que el de garantizar que los gametos y los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables, por lo que, en consonancia con la doctrina antes citada, el precepto impugnado no ofrece tacha alguna de inconstitucionalidad.

En la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 27 de agosto de 2015, *Parrillo c. Italia*, el TEDH no se ha atrevido a ir tan lejos y afirmar que los embriones congelados no son persona, pero tampoco ha dicho lo contrario, puesto que no entra en el problema sensible y controvertido de determinar cuándo comienza la vida. En el caso en estudio, la demandante era una ciudadana italiana que, una vez frustrado su proyecto de formar una familia por muerte sobrevenida de su compañero, quería poder decidir donar a la investigación científica sus embriones *in vitro*, a pesar de que la legislación italiana no se lo permitía. El Tribunal cree que los embriones no son bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades (CEDH),<sup>28</sup> porque entiende que el citado precepto tiene un ámbito meramente económico y patrimonial (§§ 214-215). De ello cabría deducir que no excluye que pueda existir una propiedad sin ese valor económico, salvo que quiera crear algo tan improbable como un *tertium genus* entre propiedad y persona. En realidad, la mayoría de los jueces considera que los embriones son una parte constituyente del material genético y de la identidad biológica de la demandante y, por consiguiente, constituyen una parte de la misma (§ 158). El argumento sirve para afirmar el derecho de autodeterminación sobre el

---

<sup>28</sup> Artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: «[1] Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional».

propio cuerpo (§ 159) y, por consiguiente, para reconocer que el derecho a decidir cuál deba el destino de los embriones entra dentro de lo que debiera considerarse el derecho a la vida privada (artículo 8 del CEDH).<sup>29</sup>

### 3. Que se prohíba el ánimo de lucro no implica que se prohíba disponer de órganos, tejidos o fluidos

Es tan frecuente afirmar que los órganos y partes del cuerpo son *res extra commercium* como lo es que la persona puede disponer de los mismos de forma altruista.<sup>30</sup> Por tanto, no se pueden vender —aunque es evidente que algunas partes del cuerpo sí que se pueden vender—, pero sí que se pueden donar, porque eso no hiere la sensibilidad ni es contrario a la moral social.<sup>31</sup> La consecuencia es, contrariamente a lo que por lo general suele afirmarse, que esos son bienes que sí que es-

<sup>29</sup> Otra cosa es que finalmente el TEDH conceda un amplio margen de apreciación al Estado italiano y entienda que éste no ha violado el precepto. Sobre la sentencia, muy controvertida, un apunte en Winkler, Matteo (2006), “Il divieto italiano di ricerca sugli embrioni al vaglio della Corte europea dei diritti umani (nota a CEDU, 27.8.2015, Parrillo vs. Italia)”, en *Il familiarista*, del 8 de enero, tomado de <www.academia.edu>, consultado el 26 de julio de 2016. Más crítica, ver Farnós Amorós, Esther (2016), “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans vs. Reino Unido a Parrillo vs. Italia”, en *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, 36, [pp. 93-111], pp. 106-108. Especialmente disconforme, ver Torroja Mateu, Helena (2016), “¿Un Derecho de Propiedad sobre los embriones in vitro? ¿Un derecho a decidir su donación a la ciencia? Un controvertido debate (TEDH, Parrillo vs. Italia)”, en *Revista General de Derecho Europeo*, 39, pp. 1-24.

<sup>30</sup> Así, Lacruz et al., *Elementos...*, p. 72; Navas Navarro, “Le statut juridique...”, en *Travaux...*, p. 121; Farnós Amorós, Esther (2011), *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, p. 142, nota 432. En la línea, en Francia, Libchaber, Rémy (2004), “La recodification des biens” en *Le Code civil 104-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec-LexisNexis, París, [pp. 297-372], p. 343: «[À] fin de protection individuelle, l’extrapatrimonialité est limitée à celui qui pourrait faire de son corps une source de richesse [...]».

<sup>31</sup> En Italia, el artículo 5 del CC italiano claramente no prohíbe cualquier acto de disposición y otras leyes regulan la donación de riñones [artículo 1pr. de la L. del 26 de junio de 1967, núm. 458, “*Trapianto del rene tra persone viventi*” en la *Gazzetta Ufficiale* del 27 de junio, núm. 160, edición extraordinaria] o de una parte del hígado [artículo 1 de la Ley del 16 de diciembre de 1999, núm. 483, en la *Gazzetta Ufficiale* núm. 297 del 20 diciembre de 1999]. Mazzoni, Cossimo Marco (2001), “Diritti della personalità”, en Bessone, Mario (ed.), *Lineamenti di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2a ed., [pp. 65-71], p. 66, llama la atención sobre la referencia «quasi esclusivamente di natura patrimoniale» contenida en el artículo 5 del CC italiano, aunque sólo sea para advertir que «si è

tán en el comercio.<sup>32</sup> Lo único que se prohíbe es que se obtenga una remuneración por el trasplante de órganos o cualquier lucro derivado de la cesión de tejidos u otros materiales.

La prohibición de ánimo de lucro es un principio general en la legislación y en los códigos éticos que existen en el ámbito internacional. Por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Biomedicina,<sup>33</sup> la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>34</sup> los Principios rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos,<sup>35</sup> o el Convenio sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa.<sup>36</sup> A propósito de la investigación sobre materiales biológicos de origen humano, la gratuidad también viene impuesta por la Recomendación del Consejo de Europa (2006) 4,<sup>37</sup> por citar sólo uno de los muchos códigos éticos que existen en el ámbito internacional. Las legislaciones nacionales no son ninguna excepción.<sup>38</sup> Baste citar parte de la abundante normativa en España,<sup>39</sup> Italia,<sup>40</sup> Portugal,<sup>41</sup>

---

andato quasi del tutto à perdere a favore dell'altro principio fondamentale della libertà del soggetto».

<sup>32</sup> Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 137.

<sup>33</sup> Artículo 21 del Convenio de Oviedo (referencia supra nota 8): “[E]l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

<sup>34</sup> El artículo 3.2, tercer guión (DO C 364, de 18 de diciembre de 2000).

<sup>35</sup> Principios aprobados por la 63.ª Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en su resolución WHA 63.22. Ver Principio rectores 5, 6 y 8.

<sup>36</sup> Ver artículo 4.1, letras *b* y *c* del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa, de 9 de julio de 2014, tomado de <<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/conference/Traducci%C3%B3n%20Tratado%20Tr%C3%A1fico%20%C3%93rganos.pdf>>, consultado el 26 de julio de 2016.

<sup>37</sup> Artículo 7 Recommendation (2006) 4 of the Committee of Ministers to Member States on research on biological materials of human origin (Adopted by the Committee of Ministers on 15 March 2006 at the 958th meeting of the Ministers' Deputies).

<sup>38</sup> Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 137, nota 90; Hernández, “Sistema...”, pp. 470-471.

<sup>39</sup> Artículo 2 de la Ley 30/1979, del 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos*; artículos 4.2 y 7 Real Decreto 1723/2012, del 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* (BOE núm. 313, del 29 de diciembre de 2012); artículos 7.1, 58.3 de la Ley 14/2007, del 3 de julio, *de investigación biomédica* (BOE núm. 159, del 4 de julio de 2007).

<sup>40</sup> Artículo 6 de la Ley del 26 de junio de 1967 núm. 458, “Trapianto del rene tra persone viventi”, en la *Gazzeta Ufficiale* del 27 de junio núm. 160, edición extraordinaria).

<sup>41</sup> Artículo 5 de la Ley núm. 12/93, del 22 de abril, *colheita e transplante de órgãos*.

Francia<sup>42</sup> o Inglaterra.<sup>43</sup> La transposición de la Directiva 2004/23, en relación con la donación de células y tejidos<sup>44</sup> y la Directiva 2010/45, a propósito de los órganos destinados al trasplante,<sup>45</sup> tampoco deja otro margen.

De acuerdo con el Comité de bioética de Cataluña, sobre consideraciones éticas en los trasplantes en vivo, la donación a cambio de una compensación material puede ser un acto libre, pero no es un acto justo porque atenta contra el principio de igualdad. Si se acepta la donación a cambio de un bien material, sólo los más desposeídos aceptarían el intercambio, «y eso en las mejores condiciones posibles, cuando las agencias aseguradoras actúan como intermediarias y evitan la compraventa directa, regulada por las leyes del mercado que siempre favorecen a los más ricos».<sup>46</sup>

### ***3.1. La indemnización por las molestias causadas***

La prohibición de ánimo de lucro no es incompatible con poder satisfacer una indemnización por las molestias causadas. Basta observar la legislación sobre donación de sangre para constatarlo.<sup>47</sup> Sin embargo, a veces se enfatiza que no puede haber tráfico comercial

---

<sup>42</sup> Artículo 1211-4 *Code de la Santé Publique*.

<sup>43</sup> Sect. 32 Human Tissue Act 2004.

<sup>44</sup> Artículo 12 Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, *relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos* (DO L 102, de 7 de abril de 2004). Omite cualquier consideración sobre la remuneración el Reglamento (CE) N° 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre medicamentos de terapia avanzada (DO L 324, del 10 de diciembre de 2007), si bien la Exposición de Motivos de la norma se remite a la acabada de mencionar para el caso de que un medicamento de terapia avanzada contenga órganos y tejidos; en ese sentido, recalca la necesidad de observar el principio de que la donación es no remunerada (§§ 14-15).

<sup>45</sup> Artículo 13 Directiva 2010/45, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de julio de 2010, *sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante* (DO L 207, del 6 de agosto de 2010).

<sup>46</sup> <[http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/05/consideracions\\_eticas\\_trasplantes\\_donante\\_vivo.pdf](http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/05/consideracions_eticas_trasplantes_donante_vivo.pdf)>, consultado el 26 de julio de 2016, p. 11.

<sup>47</sup> En España, artículo 4 del Real Decreto 1088/2005, del 16 de septiembre, *por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión* (BOE núm. 225, del 20 de septiembre de 2005). En Francia, ver el artículo 1221-1 y 3 *Code de la santé publique*.

sobre el tejido humano y, en cambio, se pone «precio» a ese material.<sup>48</sup> ¿No es eso un indicio de mercantilización?<sup>49</sup> Probablemente la respuesta dependa de lo elevada que sea esa compensación; ésta variará en función de cuáles sean las molestias y, sobre todo, de cuál sea el riesgo que comporte la extracción. Así, mientras donar semen es algo inocuo, no puede decirse lo mismo respecto de la donación de ovocitos, que además de exigir un tratamiento hormonal, precisa de una intervención quirúrgica. Por eso, esta donación tiene una contrapartida económica indemnizatoria mucho más elevada. En el año 1997 y al amparo de las anteriores leyes de reproducción asistida, que eran deliberadamente inconcretas, la *Comissió sobre Tècniques de Reproducció Humana Assistida* (que asesora al Departamento de Salut de la Generalitat de Catalunya en esta materia) calculó que los gastos compensables incluían desplazamiento, horas de trabajo perdidas y dietas de alimentación y que podían llegar hasta los 600 euros.<sup>50</sup> Luego, el artículo 5.3 de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*,<sup>51</sup> estableció expresamente que 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. El precepto añade que el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación. En la práctica, contando con el margen que imponen las clínicas, parece que el precio es sensiblemente superior

<sup>48</sup> En Bélgica, ver el artículo 6 *Loi relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique*, del 19 de diciembre de 2008 y arrêté ministériel fixant le prix du matériel corporel humain del 14 de octubre de 2009, tomado de <[http://www.fagg-afmps.be/fr/items-HOME/Lois\\_et\\_Arretes](http://www.fagg-afmps.be/fr/items-HOME/Lois_et_Arretes)>, consultado el 26 de julio de 2016. En Francia es lícita la venta de determinados productos del cuerpo humano (a determinar por decreto del Consejo de Estado), cuando ello sea usual (Ley 1211-8 *Code de la santé publique*). Cfr. Berlioz, *La notion de bien*..., p. 116.

<sup>49</sup> Centran la atención en la existencia de prácticas comerciales sobre tejidos humanos en distintos países, Lenk, Christian y Beier, Katharina (2012), "Is the Commercialisation of Human Tissues and Body Material Forbidden in the Countries of the European Union", en *Journal of Medical Ethics* (38), pp. 342-326.

<sup>50</sup> Ver <<http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/02/donooocreprec.pdf>> (agradezco a la doctora Maria Casado la facilitación del enlace).

<sup>51</sup> BOE núm. 126, del 27 de mayo de 2006.



a aquella cifra y oscila alrededor de los 900 euros, según unas indicaciones;<sup>52</sup> y entre 1,000 y 1,200, según otras.<sup>53</sup> Las cifras son sensiblemente más bajas en otros países y, en particular, en el Reino Unido.<sup>54</sup> Naturalmente, la previsión de una compensación influye en la edad y condición civil de los donantes.<sup>55</sup>

El problema es que generalmente no es fácil saber dónde acaba la indemnización y dónde empieza la remuneración. Además, si bien se mira, el precio de una compraventa no tiene por qué ser justo, ni procurar provecho. Precisamente con ese argumento la jurisprudencia francesa admite que la sangre es susceptible de ser objeto de un contrato oneroso entre el centro de transfusión sanguínea y el donante (en el caso, un enfermo de SIDA), aunque el precio se disfrace de suma dada en compensación de los gastos.<sup>56</sup> Además, muchas veces no existe transparencia en el proceso porque las compensaciones económicas se sustituyen por compensaciones en especie.<sup>57</sup> Por lo demás, a la vista de la publicidad masiva e indiscriminada en las universidades o a través de Internet, se diría que en algunos países exis-

---

<sup>52</sup> Según Farnós Amorós, Esther (2010), “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010”, en *InDret*, 3, p. 12. Ver también Olaya Godoy, María (2014), *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Dyckinson, Madrid, pp. 281-282.

<sup>53</sup> En la página web del Institut Marquès se puede leer: «[E]n el nostre centre, aquesta compensació la quantifiquem en 1,000 euros en el primer cicle, 1,100 euros en el segon, y 1,200 euros a partir del tercer», tomado de <<http://institutomarques.com/ca/reproduccio-assistida-2/tractaments/donacio-dovuls-semen-i-embrions/>>, consultado el 26 de julio de 2016.

<sup>54</sup> Según García-Ruiz, Yolanda y Guerra-Díaz, Diana (2012), “Gamete and embryo donation: a legal view from Spain”, en Richards, Martin; Pennings, Guido y Appleby, John B. (eds.), *Reproductive Donation. Practice, Policy and Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge [pp. 112-129], pp. 115.

<sup>55</sup> García-Ruiz y Guerra-Díaz, “Gamete and embryo donation...”, en Richard, Pennings y Appleby (eds.), *Reproductive...*, pp. 121-122.

<sup>56</sup> *Tribunal de Grande Instance* de Toulouse, del 16 de julio de 1992. Ver Berlioz, *La notion...*, p. 119. La cita también en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 139, nota 97.

<sup>57</sup> Denunciaba esa falta de transparencia en España, antes de la aprobación de la Ley de Reproducción humana asistida de 2006, Díaz Martínez, Ana (2006), “Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados”, en Díaz Martínez, Ana (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dyckinson, Madrid, p. 87. Para el Reino Unido, García-Ruiz y Guerra-Díaz, “Gamete and embryo donation...”, en Richard, Pennings y Appleby (eds.), *Reproductive...* p. 115.



te un verdadero mercado.<sup>58</sup> Es responsabilidad del equipo médico velar porque el procedimiento sea correcto y la Administración debe garantizar que las donaciones sean altruistas.<sup>59</sup>

### ***3.2. El problema de la transparencia***

A propósito de la presentación del segundo informe sobre la donación voluntaria y no remunerada de tejidos y células, el Parlamento europeo advertía, en su resolución del 11 de septiembre de 2012,<sup>60</sup> que todavía quedaba mucho por hacer. El Parlamento observaba que los tejidos y células donados, como la piel, los huesos, los tendones, las córneas o las células madre hematopoyéticas se utilizan cada vez con mayor frecuencia en terapias médicas y como materias primas para la elaboración de medicamentos de terapia avanzada, y recordaba que la Directiva 2004/23/CE ordena a los Estados miembros que se esfuercen por garantizar las donaciones voluntarias y no remuneradas de células y tejidos y que tal obtención se efectúe sin ánimo de lucro.<sup>61</sup> A la vista de los datos presentados por los Estados a la Comisión Europea sobre la práctica de la donación voluntaria y no remunerada, el informe arroja los siguientes datos: de los 29 países que enviaron las aclaraciones requeridas, 27 cuentan con algún tipo de disposición (vinculante o no) que rige el principio de la donación voluntaria y no remunerada de tejidos y células; 13 países disponen de principios rectores relativos a la posibilidad de ofrecer algún tipo de compensación o incentivos a los donantes de tejidos y células; 19 países habían comunicado que ofrecían algún tipo de compensación o incentivos a los donantes vivos de tejidos y células (salvo si se trata de células reproductoras); 14 países ofrecían algún tipo de compensación o incentivos a los donantes de células reproductoras; cuatro paí-

---

<sup>58</sup> En Dinamarca, los precios del esperma están anunciados en <<https://dk.cryosinternational.com/donor-sperm/prices-and-payment>>, consultado el 26 de julio de 2016.

<sup>59</sup> Ver el documento “Consideraciones éticas en los trasplantes de donante vivo”, del Comité de Bioética de Cataluña, enero de 2012, esp. pp. 14-16, tomado de <[http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/05/consideracions\\_etiques\\_trasplantes\\_donante\\_vivo.pdf](http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/05/consideracions_etiques_trasplantes_donante_vivo.pdf)>, consultado el 26 de julio de 2016.

<sup>60</sup> Resolución del Parlamento europeo del 11 de septiembre de 2012, sobre la donación voluntaria y no remunerada de tejidos y células (2011/2193[INI]) [DO CE 353, del 3 de diciembre de 2013].

<sup>61</sup> Ver referencia de la nota 44.

ses ofrecían algún tipo de compensación o incentivos a los familiares de los donantes fallecidos. El Parlamento insiste en la necesidad de prohibir ofrecer u obtener beneficios económicos o ventajas comparables y, en su caso, previa publicitación de la necesidad o disponibilidad de tejidos y recuerda el fin terapéutico que debe tener toda donación. Observa que la Carta de los Derechos Fundamentales (vinculante en la Unión Europea) prohíbe que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,<sup>62</sup> pero constata que, a pesar de ello, aún subsisten dudas acerca de la compatibilidad con este principio ético de determinados tipos de compensaciones concedidas en relación con las donaciones y, en particular, cuando se abonan a familiares de donantes fallecidos.

Al margen de principios éticos, el Parlamento considera que la donación no remunerada es necesaria para proteger la salud del donante y del receptor, ya que la implicación de sumas elevadas de dinero puede inducir a que el donante asuma riesgos y pueda obstaculizar la divulgación de los riesgos en su historial médico. Por eso pide a la Comisión que vigile atentamente los acontecimientos que se registren en los Estados miembros, que examine detenidamente todos los informes de la sociedad civil y de los medios de comunicación sobre la vulneración del principio de la donación voluntaria, y que adopte las medidas adecuadas e incluso, si fuera necesario, entable procedimientos de infracción, y que le informe sobre las prácticas y los criterios nacionales actuales para la compensación de los donantes vivos, en particular en cuanto a la donación de óvulos. Además, considera fundamental que todos los Estados miembros definan claramente las condiciones en que se deberá acordar la indemnización, que recuerda que debe ser justa y proporcionada, teniendo en cuenta que se debe limitar a los gastos incurridos con la donación de tejidos y células (por ejemplo, los gastos de viaje, la pérdida de ingresos y los gastos médicos y los posibles efectos secundarios); considera que dichas compensaciones han de ser transparentes y estar sujetas a auditorías periódicas. Pide a los Estados miembros que velen por que las compensaciones que se abonen a los donantes sean compatibles con los principios éticos y recomienda que se preste especial atención a este aspecto cuando las compensaciones no se abonen al donante sino a sus familiares en caso de que éste fallezca.

---

<sup>62</sup> Ver referencia de la nota 34.

La cuestión de la transparencia está siendo analizada por la Comisión europea para el conjunto de países de la Unión Europea, tal y como le exhortaba el Parlamento. El reciente informe sobre la aplicación del artículo 12 Directiva 2004/23,<sup>63</sup> revela la dificultad de llevar a cabo una evaluación exhaustiva de la aplicación del principio de donación voluntaria y no remunerada por parte de los Estados miembros y vuelve a insistir en la necesidad de mantener ese principio, no sólo por razones éticas, sino también porque, como ya advertía el Parlamento, puede contribuir a unos mayores niveles de seguridad para las células y los tejidos y, en consecuencia, a mejorar la protección de la salud humana. En particular, se afirma que:

[S]i se permitiera pagar a los donantes, algunas personas podrían encontrar la remuneración monetaria tan importante que podrían ocultar información médica o conductual relevante. La realización de evaluaciones y pruebas adicionales puede reducir la posibilidad de contagio de un donante a un receptor, pero no eliminarla por completo. En consecuencia, la información proporcionada por el donante o su familia contribuye a una evaluación precisa de todos los riesgos asociados a la aplicación de tejidos o células donados.<sup>64</sup>

Ahora bien, según parece, la prohibición, que todavía no existe en todos los países, no evita que en algunos se pague por la donación de gametos y que, en otros, la posibilidad de compensar a los donantes de tejidos y células no sea más que la descripción de las prácticas autorizadas. Por consiguiente, en unos casos se trata de simples indemnizaciones y, en otros, de auténticos incentivos que constituyen una remuneración en dinero u otro tipo de prácticas. Aun así se matiza que las diferencias de poder adquisitivo entre los Estados miembros también podrían explicar por qué una medida se considera una «compensación» en un país y un «incentivo» en otro.<sup>65</sup> A veces los donantes vivos reciben compensaciones que guardan relación con

---

<sup>63</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativo a la aplicación de las Directivas 2004/23/EC, 2006/17/EC y 2006/86/EC por las que se establecen normas de calidad y seguridad para las células y los tejidos humanos (Bruselas, 21 de abril de 2016, COM 223 final).

<sup>64</sup> Informe..., p. 13.

<sup>65</sup> Informe..., p. 13.

índices objetivos (renta mensual, poder adquisitivo), otras veces se trata de cantidades fijas y, entonces, plantea dudas que únicamente los establecimientos receptores de tejidos puedan fijar las cantidades, máxime si resulta que éstas son significativamente elevadas en relación con la renta media mensual; en fin, otras veces la compensación no es sino el reembolso de gastos previamente realizados (de desplazamientos, de medicamentos), que se abonan previa presentación de facturas. Con todo, se admite que los Estados miembros proporcionan escasa información sobre la compensación derivada de las molestias causadas y ello se trata de justificar, por un lado, en la variedad de situaciones que pueden darse (necesidad de pruebas previas, de tratamiento médico previo, duración de la hospitalización, efectos sobre el estado de salud y la capacidad de trabajo); y, por el otro, en las distintas prácticas seguidas en cada hospital.<sup>66</sup> En ocasiones, los familiares de los donantes muertos también cobran y la remuneración consiste en el pago del sepelio o incineración y funeral, lo cual la Comisión percibe, claramente, como un incentivo, sobre todo en ausencia de consentimiento de la persona fallecida y ante la falta de recursos económicos para sufragar aquellos gastos.<sup>67</sup>

El informe concluye con la necesidad de fomentar una comprensión común del artículo 12 Directiva 2004/23, que aborde el tema de la transparencia de las decisiones referentes a la compensación de los donantes, el tipo y valor de dichas compensaciones. A la vez, se propone abordar las mejores prácticas dirigidas a abordar la suficiencia o autosuficiencia de células y tejidos, con el fin de reducir las carencias, lo cual parece que necesariamente deberá tenerse en cuenta a la hora de dar efectividad al principio de donación voluntaria y no remunerada: «Es necesario encontrar las soluciones más adecuadas para garantizar tanto el respeto del artículo 12 de la Directiva 2004/23/CE como un abastecimiento adecuado de células y tejidos para los pacientes que los necesitan en toda la Unión».<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Informe..., p. 14.

<sup>67</sup> Informe..., pp. 14-15.

<sup>68</sup> Informe..., p. 15.

#### 4. A modo de conclusión

En términos dogmáticos y doctrinales, el debate sobre si es posible ser propietario de partes del cuerpo o sus productos sirve para establecer categorías y determinar qué normas resultan aplicables. Para saber, por ejemplo, si la persona adquiere por ocupación aquella parte que se separa de su cuerpo y debe considerarse abandonada, o si el semen que una clínica se ofrece a crioconservar puede ser objeto de un contrato de depósito. O, en fin, para determinar la corrección de la expresión «donación» de embriones. Algunos pensarán que es mejor decantarse por el modelo de la propiedad porque el consentimiento siempre es revocable; pero la réplica es que nadie puede adquirir la propiedad en contra de quien no quiere desprenderse de ella. Aun podría distinguirse entre los principios del Derecho de la persona cuando los órganos, células y tejidos todavía forman parte del cuerpo, y los principios del Derecho de propiedad cuando ya se han separado del mismo. Con todo, el recurso a una u otra rama del ordenamiento más bien está en función de la respuesta que se quiera obtener y, sobre todo, en función de los límites que ofrezca el propio Derecho. Lo que no puede dejar de reconocerse es que son tan innumerables las transacciones lícitas que se suceden diariamente con partes del cuerpo humano o sus fluidos, que ya no es sensato sostener su condición de bienes *extra commercium*. Que estas transacciones sean gratificadas y cómo o con qué cantidad es, hoy por hoy, la cuestión más importante. Quizás habrá que empezar a ir pensando en la bondad de los incentivos a la donación si, como parece, la demanda es claramente superior a la oferta en determinados ámbitos.



## 7. NOTAS SOBRE EL CUERPO HUMANO Y SUS PARTES EN EL MERCADO

*Salvador Darío Bergel\**

### 1. Introducción

En la legislación y en las doctrinas tradicionales sólo fue objeto de consideración el cuerpo humano como unidad biológica y como soporte material de la persona humana. Los grandes códigos del siglo XIX como el francés, el italiano y el alemán, pese a que todos se abren con una parte inicial dedicada a las «personas», ignoraron por completo su estructura física, limitándose a pocas menciones esenciales sobre el nacer y el morir.<sup>1</sup>

Las partes separadas no concitaban mayor debate, ya que su utilidad era casi nula. La sangre motivó cierta consideración jurídica y posteriormente con la difusión de los trasplantes de órganos se les contempló en las normativas dictadas.

En el transcurso de unos pocos años el tema generó no sólo agudas observaciones jurídicas, sino que de manera paralela trajo al debate perfiles éticos y bioéticos cuya relevancia no cabe ignorar.<sup>2</sup>

---

\* Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Rodotà, S. (2010), *La vida y las reglas*, Trotta, Madrid, p. 95.

<sup>2</sup> Edelman, mostrando esa nueva realidad, expresa que «el derecho había proclamado bellamente que la ley asegura la primacía de la persona humana, prohíbe todo atentado a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de la vida (artículo 16 del Código Civil); había afirmado que cada uno tiene derecho al respeto de su cuerpo y que éste es “inviolable” y que “sus elementos y sus productos” no pueden ser objeto de un

La circulación de las partes separadas del cuerpo, tanto en el orden interno como en el internacional; el creciente interés económico que adquirieron (comercialización, derechos de propiedad industrial), la afectación de derechos (tales como la privacidad y la intimidad) y la existencia de biobancos con diversas finalidades (el depósito de materiales humanos para su posterior utilización por el depositante, etcétera) nos alertan sobre la relevancia que tienen las partes separadas del cuerpo, que ya no admiten ni bajo el ámbito jurídico ni bajo el ético ser consideradas «cosas».

## 2. El cuerpo humano y la persona

El cuerpo humano como soporte material de la persona no concitó mayor atención en los debates religiosos, éticos y jurídicos hasta tiempos recientes.

Numerosas tradiciones religiosas y filosóficas diferenciaban en el ser humano el cuerpo —por una parte— y con un sentido opuesto a «otra cosa» que se presentaba bajo diferentes denominaciones: espíritu, alma, persona, libertad, etcétera, en las cuales la dignidad era generalmente juzgada como infinitamente superior al cuerpo. Dentro de estas concepciones la mayor o menor dignidad del cuerpo provenía del hecho de amparar una «sustancia» inmaterial.<sup>3</sup>

Sgreccia, en un meditado estudio, distingue dos concepciones fundamentales en torno al cuerpo humano. Una desde una propuesta reduccionista-materialista, y la otra que apunta a un significado subjetivo de la corporeidad que se coloca en la perspectiva metafísica-personalista fundada en el modelo aristotélico-tomista.

La primera considera al cuerpo como un objeto que el hombre tiene o posee. La corporeidad entra en el haber del hombre, de lo que se sigue que el cuerpo es manipulable empíricamente; científicamente «disponible» por el hombre mismo.

---

derecho patrimonial (artículo 16-1); el hecho estaba allí, entre estos problemas que caían de otro tiempo y la representación biológica del cuerpo, una brecha insalvable se había ampliado» (Edelman, B. [2009], *Ni chose ni personne: le corps humain en question*, Hermann Philosophie, París, p. 29).

<sup>3</sup> Hottois, G. (2001), «Voix corps humain», en Hottois, G. y Missa, J. N., *Nouvelle Encyclopédie de Bioéthique*, De Boeck Université, Bruselas, p. 243.



Para la otra concepción el hombre «es cuerpo» y «no tiene cuerpo». A través de la corporeidad se manifiesta la persona no sólo en la exterioridad sino en la misma dimensión ontológica. El cuerpo así concebido no es mero objeto del cual puede disponer el hombre, sino que adquiere un valor que participa de la dignidad que se le reconoce.<sup>4</sup>

A los fines de nuestra indagación cabe advertir acerca de las consecuencias que derivan de una u otra postura.

Si el cuerpo es «propiedad del hombre», éste tiene la posibilidad de disponer en iguales términos que en los que podría disponer de un objeto de su pertenencia, sin ninguna otra limitación, lo que eventualmente importaría el poder de llevarlo al mercado en la forma que lo desee.

En una posición distinta está la concepción del cuerpo-sujeto que reconoce no un vínculo, sino una relación de identidad entre el sujeto y las partes del cuerpo, aun después de ser separadas.

Las referidas visiones del cuerpo «sujeto» u «objeto» han dado lugar a dos corrientes normativas que, partiendo de supuestos distintos, arriban a conclusiones irreconciliables: la europea (con gran protagonismo francés, que rescata la dignidad del cuerpo fragmentado) y la anglosajona (que privilegia la autonomía del sujeto y una amplia facultad de disposición del cuerpo, de sus partes y de sus productos).<sup>5</sup>

Hottois enseña que la posición francesa, que —en mejor forma expresa la tradición continental— es de inspiración rousseauiana y kantiana.<sup>6</sup>

De Rousseau recepta que ninguna libertad individual puede primar por sobre la voluntad general, o bien pública, que el Estado expresa. En lo relativo al cuerpo de cada persona, se lo concibe como un componente del entramado social y los individuos serían usufructuarios más que propietarios de aquél. En esta concepción el principio de beneficencia se sitúa por sobre el principio de autonomía.

De Kant proviene la prohibición de instrumentalización del individuo, en resguardo de su dignidad. Para Kant la persona no es el cuerpo sino que por el camino de diversas tradiciones y argumentaciones religioso-filosóficas (el catolicismo y la encarnación; el aris-

---

<sup>4</sup> Sgreccia, E. (1993), “Corpo e persona”, en Rodotà, S. (ed.), *Questioni di bioética*, Saggiario-Laterza, Roma, p. 113.

<sup>5</sup> Hottois, G. (1999), *Essais de philosophie, bioéthique et biopolitique*, Brin, París, p. 61.

<sup>6</sup> Hottois, *Essais...* p. 61.

totalismo y la sustancia, etcétera) el modelo subraya la inseparabilidad de la persona y del cuerpo y a través de éste se transfiere el valor (dignidad) asociado a la persona.

La fundamentación del liberalismo individualista (económico y político) que inspira la concepción anglosajona lleva a una práctica contractual de la medicina y de las relaciones humanas en general.

A esta concepción Hottois le formula las siguientes críticas:

- La confusión fundamental entre libertad individual (autonomía en el sentido lato del término) y deseos individuales y racionales o profundamente condicionados por la situación económica, cultural y psicológica de los individuos.
- El reino de la razón del más fuerte y del darwinismo social que afecta al conjunto de las ideologías del neoliberalismo económico.
- La ruptura de la sociedad por la destrucción de la solidaridad y de todos los lienzos sociales simbólicos y el abandono de lo social a las tecnoestructuras manipuladas por intereses privados.<sup>7</sup>

En síntesis, la tradición europea privilegia como principio fundamental la dignidad de la persona, siendo su derivación lógica el otorgar a las partes fragmentadas del cuerpo y a sus productos la misma consideración que al cuerpo en su unidad; lo que lleva a descontar la intervención del mercado en estos dominios.

Por el contrario, la concepción anglosajona sostiene la prevalencia de las decisiones personales sobre el cuerpo, sus partes y sus productos.

### 3. El nuevo panorama

Hoy se torna necesario hablar de las «partes separadas del cuerpo», a punto tal que Rodotà considera que el cuerpo es entendido cada vez más como un conjunto de partes separadas que nos devuelve a la hipótesis del *homme machine*.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Hottois, «Voix: corps humain»..., p. 250.

<sup>8</sup> Rodotà, *La vida y las reglas*..., p. 93.

Tradicionalmente se sostuvo que las partes separadas del cuerpo eran objeto de un derecho de propiedad y por ende de goce y disposición sin particulares limitaciones.

Tal poder de disposición, superando la concesión de un *ius in se ipsum* encontró justificación sobre la base de diversas perspectivas reconstructivas: la primera y más difundida considera la extracción, uno de los hechos con base en el cual surge de un modo originario el derecho de propiedad que es inmediatamente incorporado al patrimonio de la persona de cuyo cuerpo se extrajo la parte, en virtud de la relación subsistente entre el individuo y la parte extraída.<sup>9</sup>

Una segunda construcción propone la tesis de la adquisición a título originario, operando una extensión analógica de la disciplina aplicada a las obras de ingenio, como si al momento de su separación las partes del cuerpo fueran creadas.<sup>10</sup>

Una tercera elaboración equipara la parte extraída al fruto, sosteniendo la aplicación del esquema de la fructificación para justificar la adquisición.<sup>11</sup>

Hablar de las partes separadas del cuerpo en la actualidad importa necesariamente referirse a los problemas que plantea como sustento de los datos genéticos del individuo singular y la relación que tiene con los intereses económicos que juegan en torno a ellas.

Hermitte, al estudiar la comercialización del cuerpo y de sus productos reflexiona que el mundo occidental está pasando relativamente rápido de una situación en la cual la idea de comercialidad del cuerpo humano evocaba la esclavitud a una situación donde ella está ligada al fabuloso progreso médico o farmacológico: sangre, órganos, sustancias, proteínas, enzimas, hormonas, anticuerpos, tejidos, material genético, todo puede ser utilizado para los fines terapéuticos o científicos; es decir, puramente comerciales, haciendo del cuerpo humano una «fuente de materia prima» para la industria. Los puntos de contacto entre estas dos realidades distintas obligan a proceder con gran prudencia para evitar el retorno a formas de explotación que por

---

<sup>9</sup> De Cupis, A. (1982), *Il diritto delle personalità*, en Tratt. Cicube Messineo, Milán, IV, p. 775.

<sup>10</sup> Santoro Passarelli, F. (1997), *Dottrina generali del diritto civil*, Jovene, Nápoles, p. 52.

<sup>11</sup> Criscuoli, cit. por Rossi, S. *Corpo umano (atto di disposizioni sul)*, Digesto della disciplina privatistiche, sezione civile, UTET, p. 250.

ser menos violentas no son menos atentatorias al respeto de la dignidad humana.<sup>12</sup>

En similar sentido, Tallacchini señala que el cuerpo humano está cambiando rápidamente bajo las presiones de los nuevos avances de la biotecnología y plantea dilemas inéditos al derecho. Se trata en particular de las dicotomías entre cuerpo-sujeto y cuerpo-objeto, igualdad o diversidad de las partes del cuerpo, naturalidad y artificialidad de los productos derivados de sustancias biológicas humanas; agregando que aun cuando la configuración propietaria de los componentes corpóreos es generalmente rechazada —porque lesiona la dignidad humana— las nociones utilizadas en la configuración de los actos de disposición y adquisición de las partes del cuerpo no dejan de ser inmunes a la idea de propiedad. Aunque la connotación del cuerpo como *res extra commercium* indica la clara voluntad de excluir toda consideración económica, paradójicamente el mercado acaba por convertirse en el único rasgo que unifica y determina la disciplina de los actos de disposición. Una coherente tutela jurídica del cuerpo y de sus partes —y la sustracción al mercado— puede pasar a través de nociones jurídicas que subrayen su naturaleza de bien común y compartirlas incluso respetando la libertad y dignidad de los individuos.<sup>13</sup>

En este nuevo panorama —tal como lo hemos señalado— se incorpora un componente esencial: el manejo y la protección de la información genética de la que es portadora cada muestra, órgano o parte del cuerpo humano, por insignificante que sea, tema respecto del cual no se ha profundizado lo suficiente en el área del derecho privado.<sup>14</sup>

Al abordar este tema se torna necesario diferenciar la información genética de la especie de la que porta cada individuo de la especie.

La información genética de la especie tiende a configurar un estándar que es aplicable a todos sus componentes y es la que permite su diferenciación respecto de otras especies zoológicas.

---

<sup>12</sup> Hermitte, M. A. (2001), “Comercialisation du corps et ses produits”, en Hottois, G. y Missa, J. N., *Nouvelle Encyclopédie...* p. 207.

<sup>13</sup> Tallacchini, M. C. (1999), “El cuerpo y sus partes. La ubicación jurídica de los materiales biológicos humanos”, en *Revista de Medicina y Ética*, año X, núm. 1, enero-marzo, México, p. 35.

<sup>14</sup> Bergel, S. D. (2014), “Información genética y derecho”, en Casado, M. y Guillén, M. (coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Universidad de Barcelona, Barcelona, p. 25.

La información contenida en cada una de las células de un organismo, en la parte codificante de su genoma,<sup>15</sup> es la que permite singularizar al individuo. Esta información —como es sabido— se mantiene durante toda su existencia e incluso después de su muerte durante un largo periodo, lo que muestra su relevancia para la medicina forense.<sup>16</sup>

Esta información particular es la que posibilita —transformada en datos genéticos— el conocimiento de las diversas características que le son propias al individuo, lo que muestra la necesidad de su protección en defensa de derechos humanos indiscutibles (privacidad, confidencialidad, etcétera).

Si bien se ha exagerado en cuanto a la función de los genes y de la información que portan sobre las características singulares o sobre la predisposición presente o futura de un sujeto de contraer enfermedades o sufrir alteraciones en el fenotipo, no podemos dejar de señalar que tal información individual permite rastrear sus características básicas, lo que condiciona múltiples efectos jurídicos.

Al diagnosticar enfermedades con un fuerte componente genético, los análisis WAGS ofrecen una amplia gama de datos genéticos sobre el estado actual de la salud o el riesgo futuro no sólo sobre el paciente, sino también sobre sus familiares y descendientes futuros.<sup>17</sup>

Cabe asimismo señalar que los WAGS pueden mostrar «hallazgos accidentales» y «hallazgos de significación desconocida» aportando nuevas cuestiones éticas en las prácticas clínicas.

Laberge ha marcado claramente la diferencia entre ambos tipos de información: mientras la información genética de la especie humana posee un carácter público porque constituye la geografía de la

---

<sup>15</sup> Por ADN codificante o expresivo han de entenderse aquellos fragmentos de ácido nucleico que determinan por el orden de sus nucleótidos, los diferentes genes que definirán las características de las personas a través de la síntesis proteica (se expresan en proteínas a través del ARN) determinando la secuencia de los aminoácidos y de las proteínas que codifican y del grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo. Por tanto, determinará el aspecto general de un organismo concreto, en el caso de los seres humanos este ADN será el encargado de establecer, entre otros rasgos fenotípicos, el color del pelo, el color de los ojos, la talla, etcétera (Mora Sánchez, J. M. [2001], *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, p. 18).

<sup>16</sup> Bergel, “Información genética y derecho”, en Casado, M. y Guillén, M. (coords.), *ADN forense: ...* p. 25.

<sup>17</sup> WAGS: siglas inglesas de la secuenciación del genoma completo.

especie, la información individual es del dominio privado en tanto permanezca individualizado su titular.<sup>18</sup>

A diferencia de la situación anterior a la secuenciación del genoma humano, una muestra biológica o los residuos de una intervención quirúrgica en tanto que contienen en las células los datos genéticos del individuo cobran un protagonismo relevante en lo jurídico.

El material genético se presenta exteriormente con un aspecto corporal, tangible; en virtud de esta materialidad que es la del soporte, parece sobrepasar el dominio de las cosas.

Si el problema es relativamente simple en cuanto al soporte del material genético, no lo es con relación a la información que éste transmite.

Ésta es la base del individuo, por así decirlo, de su código, su imagen biológica, que permite además identificar a la persona; salvo los gemelos homocigóticos, dos seres humanos no pueden presentar la misma información genética.

La información genética está estrechamente ligada a la persona y representa al mismo tiempo el punto de partida de su vida; algunos dirán que se trata de un mensaje vivo.<sup>19</sup>

Otro punto destacado en el nuevo panorama es el de la ubicación de las partes del cuerpo en el espacio, en diversos lugares, lo que obliga al derecho a ensayar medidas de protección de la intimidad conforme a la naturaleza de cada repositorio y al destino acordado para su utilización.

Sin duda, en esta nueva realidad que venimos tratando los biobancos desempeñan un papel de singular importancia. El crecimiento y la diversificación de los biobancos constituyen una característica central a tomar en consideración.<sup>20</sup> El peligro que entraña el uso in-

---

<sup>18</sup> Laberge, C. M. (1992), “Qualification de l’information génétique”, en Knoppers, B. ; Cadet, L. y Laberge, C. M., *La génétique: de l’information à l’informatisation*, Litec, París, p. 68.

<sup>19</sup> Mazen, N. (1988), “Relfexion juridique sur le material génétique de l’homme”, en Draï, Raphaël y Harichaux, Michele (orgs.), *Bioéthique et droit*, PUF, París, p. 194.

<sup>20</sup> Biobancos (del inglés Biobank): en sentido amplio se entiende por biobanco a todo repositorio de material biológico, de una proporción significativa de una población de individuos en el que en forma organizada y con objetivos bien definidos se almacenan muestras biológicas e información asociada a las mismas para su utilización posterior de acuerdo a los fines previstos. Orfao de Mattos, A. (2011), en Casabona, Romeo C. M. (dir), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, tomo I, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Granada, p. 129.

discriminado de las muestras y de la información genética asociada, que se encuentran consignadas en los bancos de datos genéticos humanos, o biobancos, es un tema que se perfila cada vez de forma más clara a medida que surgen nuevas aplicaciones de su uso en ámbitos más amplios, los cuales implican cada vez más restricciones de las libertades individuales y de los derechos fundamentales y que entrañan flagrantes violaciones de la intimidad y dignidad de las personas.

Frente al avance acelerado y a las cada vez más amplias posibilidades de obtención, clasificación, almacenamiento y uso de los datos genéticos mediados por una tecnología que se desarrolla vertiginosamente rápido en los países industrializados y que es incorporada de manera acelerada en países periféricos, las legislaciones en materia de derecho civil y penal, pero también informático y de propiedad intelectual se ven abocadas a moverse cada vez más rápidamente hacia la inclusión de los datos genéticos y el manejo de los biobancos.<sup>21</sup>

Existen biobancos de tejidos, de tumores, de material genético, etcétera, que mayormente recolectan muestras biológicas para fines de investigación.

Por otra parte, se han difundido los destinados a la guarda de sangre del cordón umbilical que se reservan para supuestos trasplantes autólogos o heterólogos; como asimismo los destinados a conservación de óvulos para su posterior utilización en su implante a los depositantes o a terceros indicados.

Este novedoso panorama hace que el centro del debate haya virado desde el cuerpo humano en su integridad a las partes separadas del cuerpo. Aquí es importante establecer las condiciones y límites de su circulación; cuáles son los derechos derivados de la «autodeterminación genética» del sujeto; cuál es la responsabilidad de los encargados de la guarda y conservación de materiales en el supuesto en que violen las condiciones bajo las cuales fueron entregados; todo lo cual parte de la consideración del tipo de derecho que se le asigne al sujeto del cual provienen las muestras o tejidos. Adviértase que de común los biobancos contienen no sólo la información genética del sujeto sino un conjunto de datos de su historia clínica.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Keyeux, G. (2012), “Bancos de datos genéticos humanos: el equilibrio vacilante entre ciencia y derechos humanos”, en Penchaszadeh, V. (coord.), *Genética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, p. 260.

<sup>22</sup> La tendencia cada vez más generalizada, sea la de tener biobancos con varias vías de entrada y salida de las muestras de la información genética (los datos genéticos) y de

Atendiendo a esta novedad, Rodotà considera que se plantea el problema de cuál debe ser la relación ordinaria de cada persona con la realidad de un cuerpo que ha quedado disperso. En la dimensión social —considera— esta nueva condición ordinaria implica una verdadera coestión del cuerpo entre el sujeto al cual se refieren las informaciones, que conserva el derecho a controlarlas donde quiera que éstas se encuentren y los sujetos que las gestionan.<sup>23</sup>

#### 4. Partes, sustancias y residuos del cuerpo humano

Con relación al cuerpo humano cabe establecer las categorías diferenciadas de partes, productos o sustancias y desechos.

Las partes son segmentos que conforman la estructura permanente del cuerpo, sean sólidas o líquidas, y cualquiera fuera la importancia relativa en su funcionamiento y su dimensión (órganos, tejidos, células, material genético, sangre, líquido cefalorraquídeo, etcétera).

Por la función que cumplen podemos hablar de elementos necesarios para la conservación del cuerpo, elementos útiles y elementos no útiles.

Con un matiz diferente se habla de elementos regenerables y no regenerables, apuntando a las consecuencias que puede tener su cesión. El principio de inviolabilidad del cuerpo humano se opone normalmente a toda disposición (entrega) de un elemento no regenerable; ya que la entrega constituiría un atentado definitivo a la persona viva.<sup>24</sup>

El principio según el cual el cuerpo humano está fuera del comercio se aplica igualmente a los órganos regenerables.

Dentro de esta categoría debemos distinguir entre los órganos que conforman la estructura anatómica del cuerpo humano y que ejercen una función determinada y las secreciones, función por la cual una cé-

---

la información médica de estilo de vida y genealógica, además de la información biométrica de identificación civil de los individuos. La posibilidad de cruzar información entre los distintos repositorios de datos, acceder a ella desde servidores remotos, o de ceder esta información a terceros, no requiere sino de contraseñas, una autorización del curador de la base de datos o algún trámite apenas más engorroso para poder tener acceso a esta vía de entrada y salida de la información existente en los biobancos (Keyeux, “Bancos de datos genéticos humanos...”, p. 239).

<sup>23</sup> Rodotà, *La vida y las reglas...* p. 101.

<sup>24</sup> Harichaux, M. (1988), “Le corps objet”, en Drai, R. y Harichaux, M. (coords.), *Bioéthique et droit*, PUF, París, p. 130.



lula o un tejido elabora una sustancia que interviene en la fisiología del organismo.

Entre los productos o sustancias cabe incluir la leche materna, el esperma, etcétera, ya que no son elementos permanentes del cuerpo.

Las uñas y el pelo tienen un destino común, la eliminación, y su ausencia de utilidad. El cabello fue considerado como «cosa mueble futura».<sup>25</sup> Cabe destacar que las raíces del cabello poseen información genética, y entrarían dentro de las previsiones observadas con relación a dicha información.

Los residuos son definidos como lo que sobra después de una operación cualquiera y no se pueden utilizar nuevamente para otra operación. La noción de desecho tiene un sentido más restrictivo.

La característica de los residuos es que son estrictamente inútiles para el cuerpo humano. Durante largo tiempo fueron incinerados o entregados para la investigación sin que la cuestión de su apropiación llamara la atención de los juristas.

## **5. Las distintas posiciones en torno a la ubicación de las partes separadas del cuerpo en los sistemas jurídicos**

Diversos interrogantes se mueven en torno al tema, tales como cuáles son los poderes que conserva el individuo sobre sus partes separadas, o qué papel desempeña en este entramado el consentimiento informado.

Al margen de ello, cada vez con mayor asiduidad se otorgan patentes y se comercializan «medicamentos biológicos», elaborados con materiales biológicos humanos. Puede que esta problemática pertenezca en mayor medida al derecho de la propiedad industrial, pero no podemos negar que el derecho civil tiene incumbencias propias en este campo.<sup>26</sup>

El cuerpo —observa Rodotà— se presenta como un objeto jurídico nuevo. La exteriorización del «nuevo objeto» cuerpo se manifiesta en las dicotomías entre las que se mueve el derecho del cuerpo. En primer lugar tenemos la dificultad de hacer coincidir el sujeto del cuerpo con

---

<sup>25</sup> Harichaux, “Le corps objet”, en Draï, R. y Harichaux, M. (coords.), *Bioéthique...*, p. 134.

<sup>26</sup> Bergel, S. D. (2011), “Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 35, julio-diciembre, p. 67.

el cuerpo y con las partes separadas. Se plantea así el problema de la estructura semejante o diversa de las partes mismas y finalmente se cuestiona el carácter natural o artificial de los componentes corpóreos tecnológicamente separados, agregando que la condición jurídica en conjunto de las partes separadas es de todos modos de armonía, no sólo porque están bien definidos los principios generales que la presiden, sino a menudo también la uniformidad de normas técnicas que definen sus modalidades de utilización.<sup>27</sup>

Sirvan estas consideraciones para justificar la necesidad de sancionar el estatuto de las partes separadas del cuerpo.

Haciéndose eco de una incuestionable realidad, Edelman, filósofo y jurista francés, que viene trabajando desde hace tiempo en esta temática, se pregunta ¿a quién pertenece el cuerpo humano? El cuerpo humano entendido como «cuerpo biológico» —señala— está dividido entre la ciencia, la industria, el género humano y la persona; todo el mundo lo reivindica, todo el mundo invoca sobre sus productos y componentes el «derecho» de utilizarlo o incluso de explotarlo y la persona, su propietario original, queda capturada en un terrible dilema: o se niega a poner el cuerpo humano a disposición —y la medicina, el desarrollo económico, y por qué no, el género humano lo sufrirían— o bien acepta venderlo *in parte qua* y su dignidad podría sufrirla, mejor aún, una nueva esclavitud podría instalarse sobre el planeta.<sup>28</sup>

He aquí planteada en términos dramáticos la problemática que afronta el estudio y la ubicación del cuerpo y sus partes ante esta nueva realidad.

De los aportes efectuados por la doctrina podemos diferenciar en este caso diversas posiciones respecto a la ubicación de los derechos sobre el cuerpo y sus partes: a) existencia de un derecho patrimonial sobre las partes separadas (propiedad); b) reconducción a la órbita de los derechos de la personalidad; y c) posiciones intermedias. Pasamos a referirnos a cada posición.

### **5.1. Ubicación en la órbita de los derechos patrimoniales**

El sujeto —conforme a esta concepción— tendría un derecho patrimonial sobre las partes separadas, que en este caso son consideradas

---

<sup>27</sup> Rodotà, *La vida y las reglas...*, p. 93.

<sup>28</sup> Edelman, *Ni chose ni personne...*, p. 31.

«cosas». Sobre esta postura se ha sostenido que el marco de los derechos patrimoniales sería el modo más eficaz de proteger los derechos de las personas, dado que el derecho patrimonial ofrece derechos precisos de control y de este modo se reconocerían los derechos de las personas de controlar lo que ocurra con sus piezas anatómicas.

Aun admitiendo la existencia de un derecho patrimonial del individuo sobre el cuerpo y sus partes, sería muy avezado considerar la existencia de un derecho de dominio o similar. Esto no surgiría de una búsqueda de los argumentos esgrimidos en su favor.

Angoitía Gorostiaga señala sobre este particular que incluso advirtiéndose la titularidad jurídica del individuo sobre los bienes más esenciales de su persona, un detenido análisis de los contenidos efectivos atribuidos por sus propios sostenedores al *ius in se ipsum* conduciría a la conclusión que, en realidad, aquello no se traduciría en la detentación de un verdadero derecho subjetivo, sino en la de una serie de facultades que, de ningún modo, alcanzaría a configurar un poder jurídico semejante al que deriva de un derecho (dominativo).<sup>29</sup>

En la doctrina española, Pilar Nicolás Jiménez considera que mientras las partes del cuerpo humano vivo, cuando no tienen existencia separadas del mismo no son cosas, pero sí lo son cuando ya no lo integran, al igual que el cadáver. Agrega que las partes separadas del cuerpo no son del dominio público porque no pertenecen al Estado, ni a las Provincias o pueblos; así es que son *res nullius* o *res derelictae*, o son de propiedad privada, inclinándose por esta última opinión, siendo su titular el sujeto del cual provienen, lo cual es coherente con el derecho de disposición del que goza el individuo para donar partes de su cuerpo.<sup>30</sup>

El planteo de un derecho de propiedad del sujeto sobre las partes separadas del cuerpo crea algunos interrogantes difíciles de contestar. Lo que integró inicialmente el cuerpo, soporte físico de la persona, ¿puede por el hecho de ser separado cambiar su naturaleza y convertirse en una cosa apropiable?

Tomar una parte separada del cuerpo como una cosa importa autorizar su ingreso al tráfico mercantil, desvirtuando, a mi entender, la

---

<sup>29</sup> Gorostiaga, A. (1996), *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Marcial Pons, Madrid, p. 142.

<sup>30</sup> Nicolás Jiménez, P. (2006), *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, p. 343.

consideración y el respeto que merece el cuerpo humano, que cabe extenderlo a sus partes.

Ya Kant había percibido las consecuencias de concebir un derecho de propiedad del hombre sobre su cuerpo, al señalar que el hombre no es propietario de sí mismo, visto que esto sería contradictorio. En la medida en que de hecho él es una persona, él es un individuo al cual puede pertenecer la propiedad de otras cosas. Si al contrario, fuese una propiedad de sí mismo, él sería una cosa. Es imposible ser una persona y una cosa... con base en esto, no le es permitido vender un diente u otra parte de sí mismo.<sup>31</sup>

Aun cuando se permita al legislador poner límites a tal tráfico, por la introducción de principios relativos al orden público, considerar que la mayor garantía de la dignidad humana está dada por el hecho de someter todo lo relativo a las partes al régimen de los derechos de la propiedad, lejos de hallar un cauce adecuado para su tratamiento complica el panorama. La propiedad está indisolublemente unida a lo patrimonial y de lo que se trata es precisamente de desvincular al cuerpo y sus partes del mercado.

Bernardo Edelman, refiriéndose al remanido caso Moore,<sup>32</sup> expresa que hay una diferencia drástica entre el hecho de tener un derecho de propiedad sobre su cuerpo y el ser propietario de una persona. Esta drástica diferencia es sin duda esencial: si vendiendo mis células me vendiera a mí mismo yo sería reducido a la esclavitud; si por el contrario ellas son «desechables», si ellas no son más que «cualquier cosa» de mí sin ser mi persona, consecuentemente podría enajenarlas permaneciendo libre. Dicho de otro modo, el solo hecho de formular esta diferencia implicaría sostener que el individuo era propietario del cuerpo y que habría que distinguir entre la persona que se sitúa en el orden de la libertad y sus elementos corporales, que se sitúan en el orden de las cosas.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Kant, I. (1996), *Lecciones de ética*, citado por Berlinguer, G. y Garrafa, V., *O mercado humano*, UnB, Brasília, p. 135.

<sup>32</sup> El caso Moore se refiere a la demanda promovida por un paciente al que se le extrajo el bazo en una intervención quirúrgica y que posteriormente reclamara derechos derivados de la explotación comercial de la línea celular obtenida a partir de ese órgano. Un relato pormenorizado puede hallarse en el trabajo de A. Kemelmajer de Carlucci, en Bergel, S. D. y Minyersky, N. (2004) (orgs.), *Genoma humano*, Rubinzal- Culzone, Buenos Aires, p. 47.

<sup>33</sup> Edelman, *Ni chose ni personne...* p. 55.

Pareciera como extraño que el simple hecho de la separación convertida a la parte del cuerpo extraída en un objeto comercializable. Criticando las consecuencias que se derivarían de ello, Rodotà señala que es precisamente la compensación económica lo que revela la irrupción del cuerpo y de la vida en el ámbito de la propiedad, abandonando su adscripción exclusiva en la dimensión de la personalidad, respaldada por principios y garantías cualitativamente diferentes y más fuertes. Si el criterio es el mercado, palabras como igualdad y dignidad pueden desvirtuarlas, pierden peso y con ellas se disuelve la autonomía de la persona falsamente confiada a la libertad y salida del mercado.<sup>34</sup>

## ***5.2. El enfoque de los derechos de la personalidad***

Para esta corriente, las partes separadas del cuerpo siguen siendo un componente de la persona humana. Es esta relación que mantiene con la persona de la cual procede lo que garantiza que se sigue aplicando al material humano extraído del cuerpo el principio de protección de la integridad de la persona.<sup>35</sup>

En esta línea de razonamiento, el derecho de la persona a la autodeterminación engloba el reconocimiento de su dignidad extendida al propio cuerpo y a las piezas anatómicas extraídas del mismo. Ello incluye el derecho a controlar lo que ocurra con los tejidos y con las células extraídas, una facultad completamente distinta e independiente de los derechos patrimoniales.

La forma más efectiva de asegurar el derecho a la autodeterminación del sujeto sobre su cuerpo y en especial sobre los elementos que lo integraron y que ahora están separados, es mediante el consentimiento informado. La exigencia y el control de la observancia del consentimiento informado sobre el destino a darse a las partes separadas se constituye en un instrumento de primer orden para la protección de los derechos de la personalidad comprometidos en el tema.

En el ordenamiento italiano la reflexión jurídico-positiva ha buscado reconstruir el todo y las partes reconduciendo el tema de los actos

---

<sup>34</sup> Rodotà, *La vida y las reglas...* p. 117.

<sup>35</sup> Knoppers, B. y Hirtle, M. (1996), "Bancos de materiales humanos, derechos de propiedad industrial y cuestiones relativas a la titularidad: nuevas tendencias en la literatura científica y posiciones en la materia internacional", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 5, julio-diciembre, p. 98.

de disposición del cuerpo a los derechos de la personalidad y observando que si bien las partes separadas del cuerpo no son el ser humano; sin embargo, éstas deben tener como referente normativo a la personalidad y entran en su ámbito de merecimiento de protección. La forma de atraer a la esfera del sujeto a los materiales biológicos —enseña Tallacchini— ha sido la de extender a éstos ese correlato de la personalidad que es la no patrimonialidad, pero semejante intención, por más que sea totalmente compartida, no siempre ha llegado a su objetivo.<sup>36</sup>

En Francia, la ley 94-653 del 27 de julio de 1994, integrante del bloque de las denominadas leyes de bioética, dispuso agregar al artículo 16 del Código Civil el artículo 16-1, el cual dispone que el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo que reafirma el artículo 16-5 al establecer que son nulos los contratos que tengan por finalidad conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos y sus partes, y el 16-6 en cuanto establece que no podrá concederse ninguna remuneración a quien se preste a la experimentación sobre su persona, a la extracción de un elemento de su cuerpo o a la extracción de un producto de él.

Para reafirmar el carácter no patrimonial de las partes separadas del cuerpo, la modificación del Código Penal comprendida en el mismo grupo de leyes estableció como delito la ablación de un órgano de una persona viva mayor de edad sin haber obtenido su consentimiento, la extracción de tejidos, células o productos del cuerpo de una persona a cambio de un pago, la extracción de un tejido, célula o recolección de un producto de una persona viva sin que ésta haya expresado su consentimiento.

En su turno, el Código Civil de Quebec, en el Libro sobre las Personas, Título II, se adhiere al enfoque de los derechos de la personalidad al considerar al material humano como parte de la persona y no como una cosa que puede ser objeto de apropiación.

En síntesis, al admitir que las partes separadas del cuerpo deben tener el mismo trato que el cuerpo en su unidad, el enfoque de los derechos personalísimos es el que mejor expresa el respeto a la dignidad del ser humano —que indudablemente— se encuentra comprometido en el tema.

---

<sup>36</sup> Tallacchini, “*El cuerpo y sus partes...*”, p. 35.

### 5.3. Enfoques alternativos

En la doctrina canadiense se ha propuesto un enfoque alternativo basado en una clasificación en tres niveles.<sup>37</sup>

De la consideración del cuerpo humano como entidad global se derivan derechos personales del sujeto. El segundo nivel se refiere a piezas extraídas del cuerpo que pueden ser objeto de «enajenación» y, por tanto, no son ya parte de la persona, sino que se han convertido en cosas. En un tercer nivel, a medida que aumenta la desvinculación entre la parte separada y la persona de la cual procede, considera que deberían disminuir las restricciones impuestas a la circulación de la misma. Las normas reguladoras del derecho patrimonial y específicamente la propiedad (dominio) regirían los elementos corporales extraídos, una vez que accedan a este nivel.

Refiriéndose en especial al material genético —lo que podría aplicarse con las salvedades del caso a los demás materiales biológicos—, Litman y Robertson consideran que las categorías de derechos de las personas y de los derechos reales no encuadran en el caso, apuntando a la construcción de un derecho *sui generis*, que sería lo más indicado en cuanto a la posibilidad que ofrece, al facilitar moverse conforme a particulares contextos y circunstancias que se presenten.<sup>38</sup>

En mi opinión no puede diferenciarse en el plano jurídico al cuerpo en su integridad de las partes separadas. Desde luego que la calificación jurídica a dar a éstas tendrá relación directa con la posición filosófica a la cual uno se adscriba.

Si partimos de la concepción de la inviolabilidad y no comercialidad del cuerpo fundada en la dignidad que cabe atribuirle como soporte de la persona, no nos quedan dudas de que el enfoque de los derechos personalísimos debe extenderse a las partes separadas. Existe aquí una representación simbólica que hace que todo lo humano participe de un mismo régimen.

---

<sup>37</sup> Marusyrk, R. W. y Swain, M. S. (1990), citado en Knoppers, B. y Hirtle, M. “Bancos de materiales humanos...”, p. 103.

<sup>38</sup> Litman, M. N. y Robertson, G. (1996), citado en Knoppers, B. y Hirtle, M., “Bancos de materiales humanos...”, p. 104.

Otorgarle al sujeto del cual se separó una parte un derecho de propiedad sobre la misma importa paralelamente dejar al mercado la posibilidad de apropiarla al margen de toda consideración de orden ético.

Es interesante sobre este particular la posición de Tallacchini en cuanto introduce en este debate la noción de *res communes omnium*. La aplicación de esta noción como patrimonio humano a la disciplina de los actos dispositivos y adquisitivos de las partes del cuerpo, limitando los poderes subjetivos de disposición y vinculando los modos y las finalidades de la adquisición, permite —a su juicio— introducir una mayor racionalidad entre sujeto y cuerpo, así como un destino objetivo del cuerpo para usos calificados.

Esta configuración introduce una perspectiva coherente de respeto por la libertad individual y de comportamiento solidario. Por lo que concierne a los actos de disposición del cuerpo —entiende— los límites de la integridad físicas deberían mantenerse, sin distinguir a este propósito entre materiales destinados a finalidades terapéuticas por un lado, y de investigación por otro.

Por lo que se refiere a los actos de adquisición de los materiales biológicos, la configuración no propietaria, sino solidaria y comunitaria de tales bienes debería traducirse —a juicio de la autora— en una revisión de las normas sobre patentes, sobre lo humano y sobre lo biológico, y debería establecer vínculos de destino respecto de tales materiales.<sup>39</sup>

## **6. Relevancia de la información genética que portan las partes separadas del cuerpo**

Mientras el cuerpo se mantiene en su integridad la persona ejerce el control respecto al conocimiento que los terceros puedan adquirir sobre su información genética, ya que la obtención de los materiales que la generan debería contar con su consentimiento.

Cuando se separan del sujeto partes del mismo (por ejemplo, extracción de órganos, tejidos, muestras biológicas,<sup>40</sup> desechos quirúrgi-

---

<sup>39</sup> Tallacchini, “El cuerpo y sus partes...”, p. 63.

<sup>40</sup> Muestras biológicas: cualquier muestra de sustancia biológica (por ejemplo sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo) que albergue ácidos nucleicos y contenga la dotación genética característica de una persona (artículo 2.IV de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de la UNESCO).



cos,<sup>41</sup> etcétera) se presenta la problemática del ejercicio de los derechos sobre la propia información genética contenida en su genoma, que tal como es sabido se reitera en todas las células de su organismo.

Frente a esta problemática surgen derechos que derivan de la relevancia de los datos que porta tal información y de las consecuencias que pueden derivar de su conocimiento por parte de terceros no autorizados.<sup>42</sup>

Estos datos —conforme lo señala la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos de la UNESCO de 2003— son singulares porque:

- Pueden indicar la predisposición genética de los individuos.
- Pueden tener para la familia, comprendida la descendencia y a veces para todo el grupo al que pertenezca la persona en cuestión, consecuencias importantes que se perpetúen durante generaciones.
- Pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer la muestra biológica.
- Pueden ser importantes desde el punto de vista cultural para las personas o los grupos.<sup>43</sup>

De allí que el resguardo y la protección de los datos genéticos no sólo importa el control del individuo sobre la información extraída de su cuerpo, sino también sobre la que obra en las muestras biológicas separadas del mismo. Todo esto nos ubica en el campo de protección de la privacidad.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> El artículo 22 de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina de 1997 establece que cuando en el curso de una intervención se extrajera una parte cualquiera del cuerpo humano, no podrá ser conservada o utilizada para el fin distinto al que motivó su extracción sino con la observancia de los correspondientes procedimientos de información y consentimiento.

<sup>42</sup> El genoma contiene dos tipos de información: a) la que deriva de su parte codificante (que abarca una parte pequeña no significativa). Esta información contiene datos que afectan la esfera de la intimidad y es la que nos interesa para los fines que consideramos; b) la que deriva de las partes no codificantes que sirven para identificarlo y es de gran utilidad en la genética forense.

<sup>43</sup> Artículo 3, inciso a) de la Declaración sobre Datos Genéticos de 2003.

<sup>44</sup> Si la información contenida en nuestro genoma es tan relevante y ya tenemos suficientes conocimientos técnicos para obtenerla y algunos conocimientos para interpretar parte de esa información, está claro que, como sociedad, debemos saber cómo y cuándo

Las muestras no constituyen —en cuanto tales— información de carácter personal, pero sí contienen información de esta naturaleza —información genética— que puede ser conocida mediante el análisis oportuno.

La constante aparición de nuevas líneas de investigación biomédica viene planteando cada vez con mayor fuerza la posibilidad de recurrir a muestras almacenadas. Es precisamente la posibilidad de destinarlas a un fin distinto del inicialmente previsto por el sujeto al cederlas (consentimiento informado), lo que puede presentar cuestiones éticas y jurídicas.

Desde que es posible un análisis genético sobre los ácidos nucleicos contenidos en una muestra, ésta adquiere una importancia central como objeto de protección, ya que de nada serviría que se protejan los resultados del análisis (información genética secundaria-datos genéticos) si no se protegen de manera paralela las materias biológicas de las cuales proviene dicha información.<sup>45</sup>

En anterior oportunidad nos hemos referido a la existencia de un derecho de autodeterminación del individuo sobre su información

---

nos pueden hacer test genéticos, determinar quién debe tener acceso a esos datos y regular el uso que se pueda hacer de ellos. La privacidad de la información genética personal es uno de los temas más calientes (*hot topics*) en el campo de la genética y la bioética. Deberíamos plantearnos el abordaje de una política genómica y de medicina personalizada responsable, la obtención del consentimiento informado en los bancos de datos nacionales, el impacto de los *tests* genéticos en los seguros sanitarios privados, la posible y futurible discriminación genética, la inexistencia de regulación de los *tests* genéticos al consumidor (*direct to consumer*) o la cancelación de datos en bancos genéticos forenses. Así, hay preguntas que merecen una atención especial por parte de bioéticos, científicos, médicos, legisladores, magistrados, porque de su respuesta depende nuestro futuro y el de nuestra sociedad. (Marfany, G. [2014], “Bancos de datos genéticos o ¿qué dice mi ADN de mí?; regulación y privacidad”, en Casado, M. y Guillén, M. [coords.], *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Universidad de Barcelona, Barcelona, p. 199).

<sup>45</sup> La precisión que tienen las técnicas de identificación genética y la fiabilidad de las que permiten anticipar enfermedades o defectos hacen imprescindible el uso de estos datos en diversos ámbitos. Las declaraciones internacionales y los textos jurídicos que se han ocupado de aspectos concretos de esos tratamientos quieren responder a los requerimientos contradictorios que aquí surgen: los de potencial utilización de esta información personal para fines lícitos y la de rodearla de toda suerte de cautelas limitando con criterios estrictos el acceso no sólo a ella sino, ya antes, al material biológico necesario para obtener los datos genéticos en cuestión (Murillo de la Cueva, P. L. [2014], “La protección de la información genética”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, num. extraordinario, p. 215).

genética, que se traduce en el poder de disposición y control del mismo sobre sus datos genéticos.<sup>46</sup>

Derivados del derecho a la autodeterminación genética están los derechos sobre la toma de muestras, sobre el tratamiento de los datos obtenidos y sobre su utilización y conservación.

Condición básica para recolectar muestras biológicas debe ser el consentimiento previo, libre, informado y expreso del sujeto, que en principio es revocable en cualquier momento.

Nadie puede ser privado del acceso a los propios datos genéticos y éstos no deben ser utilizados con una finalidad distinta a la que surge del consentimiento informado dado al momento de su colecta.

Es que los datos genéticos derivados de la parte codificante del genoma nos ubican en el campo de la protección de la privacidad y de la intimidad.<sup>47</sup>

Tal como lo entiende Romeo Casabona, corresponde a cada persona decidir a quién se revelan, cuándo y con qué extensión, por lo que debe quedar vedada la transmisión a terceros de la información obtenida mediante el análisis genético sin el previo consentimiento

---

<sup>46</sup> Bergel, “Información genética y derecho”, en Casado, M. y Guillén, M. (coords.), *ADN forense*:... p. 38. El tribunal constitucional de Alemania Federal en la sentencia del 15 de diciembre de 1983 acerca de la constitucionalidad de la ley del censo de población sentó la siguiente doctrina acerca del derecho de autodeterminación: «abarca la facultad de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones acerca de su propia vida». El derecho a la autodeterminación informativa surge, según lo considera Seoane Ramírez, a partir del análisis de un supuesto de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Con todo, cabe aplicar el derecho de autodeterminación informativa igualmente a los tratamientos no automatizados en la medida en que el énfasis no se sitúa en la naturaleza de las acciones susceptibles de amenazar el derecho general de la personalidad, sino en las restricciones que tales conductas originen en el ejercicio del mencionado derecho y sus repercusiones, tanto individuales o subjetivas como institucionales u objetivas.

<sup>47</sup> El derecho a la intimidad genética se define como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética. Es primordialmente un derecho subjetivo del individuo titular de la misma que activa reactiva o represivamente ante los ataques y que no sólo tiene una faceta «negativa» o de exclusión de los demás al conocimiento de nuestro genoma, sino una faceta «positiva» o prestacional por cuanto permite exigir una intervención de los poderes públicos para perseguir y castigar los ataques realizados (Ruiz Miguel, C. [2001], La nueva frontera del derecho a la intimidad, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 14, enero-junio, p. 147). La protección del derecho a la intimidad, reserva o secreto, aplicada a la intimidad genética, nos parece un instrumento adecuado para impedir futuras discriminaciones basadas en consideraciones de estructura genética (Figueroa Yáñez, G. [1999], “El derecho a la intimidad, reserva o secreto. Cambio de perspectivas a partir de la investigación sobre el genoma humano, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 11, julio-diciembre, p. 57).

informado del interesado o de su representante legal cuando se trate de un menor o incapaz.<sup>48</sup>

Se advierte que a la luz de los conocimientos científicos disponibles la persona de la cual se ha extraído una parte del cuerpo debe conservar un derecho de autodeterminación sobre la información genética contenida en ella (sea que se trate de un órgano, de un tejido, o de partes menores tales como genes, proteínas o células); derecho que hace al resguardo de su intimidad y privacidad.

A partir del reconocimiento de este derecho de autodeterminación genética todo lo relativo a la extracción, manipulación, circulación de los materiales portadores de información genética (muestras biológicas) adquiere una relevancia central en cuanto se encuentran comprometidos derechos personalísimos.<sup>49</sup>

## **7. Fines perseguidos con la separación de las partes del cuerpo y régimen jurídico aplicable**

La separación de las partes del cuerpo puede perseguir diversos fines, a saber:

### ***7.1. Venta de partes del cuerpo:***

La venta puede referirse a órganos, tejidos, etcétera. La venta de órganos constituye —tal vez— la forma más repudiable de intromisión del mercado sobre el cuerpo, en tanto implica la mutilación del individuo con evidente afectación de sus funciones vitales. Lamentablemente, constituye una práctica extendida sobre todo con relación a riñones y retinas, que ha dado lugar a una creciente preocupación por parte de la comunidad internacional, en tanto circulan desde los paí-

---

<sup>48</sup> Romeo Casabona, C. M. (2003), *Genética y derecho*, Astrea, Buenos Aires, p. 73.

<sup>49</sup> El reconocimiento de la autodeterminación del sujeto sobre sus datos genéticos sólo es posible cuando el dato se encuentra asociado a aquél. Cuando los datos genéticos están irreversiblemente disociados de un sujeto determinado desaparece toda posibilidad de ejercer el referido derecho. En una situación intermedia se encuentran los datos simplemente disociados de una persona identificable pero que empleando una diligencia que no importe esfuerzos extraordinarios puede ser identificada. Son los datos que la doctrina denomina «pseudo-anonimizados», respecto de los cuales el sujeto fuente conserva sus derechos de autodeterminación (Nicolás Jiménez, *La protección jurídica...*, p. 326).

ses subdesarrollados hacia los países centrales, constituyendo un verdadero mercado.

El ingreso de las partes del cuerpo en el mercado se origina de un presupuesto de base: el reconocimiento de la libertad de la cual dispondría quien vende sus partes; libertad que —como sabemos— no se da.<sup>50</sup>

Quien concurre al mercado ofreciendo partes de su cuerpo —en especial órganos— se encuentra en una situación de inferioridad manifiesta con relación a su eventual adquirente, lo que se acentúa según el género de la oferta (no es lo mismo ofrecer sangre o espermatozoides que un riñón o una retina).

En todos los casos se explicita la vulnerabilidad de quien lo ofrece, lo que torna doblemente repudiable la transacción, ya que a la afrenta a la dignidad humana del acto en sí, se une la explotación de un estado de necesidad que somete al oferente a una mutilación.

Admitir o consentir transacciones como las relativas a órganos humanos constituye una grave afrenta a la dignidad del hombre.<sup>51</sup> La transformación del cuerpo humano en mercancía —señalan Nelkin y Andrews— viola la integridad del cuerpo, explota a personas desprovistas de poder, se entromete con valores de la comunidad y distorsiona los proyectos de la ciencia.<sup>52</sup>

El derecho a la autonomía del cuerpo —lo enseña el ilustre bioeticista italiano G. Berlinguer— debe ser válido no sólo ante la arbitrariedad del poder político, sino también contra el poder totalizador del mercado. No es aceptable poner las libertades fundamentales enfren-

---

<sup>50</sup> Al final del siglo XX asistimos a la fragmentación comercial del ser humano. Los límites entre los usos y los abusos del cuerpo humano se tornaron gradualmente más sutiles e imprecisos. Esta nueva presentación del problema lleva a una reconsideración sobre las analogías y las diferencias en relación con el pasado y las muchas manifestaciones de esa doble caracterización de los seres humanos como sujeto y como objeto de cambio que hoy incluye casi cada uno de los órganos utilizados para trasplantes (Berlinguer, G. y Garrafa, V. (1996), *O mercado humano. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*, UNB, Brasília, p. 17).

<sup>51</sup> La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima en 10 mil los casos anuales de trasplantes clandestinos. En marzo de 2015 14 países europeos suscribieron bajo los auspicios del Consejo de Europa en Santiago de Compostela un Tratado Internacional contra el tráfico de órganos que tipifica esta práctica como delito. Se comprende el uso, traslado, preparación, almacenamiento y la simple oferta de dinero (Vizoso, S., en *El País*, Madrid, con fecha del 26 de marzo de 2015).

<sup>52</sup> Nelkin, D. y Andrews, L. (2002), citado por Berlinguer, G., *Bioética cotidiana*, Siglo XXI, México, p. 173.

tando una idea distorsionada del «bien común»; en el caso que se lo admitiera, libertad y bien común serían sacrificados conjuntamente.<sup>53</sup>

Tendremos que considerar también que nuestra generación se encuentra por primera vez en la historia frente a la posibilidad de utilizar partes separadas de nosotros mismos, lo que puede representar una expresión sumamente alta de sinergia entre ciencia y solidaridad, o bien una forma biotécnica de explotación humana.<sup>54</sup>

## **7.2. Donación**

La donación es la forma más común que justifica la separación de partes del cuerpo. Puede obedecer a fines distintos:

### *7.2.1. Donación para trasplantes*

El tema ha sido objeto de una legislación especial en Argentina, criterio que se traslada a otras legislaciones.

Conforme al artículo 14, la extracción de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplantes entre personas relacionadas conforme a las previsiones del artículo 15 y concordantes de la ley, está permitida cuando se estime razonable que no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor.

Quedan en claro los fines altruistas que motivan la ablación del órgano y el límite de preservación de la vida y de la salud del dador.

Es natural que el trasplante a determinado sujeto no permita la comercialización del material cedido, lo que hace perder importancia en el caso el tema de la privación del secreto de la información genética portadora del material a trasplantar.

---

<sup>53</sup> Berlinguer, G., *Bioética cotidiana...*, p. 151.

<sup>54</sup> Berlinguer, G., *Bioética cotidiana...*, p. 171.

### *7.2.2. Donación con fines científicos*

El tema se relaciona centralmente con los presupuestos bajo los cuales se realiza la donación. Cobra relevancia decisiva aquí el consentimiento informado otorgado por el donante.

La donación, si es particular con relación a una determinada investigación científica, lleva a que la entidad receptora deba limitar la investigación en los términos señalados. Si la investigación se extiende a otros temas debe reiterarse el consentimiento informado. A fines de no entorpecer la investigación científica se ha propuesto la existencia de un consentimiento extendido a todo tipo de investigación.

El consentimiento debe expresar las modalidades de la investigación (duración, finalidades perseguidas, comunicación al donante de los resultados de la investigación, exclusión de toda finalidad lucrativa, etcétera).

### ***7.3. Para conservación del material dado a fin de ser utilizado posteriormente por parte del depositante***

El uso más común es el supuesto de depósito de sangre del cordón umbilical para ser utilizado por el depositante o por un tercero conforme a las instrucciones dadas.

Pese a ser muy difícil la posibilidad de utilización con éxito de las células madre extraídas de la sangre del cordón umbilical para trasplantes autólogos, es un procedimiento de creciente utilización práctica.

Aquí puede darse la posibilidad de utilización por parte de una institución para trasplante a terceras personas que posean características inmunológicas similares (caso de los bancos públicos (por ejemplo, el del Hospital Garrahan), o la de los depósitos en instituciones privadas para ser utilizadas sólo por el depositante.

En este ítem también puede comprenderse el depósito de óvulos para ser utilizados en un momento posterior por parte de la depositante, en vistas al retardo de la maternidad.

Sobre los elementos depositados para su utilización posterior por parte del depositante no cabe en rigor hablar de propiedad, sino de un poder de disposición extraño a la naturaleza y fines de los derechos reales, que se rige, en principio, por las directivas dadas al depositarlos.

Atendiendo a las nuevas funciones de las partes separadas del cuerpo, Rodotà considera que el cuerpo es un objeto social. Un grado más intenso de la socialización es el que se alcanza cuando capacidad distributiva se traduce en una explícita destinación social del cuerpo, al poner a disposición de los demás sus partes o sus productos. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando por espíritu de solidaridad se fomenta el consentimiento para la dación de órganos para trasplantes.<sup>55</sup>

## 8. Las contradicciones traídas por la nueva realidad

El ingreso cada vez más acentuado de las partes separadas del cuerpo al mercado a través de diversos mecanismos jurídicos (compraventa, locación, patentes, etcétera) trae aparejada una problemática novedosa entre el cuerpo, sustento de la persona, y las partes del cuerpo que convertidas en objetos deambulaban en diversos lugares y con diversos fines, en la expresión de Rodotà.<sup>56</sup>

Esta problemática ha sido igualmente abordada por Tallacchini.

La primera dificultad que podemos advertir en la corporeidad jurídicamente configurada se refiere al hiato existente entre el cuerpo considerado como «sujeto» y como «objeto», dificultad que se entrelaza con la distinción entre «totalidad» y «partes» del cuerpo. Los dos pares raramente coinciden y resultan en general discontinuos.

La primera paradoja del cuerpo consiste en que éste es tanto el lugar y el medio de la subjetividad —el cuerpo sujeto— en el que «el sujeto es el cuerpo» —cuanto el objeto de actos con los que el sujeto dispone de sí —el cuerpo objeto— en los que «el sujeto tiene el cuerpo». Y como objeto de sí, en tales actos el sujeto puede disponer del propio cuerpo como totalidad de sí —de la propia vida— o bien puede disponer en cuanto partes de él.<sup>57</sup>

La fragmentación del cuerpo y la consiguiente conversión entre las partes separadas en «cosas» facilita la justificación ética de los actos de disposición.

Hoy resultaría extraño, fuera de época, el acto de disposición del cuerpo como tal, lo que acarrearía un juicio moral adverso: vender el cuer-

---

<sup>55</sup> Rodotà, *La vida y las reglas...*, p. 116.

<sup>56</sup> Rodotà, *La vida y las reglas...*, p. 93.

<sup>57</sup> Tallacchini, “El cuerpo y sus partes...”, p. 41.



po —vivo o muerto (cadáver)— es inadmisibile, lo que no necesita de norma alguna que lo avale. La inmoralidad del acto es tan patente que su justificación importaría ubicarnos al margen del orden jurídico.

En cambio, cuando fragmentamos el cuerpo y otorgamos a las partes resultantes el carácter de «cosas», la regla moral se atenúa al extremo de llegar a extinguirse.

Lo que determina su comercialidad (ingreso al mercado) o lo excluye es la importancia de la parte en la anatomía y en la fisiología del cuerpo. Así, se habla de partes renovables o no renovables. En principio, las no renovables no entrarían en el estatuto de las cosas y respecto de las renovables, según el caso, podrían o no entrar en el tráfico comercial.

Cuando entramos al campo de lo relativo, las excepciones dependen de criterios cambiantes, influidos en cada momento por los requerimientos del mercado.

El cuerpo, podríamos decir, está relativamente fuera del comercio. Sus partes —según criterios cambiantes— pueden ingresar a la esfera económica.

Los criterios son diversos en cuanto a su fragmentación: partes necesarias y no necesarias; partes regenerables o no regenerables; nivel de la intervención humana sobre el material biológico (intervención relevante o menos relevante); tamaño de la parte, etcétera.

Estos temas son objeto de posiciones encontradas y hoy hay que reconocer que es muy probable que las presiones económicas concluyan con romper definitivamente la unidad de tratamiento de las partes separadas del cuerpo.

Un filósofo francés que integró el Comité Consultivo Nacional de Ética plantea en estos términos los contornos del debate: al considerar los límites de la persona no tanto en el tiempo como en el espacio; es decir, cuando se pasa del cuerpo en su integridad a las partes más y más pequeñas, ¿es válido utilizar el mismo criterio? (se refiere a la no comercialidad). En su espíritu, sin duda; en su letra, definitivamente no, pues el problema cambia de naturaleza. Aquí ya no existe el ser humano, el cuerpo dividido no es más el individuo. ¿Hasta qué nivel es sensato reconocer lo menos de lo humano y asignarle una dignidad?

En el órgano, en el tejido, la analogía parece menos clara: en el individuo biológicamente (la forma humana) permanece aquí identificable, socialmente la persona está presente en la donación que puede hacerse de ellos. Por eso es fuerte, aunque amenazante, el rechazo de

verlos como cosas. Pero descendiendo en la escala he aquí la célula, el gen, la proteína. En la medida en que se borra todo tratamiento específico de humanidad, ¿qué queda aquí de humanidad? Aquí nos encontramos ante una gran paradoja: en su constitución última el hombre no está hecho de materia humana; el ser vivo no está hecho de vida; ¿cómo mantener aquí la distinción cardinal de la persona y la cosa?

En todo caso —señala más adelante Sève— la necesaria dialectización de la dicotomía tradicional entre persona y cosa no puede evitar los escollos del laxismo, más que marcando bien el carácter transicional de las partes del cuerpo, grandes o pequeñas, en el sentido que Winnicott le ha dado al adjetivo; son objetos en los que más que nunca se inviste el sujeto y es allí donde se detiene el juego.

Hasta aquí las ideas de Sève.<sup>58</sup>

Pues bien, incursionando sobre este planteo considero que la forma o el tamaño de las partes del cuerpo no pueden llegar a constituir un punto determinante en el debate planteado.

Tomando uno de los ejemplos dados, el del gen humano, considero que más allá de su tamaño minúsculo, imperceptible al ojo humano, es parte del genoma que al decir de la UNESCO es «el signo distintivo de nuestra especie».

¿Tendría algún soporte ético el hecho de que ingrese en el derecho de propiedad industrial?

A este respecto, Ana Fagot-Lageaunten expresa que «el genoma no es sagrado; los que son sagrados son los valores vinculados a la idea que nosotros nos hacemos de la humanidad».<sup>59</sup>

Es difícil dar por concluido el debate, máxime cuando los avances de la biología nos enfrentan a la categoría de «medicamentos biológicos»<sup>60</sup> creados en función de transferir o manipular elementos que pertenecen al cuerpo humano (células, proteínas, etcétera).

---

<sup>58</sup> Sève, L. (1994), *Pour une critique de la raison bioéthique*, Odile Jacob, París, p. 105.

<sup>59</sup> Fagot-Lageaunten, A., citada por Sève, *Pour une critique de la raison bioéthique...*, p. 108.

<sup>60</sup> La Directiva 2009/120/CE del 14 de septiembre de 2009 define al medicamento de terapia génica con las siguientes características: a) incluye un principio activo que contiene un ácido nucleico recombinante o está constituido por él, utilizando personas humanas o administrando a las mismas con el objetivo de regular, reparar, sustituir, añadir o eliminar una secuencia génica; b) su efecto terapéutico, profiláctico o diagnóstico depen-

A mi juicio, el tema no pasa por la relevancia volumétrica que tenga una parte del cuerpo, sino que apunta más bien a la representación simbólica de todos los elementos que integran o integraron alguna vez el cuerpo humano.

Bien está que si tomamos una mano o un brazo podremos advertir sin mayor dificultad que son humanos, y que en una célula o en un gen sólo cabría reconocer el carácter humano recurriendo a investigaciones que pueden llegar a determinarlo o no. Pero el planteo no puede quedar reducido a estos términos.

Sin sacralizar al cuerpo y sus componentes, el respeto a la dignidad del ser humano importa la exclusión de cualquier material humano, por minúsculo que fuere, del tráfico mercantil.

## **9. El principio de no comercialidad del cuerpo: sus fuentes y sus alcances**

Desde la órbita de la bioética, Dora Porto —eminente antropóloga y bioeticista brasileña— anota que el derecho al propio cuerpo es condición existencial inalienable de todos los seres humanos. Inherente a la vida, ese derecho emana de dos parámetros que se sobreponen: la legitimidad, facultada por la existencia misma de la persona en el mundo, manifestada como ser moral y social en la materialidad de su cuerpo; y la legalidad, socialmente otorgada por normas y leyes delineadas en el intento de salvaguardar la vida de los individuos y del cuerpo social, asegurando su dignidad.<sup>61</sup>

Desde siempre se sostuvo que el cuerpo humano quedaba fuera del derecho patrimonial. Este principio —conforme lo sostiene Mazeaud— es una regla tradicional, un axioma jurídico, que nadie experimentó la necesidad de demostrar.<sup>62</sup>

Ni para el Derecho romano ni para el derecho intermedio se planteó como problema. Recién en el Código de Napoleón aparecen algunas pistas que orientan al intérprete, sin llegar a establecerse una regla clara.

---

de de la secuencia del ácido nucleico recombinante que contenga o del producto de la expresión genética de dicha secuencia.

<sup>61</sup> Porto, D. (2008), “Derecho sobre el cuerpo propio”, en Tealdi, J. C. (dir), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, UNESCO, Bogotá, p. 233.

<sup>62</sup> Mazeaud, L. (1953), “Los contratos sobre el cuerpo”, en *ADC*, enero-marzo, p. 81.

Como ha sido reiteradamente señalado, el derecho civil codificado apareció más como un derecho del patrimonio que como un derecho de las personas, relegando el estudio de los derechos de la persona humana a los ámbitos del derecho natural o de la filosofía. No cabe olvidar, por otra parte, la estrecha interdependencia entre aquella extra comercialidad y la propia imposibilidad de que el hombre dispusiera de su cuerpo. De hecho, con frecuencia se argumentan indisponibilidad y extra comercialidad como las dos caras de la moneda acuñada simplemente por el pensamiento cristiano para preservar la dignidad natural de todo ser humano.<sup>63</sup>

Para Mazeaud el código francés no consagró un texto dirigido a ubicar a la persona fuera del comercio. Después, durante generaciones de juristas todos fueron repitiendo que la persona humana está por encima de las convenciones. Nadie discutió el principio ni expresó la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo. A juicio de Carbonnier, identificar la persona en el cuerpo humano atribuye a un emplazamiento peculiar en el ámbito jurídico y en cierto modo lo dota de un carácter sagrado. El cuerpo humano está doblemente protegido: 1) contra los ataques de las personas extrañas en virtud de la inviolabilidad que se le reconoce; y 2) contra el poder de disposición del mismo individuo, en virtud de las limitaciones impuestas a la autonomía de la voluntad. El cuerpo humano está fuera del comercio en el sentido del artículo 1128 del *Code*. Por más que parezca que el cuerpo humano es algo externo a la persona misma, en el fondo se identifica con ella. Ahora bien, como la persona es indivisible y ha sido menester señalar un límite a la libertad de los actos jurídicos para salvaguardar la libertad de un modo general, sin que esto implique que todo acto jurídico o convención, directa o indirectamente relacionado con el cuerpo humano, entrañe una vulneración del orden público.<sup>64</sup>

Los recordados avances de la ciencia desde mediados del siglo pasado al presente han llevado a reafirmar con énfasis los principios de no comercialidad y de indisponibilidad de las partes separadas del cuerpo, dado fundamentalmente por el hecho de haberse incorpora-

---

<sup>63</sup> Angoitia Gorostiaga, V. (2002), “Extracción de órganos y tejidos de donantes vivos con fines de trasplante y prohibición de lucro, y utilización de una parte del cuerpo humano”, en Romeo Casabona, C. M. (ed.), *El convenio de los derechos humanos y biomedicina*, Comares, Bilbao, p. 307.

<sup>64</sup> Carbonnier, J. (1960), *Derecho civil*, Tomo I, Volumen 1, Bosh, Barcelona, p. 218.

do el mercado al debate. Hoy asistimos a la fragmentación comercial del cuerpo humano. Sus límites entre los usos y los abusos del cuerpo se tornaron gradualmente más sutiles e imprecisos.<sup>65</sup>

Tallacchini hace una importante observación sobre la no comercialidad de las partes del cuerpo, al señalar que lo que hace comunes a las partes del cuerpo es su configuración *extra commercium*, pero no basta confiar la tutela jurídica del cuerpo y de sus partes predominantemente a un criterio único: el cuerpo no se sustrae al mercado con sólo prohibir su comercialización. Tal prohibición es necesaria pero no suficiente, si los instrumentos jurídicos que instrumentan los actos dispositivos y adquisitivos no son elaborados de manera coherente.<sup>66</sup>

Berlinguer y Garrafa afirman, en esta dirección, que el conocimiento y la valoración del cuerpo constituyen una de las mayores conquistas del hombre, destacando la exigencia de crear un sistema de normas y de culturas orientadas a la afirmación de la dignidad corporal.<sup>67</sup>

El Consejo de Bioética de Nuffield del Reino Unido consideró, en su momento, que debe prohibirse la comercialización de los tejidos humanos con excepción de determinados productos corporales extraídos, como cabello y uñas, que pueden ser comprados y vendidos, ya que se considera que son productos de desechos comunes.<sup>68</sup>

La creciente utilización de biobancos y la consecuente circulación de los materiales humanos justificaron plenamente que el principio de la no comercialidad se extendiera a las partes separadas del cuerpo.

En Europa, y sobre todo en Francia, desde la doctrina y desde diversos instrumentos jurídicos y bioéticos se fue conformando una tendencia llamada a incorporar en el derecho positivo el principio; lo que se expresó en las leyes francesas de 1994. En este movimiento desempeñó un papel central el Comité Consultivo Nacional de Ética desde 1984. Luego de varios dictámenes que preanunciaban el criterio impuesto, finalmente en el Dictamen núm. 21 del 13 de diciembre de 1990 se consagró explícitamente el principio de no comercialidad,

---

<sup>65</sup> Berlinguer, G. (1993), “Il corpo come merce o come valor”, en *Capitalismo, natura, socialismo*, Roma, p. 98.

<sup>66</sup> Tallacchini, “El cuerpo y sus partes...”, p. 39.

<sup>67</sup> Berlinguer y Garrafa, *O mercado humano...*, p. 43.

<sup>68</sup> Citado en Knoppers y Hirtle, “Bancos de materiales humanos...”, p. 73.

agregando que «decir que el cuerpo humano está fuera del comercio, aún fuera del mercado, implica formular dos proposiciones complementarias: por una parte, el cuerpo del hombre o uno de sus elementos no puede ser objeto de un contrato; y por otra parte, no puede ser negociado por cualquiera».<sup>69</sup>

Ya en 1988 en un lúcido y esclarecedor ensayo, Hermitte señaló que las categorías jurídicas tradicionales se tornan insuficientes para instituir «la cosa de origen humano y con finalidad humana» cuyo estatuto apuntaría a domar los mecanismos de mercado que de otro modo podrían llevar al cuerpo humano a la lógica de la producción, lógica que ya está en marcha en ciertos sectores.

¿Qué hay que bloquear —se pregunta— en los mecanismos de economía de mercado? Necesariamente el lucro, que puede tener su legitimidad en ciertos sectores, pero sobre todo la racionalización sistemática que permite acuerdos individuales.

La oferta organizada —concluye— no tiene la misma naturaleza que la espontánea. Toda racionalización importa peligros para la dignidad humana, al pasar de la oferta individual a la colectiva. Una oferta aislada es diferente a una oferta organizada, estructurada socialmente. Es esta obra de racionalización total de la utilización del cuerpo humano que el orden jurídico tiene que controlar; es un progreso lento de la noción de «fuera del comercio» al cuerpo «fuera del mercado» que tenemos que comenzar a elaborar.<sup>70</sup>

En el informe previo a la sanción de las leyes de 1994, Noël Lenoir señalaba con relación a la no comercialidad del cuerpo humano y sus partes que la misma prohibición comprende a todos sus componentes, incluyendo el material genético.<sup>71</sup>

Al discutirse la modificación de las leyes de bioética, el Consejo de Estado reafirmó que los principios jurídicos y éticos de indisponibilidad y no comercialidad que se aplican al cuerpo humano en su conjunto han sido reconfirmados con fuerza a propósito de los elementos genéticos y del genoma. La bioética, en especial la francesa,

---

<sup>69</sup> Siccard, D. (coord.) (2003), *Travaux du Comité Consultatif National d'Éthique*, PUF, París, p. 136.

<sup>70</sup> Hermitte, M. A. (1988), “Le corps hors du commerce, hors du marché”, en *Archives de Philosophie de Droit* núm. 33, Sirey, París, p. 323.

<sup>71</sup> Lenoir, N. (1991), *Aux frontières de la vie: une éthique à la française*, Tomo I, La Documentation Française, París, p. 120.

liga indisolublemente el principio de la no comercialidad del cuerpo al principio fundamental de la dignidad del hombre.

El «modelo euro-francés» del cuerpo fuera del mercado instituye idealmente al cuerpo individual como inviolable, indisponible, no cesible, ni patrimonio ni propiedad del individuo y, por lo tanto, de ninguna manera comercializable ni monetizable, ni siquiera en sus partes más ínfimas.<sup>72</sup> En esta dirección, la Convención de Derechos Humanos y Bio-medicina (Convención de Asturias) establece en su artículo 21 que el cuerpo humano y sus partes no deben ser, como tales, fuentes de lucro.

## 10. Las partes separadas e industrializadas: su régimen

Éste es un tema relevante en función de los avances operados en las ciencias de la vida, sobre todo en cuanto a la elaboración de los llamados «medicamentos biológicos» o de «terapias avanzadas».

Considero de utilidad para introducir el debate referirme al Dictamen núm. 93 del Comité Nacional de Ética francés sobre patentabilidad de células madre y ensayar a su respecto una crítica razonada.

Sostiene el documento que conforme a las recomendaciones europeas sería posible la patentabilidad «si son productos derivados del cuerpo humano; es decir, células madre aisladas, gracias a un procedimiento técnico *in vitro*»; en tal caso no son asimilables a las células madre y por tanto son patentables.

Cabe aquí detenernos, puesto que se dan por supuestos conceptos que no tienen una aceptación pacífica. En primer lugar, el texto diferencia respecto de las células madre —criterio que bien puede ser trasladado a otras partes del cuerpo— entre «naturales» y «obtenidas gracias a procedimientos técnicos», diferencia de por sí muy cuestionable.

Es objetable en tanto el estado actual de los conocimientos científicos no permite generar una célula en un laboratorio, con todo lo elemental que puede suponer su estructura y con toda la complejidad que implica su funcionamiento. Tomando esto en cuenta, no es dable admitir que las células manipuladas puedan ser «productos derivados del cuerpo humano» para posibilitar su comercialización.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Hottois, *Essais de Philosophie...*, p. 62.

<sup>73</sup> A. Kornblihtt, investigador cuyo prestigio trasciende nuestras fronteras, nos enseña que toda célula proviene de otra célula, no existiendo evidencia de generación espon-

En otra parte del documento la opinión se introduce en criterios ontológicos: «según la manera en la cual diferenciamos las entidades biológicas consideradas, el enfoque ético o de comercialización toma una dirección diferente. En esta línea de razonamiento se diferencia el “material biológico en estado bruto” de una “molécula química”».

A criterio del Comité existe entre ambas una zona difícil de definir entre lo biológico y lo químico. Esta zona comprende a las «entidades intermedias», productos biológicos pero tratados de grado tal que han perdido parte de su estructura biológica, por ejemplo células, productos de terapia celular, la bioingeniería de células y tejidos. Para estas entidades —agrega— la cuestión de saber si pueden ser consideradas como realidades biológicas o como especialidades farmacéuticas o medicamentos fabricados industrialmente, queda abierta. Todo lienzo de separación —agrega—, todo criterio parece imposible de fijar.

Entiendo que hablar de «entidades biológicas» o de «entidades intermedias» comparadas con «especialidades farmacéuticas» o «medicamentos fabricados» no se compadece con el reconocimiento del principio de no comercialización del cuerpo humano y sus partes.

Traigo al debate la opinión de Labrousse Riou: la visión diferente del derecho y de la medicina no es *a priori* conflictiva. El conflicto surge de la interacción de los cuerpos tratados como cosas y su instrumentalización científica o médica, lo que provoca la «des-subjetivización» de la persona y genera un mercado de la vida. Así, el cuerpo deviene en materia prima, en objeto de comercio o producción, lo que la lleva a formular interrogantes cuya respuesta exige una profunda reflexión: ¿qué es el cuerpo para el derecho? ¿Cuál es la naturaleza de los derechos sobre el cuerpo? ¿Los fines científicos o médicos justifican un derecho exorbitante? Lo que digamos sobre el cuerpo a esta altura de los tiempos cabe trasladarlo a las partes separadas y a los productos.<sup>74</sup>

Las «zonas grises» entre las partes del cuerpo naturales y las «partes transformadas que han perdido su estatuto biológico» consti-

---

tánea de células a partir de materia viva. De hecho, a pesar de que conocemos con bastantes detalles la mayoría de sus componentes moleculares, ningún científico ha sido capaz de crear una célula en el tubo de ensayo partiendo de la mezcla de sustancias químicas (Kornblihtt, A. [2013] *La humanidad del genoma*, Siglo XXI, Buenos Aires, p. 20).

<sup>74</sup> Labrousse Riou, C. (2007), *Ecrit de bioéthique*, PUF, París, p. 136.



tuyen simplemente un recurso retórico para justificar el avance del mercado sobre el ser humano.

A juicio de Tallacchini, uno de los dilemas de la corporeidad concierne a la creación de productos elaborados a partir de sustancias biológicas, pero artificialmente transformados, a punto de ser calificados como «construcciones bioartificiales» (*bioartificial contracts*); productos biológicos (*biological inventions*), entendiendo que el principal problema relativo al «cuerpo artefacto» consiste en evaluar si las biotecnologías alteran los materiales humanos a punto que se consideren objetos artificiales definibles como «inventos».<sup>75</sup>

Mientras no existía la posibilidad de explotar económicamente los materiales biológicos, la corporeidad parcelada carecía en general de interés. Los nuevos métodos de intervención sobre el cuerpo, las biotecnologías, la patentabilidad de lo biológico, han transformado el sentido de la comercialidad: más que una entidad superior a cualquier precio, el cuerpo se ha convertido en una entidad sin precio y la exclusión del mercado es sinónimo de apropiación gratuita.<sup>76</sup>

La declarada no patrimonialidad del cuerpo constituye, a juicio de la autora, un argumento demasiado débil, si éste representa el único límite y criterio definitorio (el negativo) de una concepción del individuo cuyo espacio de autonomía está, de hecho, delimitado por el mercado.

Lo que se desprende de cuanto hemos dicho y reseñado no cabe ser interpretado como una posición contraria a los progresos de la investigación médica.

Lograr medicamentos biológicos o productos de terapia avanzada constituye un avance indiscutible en la medida en que pueden contribuir a acrecentar el arsenal terapéutico o diagnóstico en beneficio de la humanidad.

Lo que sí necesita de un debate desapasionado es la forma en la cual serán accesibles a los individuos. En este terreno no creemos que pueda tener el mismo tratamiento dado a una especialidad integrada con moléculas químicas. El origen humano debe desempeñar un papel relevante en el que, por encima de los intereses económicos, se privilegie el principio de solidaridad, al que se aluden los fundamentos del artículo 15 del Código.

---

<sup>75</sup> Tallacchini, “El cuerpo y sus partes...”, p. 49.

<sup>76</sup> Tallacchini, “El cuerpo y sus partes...”, p. 57.

Por otra parte —y ya en el campo de la propiedad industrial—, cabe reiterar nuestra opinión en el sentido de que la simple intervención humana es insuficiente para generar una invención patentable, siendo necesario que la misma exprese una «creación humana», tema más complejo que nos ubica en el terreno diferencial entre una invención patentable y la que no lo es (descubrimientos, aportes de ciencia básica, leyes naturales, etcétera).<sup>77</sup>

## 11. Las partes artificiales incorporadas al cuerpo

Es cada vez más frecuente en la práctica médica la utilización de piezas para reemplazar partes deterioradas o inexistentes del cuerpo (por ejemplo, implantes mecánicos de cadera, implantes dentales, entre otros) o para cumplir fines específicos (marcapasos, implantes cocleares, miembros ortopédicos, piezas logradas por nanotecnología, por mencionar algunos).

Estas partes que integran funcionalmente el cuerpo deben quedar sometidas al estatuto de las partes separadas del cuerpo. Orgaz sugería que una vez incorporadas al cuerpo seguían siendo cosas, aunque inembargables, por ser de «uso indispensable del deudor».

Comentándolo, Tobías señala que es una explicación que hoy no satisface la sensibilidad de justicia, más atinado es considerar que las cosas dejan de ser tales y pasan a pertenecer al cuerpo, formando con él una unidad.

Coincidimos con el autor, quien considera que las partes que se implantan en el cuerpo humano con sentido de perdurabilidad dejan de ser tales, adquiriendo una nueva dirección jurídica, convirtiéndose en cuerpo humano.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Bergel, S. D. (2013), “La invención y los requisitos objetivos de patentabilidad”, en Correa, C.; Bergel, S. D. y Kors, J., *Régimen legal de las patentes de invención*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, p. 179.

<sup>78</sup> Tobías, J. W. (2013), “Los actos de disposición de partes separadas del cuerpo y el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, B (Sección Doctrina).

## SEGUNDA PARTE



## 8. ¿DEBE PERMITIRSE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA? ESTADO DE LA CUESTIÓN Y ALGUNAS REFLEXIONES\*

*Esther Farnós Amorós\*\**

### 1. La gestación por sustitución hoy

Mediante la gestación por sustitución (GS)<sup>1</sup> una mujer se somete a las técnicas de reproducción asistida (TRA), a cambio de una cantidad económica o con fines altruistas, para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, a quienes se compromete a entregar el bebé o bebés que puedan nacer. Donde está permitida, la GS se ha utilizado tradicionalmente por parejas heterosexuales en las que la mujer no tiene útero por causas congénitas o, como sucede más a menudo, porque aquél le tuvo que ser extirpado todo o en par-

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Libertad reproductiva y formación de relaciones familiares” (DER2014-55573-R), financiado por el MINECO y cuyo investigador principal es el doctor Josep Ferrer Riba (Universitat Pompeu Fabra), y en el proyecto de cooperación interuniversitaria UAM-Santander con América Latina “Presente y futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos, sociales y éticos” (CEAL-AL/2015-02), cuya investigadora principal es la doctora Pilar Benavente Moreda (Universidad Autónoma de Madrid).

\*\* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universitat Pompeu Fabra.

<sup>1</sup> En este capítulo, el recurso a la expresión «gestación por sustitución» se justifica, además de por su mayor neutralidad, porque es la expresión empleada por la legislación española (ver ap. III): Lamm, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 24-27.

te por razones médicas. El recurso a la GS también tiene lugar cuando los órganos reproductivos femeninos no son funcionales porque concurre alguna causa de esterilidad o infertilidad que impide concebir o finalizar el proceso de gestación; o bien porque el embarazo está contraindicado por razones médicas. En la actualidad, cada vez son más las parejas de dos hombres y los hombres solos que recurren a la GS. Asimismo, algunas mujeres recurren a la GS con finalidades estéticas o porque, dada su edad, no es aconsejable que gesten un hijo. Estos últimos supuestos plantean dilemas éticos acaso más importantes de los que por sí plantea la propia GS, en relación con los límites de las TRA.

En los ordenamientos en donde la GS se practica ya desde los años ochenta (típicamente, en algunos estados norteamericanos, como es el caso de California), ésta se acostumbra a formalizar a partir de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la gestante una cantidad en principio dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea para gestar al bebé y de formalizar el acuerdo entre las partes.<sup>2</sup>

La GS presenta dos modalidades, la tradicional y la gestacional.<sup>3</sup> En la primera, la mujer gestante aporta sus propios óvulos, puesto que es inseminada con espermatozoides del padre comitente o de un donante. Los avances experimentados en las TRA, especialmente a partir de los años noventa, motivaron que esta modalidad fuera sustituida por la segunda, en que la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la gestante, que normalmente será la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, como sucede a menudo en la práctica, una donante. Dado que la GS gestacional disocia maternidad genética y gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada que

---

<sup>2</sup> Ver mi artículo "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009", en *InDret*, 1/2010, pp. 1-25.

<sup>3</sup> Weisberg, D.K. y Appleton, S. F. (2006), *Modern Family Law. Cases and Materials*, Aspen Publishers, Nueva York, pp. 1109-1110.

la inseminación, como es la fecundación *in vitro* (FIV), a la que sigue la transferencia al útero de la gestante del embrión o embriones resultantes. A pesar de las mayores cargas físicas, emocionales y económicas que conlleva la FIV frente a la inseminación artificial, la mayor incidencia práctica de la GS gestacional se explica porque permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente, a la vez que la inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la gestante minimiza los riesgos, cuando nace el bebé, de que ésta se niegue a entregarlo a la persona o personas comitentes, como sucedió en el mediático caso *Baby M.*<sup>4</sup> Por eso, algunos de los ordenamientos que permiten la GS sólo le otorgan efectos si cumple este requisito.<sup>5</sup>

En contra de la validez de los acuerdos de GS se ha argumentado a menudo que los vínculos que se crean durante la gestación y el parto impiden que la gestante pueda tomar una decisión completamente libre en el momento de firmar el acuerdo. Según esta tesis, la mujer que *ex ante* renuncia al niño que gesta a favor de otra mujer, nunca puede llevar a cabo una decisión plenamente voluntaria e informada. Estos argumentos se encuentran estrechamente vinculados con los que denuncian el carácter objetivizador y no neutro, desde un punto de vista de género, de los acuerdos de GS, así como su potencial para explotar a las mujeres, en especial a las de razas y clases sociales más desfavorecidas, por parte de individuos o parejas de clases poderosas.<sup>6</sup> El argumento de la mercantilización del cuerpo humano, unido al que sostiene que estos acuerdos fomentan el tráfico de niños, ha

---

<sup>4</sup> *In Re Baby M.* fue decidido por el TS de Nueva Jersey en 1988 (537 a.2d 1227 [N.J. 1988]). Mary Beth Whitehead dio a luz a una niña concebida con sus óvulos y espermatozoides de William Stern, quien debía ser entregada al matrimonio Stern nada más nacer. Sin embargo, tras el parto la señora Whitehead cambió de opinión y se negó a entregar la niña a los Stern. El TS de Nueva Jersey consideró el acuerdo de GS ineficaz, por lo que declaró la filiación de la menor a favor de la señora Whitehead y del señor Stern. Ahora bien, con base en el interés superior de la menor, el tribunal atribuyó su custodia a los Stern, garantizando a la señora Whitehead un régimen de visitas susceptible de ampliación. Un buen resumen del caso se encuentra en <<http://www.nytimes.com/video/us/100000002781402/baby-m-and-the-question-of-surrogacy.html>>, consultado el 21 de abril de 2016.

<sup>5</sup> Éste es el caso, por ejemplo, de Grecia (artículo 1458 CC) o Israel (Ley 5756 de 1996). Ésta es también la línea seguida en Rusia e Ucrania, ver Lamm, E., *Gestación por sustitución...*, pp. 170 y ss.

<sup>6</sup> Ver, en especial, a Radin (1991), quien también sugiere que en el sistema actual los acuerdos de GS son difícilmente distinguibles de la «venta de bebés»: Radin, M., “Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)”, 65 *Southern California Law Review* 341, pp. 352 y ss.

sido utilizado por el Tribunal Superior (TS) español en los pronunciamientos que son objeto de comentario en este trabajo.

En sentido contrario, se argumenta que considerar ineficaces estos acuerdos no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas por parte de las mujeres, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de sus decisiones y a la inevitabilidad de su destino biológico. En último término, para los defensores de estas tesis, la anulación de los acuerdos de GS exalta las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres.<sup>7</sup> Algunos de los partidarios de estas tesis consideran que deberían atribuirse efectos jurídicos a estos acuerdos, siempre que se realicen con carácter gratuito, puesto que constituyen un acto de altruismo que hace posible la realización del derecho a procrear y que, además, es coherente con la donación de órganos. Desde este punto de vista, la GS podría asimilarse a una «cesión de útero».<sup>8</sup>

Hoy, casi 30 años después del mediático caso *Baby M.* y de encendidos debates alrededor de los dilemas éticos que plantea «comerciar» con ciertos bienes jurídicos, la GS vuelve a estar de actualidad dado el auge del mal llamado fenómeno del «turismo reproductivo».<sup>9</sup> En España, donde como veremos los acuerdos de GS se consideran nulos de pleno derecho, cada vez son más las personas solas y parejas heterosexuales y homosexuales que los celebran en otros países y regresan con un bebé a quien pretenden inscribir formalmente como su hijo. La

---

<sup>7</sup> La máxima representante de esta posición es Shultz, M.M. (1990): “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: an Opportunity for Gender Neutrality”, *Wisconsin Law Review* 297, pp. 370-371 y 378-379; y (2005), “Taking Account of Arts in Determining Parenthood: a Troubling Dispute in California”, 19 *Washington University Journal of Law & Policy* 77.

<sup>8</sup> Al respecto, ver las declaraciones del ginecólogo catalán S. Dexeus, publicadas en *La Vanguardia* el 8 de mayo de 2015: «Si se puede donar un riñón también debería poderse prestar un útero» (*disponible on-line*).

<sup>9</sup> A favor de la expresión más neutral «reproducción transfronteriza», que es la que utilizaré en adelante, ver Shenfield, F. *et al.* (2010), “Cross border reproductive care in six European countries” 25(6), *Human Reproduction* 1361. Sobre el fenómeno en el contexto de la GS en particular, ver Engel, M. (2014), “Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?”, en Boele-Woelki, K.; Dethloff, N.; Gephart, W. (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp, pp. 199-216.



tensión entre quienes se oponen a su regulación y quienes la reivindican evidencia la división social que todavía hoy suscita el tema.<sup>10</sup>

## **2. Diversidad de aproximaciones a un mismo fenómeno, auge de la gestación por sustitución internacional y tendencia «liberalizadora»**

La realidad ha convertido en especialmente complejo el debate inicial sobre la conveniencia de legalizar la GS. Su permisión, con carácter comercial, en Ucrania, Georgia, Rusia, India, algunos estados de Estados Unidos o de México y su prohibición en otros ordenamientos permite a los ciudadanos de estos últimos recurrir a la GS. En este contexto, cada vez son más los ciudadanos españoles que acceden a la GS en otros ordenamientos.<sup>11</sup> Los problemas que plantea la cuestión en un mundo globalizado como el actual son objeto de un creciente interés académico.<sup>12</sup>

Sólo entre 2006 y 2010 cinco de las grandes agencias de GS registraron que el número de estos acuerdos celebrados en Estados Uni-

---

<sup>10</sup> En junio de 2015 un grupo de intelectuales españolas firmó el manifiesto «No somos vasijas» en contra de la GS (*disponible on-line*). Una reacción, a mi parecer sensata a dicho manifiesto, puede encontrarse en el blog de Antonia Durán Ayago, <<http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/25/ese-locuaz-feminismo/>>, consultado el 21 de marzo de 2016.

A favor de la regulación de la GS en España destaca la actividad de Son Nuestros Hijos, una asociación de familias en su mayoría homoparentales que ha impulsado una petición para permitir la inscripción en España de los nacidos en el extranjero mediante GS, ver <<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>>, consultado el 21 de abril de 2016. Por su parte, la Asociación por la Gestación Subrogada en España ha apoyado una Iniciativa Legislativa Popular para su regulación, ver <<http://www.gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp>>, consultado el 21 de abril de 2016.

<sup>11</sup> Principalmente a Estados Unidos, en donde se calcula que en 2014 nacieron dos mil bebés gestados para parejas comitentes nacionales e internacionales, casi tres veces más que hace una década. Ver “Coming to U. S. for Baby, and Womb to Carry It”, en *NYTimes.com*, del 5 de julio de 2014. Por razones económicas, entre otras, Rusia o, hasta hace poco, Tailandia y el estado mexicano de Tabasco ya han desplazado este primer destino y a su vez, otros destinos tradicionales como India, cuyos problemas administrativos desaconsejan el acceso a la GS por ciudadanos extranjeros. Respecto del caso tabasqueño, ver la nota 21, y respecto del indio, ver la nota 34.

<sup>12</sup> Ver Trimmings, K. y Beaumont, P. (eds.) (2013), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart, Oxford-Portland-Oregon. Este trabajo tiene su origen en una investigación dirigida por ambos profesores de la Universidad de Aberdeen y financiada por la Fundación Nuffield.

dos por ciudadanos extranjeros se incrementó en un 1000 por ciento, y en 2008 casi el 40 por ciento de los nuevos «clientes» de estas agencias eran extranjeros, cifra que contrastaba con el menos del 5 por ciento registrados en años anteriores.<sup>13</sup> En la actualidad se estima que ya más de la mitad de los «clientes» de las agencias de GS localizadas en Estados Unidos son extranjeros.<sup>14</sup>

El fenómeno de la «reproducción transfronteriza», en cuanto permite acceder en otro ordenamiento a una TRA prohibida o no practicada en el propio, se percibe a menudo como una válvula de seguridad que reduce el conflicto moral de los Estados, en cuanto permite a sus ciudadanos huir de legislaciones restrictivas.<sup>15</sup> Ésta es la concepción que subyace en el caso *S. H. y otros vs. Austria*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que pese a no tener por objeto un acuerdo de GS resulta de interés. El caso analizaba la ley austriaca sobre TRA (1992) y, en particular, su prohibición de donación de gametos para la práctica de inseminación artificial y FIV, las únicas TRA que permitían a las dos parejas recurrentes tener hijos al menos relacionados genéticamente con uno de sus miembros. La decisión final de la Gran Sala, del 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011/369437), contrariamente a la de la sec. 1.<sup>a</sup>, del 1 de abril de 2010 (JUR 2010/97861), exoneró a Austria de responsabilidad, poniendo el acento en el margen de apreciación de los estados para regular una cuestión tan sensible como la planteada y afirmando, además, que los ciudadanos austriacos ya podían acceder a las técnicas solicitadas en otros países que las permitían (FD 114). Este último inciso no deja de inquietar, en especial porque carece de sentido afirmar que no se ha violado un derecho reconocido en el Convenio Eu-

---

<sup>13</sup> Ver Informe preliminar núm. 10 de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, sobre los problemas derivados de los acuerdos internacionales de GS, elaborado en marzo de 2012, p. 8 (*disponible on-line*).

<sup>14</sup> Ver los datos aportados por la agencia *Growing Generations*, con sede en Los Ángeles (California), publicados en “Coming to U.S. for Baby, and Womb to Carry It”, *NYTimes.com*, del 5 de julio de 2014.

<sup>15</sup> La expresión original es de Pennings, G. (2004), “Legal harmonization and reproductive tourism in Europe”, en *Human Reproduction*, vol. 19(12), 2689-2694: «Reproductive tourism should be seen as a *safety valve that avoids moral conflict*, and as such, contributes to a peaceful coexistence of different ethical and religious views in Europe» (p. 2694, *in fine*).

ropeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) por el hecho de que éste puede ejercerse en otro ordenamiento.<sup>16</sup>

A pesar de que la tendencia actual, en parte favorecida por la reproducción transfronteriza y los amplios beneficios que reporta, es la legalización, las aproximaciones de los ordenamientos a la GS son todavía muy variadas, lo que sigue fomentando la movilidad.<sup>17</sup> Entre los ordenamientos que siguen un modelo prohibitivo se encuentran Francia, Alemania, Italia, Austria, el estado mexicano de Querétaro<sup>18</sup> y los estados norteamericanos de Arizona, Michigan y el Distrito de Columbia, entre otros. España, por las razones que se exponen en el ap. III de este trabajo, sigue más bien un «modelo de ineficacia», puesto que los acuerdos de GS no están prohibidos, sino que simplemente no despliegan efectos jurídicos. Sigue esta misma aproximación el estado mexicano de Coahuila.<sup>19</sup> En otra posición se encuentran los ordenamientos que siguen un modelo permisivo, ya sea por vía legal o jurisprudencial. Dentro de éstos podemos distinguir, a su vez, entre los que siguen un modelo altruista, que no permite los acuerdos de GS celebrados con fines comerciales, en el que se inscribirían el Reino Unido, Portugal,<sup>20</sup> Grecia, los estados australianos, Nueva Zelanda, Israel o el estado norteamericano de Nueva York; y los ordenamien-

---

<sup>16</sup> En esta línea, ver Scherpe, J. (2016), *European Family Law. The Present and Future of European Family Law*, vol. IV, Elgar, Cheltenham-Northampton, p. 92.

<sup>17</sup> Para más detalle, ver el excelente análisis de la cuestión que hacen Trimmings y Beaumont, *International Surrogacy...*, y Lamm, *Gestación por sustitución...*, pp. 171-192, ya citados.

<sup>18</sup> Debe destacarse, no obstante, que a nivel nacional México ha sufrido una reforma de la Ley General de Salud en abril de 2016, que únicamente permite la GS por estricta indicación médica, entre nacionales y sin fines de lucro, y contempla penas de prisión de seis a 17 años y penas de multa para aquellas personas que paguen a una mujer para gestar, entre otros supuestos. Debido a esta regulación, estados como Tabasco y Sinaloa, que hasta la fecha permitían la GS comercial, deben limitarla a la altruista.

<sup>19</sup> Lamm, *Gestación por sustitución...*, p. 126.

<sup>20</sup> La admisión de la GS en Portugal, limitada a parejas heterosexuales en las que la mujer tenga alguna imposibilidad para gestar, se llevó a cabo en mayo de 2016 a partir de una reforma del artículo 8 de la Ley 32/2006 de procreación médicamente asistida, del 26 de julio, que la prohibía. Sin embargo, en junio de 2016 el presidente del país ejerció su derecho de veto. Finalmente la Ley 25/2016, de 22 de agosto (Diario de República, núm. 160, de 22 de agosto) entró en vigor el 1 de septiembre de 2016. La ley sólo permite compensar a la gestante los gastos relativos a su salud, y establece la filiación del nacido a favor de los “beneficiarios”, uno de los cuales al menos deberá haber aportado sus gametos. La gestante, por su parte, no podría haberlos aportado. La ley también regula el contrato, el deber de sigilo sobre la identidad de los participantes en el proceso y las penas que deben cumplir quienes participen en una GS realizada al margen de la ley.

tos que permiten estos acuerdos incluso cuando se celebran con fines comerciales, entre los que destacan los casos de Rusia, Ucrania, los estados mexicanos de Sinaloa y Tabasco,<sup>21</sup> y los estados norteamericanos de California, Illinois, Texas y Utah, entre otros. Asimismo, entre los ordenamientos que han optado por un modelo permisivo, difiere el sistema de transferencia de la filiación de la gestante a la madre o padre comitentes, una vez ha nacido el bebé. Así, mientras algunos ordenamientos han optado por un sistema de preaprobación judicial que implica la transferencia de filiación con carácter previo al nacimiento,<sup>22</sup> otros han optado por un sistema de transferencia judicial de la filiación con carácter posterior al nacimiento.<sup>23</sup> Ambos mecanismos tienen sus ventajas e inconvenientes, pues mientras que un sistema de preaprobación permite que el nacido sea considerado hijo de la persona o pareja comitente desde el mismo momento de su nacimiento y garantiza su integración fáctica en la familia, quedando

---

<sup>21</sup> Con el fin de evitar la reproducción transfronteriza, ambos estados restringen el acceso a la práctica a ciudadanos mexicanos, aunque esto es una novedad en Tabasco. Dado que este estado se había convertido en una especie de «paraíso de la GS» fomentado, en parte, por agencias norteamericanas que ofrecían esta práctica acompañada de estancias idílicas en Cancún, había un gran interés en reformar la regulación contenida al respecto en el CC de 1997, ver <<http://www.diariopresente.com.mx/section/principal/135703/urge-regular-maternidad-subrogada-tabasco/>>, consultado el 21 de abril de 2016.

El 13 de enero de 2016 se publicó en el periódico oficial del estado el Decreto 265, el cual adiciona un nuevo capítulo al CC de 1997, titulado “De la gestación asistida y subrogada” (artículos 380 Bis, 380 Bis 1, 380 Bis 2, 380 Bis 3, 380 Bis 4, 380 Bis 5, 380 Bis 6 y 380 Bis 7). La nueva regulación limita la práctica a «cónyuges o concubinos» heterosexuales cuando «la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero». Asimismo, el contrato se considera nulo cuando intervengan agencias, despachos o terceras personas, y se exige que las partes del mismo sean ciudadanos mexicanos. Si bien la nueva regulación sigue sin pronunciarse sobre el carácter comercial o no de la práctica, no excluye la GS comercial, lo que continuaría la línea mantenida hasta hoy. Tomado de <[http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654\\_sup.pdf](http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf)>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la regulación aprobada a nivel nacional, mencionada en la nota 18, que limitaría la GS a la practicada con carácter altruista a nivel nacional, por lo que los estados de Tabasco y Sinaloa deberían adecuar la práctica de la GS a dicha regulación.

<sup>22</sup> Ésta es la opción seguida por Grecia (artículo 1458 CC) y California (sec. 7633 Cal. Fam. Code), a través de un sistema de transferencia judicial de la filiación, y también por el estado mexicano de Tabasco. En este último caso, el Juez homologa el contrato notarial a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria previo al nacimiento (artículo 380 Bis 3 y 380 Bis 5 CC).

<sup>23</sup> El caso paradigmático es el británico: las *parental orders* reguladas en la sec. 54 de la *Human Fertilisation and Embriology Act* (HFEA), deben solicitarse a la autoridad judicial una vez transcurridos seis meses desde el nacimiento.

sus derechos protegidos respecto de los comitentes desde este preciso instante, el sistema de transferencia de la filiación posterior al nacimiento se considera más respetuoso con el consentimiento de la mujer gestante y con su derecho a cambiar de opinión, dentro de un plazo, si así lo desea, en analogía con lo que sucede en los casos de adopción inmediatamente posterior al nacimiento.<sup>24</sup>

Entre los ordenamientos que cuentan con un modelo comercial también existen diferencias relevantes por lo que respecta al coste total de acceso a la GS, lo que es decisivo para los individuos a la hora de acceder a un tratamiento en un ordenamiento u otro.<sup>25</sup> El coste total oscila entre los 20,000 y los 25,000 euros que podía pagar una pareja española que accedía al tratamiento en India y los 100,000 a 150,000 euros por acceder al tratamiento en Estados Unidos.<sup>26</sup>

Más allá de la diversidad de aproximaciones a la GS, como ha quedado plasmado en este apartado, se constata que incluso en los ordenamientos que cuentan con un modelo prohibitivo existe una tendencia «liberalizadora» consistente en legitimar, normalmente por vía judicial, los acuerdos GS celebrados en el extranjero, a menudo a partir del recurso al «interés del menor».<sup>27</sup> Como veremos en el apartado siguiente, al desarrollar la situación en España, esta tendencia no sólo se observa en lo que respecta a la determinación de la filiación del nacido a favor de la

---

<sup>24</sup> Así, de acuerdo con el CC español (artículo 177.2.2 *in fine*), el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto. En el Código civil catalán este plazo es de seis semanas (artículo 235-41.2 CCCat).

<sup>25</sup> Además del nivel de vida del ordenamiento en el que se accede a la técnica, en el coste final pueden influir circunstancias tales como el tratamiento concreto que deba llevarse a cabo; la posible intermediación de una agencia; otros gastos legales, médicos, de desplazamiento y estancia; e incluso los derivados de la pérdida de ingresos (lucro cesante) que puede experimentar la gestante; así como la posible obligación legal o contractual de contratar un seguro a su favor.

<sup>26</sup> Sobre el caso indio, cuya legislación está en fase de revisión, ver nota 34. Entre estos dos extremos encontramos países como Grecia y Ucrania, en donde el coste oscila entre los 30,000 y los 50,000 euros; México, en donde, al menos hasta la entrada en vigor de la regulación nacional mencionada en la nota 18, se pagaban entre 30,000 y 60,000 euros; Rusia, en donde el coste del tratamiento se sitúa entre los 60,000 y los 70,000 euros; y Kazajistán, en donde se pagan alrededor de 80,000 euros. Puede encontrarse información al respecto en: <<http://www.rtve.es/noticias/20140801/preguntas-respuestas-sobre-gestacion-subrogada-vientres-alquiler/976260.shtml>>, consultado el 21 de abril de 2016.

<sup>27</sup> Críticos con los problemas que esta tendencia plantea, Trimmings, K. y Beaumont, P. (2016), «Parentage and surrogacy in a European perspective», en Scherpe, J. (ed.), *European Family Law. Family Law in a European Perspective*, vol. III, Elgar, Cheltenham-Northampton, pp. 281-282.

persona o personas comitentes,<sup>28</sup> sino también a la hora de otorgar a estas personas prestaciones sociales de maternidad o paternidad.

### 3. La situación en España

#### ***1. Punto de partida: nulidad del acuerdo y «reproducción transfronteriza»***

Por razones biológicas, la única forma por la cual los hombres solos o las parejas de dos hombres pueden acceder a las TRA para hacer realidad su proyecto parental es mediante los acuerdos de GS, que el artículo 10.1 de la Ley española 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, del 27 de mayo) declara nulos de pleno derecho.<sup>29</sup>

España, hasta hace poco únicamente sujeto pasivo de la «reproducción transfronteriza», dadas las mayores facilidades de acceso a las TRA en general y a la «donación» de óvulos en particular,<sup>30</sup> en rela-

---

<sup>28</sup> A modo de ejemplo, pueden citarse las sentencias recientes del TS alemán (*Bundesgerichtshof*) del 10 de diciembre de 2014 (XII 713 463/13), que considera que no vulnera el orden público alemán reconocer una relación de filiación constituida por GS en California por una pareja gay si al menos uno de sus miembros aportó el material genético y la gestante no lo hizo; la del TC de Colombia (SU696/15) del 12 de noviembre de 2015, que en un supuesto idéntico considera que no puede darse una respuesta estrictamente formalista a la cuestión cuando hay menores implicados y, en atención al interés superior del menor y al principio de no discriminación, ordena el registro de la doble filiación paterna de los menores. En un caso de GS interna en que, ante los problemas médicos de la esposa, la hermana de la mujer actuó como gestante, la sentencia del Juzgado de Lomas de Zamora (Buenos Aires), del 30 de diciembre de 2015, llega a las mismas conclusiones con base en la voluntad procreacional y en los derechos humanos de la niña. A la misma solución llega la sentencia núm. 301 del Tribunal colegiado de familia 5 de Rosario (Argentina), del 27 de mayo de 2016 (*S. G. G. y otros*), en un caso en que la gestante era una amiga común de los comitentes, un matrimonio heterosexual. La gestante estaba casada y tenía descendencia. Algunas de las sentencias citadas en esta nota han sido proporcionadas por cortesía de la doctora Eleonora Lamm.

<sup>29</sup> Esta ley, en adelante LTRHA, establece que «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». La consecuencia de dicha nulidad es que la filiación materna será determinada por el parto (artículo 10.2 LTRHA), quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (artículo 10.3 LTRHA).

<sup>30</sup> Así, la posibilidad de utilizar gametos donados y la «compensación» ofrecida por los mismos, la garantía de anonimato del donante, la no exclusión de las parejas no casadas y de lesbianas del acceso a las TRA, así como sus menores costes y las listas de espe-

ción con la GS se ha convertido en sujeto activo de la misma.<sup>31</sup> Se calcula que ya en 2003 nacieron en Estados Unidos casi mil niños de españoles, previsiblemente gestados de esta forma.<sup>32</sup>

Ante la nulidad de los acuerdos de GS, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la Instrucción del 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, del 7 de octubre). La Instrucción permite que la filiación a favor del padre o padres comitentes se inscriba y despliegue efectos en España, siempre que no conste la filiación materna a favor de la gestante. Es requisito básico para la inscripción la presentación de una resolución *judicial* del país de origen del menor que así lo acredite. Esta exigencia, que ha sido objeto de críticas,<sup>33</sup> pretende garantizar que se proteja el interés del menor, asegurando que no se incurre en tráfico de menores, así como que se respetan la capacidad y libre consentimiento de la gestante.<sup>34</sup>

---

ra más reducidas, han convertido a España en uno de los principales destinos reproductivos de parejas y receptoras de otros países, pero también de donantes de óvulos, ver Shenfield *et al.*, “Cross Border Reproductive Care...”; Romeo Casabona, C. M.; Paslack, R. y Simon, J. W. (2013), “Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European Countries”, en *Rev Der Gen H*, 38/2013, pp. 15-42. Especialmente interesante es la entrevista a Guido Pennings, “Toda Europa viene a España a buscar óvulos”, publicada en *La Vanguardia* el 20 de mayo de 2014 (disponible *on-line*).

<sup>31</sup> Ver mi artículo “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, en *International Family Law* 1/2013, pp. 68-72.

<sup>32</sup> Durán Ayago, A. y Blanco-Morales Limones, P. (2014), “Los vientres de alquiler (La cara y la cruz)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881, 20.3.2014, p. 2.

<sup>33</sup> Así, se afirma que el requisito podría entrar en contradicción con la legislación registral española, en cuanto también permite el reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras: Carrascosa González, J. (2011), “La filiación en el derecho internacional privado”, en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, tomo V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, pp. 501-502.

<sup>34</sup> Tras la Instrucción, entre mayo y diciembre de 2011 se interpusieron al menos 15 recursos ante la DGRN. De éstos, 11 se resolvieron a favor de los recurrentes, padres comitentes; tres fueron desestimados y uno se resolvió admitiendo el desistimiento de los promotores. En 12 casos el acceso a la GS había tenido lugar en Estados Unidos, mientras que en los tres que se resolvieron negativamente el acceso había tenido lugar en India. Posiblemente el no reconocimiento en el extranjero de la filiación derivada de GS realizada en India, dada la falta de resolución judicial que acreditara la filiación que se pretendía y la identidad de la madre gestacional, determinó que dicho país acabara paralizando la celebración de estos acuerdos con comitentes extranjeros y reformando la legislación vigente para restringir la práctica de la GS comercial: sobre las directrices administrativas adoptadas en esta materia en 2012 por el ministerio del interior indio, ampliamente criticadas, ver Malhotra, A. y Malhotra, R. (2014), “India. Surrogacy for single and unmarried foreign persons: a challenge under Indian Law”, en Atkin, B. (ed.), *The International*



## **2. La Resolución de la Dirección General de los registros y del notariado del 18 de febrero de 2009**

### **2.1. Antecedentes y curso del caso**

El caso que abrió el debate sobre la GS en España fue el que dio origen a la Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735), que acordó la inscripción de dos certificados de nacimiento emitidos en California, que declaraban la filiación paterna de dos hombres españoles casados entre ellos, respecto de unos gemelos gestados a partir del recurso a la GS y nacidos en octubre de 2008 en aquel estado.<sup>35</sup> Al presumirse «nacidos de padre o madre españoles», en los términos del artículo 17 a) CC, los menores fueron considerados españoles, por lo que su filiación se debía regir por la ley

---

*Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, pp. 165-179. Excepcionalmente, la RDGRN de 15.4.2013 (JUR 2013/327711) no reconoce la filiación derivada de GS realizada en Estados Unidos, puesto que sólo se aportó informe hospitalario y factura del parto. La Instrucción también se ha aplicado a los efectos de permitir la inscripción de la filiación en España al menos en un caso en el que se pretendía el *exequátur* de la sentencia extranjera: ver Auto del JPI núm. 1 de Pozuelo de Alarcón de 25.6.2012 (AC 2013/281). Y en el orden social la han aplicado varios tribunales a los efectos de reconocer pensiones de paternidad y maternidad a los comitentes, en aplicación de un «orden público atenuado», siendo minoría los tribunales que han denegado estas pensiones: ver SSTSJ, Social, Madrid, 1.ª, 12.2.2016 (JUR 2016/79841); Cataluña, 1.ª, 15.9.2015 5214/2015 (AS 2015/2019); Madrid, 1.ª, 17.7.2015 (JUR 2015/202928); Cataluña, 1.ª, 1.7.2015 (AS 2015/1826); Castilla-La Mancha, 1.ª, 27.5.2015 (AS 2015/1332); Islas Canarias, 1.ª, 27.3.2015 (JUR 2015/214175); Madrid, 3.ª, 23.12.2014 (AS 2015/406); Madrid, 3.ª, 13.3.2013 (JUR 2013/291496); Cataluña, 1.ª, 23.11.2012 (AS 2013/845); Madrid, 4.ª, 18.10.2012 (AS 2012/2503); y Asturias, 1.ª, 20.9.2012 (AS 2012/2485). Con el fin de unificar la doctrina, en octubre de 2016 el Pleno de la Sala de lo Social del TS dictó dos sentencias, todavía no publicadas, con las que reconoce la GS como situación protegida por la prestación de maternidad, adopción o acogimiento: ver *La Ley*, No. 8848, de 21 de octubre de 2016. En el ámbito comunitario, el TJUE considera que no se puede obligar a los Estados miembros a otorgar permisos de maternidad a trabajadoras que han sido madres gracias a la GS: al respecto, ver las SSTJUE, Gran Sala, del 18 de marzo de 2014 (Asuntos C-167/12 y C-363/12), en que el Tribunal resolvió dos cuestiones prejudiciales formuladas en relación con las solicitudes de dos madres comitentes nacionales de Reino Unido e Irlanda. Pese a la doctrina del TJUE, el gobierno de Reino Unido aprobó la concesión de estas ayudas, reguladas en la sec. 122 y en el anexo 7 de la *Children and Families Act 2014*. Para aprobar esta regulación ha sido sin duda relevante que la GS altruista está permitida en Reino Unido desde 1985.

<sup>35</sup> Un análisis detallado de esta Resolución, de la práctica de la GS en California y del proceso judicial seguido en dicho estado para determinar la filiación de los concebidos mediante GS puede verse en mi artículo «Inscripción en España de la filiación...», ya citado. Ver también la nota 22 de este capítulo.



española (artículo 9.4 CC).<sup>36</sup> Ahora bien, dado que en los casos de acceso a la GS en el extranjero la filiación ya se ha determinado conforme con una ley extranjera, es su reconocimiento lo que debe llevarse a cabo conforme la legislación española, siempre que se cumplan las condiciones y se den los vínculos con el extranjero que se exigen para el reconocimiento de decisiones o actos extranjeros, sin que se plantee por ello una cuestión de ley aplicable.<sup>37</sup> La DGRN, a partir del argumento de la discriminación respecto de las parejas de dos mujeres, cuya doble maternidad derivada del recurso a TRA ya podía quedar determinada desde 2007 (artículo 7.3 LTRHA), así como del recurso al interés superior del menor, reconoce los certificados de nacimiento extranjeros a los efectos de la inscripción de la paternidad en España. Al no crear un efecto de cosa juzgada, la Resolución dejaba abierta la impugnación de la filiación, por lo que el ministerio fiscal interpuso recurso ante el JPI núm. 15 de Valencia que, por sentencia del 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707), dejó sin efecto la inscripción entendiendo que existía un fraude de ley al artículo 10 LTRHA.<sup>38</sup> El Juzgado consideró, además, que no existía discriminación,

<sup>36</sup> En relación con la ley aplicable a la filiación se plantea el problema del «doble espejo», pues la aplicación de los artículos 9.4 y 17 CC comporta que la determinación de la nacionalidad del hijo dependa de su filiación, que a su vez depende de cuál sea su nacionalidad. Ahora bien, cuando está acreditado que al menos el material genético de uno de los solicitantes fue empleado para la generación, el artículo 17 CC permite solucionar la cuestión: ver Blanco-Morales Limones, P. (2011), “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del derecho de familia”, en *Lección inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 27 de septiembre de 2010, pp. 19-20 (ponencia inédita facilitada por cortesía de la profesora Antonia Durán Ayago). En todo el proceso que dio lugar al caso que nos ocupa no se dudó de la nacionalidad española de los menores, lo que resulta criticable, ya que la STS cuestiona que los gemelos hayan nacido de español o española, único título de legitimación de la nacionalidad que poseerían: ver Álvarez González, S. (2014), “3.2. Filiación”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2/2014, pp. 273-277.

<sup>37</sup> Pese a su relevancia, este punto se obvia con demasiada frecuencia. Desde el derecho internacional privado lo han advertido, entre otros, Quiñones Escámez, A. (2009), “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN del 18 de febrero de 2009”, *InDret*, 3/2009, pp. 1-42; Álvarez González, S. (2013), “Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales”, en Gete-Alonso y Calera, M. del C. (dir.); Solé Resina, J. (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, pp. 416 y 428-429; y Heredia Cervantes, I. (2014), “Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, *CCJC*, 96/2014, pp. 177-214, en pp. 200-201.

<sup>38</sup> En contra, ver Blanco-Morales Limones, “¿Y tú de quién eres?...”, p. 23. La autora entiende que no existe *fórum shopping fraudulento*; en el mismo sentido, ver Carras-cosa González, “La filiación en el derecho...”, pp. 494 y 504.

puesto que la imposibilidad de inscribir la filiación resultante de un contrato de GS no tenía origen en la orientación sexual de los comitentes, sino en la nulidad de estos contratos, susceptible de afectar por igual a una pareja heterosexual. Para proteger el interés de los menores, el Juzgado remitió a la pareja comitente al ejercicio, por parte del padre biológico, de la acción judicial de reclamación de la paternidad (artículo 10.3 LTRHA) y, al otro miembro de la pareja, a la adopción (artículo 178.2.1.º CC). La Audiencia Provincial (AP) de Valencia, 10.ª, por sentencia del 23 de noviembre de 2011 (AC 2011/1561), y posteriormente la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (TS), por sentencia del 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/736), confirmaron dicho pronunciamiento. El Pleno de la Sala 1ª del TS, por auto del 2 de febrero de 2015 (JUR 2015/45930), declaró dicha sentencia conforme a derecho, desestimando el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes. Si bien la AP y el TS llevan a cabo un control de legalidad de la institución susceptible de reconocimiento y concluyen que resulta contraria al orden público (OP) internacional español, el TS corrige en este punto a la AP, que basada en el artículo 23 de la Ley del 8 de junio de 1957, del Registro Civil (LRC), había aplicado directamente el derecho sustantivo español.<sup>39</sup> A continuación se analiza la sentencia del TS, cuya aprobación por cinco votos a favor y cuatro en contra evidencia la división existente alrededor de la GS en España.

## *2.2. La gestación por sustitución ante el Tribunal Supremo*

### *2.2.1. El acierto en la metodología y el carácter más discutible de los argumentos de fondo*

El TS se centra en analizar si la decisión de la autoridad administrativa del RC de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar su filiación de acuerdo con la legislación californiana puede ser reconocida, y desplegar efectos —en concreto, la determinación de la filiación a favor de los recurrentes— en el sistema jurídico español. Al tener ante sí una certificación registral extranjera que declara la filiación de dos menores, el TS recurre de entrada a los

---

<sup>39</sup> Valora positivamente la STS en este punto, Durán Ayago, “Los vientres de alquiler...”, p. 2.

artículos 23 LRC y 81 y 85 de su Reglamento, todos ellos sobre reconocimiento de títulos extranjeros, con el fin de verificar si cumple sus requisitos: realidad del hecho inscrito; regularidad y autenticidad del mismo (esto es, que el asiento que es la base del certificado, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española); y legalidad conforme a la Ley española (control de contenido del asiento objeto de dicha certificación que permita denegar su acceso al RC español cuando sea contrario al OP internacional español).<sup>40</sup> Al llevar a cabo el control de legalidad de la certificación registral extranjera conforme con la legislación española, la decisión de la mayoría considera que la GS es contraria al OP internacional español, por lo que no puede desplegar efectos en España. Frente al argumento de los recurrentes, según el cual el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el OP internacional español porque éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de GS pero no el acceso al RC español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del mismo, el TS considera decisivo que la filiación cuyo acceso al RC se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de GS

---

<sup>40</sup> Dicha certificación ni tan siquiera menciona la GS, pues este dato, como el del recurso a las TRA, no tiene acceso a los registros. Estos datos sólo figuran en la sentencia extranjera, que es el título constitutivo del vínculo jurídico de la filiación entre los menores y los padres comitentes. Se desconoce por qué no se aportaron al proceso, como ya reprocha el TS en el FD 1.7, ni el acuerdo de GS ni la sentencia del tribunal californiano que atribuía la paternidad de los gemelos a los recurrentes. Para Bercovitz Rodríguez Cano, R., la defensa del orden público en este caso requería la aportación de ambos documentos: “Paradojas de la vida”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2014 (BIB 2014/1533). Desde el derecho internacional privado se distingue, además, entre reconocimiento probatorio y reconocimiento sustancial o material: mientras que el primero, que es el que tuvo lugar en el caso, exige menos requisitos y no tiene efectos de cosa juzgada material, creando una presunción *iuris tantum*, el segundo sí los tiene. Para Quiñones Escámez (“Doble filiación paterna...”, pp. 13-15), en el caso debía haberse exigido el reconocimiento previo de la sentencia para pasar el control de legalidad, dada la relación de causa-efecto existente entre ésta y los certificados de nacimiento y ser tal decisión el título en el que se basaba la inscripción. En sentido similar, ver Álvarez Rodríguez, A. y Carrizo Aguado, D. (2014), “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS del 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, en *La Notaria*, 2/2014, p. 63. En palabras de Heredia Cervantes (“Inscripción de relación de filiación...”, pp. 208-209), al TS le habría bastado con alegar la exigencia que se deriva de los artículos 23 LRC y 85 de su Reglamento de que la certificación dé prueba de la realidad del hecho inscrito para haber tenido un argumento decisivo (y correcto) en contra de la inscripción.

(FD 11). A continuación se analiza este argumento, que es el más relevante que invoca el TS, seguido de los otros dos que le sirven de apoyo.

## 2.2.2. Contrariedad al orden público internacional español

Aunque el TS acierta en la metodología aplicada (el reconocimiento), los argumentos que emplea para fundamentar su fallo son más discutibles. En primer lugar, resulta difícil invocar la contrariedad al OP respecto de una norma, el artículo 10 LTRHA, que en realidad no es prohibitiva, sino que se limita a no reconocer efectos en España a un determinado contrato.<sup>41</sup> En segundo lugar, el TS lleva a cabo el control del OP respecto de una determinada institución (la GS) y no respecto de los efectos que supondría la inscripción de un concreto documento extranjero en España.<sup>42</sup> Se trata de un control en abstracto que es incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que era mero reflejo registral de una resolución judicial previa y que únicamente requería, como correctamente apunta el voto particular de la sentencia, comprobar si *en el caso concreto* se vulneraba el OP internacional español.<sup>43</sup> Por el contrario, el TS, sin tener a su al-

<sup>41</sup> Cfr. con la DA 2.<sup>a</sup> de la Proposición de Ley que dio origen a la anterior Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, que sí que prohibía formalmente la figura y preveía sanciones al respecto. Asimismo, en la jurisprudencia penal recaída sobre los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor (artículo 220 a 222 CP) no consta una sola condena en relación con la conducta que describe el artículo 10 LTRHA: al respecto, ver mi trabajo “Surrogacy arrangements...”, pp. 69-70. Si bien la mayoría de autores que se han pronunciado al respecto dan por sentado que nos encontramos ante una norma prohibitiva, no lo justifican. En contra del carácter prohibitivo de la norma ver, en especial, Atienza, M. (2009), “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, núm. 27, 13.10.2009; Álvarez González, S., «Filiación natural...», y Heredia Cervantes, I. (2013), “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ACD*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, p. 710. El último alude, además, a lo contradictorio que resulta que una norma prohibitiva *premie* al progenitor biológico con la posibilidad de ejercer una acción de reclamación de la filiación, en los términos del artículo 10.3 LTRHA.

<sup>42</sup> Ver, en especial, Heredia Cervantes, I. (2014), “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 54, 9.4.2014; e “Inscripción de relación de filiación...”, pp. 209-212.

<sup>43</sup> En la misma línea, desde el derecho internacional privado, ver Durán Ayago, A. (2012), “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPR*, tomo XII, p. 302; Heredia Cervantes, «La Dirección General...», p. 694;

cance ni el acuerdo de GS ni la resolución judicial extranjera,<sup>44</sup> concluye presumiendo que todo acuerdo de GS es explotador:

en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, «cosificando» a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población (FD 3.6).

### 2.2.3. Ausencia de discriminación

En la línea de las instancias previas, el TS también rechaza el argumento de los recurrentes basado en la discriminación respecto de las parejas de dos mujeres que acceden a las TRA, a las que desde 2007 el legislador permite inscribir la filiación materna (art. 7.3 LTRHA). Según el TS, «la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una GS contratada por ellos en California» (FD 4.2). Con ello, el TS da a entender, como ya habían hecho las instancias previas, que la consecuencia (la nulidad del acuerdo) sería la misma si la pareja que hubiera recurrido a la GS en estas circunstancias fuera heterosexual. Aunque esta línea argumental me parece acerta-

---

Álvarez González, «Maternidad subrogada...», y Parrón Cambero, M. J. (2014), “Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*”, en *La Ley*, núm. 8269, 12.3.2014, pp. 1-5. Ya había criticado este razonamiento, en relación con la sentencia previa que ahora confirma el TS (también comentada en *REDI*, 2012-2013-Pr., pp. 213-216), Álvarez González, S. (2013), “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en Forner Delaygua, J.; González Beilfuss, C. y Viñas Farré, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 83-84; y “Filiación natural...”, pp. 435 y ss.

<sup>44</sup> Ver nota 40.

da,<sup>45</sup> no deja de sorprender que el acceso a la GS en Estados Unidos por parejas españolas sólo saliera a la luz y se cuestionara a partir de 2010, en relación con la pareja de dos hombres que protagonizó el caso que es objeto de comentario.<sup>46</sup>

#### 2.2.4. Interés superior del menor

En último lugar, el TS recurre al principio del interés superior del menor. Si bien el TS admite que «el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores (FD 5.8)» y que la decisión adoptada «puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute» (FD 5.11), también afirma que «la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma» (FD 5.6), por lo que considera decisivo que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor, que atenta contra su dignidad y lo convierte en objeto del tráfico mercantil (FD 5.8).

Este argumento entra de nuevo en tensión con el del voto particular, según el cual «no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso perfectamente individualizada».<sup>47</sup> En consecuencia, la dignidad del nacido no se ve ni

---

<sup>45</sup> Ver al respecto, mi crítica a la RDGRN en la que esta sentencia trae causa: «Inscripción en España...», p. 15. No comparto la opinión de quien considera que la imposibilidad de acceso a la GS respecto de las parejas de dos hombres constituye una discriminación respecto del artículo 7.3 LTRHA que convierte en inconstitucional el artículo 10: Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2014), «Copaternidad y matrimonio entre hombres y derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada por razones de igualdad», *RDP*, julio-agosto, pp. 3-27.

<sup>46</sup> La situación anterior era de verdadera «clandestinidad jurídica»: Álvarez González, S. (2015), «Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de dipt (y quizá también del legislador de Derecho civil)», p. 1 (*working paper* disponible *on-line*). Me remito a los datos ya aportados en este trabajo según los cuales en 2003 se contabilizaron casi mil nacimientos de españoles en Estados Unidos previsiblemente gestados de esta forma: ver, Durán Ayago y Blanco-Morales Limones, «Los vientres de alquiler», p. 2.

<sup>47</sup> En esta misma línea ver, con anterioridad, Durán Ayago («El acceso al Registro Civil...», pp. 302-304), para quien al analizar si la GS vulnera en el caso concreto el OP

puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño.<sup>48</sup>

En esta línea, los tribunales británicos han otorgado órdenes parentales a favor de parejas comitentes una vez celebrado un acuerdo de GS en el extranjero que incumplía la sec. 54(8) de la *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) de 2008, que sólo permite homologar tales acuerdos si se limitan a compensar los «gastos en los que razonablemente se ha incurrido (...) salvo que el tribunal autorice otra cosa».<sup>49</sup> En estas circunstancias, los tribunales han sostenido que «el bienestar del menor no es sólo la primera cuestión que debe considerar el tribunal, sino la principal» y que «es difícil imaginar un conjunto de circunstancias en las que, teniendo en cuenta el bienestar del niño, el tribunal pudiera negarse a emitir una orden parental, sin importar las sumas que se pagaron a la gestante o a la clínica».<sup>50</sup> Sin embargo, puede afirmarse que esta jurisprudencia ha abierto la puerta a la GS comercial o lucrativa en Reino Unido.<sup>51</sup>

La inclusión de la cláusula general del interés superior del menor en nuestro ordenamiento ha extendido al derecho de familia la técnica del desarrollo jurisprudencial del derecho mediante la aplicación de cláusulas generales.<sup>52</sup> Como cláusula general, su principal ventaja es que permite adaptar las soluciones a los criterios de la consciencia

---

internacional español, el interés superior del niño aflora con toda su intensidad y puede llegar a desplazar el rigor del artículo 10 LTRHA. En el mismo sentido también se había pronunciado Blanco-Morales Limones, “¿Y tú de quién eres? ...”, pp. 22-24.

<sup>48</sup> Ver Álvarez González, “Reconocimiento de la filiación...”, pp. 82 y 83.

<sup>49</sup> «expenses reasonably incurred (...) unless authorised by the court». De «paradójica» califican la discrecionalidad que otorga a los tribunales este precepto: Trimmings y Beaumont, “Parentage and surrogacy...”, p. 256.

<sup>50</sup> «The difficulty is that it is almost impossible to imagine a set of circumstances in which by the time the case comes to court, the welfare of any child (particularly a foreign child) would not be gravely compromised (at the very least) by a refusal to make an order»: en este sentido, *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2009] 1 FLR 733. Ver también los más recientes casos *Re L (A Minor)* [2011] 1 FLR 1423, *Re X (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam) y *Re C (Parental Orders)* [2013] EWHC 2408 (Fam). En este último, la gestante californiana recibió 51,200 dólares, la agencia 15,000 dólares y la clínica 28,195 dólares.

<sup>51</sup> Lamm, *Gestación por sustitución...*, pp. 141-142.

<sup>52</sup> Ver DE TORRES PEREA, J. M. (2014), “Aplicación de cláusulas generales en el derecho de familia ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?”, en Díez-Picazo, L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miguel*, vol. II, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 3555-3576.



social que deben prevalecer en la aplicación de una materia tan cambiante como son los valores que imprimen los caracteres específicos al derecho de familia. Su principal desventaja se encuentra, en cambio, en el problema que plantea la interpretación personal, que puede dar lugar a desviaciones notables sobre lo que la consciencia social considera aceptable en un momento dado<sup>53</sup> y que ha conducido a la sobrevaloración tanto social como normativa del interés del menor, a un abuso del término y del concepto.<sup>54</sup>

La sentencia objeto de comentario pone especialmente de manifiesto las consecuencias negativas de recurrir a conceptos jurídicos indeterminados tales como el «orden público internacional», el «principio del *favor filii*» o el propio interés del menor para otorgar validez o no a situaciones nacidas en otros países en donde dichas situaciones son perfectamente legales.<sup>55</sup> Así, las divergencias alrededor del concepto «interés superior del menor» pueden observarse, sin ir más lejos, entre esta sentencia y la Resolución de la DGRN de la que trae causa, entre los distintos autores que la han analizado,<sup>56</sup> o entre esta sentencia y las dictadas por el TEDH en materia de GS, que son analizadas en el ap. IV del presente trabajo. Asimismo, no deja de sorprender que el propio TS, en dos casos muy cercanos en el tiempo al analizado, que tenían por objeto la determinación de la maternidad respecto de la mujer ex pareja de la madre que había participado del proyecto parental de la concepción mediante TRA (SSTS, 1.<sup>a</sup>, del 5 de

---

<sup>53</sup> Ver Roca i Trias, E. (1994), “El ‘interés del menor’ como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado” (contestación al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borràs en la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*), RJC, 4/1994, p. 975.

<sup>54</sup> Ver De la Válgoma, M. (2013), *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Ariel, Barcelona, pp. 137-161.

<sup>55</sup> Álvarez Rodríguez y Carrizo Aguado, “Tratamiento legal...”, p. 65.

<sup>56</sup> A favor de la tesis de la mayoría del TS porque «ha expuesto con fundadas razones el valor que puede tener el interés superior del menor en un caso de determinación de la filiación especialmente delicado», ver Quicios Molina, “¿Cómo puede determinarse...”, pp. 28-29. En la misma línea, aunque más basado en razones ideológicas, ver Muñoz de Dios Sáez, L. F. (2014), “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 18/2014 (*Las fronteras del Derecho biosanitario*), pp. 289-329. Las posiciones en contra son, sin embargo, mayoría: ver, entre otros, Heredia Cervantes, «El Tribunal Supremo...», e «Inscripción de relación de filiación...», pp. 212-213; Durán Ayago y Blanco-Morales Limones, “Los vientres de alquiler...”, p. 2, y Marín Pedreño, C. y Marfil, J. A. (2014), “Surrogacy in Spain: reality vs. legality”, en *International Family Law*, junio, pp. 100-102.



diciembre de 2013, RJ 2013\7566; y del 15 de enero de 2014, RJ 2014\1265), legitimara el alejamiento de la letra del artículo 7.3 LTRHA para declarar esa doble maternidad invocando precisamente el interés superior de los menores implicados. Sorprende que cuando se trata de determinar la doble paternidad resultante del acceso a un acuerdo de GS el TS se aferre a la letra del artículo 10 LTRHA para impedir la determinación de la doble filiación paterna, aludiendo al mismo interés superior de los menores. El análisis conjunto de las tres sentencias permite constatar que el interés del menor es, en realidad, un recurso ambivalente en manos de los tribunales.<sup>57</sup> Puesto que en el caso no había constancia de cuál de los dos recurrentes era el padre biológico de los menores, el TS insta al ministerio fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible su correcta filiación, tomando en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar *de facto* y la ruptura de todo vínculo con la gestante. Con ello, el TS hace una remisión a la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, en los términos del artículo 10.3 LTRHA, y a la adopción respecto del otro recurrente. Este criterio, además de ignorar la realidad social,<sup>58</sup> acaba conduciendo, por una vía más gravosa, a la misma solución que demandaban los recurrentes, por lo que resulta insatisfactoria para los ciudadanos españoles que acceden en la actualidad a la GS y, lo más importante, para los menores implicados, cuyo estatus permanece indeterminado durante más tiempo. Si la opción que ofrece a los recurrentes la mayoría de la Sala pretende, en último término, garantizar el interés superior de aquéllos, ¿por qué la mayoría no tiene en cuenta este mismo interés cuando se trata de reconocer efectos en España al acuerdo de GS celebrado en el extranjero? Puesto que el interés del menor parte de su proyección hacia futuro,<sup>59</sup> resulta especialmente sorprendente que en el caso que nos ocupa el TS articule una vía alternativa y más gravosa para alcanzar

<sup>57</sup> Para un análisis de los tres casos, *vid.* mi trabajo «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *Anuario de Derecho Civil* 1/2015, pp. 5-61.

<sup>58</sup> Como ya advertía en 2010 Blanco-Morales Limones («¿Y tú de quién eres?», p. 22), «la prohibición, acompañada o no de sanciones, no impide ni impedirá el nacimiento de niños mediante úteros de alquiler. La solución legal vigente en España, *madre es la que pare*, no resuelve los conflictos. Es más, puede dar lugar a situaciones insólitas, al considerarse en España madre a la mujer que gestó y parió al niño en un país donde la maternidad subrogada está permitida y al amparo de cuyo Derecho no tiene ningún vínculo con el niño que alumbró».

<sup>59</sup> Roca i Trias, «El «interés del menor»..., p. 976.

su protección y no defienda su interés de forma inmediata en el caso concreto. Esta es precisamente la solución que ha alcanzado el TEDH en los casos franceses que son objeto de análisis en el ap. IV de este trabajo, en los que ha vinculado el reconocimiento de la filiación de las menores respecto de sus padres comitentes con el derecho de las niñas a su identidad. Esta solución plasma, con buen criterio, que el interés del menor, percibido como el derecho a una identidad conforme a lo vivido, ha de constituir el hilo conductor de toda reflexión en materia de filiación.<sup>60</sup>

### 2.3. ¿Dónde estamos?

Al pronunciarse la sentencia analizada sólo sobre el reconocimiento de una certificación registral extranjera, puede pensarse que las inscripciones de filiación derivada del recurso a la GS que tengan su base en una resolución judicial, como exigía la Instrucción de la DGRN de 2010, a la que el TS ni tan siquiera alude, no tienen por qué verse amenazadas.<sup>61</sup> Sin embargo, el concepto restrictivo de OP que maneja el TS también resulta incompatible con la Instrucción, por lo que *de facto* su eficacia igualmente podría verse afectada por la sentencia.<sup>62</sup>

En su versión actual, que es la que se mantiene mientras no se introduzcan nuevas modificaciones antes de su definitiva entrada en vigor, en 2017, la Ley 20/2011, del 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, del 22 de julio), guarda silencio sobre la realidad de la GS, por lo que el reconocimiento de resoluciones extranjeras podrá seguir haciéndose depender de la valoración de OP que todavía se exige para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras (artículo 96.2.2.º, letra *d*) o de certificados de asientos registrales ex-

---

<sup>60</sup> Tamayo Haya, «Hacia un nuevo modelo de filiación...», p. 315. Desde el derecho internacional privado también se considera que poner el acento en la identidad personal de los nacidos como componente esencial del derecho a su vida privada es limpio y difícilmente contaminable por otras consideraciones valorativas que pudieran rodear al proceso de GS: Álvarez González, “Gestación por sustitución...”, p. 19.

<sup>61</sup> Heredia Cervantes, “El Tribunal Supremo...”, e “Inscripción de relación de filiación...”, pp. 213-214.

<sup>62</sup> De Torres Perea, J. M. (2014), “Comentario de la STS del 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, en *La Ley*, núm. 8281, 28.3.2014, p. 9.

tranjeros (artículo 98.1, letra *d*).<sup>63</sup> De acuerdo con el artículo 98.2 de la misma norma, cuando la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro, de modo que deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo con alguno de los procedimientos contemplados en el mencionado artículo 96.<sup>64</sup> En este contexto, nada impide a los operadores jurídicos seguir la misma línea restrictiva del TS al aludir al OP,<sup>65</sup> aunque la voluntad expresada por la DGRN después de la sentencia del TS de 2014 es la de mantener vigentes los criterios de su Instrucción de 2010.<sup>66</sup>

Seis años después de la publicación de dicha Instrucción, todavía sorprende que el artículo 10 LTRHA siga intacto, y que en los casos de

---

<sup>63</sup> La DF 10ª de la Ley 20/2011 establecía que su entrada en vigor tendría lugar a los tres años de su publicación, esto es, el 22 de julio de 2014, excepto las DDAA 7.ª y 8.ª y las DDF 3.ª y 6.ª, que lo hicieron el 23 de julio de 2011. Sin embargo, la Ley 19/2015, del 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, del 14 de julio), en vigor desde el 15 de octubre de 2015, reformó dicha DF, en el sentido de aplazar la entrada en vigor de la mayoría de sus disposiciones hasta el 30 de junio de 2017.

<sup>64</sup> De acuerdo con la DA 1ª, letra *c*, de la Ley 29/2015, del 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182, del 31 de julio) los artículos 94 a 100 de la Ley 20/2011 tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, por lo que la Ley 29/2015 será de aplicación subsidiaria en lo referido al reconocimiento de resoluciones extranjeras (artículos 44-49). Ahora bien, esta ley sí será de aplicación en aquellos casos en los que se exija el *exequátur* (artículos 52-55), que la Instrucción de la DGRN de 2010 reserva para los casos en que la resolución judicial extranjera no tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria.

<sup>65</sup> Finalmente, la mencionada Ley 19/2015 no ha modificado la Ley 20/2011 en el sentido de otorgar efectos en España a la GS realizada en el extranjero. Si bien la redacción proyectada no se refería de forma expresa a la filiación derivada del recurso a la GS, la misma daba a entender que sería posible el reconocimiento de aquellos acuerdos celebrados en el extranjero si se aportaba una resolución *judicial*, en la línea exigida por la citada Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010, y el reconocimiento en España se llevaba a cabo vía *exequátur*. Además de la exigencia de *exequátur*, sorprendía que se exigiera resolución judicial cuando, como hemos visto, la propia Ley 20/2011 no sólo prevé con carácter general la posibilidad de reconocer resoluciones judiciales extranjeras, sino también certificados de asientos registrales extranjeros.

<sup>66</sup> Así, según el Informe de la propia DGRN del 11 de julio de 2014, «en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción del 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello».

GS celebrada por ciudadanos españoles en el extranjero, de acuerdo con los criterios de la citada instrucción, el precepto se vea desplazado por la decisión de un órgano no legislativo. La inseguridad jurídica para los ciudadanos españoles que quieren acceder a la GS y los riesgos de discriminación elitista que ello plantea son evidentes.

#### **4. La gestación por sustitución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: posibles efectos para España**

La determinación de la maternidad por el hecho del parto, a partir de la regla del artículo 10.2 LTRHA, no es coherente con su superación como único criterio de determinación de la filiación materna. No lo es cuando en España el legislador estatal y algún legislador autonómico ya contemplan criterios de determinación de la filiación derivada de las TRA basados en la voluntad, como sucede respecto del acceso de dos mujeres a las TRA (artículo 7.3 LTRHA y 235-8 y 235-13 CCCa-t),<sup>67</sup> máxime cuando la gestante ha renunciado a la filiación jurídica a favor de una persona o pareja comitente.

Cada vez son más los países que permiten la celebración de acuerdos de GS en sus territorios, dentro de ciertos límites que divergen en función de cada ordenamiento.<sup>68</sup> Consciente de ello, y del auge cada vez mayor de la reproducción transfronteriza, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado<sup>69</sup> trabaja en la

---

<sup>67</sup> Ver también Verdadera Server, “Comentario a los artículos 7 y 8 LTRHA”, en Cobacho (dir.) e Iniesta (coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, pp. 261-262. En sentido similar, C. L. García Pérez lamenta que no se valore en esta sede, aunque sí en otros ámbitos de la misma LTRHA, la «maternidad o paternidad social o de deseo»: “Comentario al artículo 10 LTRHA”, en Cobacho (dir.) e Iniesta (coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, pp. 382-384.

<sup>68</sup> Al respecto, me remito al apartado II de este capítulo.

<sup>69</sup> Desde 2010 está trabajando en el proyecto *Problemas de derecho internacional privado sobre el estatus de los menores, incluidas las cuestiones derivadas de acuerdos internacionales de gestación por sustitución*, que ha dado lugar a varios informes preliminares disponibles en la página de la Conferencia (HCCH). Tras reunirse en 2014, la Conferencia decidió posponer hasta 2015 la constitución de un grupo de expertos. En febrero de 2016 aprobó el Documento Preliminar núm. 3, que alerta sobre la división entre los ordenamientos, en función de si remiten a las leyes internas para la solución de estos conflictos o al derecho extranjero. El documento también destaca la necesidad de elaborar pautas comunes en materia de reconocimiento de documentos públicos extranjeros, tales como certificados de nacimiento o reconocimientos voluntarios de filiación, a la vez

elaboración de pautas comunes que permitan a los menores gestados de esta forma disponer de unos padres legales y de un estatus civil claramente definidos, por la vía del reconocimiento de decisiones a nivel internacional.<sup>70</sup> Cuando afecta a países de la Unión, el no reconocimiento puede resultar contrario al derecho a la libre circulación (en este caso, del nacido) reconocido en el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguo artículo 18 TCE).<sup>71</sup> Al margen de este argumento, el TEDH ha instado al reconocimiento interno de la filiación derivada del recurso a la GS en el extranjero a partir de otra tesis acaso más relevante: la protección de los derechos de los menores implicados. Los casos *Mennesson* (asunto núm. 65192/11) y *Labassee vs. Francia* (asunto núm. 65941/11),<sup>72</sup> ambos resueltos el 26 de junio de 2014, tenían por objeto respectivamente el estatus de dos gemelas gestadas por una mujer californiana y de una tercera menor gestada por otra mujer en el estado de Minnesota. En ambos casos los padres comitentes formaban parejas heterosexuales integradas por nacionales franceses residentes en Francia. En ellos, la sec. 5ª del TEDH declaró por unanimidad que la negativa del estado francés a reconocer el vínculo de filiación entre las menores y las parejas comitentes es contraria al derecho de las primeras al respeto por su vida privada, protegida por el artículo 8 del CEDH y vinculada con la identidad.<sup>73</sup>

El estado francés, primero en sede administrativa y luego judicial, impidió que los acuerdos de GS fueran ejecutados en Francia y, por tanto, que la filiación de las menores fuera reconocida, apelando al OP internacional francés y a la contrariedad al principio de indisponibilidad del cuerpo humano de estos acuerdos. El TEDH consideró que la afectación en la identidad de las menores por parte del estado

---

que nota que en la práctica existe mayor congruencia en lo relativo al reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras.

<sup>70</sup> Escéptico ante esta posibilidad, Engel, “Cross-Border Surrogacy...”, pp. 210-211.

<sup>71</sup> En España, ver Carrascosa González, “La filiación...”, p. 495. También apunta a ello, basado en la mayoría de los trabajos que en los últimos tiempos analizan el método del reconocimiento en la UE, Álvarez González, «Reconocimiento de la filiación...», p. 88.

<sup>72</sup> El caso *Mennesson* es accesible, en inglés y en francés, desde la base de datos del TEDH (HUDOC), y el caso *Labassee* en francés desde esta misma base de datos (consultado el 13 de agosto de 2015).

<sup>73</sup> Las SSTEDH han sido comentadas y aplaudidas por Herrera, M. y Lamm, E., “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, en *La Ley* (Buenos Aires-Argentina), núm. 122, 2.7.2014, pp. 1 y 6-8.

francés, que se traduce en extremos aparentemente tan remotos como la imposibilidad de heredar si quienes actúan como sus padres no lo prevén en testamento, era contraria al interés de las menores al exceder del amplio margen de apreciación de que gozan los estados en materias tan sensibles y faltas de consenso como ésta, por lo que Francia fue condenada al pago de una indemnización de 5,000 euros por el daño moral causado a cada una de las tres menores, que ya tenían 14 y 13 años cuando el TEDH dictó las sentencias. Dado que ellas habían residido en Francia con sus padres comitentes desde poco después de su nacimiento en Estados Unidos, los recurrentes no lograron probar que la afectación en su vida familiar, causada por la falta de reconocimiento en Francia de su filiación respecto de las menores, fuera insuperable, ni que se les había impedido gozar de la misma en Francia. Por el contrario, las dos familias habían podido regresar a Francia poco después de los nacimientos, convivían en aquel país en circunstancias comparables a las de otras familias y nada sugería que las menores afectadas corrieran el riesgo de ser separadas de las parejas recurrentes por las autoridades francesas.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Cfr. con *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (asunto núm. 25358/12), resuelto por la sec. 2.<sup>a</sup> del TEDH el 27 de enero de 2015 y pendiente de recurso ante la Gran Sala. Se trata también de un caso de GS comercial, aunque con unas connotaciones muy especiales que lo alejan de los dos casos franceses y explican su distinta suerte. El caso afecta a una pareja italiana que celebró un acuerdo de GS con una agencia rusa, por el cual una mujer de aquel país llevó a cabo la gestación de un bebé concebido a partir de gametos donados. En el certificado de nacimiento expedido en Rusia constaba que el menor era hijo de la pareja italiana. Sin embargo, una vez en Italia la Administración se negó a transcribir dicho certificado. Puesto que la pareja en cuestión no sólo infringió la entonces vigente prohibición de recurrir a la fecundación heteróloga (artículo 4.3 *Legge* del 19 de febrero de 2004, núm. 40), declarada después inconstitucional por STC del 9 de abril de 2014, sino también la normativa en materia de adopción, un tribunal de menores declaró el abandono del menor y su adoptabilidad, en tanto que sus padres biológicos eran desconocidos y la pareja comitente no podía ser considerada como tal de acuerdo con la legislación italiana. Las sucesivas instancias judiciales italianas denegaron el acogimiento del menor por parte de la pareja comitente y con casi ocho meses de edad aquél fue entregado a los servicios sociales y declarado en situación de acogimiento, impidiéndose todo contacto entre el niño y la pareja comitente. Más de un año después, el menor fue acogido por una familia, a la espera de ser adoptado. El TEDH considera que existió una vulneración en la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) y juzga desproporcionada la solución adoptada por las autoridades italianas. En este punto es especialmente relevante la afirmación del Tribunal, según la cual: «la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo» (FD 80) (traducción de la autora a partir de la versión oficial en francés). El TEDH acabó condenando al estado italiano al pago de

La principal diferencia que se observa entre los fallos del TEDH y el del TS español es el valor que otorgan al interés superior del menor: mientras que el TEDH lo sitúa por encima del OP, el TS español otorga prevalencia al OP y por ello impide que el acuerdo de GS despliegue sus efectos en España. El mensaje del Tribunal europeo es claro: el interés superior del menor es un elemento prioritario en la definición del OP. ¿Cuál podría ser la suerte del caso español en Estrasburgo? Si bien podría argumentarse que la remisión a la reclamación de la paternidad y a la adopción por parte de las autoridades españolas marca la diferencia con los casos resueltos por el TEDH y previene de una eventual condena al estado español, no debe olvidarse, como ya he puesto de manifiesto en el punto 2.2.4. del presente apartado, que ésta constituye una solución «de segunda». El no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo los menores sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica. En sus dos fallos contra Francia, el TEDH parece subrayar el vínculo genético existente entre el padre comitente y las menores, lo que le permite vincular paternidad biológica con identidad y, por ende, con vida privada.<sup>75</sup> Ello plantea si el TEDH seguirá exigiendo este vínculo entre los menores concebidos de esta forma y al menos uno de los padres comitentes, aunque a juzgar a partir de la doctrina más reciente del caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, no parece que vaya a ser así. El mensaje del Tribunal europeo, reiterado en *Paradiso*, es claro: el interés superior del menor es un elemento prioritario en la definición del orden público.<sup>76</sup>

Tampoco debería alejar el caso español de los casos resueltos por el TEDH el hecho de que en el primero los recurrentes formaran una pareja del mismo sexo, no afectada por infertilidad en sentido médi-

---

20,000 euros a la pareja recurrente, por el daño moral causado. Sobre lo irónico de esta solución, puesto que finalmente es el mismo interés del menor el que impide que éste sea devuelto a la pareja comitente, ver Beaumont, P. y Trimmings, K. (2015), “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?”, p. 14 (*working paper* disponible *on-line*).

<sup>75</sup> En ambos casos, dados los problemas de fertilidad de la mujer comitente los embriones creados con óvulos de donante y esperma del integrante masculino de la pareja fueron gestados por una mujer norteamericana con fines comerciales.

<sup>76</sup> Ver FD 80 del caso *Paradiso*, transcrito en la nota 74 de este capítulo.

co, sino estructural.<sup>77</sup> Para las parejas gais la única posibilidad de tener un hijo en el marco de un proyecto parental común que tenga un vínculo biológico con uno de sus integrantes es la GS. Una vez las parejas heterosexuales pueden acceder a esta práctica, aunque sea en el extranjero, no se observa razón para impedirlo a las del mismo sexo. A juzgar por las reacciones en España tras las sentencias *Mennesson* y *Labassee*, parece que la realidad se acabará imponiendo. Pese a ello, el TS, en su citado auto del 2 de febrero de 2015, que confirma la STS del 6 de febrero de 2014, ante el temor por una posible condena a España se desmarca de los casos franceses, alegando que el estado francés no otorgó a las partes la posibilidad de determinar la filiación de los menores por la vía de la adopción y de la reclamación judicial, posibilidad que sí otorgó a los recurrentes el estado español. Esta tesis, como ya he apuntado, no está exenta de problemas si atendemos al interés superior del menor, el único verdaderamente prevalente en el caso.

## 5. Reflexiones finales

### 1. Neutralidad moral y bioética

En varios pronunciamientos que tienen por objeto el acceso a determinadas TRA por ciudadanos de un estado miembro, el TEDH incentiva que estos ciudadanos accedan, en otro ordenamiento, a TRA no permitidas en el suyo propio.<sup>78</sup> Esta doctrina, que a su vez acaba promoviendo actitudes más liberales de los estados a nivel interno, perjudica especialmente a los ciudadanos con menos recursos. Si el sistema soportará o no este doble rasero es una cuestión que no deja de inquietar, en especial dada la pasividad del legislador a nivel interno.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Al respecto, ver CAHN, N. R. (2009), *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*, NYUP, Nueva York-Londres, pp. 134-135.

<sup>78</sup> Ver los casos *S.H. y otros vs. Austria* (FD 114), *Mennesson y Labassee vs. Francia*, mencionados en los ap. II y III.2.4, o el caso *Parrillo vs. Italia* (asunto 46470/11, Gran Sala 27.8.2015), sobre la prohibición de la legislación italiana de donar embriones con fines de investigación (FD 178).

<sup>79</sup> Ver Beaumont y Trimmings, « Recent jurisprudence... », pp. 10-14. En España, ver Álvarez González, «Gestación por sustitución...», pp. 2, 18-20.



En un contexto globalizado, en el que la «reproducción transfronteriza» ya permite evitar las legislaciones más restrictivas, es necesario reflexionar sobre el papel meramente simbólico que pueden acabar desempeñando muchas de las legislaciones nacionales en materia de TRA. La tolerancia hacia las situaciones creadas válidamente en el extranjero no es una solución aceptable si tenemos en cuenta los riesgos asociados a la «reproducción transfronteriza», en especial los de explotación de ciudadanos de terceros países por ciudadanos de países desarrollados. En último término, las aproximaciones pragmáticas a la cuestión, que optan por mantener las políticas internas restrictivas de las TRA porque la «reproducción transfronteriza» ya permite acceder a ellas a nivel externo, están basadas en una neutralidad moral intolerable desde el punto de vista bioético, puesto que tiene efectos colaterales negativos claros, como la mercantilización de un sector que por sus particularidades no puede dejarse al libre comercio, además de que evita un debate público que resulta básico en materias con una dimensión política y ética clara.<sup>80</sup> En este contexto, presentar la huida de legislaciones restrictivas como un hecho consumado, que es consecuencia inevitable de la «reproducción transfronteriza», es un grave error. También lo es, desde una perspectiva de derechos humanos, castigar a los nacionales que viajan a otro país para acceder a técnicas prohibidas en el suyo. Estas prohibiciones pueden reforzar la discriminación contra determinados grupos de personas que solicitan fuera de su país ciertos tratamientos o pueden incluso forzar a que los mismos pasen a la clandestinidad.<sup>81</sup>

Frente a la posibilidad de poner límites a la «reproducción transfronteriza» que entren en conflicto con los derechos humanos, se impone la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de permitir la GS en España, a la vez que se aprueban directrices generales e instrumentos internacionales que garanticen que el acceso a las TRA tiene lu-

---

<sup>80</sup> Ver Van Beers, B. (2014), “Is Europe ‘Giving in to Baby Markets?’ Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets”, en *Medical Law Review*, vol. 23(1), pp. 103-134.

<sup>81</sup> La extraterritorialidad de las normas constituye, en cualquier caso, una estrategia puntual seguida hasta la fecha por dos únicos países, Turquía y Australia (estados de Nueva Gales del Sur y Queensland), ver Alkorta Idiakez, I. (2015), “La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo”, en Benavente Morera, P. y Farnós Amorós, E. (dirs.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (Estudio doctrinal), *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2179, pp. 79-81 (disponible on-line).

gar en todos los ordenamientos en unas mínimas condiciones de salud e igualdad.<sup>82</sup> Sin embargo, las posturas ambivalentes mantenidas en esta materia, como la defendida por el Parlamento Europeo, no garantizan, al menos en el corto plazo, una respuesta unívoca en esta dirección.<sup>83</sup> En este contexto debe evitarse que las políticas de hechos consumados o soluciones *ex post* que se plantean cuando ya se encuentra en el ordenamiento de origen del o los comitentes un bebé concebido a partir del recurso a la GS, desplacen el debate *ex ante*, imprescindible a nivel interno, sobre si la GS debe regularse en el doméstico. En caso de respuesta afirmativa, el debate deberá girar en torno al *cómo*. Se vuelve, con ello, a la discusión original, surgida en Estados Unidos a finales de los ochenta a raíz del caso *Baby M.*, sobre la validez de los acuerdos de GS.<sup>84</sup> Pocos temas con un sesgo de género tan claro, quizás con la excepción de la prostitución, son capaces de generar opiniones tan encontradas.

## 2. *¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España?*

Mi respuesta a la cuestión que da inicio a este trabajo es afirmativa, aunque prudente. ¿Por qué permitir la gestación por sustitución? Porque desde mi punto de vista el derecho es un instrumento dinámico que debe dar respuesta a las demandas sociales. Y en España existe una demanda real en este sentido. En la calificación actual de los acuerdos de GS en el ordenamiento español es significativo el recurso al «orden público atenuado» por parte de los tribunales de lo social, incluida la del TS, Sala 3ª, que han optado por reconocer pensiones de paternidad y/o maternidad a los individuos o parejas que recurrie-

---

<sup>82</sup> Ver Trimmings; Beaumont, “Parentage and surrogacy...”, pp. 281-282; Penasa, S. (2013), “Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation within the European Union”, *Medical Law International*, vol. 12(3-4), pp. 300-327, en pp. 323 y 325.

<sup>83</sup> La posición inicial del Parlamento era la de garantizar al menor concebido en estas circunstancias unos padres legales y un estatus civil claramente definidos: ver *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, 2013 (disponible on-line). Un informe del mismo parlamento, publicado en 2015, aboga por la prohibición de una práctica que considera que vulnera la dignidad de la mujer: ver el párrafo 114 del *Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*.

<sup>84</sup> Al respecto, me remito al apartado I de este capítulo.

ron a los mismos en el extranjero,<sup>85</sup> como significativa es también la existencia de una Instrucción de la DGRN que desde el año 2010 permite otorgar eficacia civil en España, en materia de filiación, a estos acuerdos.<sup>86</sup> En este marco, y dentro de un modelo altruista coherente con el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina de 1997,<sup>87</sup> considero que los acuerdos de GS deberían poder someterse a los esquemas del derecho de contratos.<sup>88</sup> Como ya he expuesto en este trabajo, al día de hoy la GS no puede calificarse de acuerdo contrario al orden público español y, por ende, a los límites generales de la contratación a los que alude el artículo 1255 CC. Tampoco sirve el recurso a la categoría *res extra commercium* (artículo 1271 CC), que típicamente ha permitido sustraer bienes y servicios como los aquí descritos del esquema contractual. Dicha categoría plantea hoy más retos que nunca, en especial en relación con los órganos, tejidos, fluidos y material genético, respecto de los cuales la legislación española ya permite, bajo determinadas condiciones, la donación.<sup>89</sup>

El modelo permisivo es, además, coherente con el concepto imperante de filiación, más basado en la voluntad que en la biología y en el cual la GS es sólo una forma más de filiación por la voluntad.<sup>90</sup> Asimismo, la renuncia a la filiación materna que conllevan estos acuerdos no constituye ninguna novedad en España, puesto que también la donación de gametos lleva implícita una renuncia a la filiación (artículo 8.3 LTRHA) y esta misma renuncia es la base de la filiación adoptiva (artículos 180.4 CC y 235-49.2 CCCat).

<sup>85</sup> Ver nota 34 de este capítulo.

<sup>86</sup> Ver ap. III.1 de este capítulo.

<sup>87</sup> «Artículo 21. Prohibición del lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro».

<sup>88</sup> Desde el análisis económico del derecho, se afirma que «podría, eventualmente, admitirse cierto tipo de regulaciones de estos “mercados” a fin de evitar excesos»: ver Bullard González, A. (2006), “¿Qué puede ser objeto de un contrato? Sobre alquileres de vientres, madres sustitutas, prostitución, pornografía, drogas y otros postres”, en Bullard González, A., *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, 2ª ed., Palestra, Lima, pp. 287-313, en p. 303.

<sup>89</sup> Arroyo Amayuelas, E. (2016), “Componentes del cuerpo humano y material genético: superar la condición de *extracomercium*”, ponencia presentada en las Jornadas *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo: índices, sistemas adquisitivos y objetos*, Facultat de Dret - Universitat de Barcelona, 9 y 10 de junio.

<sup>90</sup> Al respecto, ver el párrafo que da inicio al apartado IV de este capítulo y mi artículo “La filiación derivada de reproducción asistida...”.

Una de las objeciones de fondo más importantes cuando se plantea regular la GS en España es el temor a que esta práctica permita acceder a la paternidad y maternidad a hombres solos y parejas de dos hombres.<sup>91</sup> También se teme que se pueda acceder a ella por motivos banales, tales como evitar pasar por un proceso de gestación por razones estéticas, de evitación de incomodidades o de una mayor focalización en la actividad laboral. Este tipo de argumentos de *slippery slope*, siempre presentes cuando analizamos cuestiones con un marcado componente bioético como la reproducción derivada del recurso a TRA,<sup>92</sup> no pueden retrasar más el debate sobre la regulación de la GS en España. Se trata de un debate que debe ser público porque requiere un pronunciamiento sobre quién y en qué circunstancias debe poder acceder a la paternidad y a la maternidad y, en último término, sobre cuál será el destino de los niños así concebidos si el o los comitentes no quieren o no pueden hacerse cargo de ellos.

Si bien esta aproximación permisiva, aunque basada en el altruismo, puede calificarse de utilitarista, pragmática o relativista desde el punto de vista moral, prohibir o no otorgar efectos a la GS, además de ignorar la realidad social, implica asumir la falacia de que todo acuerdo de GS es, *per se*, explotador respecto de la gestante y perjudicial para el nacido. Esta posición asume que el consentimiento prestado por la gestante no es ni puede ser, bajo ningún concepto, un consentimiento informado. El principal error de esta posición radica en considerar tan desinformado el consentimiento de una gestante californiana de nivel socioeconómico medio, como el de una gestante de la región india de Madhya Pradesh, reclutada en una «granja de bebés».<sup>93</sup> Esta posición prejuzga, además, el interés de un menor que todavía

---

<sup>91</sup> En 2013 se estimaba que el 85 por ciento de los españoles que viajaban a Estados Unidos para acceder a la GS lo hacían en el marco de una pareja heterosexual, mientras que las parejas de dos hombres y hombres solos constituían el 15 por ciento restante: ver mi trabajo “Surrogacy arrangements...”, p. 69.

<sup>92</sup> Warnock, M. (2002), *Making Babies. Is There a Right to Have Children?*, Oxford University Press, Otario, Canadá, pp. 51-52.

<sup>93</sup> Los medios han contribuido a esta visión estereotipada, unitaria y sin matices de las gestantes, no sólo insinuando que cualquier acuerdo de GS es explotador, al presentar como generalizada la situación de pobreza en la que sin duda se encuentran algunas de estas mujeres, sino también al transmitir una visión sesgada del fenómeno, presentando sólo el caso de quienes recurren a la GS en Estados Unidos y acceden a una gestante plenamente informada, que ha gestado para otros en ocasiones anteriores y que afirma sentirse «feliz» gestando para otros. Ésta es la visión que ofrece, por ejemplo, el reportaje del programa *30 minuts* de TV3, titulado “Nens que no vénen de París”, tomado de

no ha nacido y respecto del cual no puede todavía afirmarse cuál va a ser su interés, sin caer en una paradoja.<sup>94</sup>

Abogar por regular la GS no implica aceptar la GS comercial, pues existen bienes y servicios que deben sustraerse de las estrictas leyes del mercado si se quiere evitar la injusticia, la corrupción y la explotación.<sup>95</sup> Evidentemente, la defensa de un modelo no comercial implicará, como sucede en el Reino Unido, que la oferta de gestantes sea inferior a la demanda, pero éste es un límite inherente a todo modelo regulado de acceso a las TRA e implica respetar el valor simbólico que tienen las legislaciones en materias tan sensibles como la analizada. Estas mismas consideraciones pueden hacerse respecto de la conveniencia de suprimir la regla tradicional del anonimato del donante de gametos: pese a que una reforma legislativa en este sentido pueda repercutir negativamente en el número de donantes, considero que su potencial disminución no es un argumento, al menos desde el punto de vista bioético, para mantener a día de hoy el anonimato.<sup>96</sup>

La no regulación, como también una regulación limitada a la realización de la GS sin remuneración, genera, por el lado de la oferta, escasez, lo que incentiva el florecimiento de un mercado negro inaceptable en este ámbito por cuestiones de salud e igualdad. Por ello, con el fin de garantizar la prestación de un consentimiento libre por la gestante y de evitar la mercantilización de seres humanos, dentro del modelo contractual altruista se propone un modelo compensatorio similar al de la «compensación razonable» que en España ya se prevé respecto de la donación de gametos (artículo 5.3 LTRHA), aunque por razones evidentes la cantidad a compensar deberá ser mayor en el caso de la GS. Si bien en la práctica esta compensación supera a menudo los límites de lo *razonable*, en especial en lo que a *donación*

---

<<http://www.ccma.cat/tv3/alacarta/30-minuts/nens-que-no-venen-de-paris/video/5557406/>>, consultado el 2 de junio de 2016.

<sup>94</sup> Cuando una determinada intervención puede conllevar la existencia de una persona, los argumentos basados en su bienestar resultan, cuanto menos, problemáticos. Así, la decisión de traer o no un hijo al mundo siempre queda vacía de contenido ante una objeción basada en sus mejores intereses, pues ello implica, o bien no traerle al mundo, o bien traer al mundo a un individuo distinto: ver Parfit, D. (1984), *Reasons and Persons*, Oxford Paperbacks, Oxford, pp. 358-359.

<sup>95</sup> Sandel, M.J. (2013), *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Barcelona.

<sup>96</sup> Alkorta Idiakez, I. y Farnós Amorós, E. (2016), “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”, en *Oñati Socio-Legal Series*, 2016, en prensa, tomado de <<http://ssrn.com/abstract=2782321>>, consultado el 20 de mayo de 2016.

de óvulos se refiere,<sup>97</sup> este riesgo, tanto en el caso de la donación de óvulos como en el de la GS, es un argumento más para que a través de la regulación se controle que el consentimiento es realmente un consentimiento *informado*. No existe un verdadero control del consentimiento informado si, como sucede en España en relación con la donación de óvulos o en algunos de los países donde se practica la GS, el estado deja hacer a los centros y a los intermediarios, en una situación de cuasi-desregulación.<sup>98</sup> A mí modo de ver, en el modelo altruista tienen cabida propuestas compensatorias como las basadas en la indemnización del lucro cesante (salarios dejados de percibir) padecido por la gestante si ésta se encontraba en activo cuando accedió a gestar para otro, además de sus gastos vitales razonables, así como de los gastos médicos y otros gastos relacionados con el embarazo. En cambio, otras propuestas, como las basadas en una compensación máxima correspondiente al triple del salario mínimo interprofesional en el país de residencia habitual de la gestante, durante los nueve meses de embarazo y los tres post-parto,<sup>99</sup> son discutibles en cuanto presentan mayores riesgos de explotación, en especial en mujeres sin trabajo y/o en situación de pobreza.

La comparación de la GS con la «venta de bebés» resulta desafortunada porque ignora que ambas realidades parten de presupuestos distintos: en la GS existe un acuerdo previo a la concepción entre la gestante y la parte comitente, y la voluntad de esta última es esencial para que la concepción tenga lugar; mientras que en la «venta de bebés» se comercia con un ser que ya ha nacido. Asimismo, puesto que considero que la GS debe diferenciarse de la filiación adoptiva como institución de protección de menores, la exigencia de que al menos uno de los comitentes, si son una pareja, o el individuo que accede a ella, si es una persona sola, aporte su material genético y la de que la gestante no realice contribución genética alguna aleja, una vez más,

<sup>97</sup> Ya en 2006 advertía de este riesgo Itziar Alkorta (2006), “Donación de óvulos”, en *El País*, del 28 de marzo (disponible *on-line*).

<sup>98</sup> Recientemente la prensa española se ha hecho eco de las demandas interpuestas por dos parejas españolas contra la empresa barcelonesa Subrogalia, que creaba embriones en una clínica de Barcelona sin autorización sanitaria y los enviaba al extranjero para ser transferidos a una gestante. La empresa alegó que rescindía los contratos como consecuencia de los cambios legislativos acaecidos en México, sin devolver a las parejas las sumas de dinero que habían pagado por anticipado: “He hipotecado mi vida por un hijo que no tengo”, en *La Vanguardia* del 18 de mayo de 2016 (disponible *on-line*).

<sup>99</sup> Trimmings y Beaumont, *International Surrogacy...*, pp. 544-545.

la GS de la «venta de bebés». A su vez, esta exigencia facilita la resolución de los posibles casos de cambio de opinión por la gestante, quien por ejemplo se niega a entregar el bebé, o por los comitentes, por ejemplo, con motivo de su divorcio.<sup>100</sup> Más allá de su repercusión mediática, estos casos son anecdóticos.<sup>101</sup> Pese a esta baja probabilidad, que se estima todavía más baja en la actualidad, cuando casi el 100 por ciento de los acuerdos de GS implican una subrogación gestacional, el derecho debe prever soluciones, en especial porque si el proceso de GS concluye con éxito existirá un niño cuyo posible desamparo tendrá repercusiones para la sociedad. Si bien el esquema contractual de remedios ante el incumplimiento no acaba de encajar en este contexto, permitir la revocación de estos acuerdos en cualquier momento contribuye a una visión estereotipada de la mujer, basada en la exaltación de experiencias como la gestación y el parto,<sup>102</sup> además de que puede resultar contrario a la seguridad jurídica y, lo más importante, al interés superior del menor, en especial cuando una parte pretende revocar el acuerdo tras el nacimiento. Por eso un plazo de entre las seis semanas, en coherencia con el periodo que se otorga a la madre biológica para asentir en la adopción,<sup>103</sup> y los seis meses posteriores al parto, en coherencia con el periodo que prevé la legislación británica para solicitar la orden parental a favor de la parte comitente,<sup>104</sup> podría servir para confirmar la validez del acuerdo.<sup>105</sup>

<sup>100</sup> En Tailandia, un bebé concebido mediante GS y con síndrome de Down fue abandonado por una pareja comitente australiana que, sin embargo, sí se quedó con su hermana gemela: “Calls for international surrogacy rules after Thai Down’s case”, en *Family Law Week*, del 4 de agosto de 2014 (disponible *on-line*).

<sup>101</sup> Ver Lamm, *Gestación por sustitución...*, pp. 290-291.

<sup>102</sup> Ver las referencias citadas en la nota 7.

<sup>103</sup> Artículo 5.5 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y vigente en España desde septiembre de 2011. Ésta es también la opción seguida en GS por la sec. 54(7) de la HFEA británica, según la cual «the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child’s birth». Ver también la nota 24 de este capítulo.

<sup>104</sup> Ver nota 23.

<sup>105</sup> Cuestión distinta es la de si se podría prever una indemnización del daño emergente y el lucro cesante padecido por los comitentes cuando la gestante renuncia a entregar el bebé, en especial teniendo en cuenta que al menos uno de ellos, si no los dos, habrá aportado sus gametos. Aunque ésta es una cuestión que debería ser resuelta por el juez en función del caso concreto, puesto que tiene que ver con la determinación de la filiación, debe estudiarse la posibilidad de una indemnización a favor de los comitentes si finalmente el acuerdo no despiega efectos. Al respecto, si bien las indemnizaciones por la

Esta posición asume que la GS no es un contrato al uso que tenga por objeto bienes y servicios ordinarios. Precisamente por esta razón, el derecho de la gestante a abortar o a no hacerlo debe protegerse especialmente y no puede ser restringido ni penalizado, ya que lo contrario supondría una intromisión no consentida en su integridad física que afectaría su libertad de decisión.

Como se ha puesto de relieve en este capítulo, la ausencia de regulación a nivel interno ya no evita que ciudadanos de un ordenamiento se desplacen a otro para acceder a una práctica que no está permitida o no despliega efectos jurídicos en el suyo. Con el fin de evitar que se contribuya a la mercantilización del fenómeno, convirtiendo a determinados países en «paraísos reproductivos», cada vez son más los ordenamientos que permiten la GS altruista pero la someten a la existencia de algún vínculo o punto de conexión con el ordenamiento.<sup>106</sup> Estas medidas, junto con las consistentes en la criminalización de las agencias que hacen de intermediarias entre los comitentes, la gestante y el centro que practica la TRA, deben ser tenidas en cuenta por cualquier propuesta de regulación.

## 6. Fuentes consultadas

ALKORTA IDIAKEZ, I. (2015), “La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo”, en Benavente Moreda, P. y Farnós Amorós, E. (dirs.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (Estudio doctrinal), *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179 (disponible on-line).

---

«pérdida» de preembriones o material genético por los centros de TRA son excepcionales (ver nota 511 de mi monografía (2011), *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, p. 168), las tesis favorables se van abriendo paso: ver Fox, D. (2017), “Reproductive Negligence”, en *Columbia Law Review*, vol. 117(1), en prensa.

<sup>106</sup> Así, la sec. 54(4)(b) de la HFEA británica exige que en el momento de solicitud y realización de la orden parental al menos uno de los dos miembros de la pareja comitente tenga su residencia en Reino Unido. Por su parte, el artículo 1458 CC griego requiere, para poder acceder a la GS en aquel país, que tanto la gestante como ambos comitentes sean ciudadanos griegos o residentes permanentes, en la misma línea que la regulación portuguesa y que la mexicana aprobada a nivel nacional y de algunos estados en particular. Sobre estas regulaciones más recientes, ver notas 18, 20 y 21.



- \_\_\_\_\_ y Farnós Amorós, E. (2016), “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”, en *Oñati Socio-Legal Series* (en prensa), tomado de <<http://ssrn.com/abstract=782321>>, consultado el 20 de mayo de 2016.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2011), “Comentario a la SAP, sec. 10.<sup>a</sup>, Valencia, del 23 de noviembre de 2011 (AC 2011/1561)», *REDI*, 2012-2013-Pr.
- \_\_\_\_\_ (2013), “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en Forner Delaygua, J.; González Beilfuss, C. y Viñas Farré, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (2013), “Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales”, en Gete- Alonso y Calera, M. del C. (dir.) y Solé Resina, J. (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- \_\_\_\_\_ (2014), “3.2. Filiación”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2/2014.
- \_\_\_\_\_ (2015), “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)” (*working paper* disponible *on-line*).
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y Carrizo Aguado, D. (2014), “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS del 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, en *La Notaria*, 2/2014.
- ATIENZA, M. (2009), “De nuevo sobre las madres de alquiler”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 27, 13.10.2009 (disponible *on-line*).
- BEAUMONT, P. y Trimmings, K. (2015), “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?” (*working paper* disponible *on-line*).
- VAN BEERS, B. (2014), “Is Europe ‘Giving in to Baby Markets?’ Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets”, en *Medical Law Review*, vol. 23(1).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) (2014), “Paradojas de la vida”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2014 (BIB 2014/1533).

- BLANCO-MORALES LIMONES, P. (2010), “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del derecho de familia”, en *Lección inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 27 de septiembre (ponencia inédita).
- BULLARD GONZÁLEZ, A. (2006), “¿Qué puede ser objeto de un contrato? Sobre alquileres de vientres, madres sustitutas, prostitución, pornografía, drogas y otros postres”, en Bullard González, A., *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra, Lima.
- CAHN, N.R. (2009) *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*, NYUP, Nueva York-Londres.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011), “La filiación en el derecho internacional privado”, en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2014), “Copaternidad y matrimonio entre hombres y derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada por razones de igualdad», en *RDP*, julio-agosto.
- COBACHO GÓMEZ, J.A. (dir.) e Iniesta Delgado, J. J. (coord.) (2007), *Comentarios a la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- DURÁN AYAGO, A. (2012), “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, en *AEDIPr*, tomo XII.
- \_\_\_\_\_ (2014), BLANCO-MORALES LIMONES, P. (2014), “Los vientres de alquiler (La cara y la cruz)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881, 20.3.2014.
- ENGEL, M. (2014), “Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?”, en Boele-Woelki, K.; Dethloff, N. y Gephart, W. (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2010), “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, en *InDret*, 1/2010.

- \_\_\_\_\_ (2011), *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (2013), “Surrogacy Arrangements in a Global World: the Case of Spain”, en *International Family Law* 1/2013.
- \_\_\_\_\_ (2015), “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, en *Anuario de Derecho Civil* 1/2015.
- FOX, D. (2017), “Reproductive Negligence”, en *Columbia Law Review*, Vol. 117(1), (en prensa).
- HEREDIA CERVANTES, I. (2013), “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, tomo LXVI, fasc. II.
- \_\_\_\_\_ (2014), “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 54, 9.4.2014 (disponible *on-line*).
- \_\_\_\_\_ (2014), “Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, *CCJC*, 96/2014.
- HERRERA, M. y Lamm, E. (2014), “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, en *La Ley*, Buenos Aires-Argentina, núm. 122, 2.7.2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; Herrera, M. y Lamm, E. (2010), “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *La Ley*, Buenos Aires-Argentina, núm. 1383, 20.9.2010.
- LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.
- LLOVERAS FERRER, M. (2008), “Una ley civil para la transexualidad”, en *InDret*, 1/2008.
- MALHOTRA, A. y Malhotra, R. (2014), “India. Surrogacy for Single and Unmarried Foreign Persons: a Challenge Under Indian Law”, en Atkin, B. (ed.), *The International Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol.
- MARÍN PEDREÑO, C. y Marfil, J.A. (2014), “Surrogacy in Spain: Reality vs. Legality”, en *International Family Law*, junio.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F. (2014), “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de*

- la Universidad Autónoma de Madrid, 18/2014 (Las fronteras del Derecho biosanitario).
- PARFIT, D. (1984 [1987]), *Reasons and Persons*, Oxford Paperbacks, Oxford.
- PARRÓN CAMBERO, M.J. (2014), “Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater Semper incertus est*”, en *La Ley*, núm. 8269, 12.3.2014.
- PENASA, S. (2013), “Converging by Procedures: Assisted Reproductive Technology Regulation within the European Union», en *Medical Law International*, vol. 12(3-4).
- PENNINGS, G. (2004), “Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe”, en *Human Reproduction*, vol. 19(12).
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009), “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN del 18 de febrero de 2009», en *InDret*, 3/2009.
- RADIN, M. (1991), “Reflections on Objectification (Symposium on Biomedical Technology and Health Care: Social and Conceptual Transformations)”, en *65 Southern California Law Review* 341.
- ROCA I TRIAS, E. (1994), “El ‘interés del menor’ como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado” (contestación al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borràs a la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya), *RJC*, 4/1994.
- \_\_\_\_\_ (2014), *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SANDEL, M.J. (2013), *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Barcelona.
- SCHERPE, J. (2016), *European Family Law. The Present and Future of European Family Law*, vol. IV, Elgar, Cheltenham-Northampton.
- SHENFIELD, F. *et al.* (2010), “Cross Border Reproductive Care in six European Countries”, en *Human Reproduction* 25(6).
- SHULTZ, M.M. (1990), “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: an Opportunity for Gender Neutrality”, en *Wisconsin Law Review* 297.
- \_\_\_\_\_ (2005), “Taking Account of Arts in Determining Parenthood: a Troubling Dispute in California”, en *19 Washington University Journal of Law & Policy* 77.
- TAMAYO HAYA, S. (2013), “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, en *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6/2013 (disponible on-line).

- TORRES PEREA DE, J.M. (2014), “Aplicación de cláusulas generales en el derecho de familia, ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?”, en Díez-Picazo, L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.
- \_\_\_\_\_ (2014), “Comentario de la STS del 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, en *La Ley*, núm. 8281, 28.3.2014.
- TRIMMINGS, K. y Beaumont, P. (eds.) (2013), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart, Oxford-Portland-Oregon.
- \_\_\_\_\_ (2016), “Parentage and Surrogacy in a European perspective”, en Scherpe, J. (ed.), *European Family Law. Family Law in a European Perspective*, vol. III, Elgar, Cheltenham-Northampton.
- VÁLGOMA, M. de la (2013), *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Ariel, Barcelona.
- WARNOCK, M. (2002), *Making babies. Is there a right to have children?*, Oxford University Press, Ontario, Canadá.
- WEISBERG, D.K. y Appleton, S.F. (2006), *Modern Family Law. Cases and Materials*, Aspen Publishers, Nueva York.



## 9. DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS: ¿ALTRUISMO O NEGOCIO?

*Chloë Ballesté\**

### 1. Introducción

En la actualidad, el trasplante de órganos es considerado internacionalmente como la terapia de elección en patologías orgánicas en estado avanzado que provocan el fallo de la función del órgano de manera permanente.

El trasplante, tanto de órganos y de tejidos como de células tiene la peculiaridad, a diferencia de las otras áreas médicas, de no depender únicamente de los avances técnicos y farmacológicos, sino que esta terapia depende principalmente de la sociedad. Los donantes de órganos, tejidos y células son ciudadanos que altruistamente ceden parte de su cuerpo para que pueda ser trasplantado a otros ciudadanos (1,2). Este hecho hace que exista una gran variedad de factores que influyan en el proceso de la donación, desde la organización del sistema de salud hasta la educación de los profesionales pasando por la confesión religiosa de la sociedad y el marco legal de esta actividad.

La experiencia acumulada y los resultados obtenidos en los últimos 30 años han propiciado el aumento de las indicaciones para el trasplante, lo que significa una mayor demanda de órganos. Teniendo en cuenta que la donación de órganos no ha aumentado en la misma medida en la mayoría de regiones del mundo, las listas de espera de

---

\* Universidad de Barcelona.

enfermos para recibir un órgano siguen creciendo (3, 4). Esta penuria de órganos se ha convertido en un problema mayor en los sistemas de salud de los países más desarrollados (5, 6) y es una realidad fehaciente en la mayoría de países.

Los últimos datos publicados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el Global Observatory on Donation and Transplantation (GODT) estima que se están trasplantando en el mundo alrededor de 120,000 órganos al año, lo que representa menos del 10 por ciento de las necesidades estimadas. Además, la mayoría de estos trasplantes se realizan con órganos procedentes de donantes vivos (7). El desequilibrio entre la alta demanda de trasplantes y la falta de donantes de órganos en la mayoría de países del mundo favorece el tráfico de órganos, tejidos y células y la existencia de mecanismos ilegales que se aprovechan de esta necesidad.

Según Organs Watch, de la OMS, de los 70,000 riñones trasplantados anualmente a nivel mundial, 20,000 provienen de donantes vivos, de los cuales 10,000 se obtienen de forma ilícita (8). El desplazamiento de enfermos a la espera de un órgano hacia países en los cuales se puede comprar órganos a donantes vivos o fallecidos, o bien la inclusión ilegítima en listas de espera locales, son algunos ejemplos de estas acciones ilegales.

La desesperación de los enfermos que no pueden ser tratados en sus países de origen debido a la falta de un programa de donación de órganos eficiente, lleva una vez más a la explotación de las poblaciones más desfavorecidas y vulnerables. Los organismos internacionales, como la OMS y The Transplantation Society (TTS), han manifestado su preocupación ante esta situación pues aumenta las desigualdades y vulnera los derechos humanos fundamentales.

Actualmente están accesibles en la red multitud de portales que facilitan este tipo de transacciones y que ponen en contacto a individuos o intermediarios entre diferentes países. Basándose en la libertad individual, muchos países siguen legitimando la existencia de estos mercados.

En el ámbito internacional es hasta la segunda década de este siglo cuando se empieza a prestar atención a esta realidad. En los últimos años se han publicado artículos, casos e investigaciones de campo que identifican las redes, los procesos judiciales de cirujanos, nefrólogos, *brokers* de órganos, «cazadores de riñones», receptores y vendedores de órganos. La complejidad de estas redes ilícitas explica



su difícil vulnerabilidad. Los obstáculos para acabar con ellas incluyen diferencias en las jurisdicciones legales, leyes incompatibles y la inmunidad de los profesionales involucrados (9).

La solución a este problema mundial pasa por el desarrollo local de sistemas de donación de órganos. Esta actividad debe regularse a nivel gubernamental e implementarse en los hospitales por los profesionales de la salud para permitir que, tras el fallecimiento, los ciudadanos puedan convertirse en donantes altruistas de órganos y tejidos.

España es líder mundial en donación de órganos desde hace 25 años, alcanzando en 2015 una tasa de 39 donantes por millón de habitantes. El Modelo Español en la Donación de órganos se ha convertido en un referente internacional, por eso la fundación sin ánimo de lucro Donation and Transplantation Institute (DTI) y su programa educativo Transplant Procurement Management (TPM) respaldado por la Universidad de Barcelona, que cuenta con el reconocimiento de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) y de la OMS, desempeñan proyectos de cooperación internacional para adaptar este modelo a otros países y que éstos sean autosuficientes en la obtención de órganos para el trasplante y luchar así contra el tráfico de órganos.

## 2. Definiciones

Es importante destacar la labor que se ha realizado desde la Declaración de Estambul en Mayo de 2008 (10) para definir y clasificar las diferentes formas de explotación del ser humano con el propósito de extraer órganos, tejidos o células. En esta primera declaración multilateral se acordó que el *tráfico de órganos* incluía tres elementos claves:

- Una acción de reclutamiento, transporte, transferencia o recepción de donantes vivos, fallecidos o de sus órganos.
- Un medio a través del cual se ejecuta la acción: uso de fuerza u otras formas de coerción, abducción, fraude, decepción, abuso de poder o de posición de vulnerabilidad o bien pago y/o recibo de dinero o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona o de un tercero para tener el control sobre el donante.
- Un propósito de explotación humana para extraer los órganos para el trasplante.

Estos términos se basan en el Protocolo de Palermo (11), pero persiste una ambigüedad en los términos utilizados puesto que son vagos y vastos. Por este motivo la comercialización de los órganos humanos y su amplio espectro de prácticas y formas en que se lleva a cabo sigue suscitando controversia y confusión en la literatura.

A modo de resumen y con el objetivo de simplificar los términos más usados, éstas son las definiciones aceptadas internacionalmente (10, 11, 12, 13):

- Comercialización del trasplante: práctica en la que un órgano humano es tratado como un producto siendo vendido o comprado para obtener una ganancia material.
- Viaje para el trasplante: el movimiento de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante entre fronteras jurisdiccionales con el propósito de realizar trasplantes de órganos.
- Turismo del trasplante: el viaje para el trasplante se convierte en turismo del trasplante si:
  - Incluye tráfico de órganos y/o comercialización del trasplante.
  - Los recursos (órganos, profesionales y centros de trasplante) son usados para proveer de un trasplante a pacientes de otro país o región y se hace en detrimento de la capacidad del país para proveer de trasplantes a su propia población.
- Mercado negro de órganos: mercado ilegal de órganos para el trasplante que coexiste con un sistema legal de donación de órganos.

### 3. Prácticas ilícitas de tráfico de órganos

Pese a la negación durante muchos años de la existencia de prácticas de explotación humana con el fin de extraer órganos para el trasplante, en los últimos 10 años se ha trabajado para sacar a la luz los mecanismos, redes y *modus operandi* de estas prácticas en las diferentes regiones del mundo.

Como resultado de estas investigaciones se han publicado casos y artículos que describen la complejidad y, en muchos casos, la sofistica-

ción de estas tramas transnacionales que implican profesionales sanitarios, intermediarios, vendedores y a veces instituciones gubernamentales.

Para entender estas tramas es preciso conocer el perfil y las motivaciones de los diferentes actores implicados:

1. Receptores: en algunos casos también son identificados como «compradores». Hay diferentes motivos por los cuales un paciente con una enfermedad crónica que requiera de un trasplante decida trasplantarse de manera ilegal a través del tráfico de órganos, pero en todos los casos se basa en la desesperación y el intento por sobrevivir. Hay pacientes en lista de espera o en programa de diálisis de países en los que el tiempo de espera les resulta demasiado largo, pacientes que aún no han entrado en lista de espera y a quienes se les ofrece un «sistema» más rápido, pacientes que no reúnen las condiciones para ser trasplantados o pacientes procedentes de países en los que el trasplante no se ofrece como una opción terapéutica (14, 15, 16, 17).

La mayoría de estos receptores provienen de países con un alto Producto Interno Bruto (PIB) y obtienen la información directamente por los profesionales sanitarios que los tratan, por portales de Internet o por familiares y conocidos que viven en países que ofrecen este tipo de «servicio». En Israel, hasta 2010, la cobertura sanitaria cubría los gastos del trasplante en el extranjero (16, 18, 19, 20).

Se han comunicado los resultados obtenidos de estos trasplantes y tienen una mayor incidencia de complicaciones post-trasplante, en su mayoría debido a infecciones. Tanto la supervivencia de los receptores como la de los órganos trasplantados son significativamente inferiores a las supervivencias de los trasplantes realizados de forma legal (21, 22, 23, 24).

2. Suministradores de órganos: también denominados «donantes», «vendedores», «proveedores», «donantes vivos comerciales» o «víctimas». Su principal motivación es la compensación económica dado su estado de pobreza, endeudamiento o imposibilidad de sustentar a sus familias (9).

La mayoría de estos «donantes» proviene de países pobres en desarrollo o en los cuales existe una desigualdad social y económica. Estos países exportadores de órganos son, según los datos accesibles: India, China, Filipinas, Pakistán, Bangla-

desh, Kazakstán, Ucrania, Rusia, Irak, Jordania, Egipto, Rumania, Moldavia, Kosovo, Turquía, Israel, Brasil, Colombia, Perú y Bolivia. En la mayoría de estos países el perfil se repite: hombres jóvenes pobres con bajo nivel educativo. Muchos de estos ciudadanos son captados por una persona o agencia (normalmente *brokers*) o bien responden a anuncios colgados en la red por receptores o tramas especializadas. Estos «donantes» pueden someterse a la intervención en su mismo país, en donde el «receptor» se desplaza para ser trasplantado, en el país de origen del «receptor» o en un tercer país a donde ambos («receptor» y «donante» se desplazan para llevar a cabo las intervenciones quirúrgicas (25, 26, 27).

Está descrito que para la gran mayoría de ellos la venta de órganos no ha mejorado su situación económica; en cambio, ha empeorado su expectativa y calidad de vida (28, 29, 30).

3. *Brokers*: son aquellos individuos que facilitan el proceso y median entre los «donantes», los profesionales o centros sanitarios y los «receptores» con fines lucrativos.

Pueden ser profesionales sanitarios, agencias, centros hospitalarios o incluso laboratorios que cursan muestras de sangre para el tipaje HLA necesario para asignar la compatibilidad donante-receptor. Los *brokers* también pueden facilitar el transporte, alojamiento, documentos y otras gestiones relacionadas con el proceso (26, 31, 32).

4. Profesionales sanitarios: cirujanos, médicos trasplantadores (nefrólogos, hepatólogos, cardiólogos, inmunólogos etcétera...), anesestesiólogos y coordinadores de trasplantes son los principales profesionales sanitarios involucrados directamente en estas prácticas ilícitas. Su motivación principal es lucrativa y pueden trabajar en su país de origen o bien viajar para realizar las intervenciones en otros países.

Existen otros actores implicados en las tramas, como son los hospitales o centros médicos en donde se realizan las intervenciones. Se trata normalmente de centros privados, aunque en algunos casos se ha dado en hospitales públicos. Los laboratorios médicos en donde se realizan las pruebas de compatibilidad han funcionado en algunas ocasiones como mediadores del proceso. Cabe destacar el papel que han desempeñado las compañías de seguros médicos que han incenti-

vado estas prácticas ilegales cubriendo parcialmente el coste de estas. En algunos casos incluso los gobiernos se han visto implicados en las tramas.

Existen diferentes modalidades y *modus operandi* en el tráfico de órganos. Éstos son los principales casos identificados:

### ***Donantes vivos en su país de origen***

Se trata de la práctica más común y se realiza tanto en países pobres como pueden ser India, Pakistán o Filipinas, como en países ricos como Estados Unidos o Israel. En algunos casos el donante y el receptor provienen del mismo país y en otros hay un desplazamiento del receptor hacia el país del donante donde se realiza el trasplante. El donante tiene, en todos los casos, un estatus económico inferior al receptor y recibe una retribución económica.

### ***Donantes vivos desplazados al país de origen del receptor***

En estos casos el trasplante se hace en un centro hospitalario del país de origen del receptor y mediante un *broker* se localiza y transporta un donante vivo de otro país. Muchas veces el profesional sanitario se escuda en el desconocimiento de esta práctica, puesto que se aceptan donantes no relacionados con el receptor y no se investiga si existe transacción económica entre ellos. Es en Estados Unidos en donde se han registrado más casos de este tipo.

### ***Trasplantes realizados en terceros países con donantes vivos***

Estas tramas, más complejas, resultan más difíciles de identificar puesto que en algunos casos ninguno de los actores implicados es del país donde se realiza el trasplante. Pueden realizarse en centros reconocidos en el que el receptor acude con su donante vivo presuntamente altruista. Por ejemplo, ciudadanos de Arabia Saudita han practicado durante muchos años esta modalidad acudiendo a centros reconocidos de Estados Unidos o de India para realizar un trasplante junto con un donante vivo de otro país. En otras ocasiones, el centro

trasplantador no es conocido y realiza el trasplante de forma ilegal, como fue el caso en Kosovo, en donde un cirujano turco trabajaba para un *broker* israelí que traía receptores principalmente de Israel a una clínica en Kosovo y los donantes vivos procedían de países del este de Europa. En Sudáfrica, otro *broker* israelí ponía en contacto receptores de Israel con donantes brasileños y rumanos y los trasplantes eran realizados por un equipo de profesionales sudafricanos.

### ***Inclusión en listas de espera extranjeras***

Algunos órganos sólo pueden obtenerse de donantes cadavéricos (corazón y pulmón, principalmente) y en el caso del hígado en algunas ocasiones está indicado el trasplante del órgano entero, por lo que también se requiere de un hígado de donante fallecido. La donación cadavérica está mucho más regulada que la donación de vivo y normalmente la inclusión en la lista de espera se realiza por los profesionales sanitarios a receptores residentes o ciudadanos del país. El caso más conocido fue el de ciudadanos israelíes que mediante la ayuda de su cobertura sanitaria nacional eran incluidos con identidades falsas en listas de espera colombianas. Los cirujanos y centros implicados en esta trama actuaban sin el consentimiento de las autoridades nacionales.

### ***Manipulación de listas de espera***

Los algoritmos de adjudicación de los órganos son muy complejos e incluyen datos analíticos para objetivar la gravedad de los pacientes en listas de espera. Las listas de espera y los movimientos que se hagan en ellas son regulados por los organismos estatales responsables de la donación y el trasplante de órganos. Sin embargo, la verificación de los datos analíticos introducidos son difíciles de contrastar y el sistema se basa en la confianza y la profesionalidad de los equipos médicos. En los últimos tres años se han destapado en Alemania varios casos de manipulación fraudulenta de resultados analíticos por parte de profesionales sanitarios con el fin de aventajar a pacientes y priorizar su trasplante.

### ***Donantes cadavéricos a demanda***

Hasta enero de 2015, la fuente legal de órganos para el trasplante en China eran los procedentes de condenados a muerte del país. Debido al aumento de casos de turismo del trasplante que se daban en China desde el año 2000 por receptores provenientes de otros países (Estados Unidos, Arabia Saudita, Inglaterra, Alemania, Israel, Japón, etcétera) y del creciente negocio que representaba para los hospitales, el gobierno chino prohibió en 2009 el trasplante de extranjeros en el territorio chino. Desde aquel momento se empezó a trabajar desde los hospitales para implementar otros sistemas de donación voluntaria de personas fallecidas en los hospitales, y actualmente sólo esta fuente de donantes fallecidos voluntarios y los donantes vivos relacionados están autorizados en China.

### ***Compensación reglada de donación de vivo y cadavérica***

Sin formar parte de lo que entendemos como tráfico de órganos, existen otras prácticas en las que está regulada a nivel nacional una compensación económica por la donación de órganos para trasplantes. Éste es el caso de Irán, que desde la primera Guerra del Golfo instauró como medida de emergencia ante la destrucción de los centros de diálisis una compensación económica del gobierno a aquellos donantes no relacionados que donaran un riñón. Esta práctica ha persistido a lo largo del tiempo y sigue en pie, aunque dada la baja remuneración que comporta para el donante, en muchos casos el receptor la completa de forma ilícita. En los últimos 10 años Irán ha trabajado intensamente en la construcción de un sistema nacional de donación cadavérica basada en los hospitales públicos y está dando sus resultados.

Otro caso es el de Arabia Saudita, en donde los familiares de los donantes con muerte encefálica son compensados económicamente en caso de donar los órganos de su familiar. En Qatar la compensación de los familiares no es económica, sino que se les ofrece beneficiar de cobertura sanitaria y otras ayudas sociales. En ambos casos las familias suelen ser extranjeras (pakistaníes, bangladeses, filipinas etcetera) y carecen de la ciudadanía saudí o qatari.

## 4. Precios y tarifas

Existen grandes diferencias en el pago que reciben los donantes por vender su riñón o segmento del hígado en los diferentes países. También son notables las diferencias en las tarifas que pagan los receptores para ser trasplantados. En el trabajo publicado por el proyecto HOTT, cofinanciado por la Comisión Europea (9), se reflejan estos datos:

Pagos a donantes:

| <b>País</b> | <b>Órgano</b> | <b>Pago en dólares</b> |
|-------------|---------------|------------------------|
| Irán        | Riñón         | 1,219                  |
| India       | Riñón         | 1,070                  |
| Pakistán    | Riñón         | 1,377-1,600            |
| Filipinas   | Riñón         | 2,133 - 6,368          |
| Bangladesh  | Riñón         | 1,400                  |
| Colombia    | Riñón         | 1,712                  |
| Colombia    | Hígado        | 1,881                  |

Tarifas para trasplantes:

| <b>País</b> | <b>Órgano</b> | <b>Pago en dólares</b> |
|-------------|---------------|------------------------|
| India       | Riñón         | 20,000                 |
| Pakistán    | Riñón         | 7,271                  |
| Egipto      | Riñón         | 35,000 - 40,000        |
| China       | Riñón         | 42,000                 |
| China       | Hígado        | 63,000 - 75,000        |

## 5. Conclusiones y valoraciones éticas

Las prácticas descritas de tráfico de órganos (o de personas con el propósito de extraerles los órganos para el trasplante) ponen en evidencia que estamos ante un problema global de índole legal, médica y social cuya solución es compleja y debe ser enfocada de manera internacional. Sin embargo, los procesos regulatorios para que sean de aplicación internacional van a tomar demasiado tiempo y en muchos casos van a ser poco o nada operativos. Sin duda hay que seguir trabajando a este nivel para llegar a consensos y que estos crímenes



sean juzgados y condenados, pero el abordaje del problema como un asunto médico, técnico o de organización regional/nacional parece ser más práctico y eficiente. Si se lograra que los pacientes que necesitan un trasplante de órgano pudieran ser trasplantados en el menor tiempo posible sin tener en cuenta su país de residencia ni estatus económico, ésta situación no existiría. La autosuficiencia en órganos para el trasplante no se alcanza sin un apoyo institucional que implique a los gobiernos. Hay que destinar recursos para formar a los profesionales en esta actividad y aplicar los medios necesarios en los hospitales para identificar y evaluar a los potenciales donantes de órganos para poder llevar a cabo el proceso de forma satisfactoria.

El tráfico de órganos viola los principios bioéticos de no-maleficencia, autonomía y justicia, además de dañar la integridad de la profesión médica y menoscabar la confianza en el trasplante de órganos.

Por todo lo anterior es necesaria una reacción contundente a esta situación que pasa por la cooperación internacional y el intercambio de conocimientos.

## Fuentes consultadas

1. MANYALICH, M. (1999), *Organization of Organ Donation and Role of Coordinators: Transplant Procurement Management*. Saudi J Kidney Dis Transplant; 10 (2), pp. 175-82.
2. \_\_\_\_\_, Valero, R. y Paéz, G. (2007), *Transplant Coordination Manual*. TPM/Fundació IL3 – Universitat de Barcelona, Barcelona.
3. Organización Nacional de Trasplantes, tomado de <<http://www.ont.es/infesp/Paginas/DatosdeDonacionyTrasplante.aspx>>.
4. World Health Organization (WHO) Data and Statistics, tomado de <<http://www.who.int/research/en/>>.
5. IRODAT – International Registry of Organ Donation and Transplantation, tomado de <[www.tpm.org](http://www.tpm.org)>.
6. MAÑALICH, R.; Paez, G.; Valero, R. y Manyalich, M. (2007), “IRODAT: the International Online Registry for Organ Donation and Transplantation 2007”, en *Transplantation Proceedings* 2009, julio-agosto, 41 (6), 2030-4.
7. Global Observatory on Donation and Transplantation (GODT) (2014), *Organ Donation and Transplantation activities 2012: Organización Nacional de Trasplantes* del 7 de enero.

8. <www.who.int>.
9. AMBAGTSHEER, F. y Weimar, W. (eds.) (2016), *Pabst Science Publishers*, D-49525 Lengerich, tomado de <www.hottproject.com>.
10. “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism”, en *Transplantation*, 86(8), pp.1013-1018.
11. United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Conventions Against Transnational Organized Crime, United Nations Office on Drugs and Crime. Vienna. Treaty series, vol. 2237, 2000.
12. European Union (UE) (ed.) (2010), “European Parliament and the Council of the European Union. Standards of Quality and Safety of Human Organs Intended for Transplantation”, en L 207/14 Brussels, *Official Journal of the European Union*.
13. Council of Europe (2002), *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*, Strasbourg 2002-24-1-2002.
14. BERGLUND, S.S.L. (2012), “‘I had to leave’”: Making Sense of Buying a Kidney Abroad”, en Gunnarson, M. y Svenaeus, F. (eds.), *The Body as a Gift, Resource and Commodity: Exchanges of Organs, Tissues and Cells in the 21<sup>st</sup> Century*, Södertörn studiens in practical knowledge, Huddinge, pp. 321-342.
15. CANALES, M.T., Kasike, B.L. y Rosenberg, M.E. (2006), “Transplant Tourism: Outcomes of the US Residents who Undergo Kidney Transplantation Overseas”, en *Transplantation*, 82(12), pp.1658-1661.
16. GEDDES, C.C.; Henderson, A.; Mackenzie, P. y Rodger, S.C. (2008), “Outcome of Patients from the West of Scotland Traveling to Pakistan for Living Donor Kidney Transplants”, en *Transplantation*, 86(8), pp. 1143-1145.
17. HIGGINS, R. (2003), “Kidney Transplantation in Patients Traveling to India or Pakistan”, en *Nephrol Dial Transplant*, 18, pp. 851.
18. FINKEL, M. (2001), “This Little Kidney Went to Market”, en *NY Times Magazine*, pp. 1-13.

19. SCHEPER-HUGHES, N. (2006), "Kidney Kin: Inside the Transatlantic Transplant Trade", en *Harvard International Review*, 27(4), pp. 62-65.
20. MURALEEDHARAN, V.R.; Jan, S. y RAM PRASAD, S. (2006), "The Trade in Human Organs in Tamil Nadu: the Anatomy of Regulatory Failure", en *Health Econ Policy Law*, 1(Pt 1), pp. 41-57.
21. FAN, S.T. y Wang, H.B.K.L. "Follow up of Chinese liver transplant recipients in Hong Kong", *Liver Transplantation*, 15(5), pp. 544-550.
22. GIL, J.; Madhira, B.R.; Gjertson, D.; Lipshutz, G.; Cecka, J.M.; Pharm, P. T. *et al.* (2008), "Transplant Tourism in the United States: a Single-Center Experience", en *Clin J Am Soc Nephrol*, 3(6), pp. 1820-1826.
23. INSTON, N.G.; Gill, D.; Al-Hakim A. y Ready, A.R. (2005), "Living Paid Organ Transplantation Results in Unacceptably High Recipient Morbidity and Mortality", en *Transplant Proc*, 37(2), pp. 560-562.
24. PRASAD, G.V.R.; Shukla, A.; Huang, M.; D'A Honey, R.J. y Zaltzman, J.S. (2006), "Outcome of Commercial Renal Transplantation: a Canadian Experience", en *Transplantation*, 82(9), pp. 1130-1135.
25. MENDOZA, R.L. (2012), "Transplant Management from a Vendor's Perspective", en *Journal of Health Management*, 14(1), pp. 67-74.
26. SHIMAZONO, Y. (2007), "The State of the International Organ Trade: a Provisional Picture Based on Integration of Available Information", en *Bull WHO*, 85(12), pp. 955-962.
27. SCHEPER-HUGHES, N. (2000), "The Global Traffic in Human Organs", en *Current Anthropology*, 41(2), pp. 191-224.
28. BUDIANI-SABERI, D. y Mostafa, A. (2011), "Care for Commercial Living Donors: The Experience of an NGO's Outreach in Egypt", en *Transplant Int*, 24(4), pp. 317-323.
29. PAGUIRIGAN, M.S. (2012), "Sacrificing Something Important: The Lived Experience of Compensated Kidney Vendors in the Philippines", en *Nephrol Nurs J.*, 39(2), pp. 107-117; quiz 18.
30. NAVQUI, S.A.A.; Ali, B.; Mazhar, F.; Zafar, M.N. y Rizvi, S.A.H. (2007), "A Socioeconomic Survey of Kidney Vendors in Pakistan", en *Transplant Int.*, 20(11), pp. 934-939.

31. MONIRUZZMAN, M. (2012), “‘Living Cadavers’ in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar”, en *Med Anthropol Q.*, 26(1) pp. 69-91.
32. PASSAS, N. (2012), *Cross-Border Crime in the Interface Between Legal and Illegal Actors*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen.

## 10. LA COMERCIALIZACIÓN DE LA GENÉTICA

*Carme Barrot\**

### 1. La genética como diagnóstico de enfermedades

El estudio del genoma humano ha permitido llegar a conocer la implicación de la herencia en la salud de las personas o la predisposición a que se pueda manifestar en el largo plazo algún trastorno.

No siempre se ha encontrado una solución médica a estas enfermedades, en algunos casos se establece un control preventivo para poder actuar tan pronto se manifieste y optar por la utilización de medicamentos poco agresivos.

Estos conocimientos han atraído a nuevos empresarios para crear nuevos negocios, especialmente en Internet, en donde por un módico precio de aproximadamente 300 euros (1,2) se puede comprar un *kit* para obtener unas muestras que, con posterioridad, se enviarán a una dirección en donde se determinará la sensibilidad a una o diversas enfermedades. Los últimos resultados de búsqueda por la red permiten encontrar empresas que venden un sistema en el cual el mismo paciente-cliente es quien realizará los análisis y obtendrá un resultado (1).

El diseño de la página *web* de estas empresas suele ser de colores suaves y sobrios, predominando diferentes tonalidades de grises y blanco, similares a los que se asocian a hospitales, centros médicos o consultas médicas. Dando una sensación de rigor, seriedad y confianza. Pero realmente, ¿quién está detrás de la empresa? ¿Tienen los

---

\*Universidad de Barcelona.

conocimientos y la formación necesarios para gestionar la información derivada de las analíticas? ¿Son los charlatanes de la era moderna?

Una situación tipo es que la empresa contratada por Internet envía a casa del cliente-paciente un *kit* para la obtención de la muestra, sin ningún tipo de control ni garantías de cómo se esté realizando la toma de la muestra. Tampoco se pide un consentimiento informado firmado por la persona interesada en el estudio de su ADN. De todos modos, ¿qué valor podría tener un papel firmado sin la comprobación, por parte de una persona autorizada, de la identidad del firmante? ¿Y en el caso de un menor, quién tiene que dar el consentimiento, el padre, la madre o ambos, suponiendo que el menor esté tutelado por los padres?

Es posible que no todas las empresas sean oportunistas y que en realidad tengan intención de ayudar a los posibles pacientes-clientes, pero ¿cómo diferenciarlas?

Supongamos una persona diagnosticada de una enfermedad grave, como puede ser un cáncer. En la era de la informática, el primer paso de gran parte de la población será buscar información en Internet. Entre los resultados obtenidos encontrarán que uno de los factores implicados en el desarrollo de tumores está relacionado con la genética. Y la empresa “X” ofrece la realización de un estudio genético para establecer la susceptibilidad del interesado y de la familia a padecer este mismo tipo de cáncer. El interesado, quien se encuentra en un momento especialmente sensible, considera que será una información importante para el tratamiento y la gestión de la enfermedad la realización de este estudio entre sus familiares. Cuando le llegan los resultados por correo electrónico o por correo postal irán acompañados de un informe médico. En ningún momento la empresa “X” ha entrado en contacto con el afectado, ni tiene su historial médico, ni realizará un seguimiento. Será la capacidad de la persona afectada y sus conocimientos los que le permitirán gestionar la información obtenida de la mejor forma posible.

### *Relaciones familiares*

Una enfermedad genética no afecta solamente a su portador. Existe la probabilidad de que se transmita a la descendencia, o que otros miembros de la familia estén también afectados o sean portadores.

Las reacciones de los distintos miembros de la familia ante una enfermedad genética pueden conllevar problemas psicosociales entre ellos, por ejemplo discusiones, ruptura de relaciones, etcétera.

Establecer las posibilidades de transmitir el riesgo genético a la descendencia y cómo gestionar esta información requiere ayuda profesional, no sólo para el portador sino para toda la familia.

¿Debería solicitarse y obtenerse el consentimiento previo de los familiares posiblemente afectados por la enfermedad o la anomalía, bien sea como directamente afectados o como portadores, antes de comenzar el proceso de información, etcétera? Aquí no cabe hablar de consentimiento presunto, pero ¿puede aceptarse una negativa cuando existe riesgo de transmisión a la descendencia?

### ***Relación paciente-médico***

El código deontológico médico entra en conflicto con estas prácticas empresariales. Un médico tiene la obligación de explicar a su paciente de forma directa los resultados de los análisis, realizar inspecciones oculares, explicarle qué opciones tiene y pautar un seguimiento y tratamiento, en caso de que éstos existieran y si el paciente estuviese de acuerdo con seguirlo. Si fuera necesario, el médico podría realizar un estudio exhaustivo de la persona y su ambiente para mejorar el diagnóstico y el posible tratamiento (3).

En el ámbito legislativo también existen normas que limitan la actuación médica y la relación con el paciente, en especial la ley 41/2002 *reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (4) y la ley 14/1986, del 25 de abril, *general de sanidad* (5). Según estas leyes, el paciente tiene derecho a ser informado de forma comprensible, suficiente y continuada y a dar el consentimiento informado para la realización de actuaciones médicas en su persona.

### ***Consejo genético***

Una vez determinado el riesgo genético en un individuo, se establecerá una metodología de cribado genético entre los familiares más próximos. Una amplia historia clínica personal y familiar, así como

un árbol genealógico lo más extenso y veraz posible siguen siendo elementos de gran ayuda para decidir y orientar el estudio genético, además de facilitar la valoración del riesgo en cada paciente.

La realización de análisis presintomáticos sólo se llevará a cabo en pacientes con una historia clínica o familiar que demuestre la presencia del trastorno genético. Los pacientes asintomáticos deberán recibir la mayor información posible acerca de los riesgos de padecer la enfermedad, las posibilidades terapéuticas y un soporte psicológico. En los casos que sea conveniente, y siempre que el paciente acceda, se debe mantener un seguimiento de la persona y un estudio de su entorno social.

Los resultados del consejo genético se darán en términos probabilísticos y de forma que el paciente lo pueda entender en toda su extensión, especialmente en lo que se refiere a las consecuencias previsibles para él y su descendencia, a fin de posibilitar decisiones bien informadas.

## ***Conclusiones***

Las empresas contratadas en Internet no dispondrán, en su mayoría, de los actos médicos asociados a un consejo genético. Es poco efectivo para el negocio disponer de un historial clínico, apoyo psicológico y una persona que resuelva las dudas del paciente a distancia las 24 horas al día durante los 365 días del año. Lo más sencillo es proporcionar resultados puros y con una mínima interpretación que se ajuste al máximo a todos los supuestos que se puedan dar con la poca información que dispongan.

## **2. Genética forense**

La genética también forma parte de las ciencias forenses y la medicina legal. Las pruebas de paternidad y las identificaciones son metodologías que se utilizan en determinados casos criminales y forman parte de los indicios presentados al juez.

En la práctica de la identificación a nivel judicial se entiende que el estudio del genoma se usará solamente para la finalidad identificadora de un individuo o un indicio. Por este motivo, el estudio que se reali-



ce sólo puede centrarse en aquellos marcadores que ayuden a la identificación y se evitarán los relacionados con enfermedades. El juez será la persona que vigilará que la información genética no sea utilizada para otra finalidad distinta a la necesaria para el proceso judicial.

### ***Pruebas de genética forense por Internet***

Las empresas que ofrecen los servicios de genética forense por Internet generalmente se dedican al *test* de paternidad, maternidad o fraternidad. Las personas interesadas consiguen la información de parentesco entre dos muestras y mantienen el anonimato gracias a la distancia, la falta de presencialidad y el desconocimiento por parte del resto de los miembros de la familia. Los precios pueden variar entre 200 y 400 euros para procesar dos muestras; en la mayoría de las páginas *web* se requiere una llamada previa para informarse del precio.

Pocos son los que ofrecen identificaciones a partir de dos muestras anónimas, el problema y una muestra de referencia (2). Serían los casos más claros de violación de la intimidad personal.

No siempre las páginas *web* indican que los informes derivados no sirven para presentarlos ante un juez o en el registro civil. Un elevado porcentaje de casos buscan una información que les sea útil para procesos de divorcio o de herencias y requerirán que el informe pueda presentarse a nivel judicial. Para ello es necesario que una persona autorizada (policial, judicial o del ámbito sanitario) realice una identificación con documentación (DNI, pasaporte, carnet de conducir, etcétera) y se mantenga una cadena de custodia de las muestras hasta su llegada al laboratorio en donde serán analizadas. En estos casos, las empresas cobran tarifas superiores, entre 750 y 800 euros, dato que sólo se puede obtener tras ponerse en contacto con la empresa. Algunas páginas indican la necesidad de documentación adicional identificadora y solamente en una página *web* se indica la necesidad de certificar la cadena de custodia de cada una de las muestras a analizar (6). El posterior informe se remite por correo electrónico o por correo postal, en algunos casos se aumenta el precio para este envío en unos 10 euros.

## ***Identidad de los profesionales***

El primer problema vuelve a ser el mismo que en el caso de los *test* genéticos de enfermedades: ¿qué personas están detrás de este negocio? ¿Tienen los conocimientos suficientes para la realización e interpretación de los resultados? Es cierto que siempre han existido negocios que ofrecen soluciones médicas o forenses sin que los responsables tengan conocimientos médicos, pero Internet lo que facilita es el anonimato de las personas que están detrás de las páginas *web*.

## ***Informe de paternidad***

El segundo problema lo constituye qué personas tienen derecho a una copia del informe. Partimos del hecho de que el ADN es la información que nos individualiza y contiene los códigos de nuestras moléculas y sus reguladores. Pero parte de esta información, el 50 por ciento, se comparte con la madre biológica y el otro 50 por ciento se comparte con el padre biológico (obviando ahora el ADN mitocondrial, que sólo proviene de la madre), lo que significa que no sólo se obtienen información de una persona sino también de los padres y de una parte, no definida, del resto de la familia: abuelos, tíos, primos... Lo que conlleva que el estudio del genoma de una persona no implica únicamente a esa persona, sino también a sus familiares biológicos. Cuando un padre solicita una prueba de paternidad sobre un hijo sin que la madre sea consciente de ello, se plantean dos problemas éticos:

1. Según el código ético médico y el código civil español (7,8) el estudio genético tendría que ir siempre acompañado del correspondiente informe firmado por la persona que cede la muestra. Y en el caso de los menores o personas con dependencia, la autorización deberían darla los tutores legales. Lo que significa que los padres y madres, a los cuales no se les haya retirado la tutela del hijo, tendrían que consentir a la realización de la prueba y tienen, además, derecho a negarse a realizarla.
2. Todas las personas implicadas en la prueba tendrían derecho a tener un informe del estudio realizado, o en el caso de los menores o con dependencia, sus representantes legales. Por lo

tanto, ante una prueba de paternidad que involucre a un menor, sus tutores legales también deberían recibir un informe con el resultado de la misma.

## Conclusiones

La realización de estas pruebas sin la presencialidad requerida para las firmas, los consentimientos para realizar el estudio y las identificaciones de las personas que solicitan la prueba, las que cederán las muestras para el estudio y las que las llevarán a cabo e informarán de los resultados de forma que los clientes-pacientes puedan entenderlos en su justa medida, carece de validez jurídica.

## Fuentes consultadas

1. Proforma, tomado de <<http://www.promofarma.com/tellmegenkit-baby-1ud>>, consultada el 27 de mayo de 2016.
2. TRKGenetics, tomado de <<http://www.trkgenetics.com/genotest/productos>>, consultada el 27 de mayo de 2016.
3. Consell de Col·legis de Metges de Catalunya. Codi de Deontologia. Barcelona. Ambient Gràfic, 2005.
4. Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE 15.11. 2002).
5. Ley 14/1986, del 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29.04.1986)
6. Progenie, tomado de <[http://www.progenie-molecular.com/Paternidad\\_1\\_ES.html?gclid=CNuZlrKN9cwCFa0W0wodJowN4w](http://www.progenie-molecular.com/Paternidad_1_ES.html?gclid=CNuZlrKN9cwCFa0W0wodJowN4w)>, consultada el 27 de mayo de 2016.
7. OMC (2011), “Código de Deontología Médica”, *Guía de Ética Médica*, Madrid, pp. 1-58, tomado de <[https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo\\_deontologia\\_medica.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf)>, consultada en enero de 2012.
8. Código Civil Español.



## **11. INVESTIGACIÓN Y MERCADOS EMERGENTES: WEBS, APPS, BIG DATA, MUESTRAS BIOLÓGICAS E INFORMACIÓN GENÉTICA**

*Miriam Méndez García\**

### **1. Introducción**

Este capítulo plantea algunas de las dificultades prácticas a las que se deben enfrentar los Comités de Ética de Investigación (CEI) en su labor diaria como consecuencia de la gran variedad de funciones que les atribuyen las normas y, en gran medida, de las situaciones no previstas en ellas, pero que en la práctica se producen.<sup>1</sup> Se enumerarán las principales situaciones conflictivas que deben resolver los Comités de Ética de Investigación en el cumplimiento de sus funciones legalmente establecidas.

La actividad de los CEI está regulada por diferentes normas:

- Ley 14/2007, del 13 de julio de Investigación Biomédica (en adelante, LIB).
- Real Decreto 1716/2011, del 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen

---

\* Hospital Clínic de Barcelona.

<sup>1</sup> Ponencia presentada en febrero de 2016 en el marco del X Seminario sobre la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Artículo 21. Prácticas transnacionales: el cuerpo humano ante el mercado global.

humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica (en adelante, RDLIB).

- Real Decreto Legislativo 1090/2015, del 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los CEI con Medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.
- Reglamento (UE) núm. 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril de 2014.
- Real Decreto Legislativo 1/2015, del 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios.

Estas normas atribuyen a los Comités de Ética de Investigación (en todas sus acepciones, CEIC, CEIM, CEI...) la función de ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales del protocolo de investigación propuesto, así como el balance de riesgos y beneficios anticipados dimanantes del proyecto. Los CEI llevan a cabo las siguientes funciones que la citada legislación les atribuye:

- Evaluación de ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios.
- Estudios postautorización con medicamentos.
- Evaluación de estudios observacionales.
- Ejercer las funciones de Comité Ético de los biobancos.
- Autorización de uso excepcional de muestras biológicas.
- Evaluación de proyectos de investigación biomédica.

Así mismo, y al margen de las exigencias legales que acaban de mencionarse, actúan en ocasiones a petición de los propios investigadores a fin de validar casos clínicos o artículos científicos que desean publicar, porque las revistas científicas exigen, de manera casi general, que los manuscritos que se envían para su publicación hayan sido evaluados previamente por un CEI.

En conjunto con la gran variedad de funciones que deben llevar a cabo, existen otros elementos que añaden dificultad a la tarea de los CEI, como son:

- Los Comités deben llevar a cabo el análisis de elementos éticos y legales extremadamente complejos, lo cual les obliga a

tener un conocimiento técnico y jurídico especializado (*apps*, genoma humano...).

- Los recursos, tanto técnicos como materiales, de que disponen los CEI son claramente escasos para abordar el volumen y la complejidad de los casos que deben evaluar.
- La percepción exterior negativa de las funciones de los CEI, que en ocasiones se consideran como un mero trámite u obstáculo a salvar por parte de los propios investigadores.

Así pues, el elevado número de funciones que deben llevar a cabo, junto con las dificultades técnicas, a menudo obligan a los CEI a analizar casos prácticos para los cuales la legislación no ofrece solución alguna. Las situaciones que con mayor frecuencia ocurren son:

## **2. Análisis de proyectos de investigación con *webs* y aplicaciones (*apps*)**

- El uso de las tecnologías de la información en investigación provoca que un número creciente de proyectos incluyan *apps* o *webs*, bien sea para su evaluación o para la utilización de *apps* y *webs* como elementos o herramientas del proyecto de investigación.
- Cuando se evalúa un proyecto que consiste en una *app*, el Comité debe enfrentarse a elementos técnicos que añaden dificultad al análisis del proyecto y a problemas de confidencialidad cada vez más complejas.
- Cabe destacar que la aprobación del proyecto de investigación no equivale a una aprobación de la *app*, ya que su aplicación, una vez se comercialice, contendrá otros elementos técnicos, económicos y normativos fuera del alcance y competencias del Comité.

## **3. Tratamiento de las peticiones internacionales de muestras**

- El RDLIB prevé, en su artículo 31, la evaluación de la idoneidad de las muestras provenientes del extranjero, pero no realiza ninguna previsión en relación con dichas muestras. Esto

plantea un problema evidente: ¿cómo debe analizar un CEI los proyectos que solicitan el uso de muestras procedentes del extranjero?

- El RDLIB prevé tres regímenes posibles: proyecto, colección y biobanco. En el caso de los dos últimos, y de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos, debe comunicarse su constitución al Instituto de Salud Carlos III, lo cual hace muy difícil o imposible la existencia de colecciones o de biobancos en el extranjero. Las muestras sólo podrían salir fuera de España para ir a un proyecto, ya que no existen biobancos o colecciones en el sentido del RDLIB. Esto, en la práctica, no resulta asumible, ya que existen peticiones de muestras para que pasen a formar parte de repositorios no ubicados en España.
- La pregunta es, pues, ¿qué debería hacerse en estos casos? No autorizar la salida de muestras supondría un perjuicio para la investigación, pero a la vez se debe garantizar que las muestras que salgan fuera de territorio español se traten con las mismas garantías que las muestras que se tratan en territorio español, y éste será uno de los objetivos de los CEI. Para conseguir este objetivo cabe exigir el compromiso del receptor de que tratará las muestras en condiciones similares a las que, por ejemplo, se exigirían en una colección.

#### **4. Peticiones de muestras a través de empresas intermediarias**

La LIB se basa en el principio de gratuidad de la donación de muestras (artículo 7) y establece expresamente la prohibición que el sujeto fuente o los biobancos se lucren con el uso de las muestras. Sin embargo, ¿qué sucede en los casos en que no es ni el sujeto fuente ni un biobanco quien obtiene lucro del uso de las muestras, sino un tercero que actúa como intermediario entre el biobanco y los laboratorios/empresas que desean disponer de esas muestras y que cobra una tasa por poner en contacto a ambas partes?

En este punto, los CEI deben plantearse si resulta lícito establecer un negocio de intermediación que tiene como objeto las muestras biológicas humanas o si, por el contrario, esta labor intermediadora va en contra de la legislación.



## 5. Solicitudes de muestras para validaciones técnicas y otras peticiones externas

Otra de las peticiones a que se deben enfrentar los CEI, y que tampoco está prevista por la ley, son las solicitudes de muestras efectuadas directamente a un investigador a fin de llevar a cabo técnicas de validación. En este sentido, la exposición de motivos de la LIB establece que el uso de muestras con finalidades de calidad y verificación técnica debe cumplir con los principios de la norma, pero más allá de esta previsión genérica la norma no concreta más. Así pues, ¿cómo deben abordarse estas situaciones? ¿Qué debe exigir un CEI?

En estos casos debería distinguirse cuando se trata del uso interno de muestras sobrantes para verificación técnica y de calidad, que es algo que se hace de forma rutinaria en el mismo centro en donde se atiende al paciente y no le supone riesgo alguno, de las peticiones externas para verificación técnica y de calidad por parte de laboratorios.

¿Qué cabe hacer en este último supuesto: aceptar el uso libre o bien exigir el consentimiento del donante de la muestra como si se tratara de una investigación? En este caso, el objetivo es evitar que los centros sanitarios se conviertan en *mercados de muestras*, y en consecuencia se debe exigir unas mínimas cautelas, como son: la cesión de muestras no identificadas, la devolución o destrucción de las muestra una vez utilizadas y la firma o el acuerdo de transferencia del material; o bien exigir en todos los casos que el investigador solicite el consentimiento informado a los pacientes para ceder las muestras a biobancos o colecciones no relacionadas con el hospital en que son atendidos.

## 6. Solicitudes de uso extraordinario de muestras biológicas

Los CEI pueden autorizar el uso excepcional de muestras para investigación siguiendo los criterios establecidos en la disposición transitoria segunda de la LIB, el artículo 58, y los artículos 24 y 26 del RDLIB. Así pues, los Comités tienen la posibilidad de autorizar de manera excepcional el uso de muestras biológicas, pero siempre condicionado al cumplimiento de determinados criterios.

La tabla que reproducimos a continuación describe el complejo régimen de autorización excepcional por parte de los CEI, así como

las normas que se deben cumplir. Distinguimos las muestras anteriores a la entrada en vigor de la normativa de las posteriores.

### Muestras pre-LIB

| Tipo de muestras                | Anonimizada                                               | Identificada                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------|-----------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Referencia normativa            | DT 2ª LIB                                                 | DT 2ª LIB                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Condiciones de uso según la LIB | La muestras se puede utilizar previa presentación al CEIC | El CEIC autorizará el uso de la muestra si concurren los siguientes requisitos: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Que se trate de una investigación de interés general.</li> <li>• Que la investigación sea menos efectiva o que no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.</li> <li>• Que no conste objeción expresa del mismo.</li> <li>• Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.</li> </ul> |

### Muestras post-LIB

| Origen de la muestra | Donante vivo                         | Donante fallecido |
|----------------------|--------------------------------------|-------------------|
| Referencia normativa | Artículo 58 LIB<br>Artículo 24 RDLIB | Artículo 26 RDLIB |

|                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|---------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Condiciones de uso según la LIB | <p>El CEIC autorizará el uso de la muestra si concurren los siguientes requisitos:</p> <p>Que no se disponga de una alternativa viable para el proyecto.</p> <p>Que se trate de una investigación de interés general.</p> <p>Que la investigación se lleve a cabo en la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras.</p> <p>Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos del sujeto fuente.</p> <p>Que no conste oposición expresa del sujeto fuente.</p> <p>Que se garantice la confidencialidad del donante.</p> <p>Que se hayan valorado el esfuerzo, el tiempo y los medios humanos, materiales y económicos necesarios para obtener el consentimiento.</p> | <p>Las muestras que provienen de donantes fallecidos se podrán utilizar siempre que no conste la objeción expresa del sujeto fuente.</p> <p>En caso de que no conste un consentimiento expreso dado en vida por el difunto, y con objeto de averiguar si existe objeción, se tendrán que consultar sus últimas voluntades.</p> <p>En caso de que no exista constancia de voluntades anticipadas, se tendrá que consultar a los familiares y profesionales sanitarios que lo atendieron con el objeto de averiguar si existe oposición al uso de muestras.</p> <p>En caso de que el proyecto sea sensible y tenga alguna implicación clínica directa para los familiares, se les preguntará adicionalmente si desean ser informados de los resultados clínicamente relevantes para ellos.</p> |
|---------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Resulta especialmente difícil interpretar un concepto jurídicamente indeterminado como «esfuerzo razonable», qué debe entenderse por tal y cómo cabe interpretarlo. Una propuesta para dar salida a esta situación sería añadir la consideración de «proyecto sensible», siendo más exigentes, en cuanto a esfuerzos y recursos, en aquellos proyectos que supongan la obtención de información genéticamente relevante para el sujeto fuente de la muestras y *a sensu contrario* ser menos exigentes en los proyectos calificados como no sensibles.

## 7. Proyectos *big data* e información genética

Finalmente, es necesario destacar que cada vez es más usual que los CEI deban evaluar proyectos *big data* que además incluyen datos genéticos, cuyas principales características son:

- Se trata de datos obtenidos mediante el análisis de muestras biológicas humanas y sometidas, por consiguiente, a un régimen específico de obtención y conservación.
- Son datos singulares que proporcionan información única acerca del sujeto fuente de la muestra y que no sólo afectan al sujeto del que proviene la muestra sino también a sus familiares.

El análisis de datos genéticos proporciona una gran cantidad de información sensible, por lo que el uso del mismo sin las cautelas adecuadas puede dar lugar a comportamientos discriminatorios basados en ese tipo de información.

En este marco se debe ser especialmente cauteloso en el análisis de este tipo de proyectos, así como tener en cuenta otras cuestiones previas, en especial si resulta lícita la participación en los mismos de *partners* con intereses comerciales o económicos en el uso de los datos.

Vista toda esta variedad de situaciones, cabe destacar la importancia del trabajo en equipos pluridisciplinares para fijar criterios y protocolos mediante los cuales se establezcan criterios firmes a fin de actuar siempre en el mismo sentido en situaciones similares. Así mismo, es urgente la colaboración entre CEI para homogeneizar criterios entre centros y estandarizar formularios y documentos.

Por último, ante la reciente entrada en vigor del RDL de ensayos clínicos, debemos preguntarnos qué consecuencias tendrá su aplicación práctica para los CEIm. Esta norma cambia el sistema de evaluación de los ensayos, siendo el promotor quien elegirá el CEIm responsable de la aprobación del ensayo, lo cual obliga a plantearse qué criterios tendrá en cuenta el promotor para elegir al CEIm responsable de la evaluación: criterios de rapidez, de eficacia o, por el contrario, tendrá especialmente en cuenta la interpretación más o menos restrictiva de la normativa vigente por parte de diferentes Comités, que, como se ha descrito, poseen un amplio margen de maniobra.

Barcelona, a 28 de febrero de 2016

## 8. Fuentes consultadas

- Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Real Decreto 1720/2007, del 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- Real Decreto 1716/2011, del 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica.
- Real Decreto Legislativo 1090/2015, del 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con Medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.
- Reglamento (UE) Núm. 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril de 2014.
- Real Decreto Legislativo 1/2015, del 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos de fecha 11 de junio de 2015.
- Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación (*Informe Belmont*). Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos en la experimentación, Estados Unidos, 18 de abril de 1979.
- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de Naciones Unidas. París, 16 de octubre de 2003.
- Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos.
- Declaración sobre los principios de actuación en la investigación genética aprobada por el Consejo Hugo en Heidelberg (República Federal de Alemania), 21 de marzo de 1996.

Instrumento de Ratificación del 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 (*Convenio de Oviedo*), Oviedo, 4 de abril de 1997.

Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización adoptado el 10 de abril de 2014 por el Grupo de Trabajo sobre Protección de datos del artículo 29.

Guía para la prestación de servicios de *cloud computing* de la Agencia Española de Protección de Datos de 2013.

Statement on Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU, adopted on 16 Septiembre 2014. Article 29 Data Protection Working Party.

Documento de trabajo sobre datos genéticos adoptado el 17 de marzo de 2004 por el Grupo del artículo 29 sobre protección de datos.

Marco de actuación para el uso compartido responsable de datos genómicos y relativos a la salud de la Alianza Global para la Genómica y la Salud. Versión del 10 de septiembre de 2014.

## 12. LA TENDENCIA A LA MERCANTILIZACIÓN DE PARTES DEL CUERPO HUMANO Y DE LA INTIMIDAD EN INVESTIGACIÓN CON MUESTRAS BIOLÓGICAS Y DATOS (PEQUEÑOS Y MASIVOS)

*Itziar de Lecuona\**

### 1. Introducción

La investigación en seres humanos debe ser evaluada por comités de ética multidisciplinares e independientes como garantía de calidad y de respeto por los derechos e intereses de los participantes e implicados.<sup>1</sup> En tanto que miembro de dos Comités de Ética de Investigación (CEI),<sup>2</sup> soy testigo de la creciente tendencia a la mercantilización de muestras biológicas de origen humano y de datos de carácter personal. Las partes del cuerpo humano —incluidas las muestras biológicas— y los datos de carácter personal —y por lo tanto la intimidad—, se monetizan en una sociedad que apuesta por la investigación científica y

---

\* Universidad de Barcelona.

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 12 “Comités de Ética de la Investigación”, de la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB).

<sup>2</sup> Comité de Bioética de la Universidad de Barcelona (miembro desde 2011) y Comité de Ética de Investigación del Hospital Clínico de Barcelona (miembro desde 2012), que realiza las funciones de Comité de Ética Externo al Biobanco del mismo Hospital, posibilidad que la normativa permite. Ver artículo 6.2 b) del Real Decreto 1716/2011, del 18 de noviembre, *por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica.*

tecnológica en tanto que dinamizadora del progreso económico y social. La investigación y las aplicaciones científico-tecnológicas son noticia prácticamente a diario en los medios de comunicación, incluidos los suplementos dedicados a economía, que últimamente describen el impacto de la digitalización en los negocios, las bondades del análisis de datos masivos y los triunfos de las biotecnológicas ibéricas.<sup>3</sup> Considero que, en ocasiones, las prácticas en investigación relacionadas con las muestras biológicas de origen humano almacenadas en biobancos, y los flujos de datos carácter personal en la investigación con datos masivos de carácter público, pueden no ajustarse a los fines establecidos, supuestamente orientados al bien común y al interés público.

La reflexión bioética debe contribuir a definir los problemas y las oportunidades de la aplicación del progreso científico y tecnológico, y a promover un debate social informado sobre su impacto en los seres humanos —incluyendo las generaciones futuras— y en el medio en el que viven. Si lo hace demasiado tarde y sin un adecuado análisis y comprensión de aquello a lo que nos estamos enfrentando, su aportación será inútil y habrá propiciado prácticas no deseadas desde la «inocencia» de sus principios considerados en abstracto, con lo que la bioética habrá favorecido un discurso institucional de seguridad y de control de la investigación que dista de la realidad. Una bioética que no habrá sabido adaptarse a los nuevos escenarios en investigación e innovación, facilitadora de mercados, por seguir usando viejos patrones para el tratamiento de nuevos y muy complejos problemas en investigación y en asistencia.

Identificar mercadeo donde sólo debería haber investigación y evitar que el ser humano —desgranado en partes y datos— tenga un precio, es el reto al que se enfrenta la reflexión bioética en el seno de los

---

<sup>3</sup> Entre otras noticias: “La biotecnología ibérica se mete en la gran liga. Los acuerdos entre varias empresas ponen a España en el mapa mundial de la industria”, en *El País*, 24 de abril de 2016, tomado de <[http://economia.elpais.com/economia/2016/04/22/actualidad/1461343830\\_526950.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/04/22/actualidad/1461343830_526950.html)>; “‘Big data’, la nueva materia prima. La privacidad gana importancia en un mundo donde los datos tiñen todas las actividades”, en *El País*, 4 de junio de 2016, tomado de <[http://economia.elpais.com/economia/2016/06/03/actualidad/1464954943\\_672966.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/06/03/actualidad/1464954943_672966.html)>; “Seguros en la era del Gran Hermano. El análisis masivo de datos revoluciona el sector con productos a medida del cliente”, en *El País*, 25 de abril de 2016, tomado de <[http://economia.elpais.com/economia/2015/04/23/actualidad/1429805089\\_612660.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/04/23/actualidad/1429805089_612660.html)>; “A tu banco le importa lo que haces en las redes sociales”, en *La Vanguardia*, 1 de agosto de 2016, tomado de <<http://www.lavanguardia.com/economia/20160731/403556388480/banco-redes-sociales-credito-algoritmo-big-data-scoring.html>>. Consultados el 26 de agosto de 2016.



comités de ética en investigación. Para este capítulo se han elegido determinadas prácticas en el contexto de los biobancos y la situación de la investigación en la utilización de datos masivos con la intención de plantear situaciones novedosas, para las que el análisis bioético no está preparado, y que tampoco cuentan con una respuesta jurídica adecuada; urge solucionar ambas cuestiones. En un contexto de acumulación de progreso científico y tecnológico, es necesario un análisis previo de la viabilidad ética de cualquier investigación e innovación, para que realmente lo sea. Este capítulo tiene como principal objetivo contribuir a la conceptualización de los problemas y hacer propuestas que permitan mejorar el sistema investigador, modificando las formas en las que fluyen muestras biológicas y datos de carácter personal, y se establecen patrones y controlan comportamientos en el ámbito de la salud.

El ciudadano supuestamente empoderado por la tecnología —como preconizan los modelos de negocio digitales y los programas europeos de investigación—,<sup>4</sup> se quedará pasmado cuando vea que su genoma y sus patrones de compra están en manos de terceros con diversos intereses; y que, al tener sus datos, si quieren probar suerte en un nuevo sector de negocio acertarán con sus ofertas. Cuando ese ciudadano caiga en la cuenta del descontrol sobre sus datos y de los usos no deseados de su información y de su intimidad, ¿qué ocurrirá? Quizás no le importe, le parezca bien, o no tan bien, cuando descubra que esa información también la tiene una aseguradora privada con la que de-see contratar un seguro. Cuando ese ciudadano tenga Alzheimer, ya no podrá preguntarse por qué años atrás le llegaba a su correo electrónico ingente propaganda de aplicaciones móviles sobre cómo ejercitar su memoria, cámaras que graban sus hábitos para olvidar lo menos posible y ofertas de residencias para personas con demencia. La respuesta hay que buscarla en la analítica de datos masivos, tecnología que ya se habría ocupado de predecir su futuro y que, bajo una pretendida eficacia, habría determinado con anterioridad el coste de su enfermedad para el sistema sanitario.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Para, por ejemplo, envejecer de manera activa en el marco de un mercado único digital, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/research-and-innovation-ageing-well-ict>>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>5</sup> Ver la información disponible en acceso abierto en la página web de la Unión Europea sobre Economía y Sociedad Digital, bajo el lema ¿qué puede hacer el *big data* por

En investigación en seres humanos se establecen precios y hay mercados de muestras biológicas de origen humano y de datos, amparados por la gratuidad y el altruismo ciudadano establecido por ley:

La donación y la utilización de muestras biológicas humanas será gratuita, cualquiera que sea su origen específico, sin que en ningún caso las compensaciones que se prevén en esta Ley puedan comportar un carácter lucrativo o comercial. La donación implica, asimismo, la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas.<sup>6</sup>

Conviene recordar que la investigación es la base de nuestro sistema sanitario y que los intereses de la ciencia y de la sociedad no deben prevalecer sobre los del individuo.<sup>7</sup> No es éste un capítulo en contra de la investigación con muestras biológicas humanas ni de los biobancos en los que se almacenan y gestionan. Tampoco va en contra de la analítica de datos masivos en investigación. Bien al contrario, es un texto a favor de tales investigaciones, pero sin mercados encu-

---

ti? (*What big data can do for you?*) tomado de <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/what-big-data-can-do-you>>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>6</sup> Artículo 7 de la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica. Véase también artículo 30 del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, *por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica*. “Gratuidad de la donación y utilización de muestras biológicas de origen humano. 1. La donación y utilización de muestras biológicas de origen humano serán gratuitas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y concordantes de la Ley 14/2007, del 3 de julio. 2. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar por la obtención de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y otros inconvenientes que se puedan derivar de la toma de la muestra, y no podrá suponer un incentivo económico. 3. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, y no podrá en ningún caso alentar la donación mediante la oferta de compensaciones económicas distintas de la estrictamente resarcitoria prevista en el apartado anterior”.

<sup>7</sup> Artículo 2. Instrumento de Ratificación del 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), Oviedo, 4 de abril de 1997.

biertos y a favor de una reflexión bioética que entienda la realidad, que comprenda los problemas desde la multidisciplinariedad y que aporte soluciones y alternativas, participando verdaderamente en los distintos y muy diversos procesos de creación y aplicación del conocimiento.

## 2. ¿Bienes públicos al servicio de intereses privados?

La experiencia acumulada en la evaluación de proyectos me ha permitido identificar que, en ocasiones, se presentan ante los comités propuestas con apariencia de proyecto de investigación pero que, en realidad, no son tales; prácticas con ánimo de lucro se maquillan y se presentan vestidas del altruismo que predica el sistema. Se trata de prácticas que incluso pueden llegar a ser ilícitas y que no siempre pueden detectarse desde el inicio pero que, una vez identificadas, no deben autorizarse.

Algunos de los nuevos modelos de negocio se basan en el lucro obtenido de las partes del cuerpo humano<sup>8</sup> y de la propia intimidad mediante el acopio y comercialización de datos personales. Puede ocurrir, por ejemplo, con ciertas aplicaciones móviles de salud y bienestar (*apps* de salud), para las que, en mi opinión, ni el marco jurídico está suficientemente preparado ni la reflexión bioética ha sabido actualizarse, a fin de enfrentarse a los nuevos retos que hoy se le presentan en investigación en y con seres humanos. También se han detectado situaciones en las que no ha sido posible obtener evidencias de información y consentimiento informado de los pacientes o sujetos fuente de la muestra biológica —provenientes, por ejemplo, de otros países— para cederlas a proyectos de investigación. La calidad, la trazabilidad y la seguridad —principios sobre los que se articula la normativa— quedan en entredicho.<sup>9</sup> Si bien puede haber un

---

<sup>8</sup> Artículo 21 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina antes citado.

<sup>9</sup> En el marco de la actividad de un Comité de Ética Externo a un Biobanco y atendiendo a la normativa comprendida por la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica y el Real Decreto 1716/2011, del 18 de noviembre, *por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica.*

mercado negro de muestras y datos, por lo general no es algo que se manifieste de forma evidente.

En mi opinión, el colonialismo de los siglos XX y XXI se puede explicar también a través de los cuerpos,<sup>10</sup> de sus partes y de los datos personales asociados, generadores de lucro en distintos contextos, con una capacidad exponencial para aportar ganancias por su potencial explotación y comercialización en distintos sectores e incluso por parte de la misma empresa que los recaba. La sociedad digital se alimenta también de estas nuevas tendencias en investigación en y con seres humanos. La economía guiada por el dato que tanto persigue Europa<sup>11</sup> fomenta modelos de negocio sobre salud y bienestar que se nutren de datos personales y de comportamientos e información relacionados con datos sensibles, como los datos de salud, y otros de carácter sociodemográfico, sin que el titular de los mismos sea consciente de ello y sin que posea capacidad de control alguna sobre ellos. Son situaciones no deseadas por los titulares de la información y de las muestras biológicas, pero que tampoco son propias de un sistema que se basa en el altruismo y en el interés público y en el que los beneficios de la investigación deben revertir en la ciudadanía.

Europa ha apostado por los biobancos para compartir muestras biológicas de origen humano, para que se investigue con ellas y contribuir así al aumento del conocimiento generalizable y al desarrollo de terapias, tratamientos e intervenciones que mejoren las condiciones de vida de las personas. Si bien la gobernanza de los biobancos ha preocupado a la Comisión Europea,<sup>12</sup> siendo diversos y rigurosos los requisitos que exige la normativa para establecer un biobanco,<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> En esta línea, ver Lysaught, M.T., (2009), “Docile Bodies: Transnational Research Ethics as Biopolitics”, en *Journal of Medicine and Philosophy* 34, pp. 384-408.

<sup>11</sup> Ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Hacia una economía de los datos próspera” (COM/2014/0442 final), disponible en la base de datos EUR LEX, tomado de <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014D-C0442&from=EN>>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>12</sup> Ver el informe del Grupo de Expertos sobre Biobancos de la Comisión Europea European Commission (2012), *Biobanks for Europe: A challenge for governance*, tomado de <[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/10\\_Biobanks/biobanks\\_for\\_Europe.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/10_Biobanks/biobanks_for_Europe.pdf)>. Ver también *Recommendation CM/Rec (2016)6 of the Committee of Ministers to member States on research on biological materials of human origin*, del Consejo de Europa, que revisa la Recomendación de 2006. Tomado de <<http://www.coe.int/en/web/bioethics/biobanks>>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>13</sup> Capítulo IV de la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica.

por el momento no ocurre lo mismo con la investigación con datos masivos. El impacto que estas prácticas tienen en los derechos de las personas en el contexto investigador reclama un cambio en las dinámicas de quien investiga, de quien gestiona la investigación, de quien evalúa y controla y de quien autoriza. Lo que lleva a exigir también cambios en el propio mercado y a plantear como punto de partida que cuerpos y partes del cuerpo —muestras incluidas—, así como datos de carácter personal de salud, deberían estar fuera del comercio y, por supuesto, debería evitarse que coticen en bolsa. Esta condición parece de imposible cumplimiento en la sociedad de mercado<sup>14</sup> en la que vivimos y en la que hasta el profesor universitario se ve obligado a trasladar su conocimiento e innovación al mercado.<sup>15</sup>

### 3. Parte I: Muestras biológicas de origen humano y biobancos

En 2007 se promulgó la Ley de Investigación Biomédica (LIB) que, entre otras cuestiones relacionadas con la investigación en seres humanos, establece el régimen jurídico de la utilización de muestras biológicas en investigación. Muestras hasta entonces guardadas en frigoríficos, algunos como los que todo el mundo tiene en casa, pero llenos de material biológico humano: sangre, ADN, tumores, cerebros, etcétera. Pero, ¿qué es una muestra biológica? «Cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona».<sup>16</sup> Organizarse para compartir este material tan valioso para y por la investigación, desde la básica a la clínica, ésa es la apuesta. En este punto, conviene diferenciar entre muestra biológica anonimizada o irreversiblemente disociada, muestra biológica no identificable o anónima y muestra biológica codificada o reversiblemente disociada.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Sandel, M. (2013), *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Barcelona.

<sup>15</sup> Las Comunidades de Innovación del Conocimiento en Europa (KICs por sus siglas en inglés), son un ejemplo. Ver EITHealth, Instituto Europeo de Innovación y Tecnología, que forma parte de la Unión Europea. Soy miembro de su Consejo Asesor sobre aspectos éticos, legales y sociales.

<sup>16</sup> Artículo 3 o) de la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica.

<sup>17</sup> Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica, artículo 3 p) «Muestra biológica anonimizada o irreversiblemente disociada»: muestra que no puede asociarse a

Y ¿qué es un biobanco? Un «establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino».<sup>18</sup> ¿Cuál es el problema en este caso? Pues que recursos e infraestructuras de investigación como los biobancos de carácter público no deberían relacionarse, por ejemplo, con lo que se conoce como intermediarios de muestras biológicas de origen humano; es decir, empresas que se dedican a posicionar las muestras, entre otros servicios, a cambio de dinero. Estas empresas exigen, además, la exclusividad comercial de la «colocación» de muestras con ánimo de lucro, pero que han sido donadas por los ciudadanos de forma gratuita y altruista. Es así de claro, y es así de grave.<sup>19</sup> Sucede que, desde un punto de vista mercantilista, los biobancos se convierten en minas de oro que explotar. Si quienes los gestionan y participan en su funcionamiento, incluidos los comités de ética externos al biobanco, no están coordinados y preparados —científica, técnica y éticamente (incluyendo recursos humanos y materiales)—, el ánimo de lucro gana terreno. Lo que parece un proyecto de investigación puede esconder una venta de muestras biológicas de origen humano que aporte ingresos al biobanco. Nadie dijo que esta situación no interesara desde el punto de vista estratégico y económico. Además, estas prácticas cuentan —en lo formal—, con el aval de los comités de ética intervinientes, por lo que, en ocasiones, se puede dar la contradicción de que la reflexión bioética promueva consecuencias indeseables en la actividad investigadora debido, en parte, a la falta de tiempo para el adecuado análisis y *expertise*.

---

una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable; q) «Muestra biológica no identificable o anónima»: muestra recogida sin un nexo con una persona identificada o identificable de la que consiguientemente, no se conoce la procedencia y es imposible trazar el origen y r) «Muestra biológica codificada o reversiblemente disociada»: muestra no asociada a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa.

<sup>18</sup> Artículo 3 d) de la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica.

<sup>19</sup> «Mi tumor se vende en el extranjero», en El País, 26 de julio de 2016, tomado de <[http://politica.elpais.com/politica/2016/07/24/actualidad/1469369527\\_015224.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/07/24/actualidad/1469369527_015224.html)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

Lo que la apariencia esconde ha de ser detectado por los comités de ética, que tienen la obligación de organizarse y adaptarse a estas tendencias —no deseadas—, para dar la respuesta que la investigación —tal y como la concebimos, no como la ponemos en práctica—, necesita. Y ese objetivo sí está claramente regulado. Otra cosa es que tengamos un modelo de ineficacia de comités de ética en investigación sobre los que recae todo el peso. En la sociedad de mercado *biotecnodatificada* se dan iniciativas sofisticadas y tentadoras desde el punto de vista empresarial. Se trata de estructuras complejas que necesitan miradas muy perspicaces para ser desentrañadas y que requieren una dedicación que excede a las capacidades que permite el modelo actual de comités de ética en investigación en España.

Alerto aquí acerca de una tendencia negativa para la credibilidad del sistema de ciencia y tecnología, sistema que, en investigación, necesita y necesitará la participación de personas, que son los titulares de las muestras biológicas de origen humano y de los datos, y el refuerzo de evaluadores implicados en asegurar que el altruismo se cuantifique. El sujeto fuente —«Individuo vivo, cualquiera que sea su estado de salud, o fallecido del que proviene la muestra biológica» (artículo 3 v) LIB)—, desconoce en realidad lo que la supuesta gratuidad esconde: explotación y comercialización. ¿Y qué hay de malo en ello? Algunos dirán que, si hay lucro, debería destinarse una parte de éste al titular de la muestra y de los datos. Pero lo cierto es que la decisión ya está tomada pues, obligatoriamente, las personas renunciamos a cualquier beneficio económico cuando cedemos una muestra biológica para fines de investigación. Otros apostarán por un modelo basado en una compensación y otros en una obligación ciudadana, como quien paga impuestos. Nuestro modelo basado en el altruismo debe hacer prevalecer la solidaridad por encima de cualquier interés social, mercantil e incluso científico.

Hay que impedir que este altruismo acabe cuantificándose en euros y se traduzca en precios. La investigación trasnacional propicia este tipo de prácticas, la normativa y los contextos culturales influyen en este tipo de modelos. Distintas regiones, distintas concepciones de lo que es bien público y bien privado. Las mismas empresas intermediarias de biobancos cuya operativa prohibimos, en otros lugares no sólo están permitidas, sino que son bienvenidas y forman parte de las rentables alianzas entre investigación y mercado. El pro-

blema lo tienen los comités de ética externos a los biobancos,<sup>20</sup> que son los que deben promover este altruismo y, en cierta medida, garantizarlo. La LIB les confiere una función de trazabilidad de la muestra biológica<sup>21</sup> y les otorga cierto margen de maniobra, por lo que estos comités son los que deben decidir, en determinados casos, acerca de la cesión (o no) de las muestras para fines investigadores, en

---

<sup>20</sup> Ver Artículo 15. Real Decreto 1716/2011, del 18 de noviembre, *por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica*. «Comités externos del biobanco. 1. Los comités externos científico y de ética estarán integrados cada uno de ellos por un mínimo de cuatro miembros con conocimientos suficientes en las materias relacionadas con las funciones indicadas en los apartados 2 y 3 de este artículo, que no tengan participación directa en la actividad del biobanco. Ambos comités contarán con sendos reglamentos internos de funcionamiento, que establecerán los mecanismos oportunos que aseguren la independencia y ausencia de conflictos de interés en el proceso de la toma de decisiones por parte de estos comités. En el caso de que, en relación con algún asunto concreto, concurre un interés personal o profesional directo para algún miembro de los comités externos, éste se abstendrá de intervenir. El biobanco dará publicidad de la identidad de los miembros que componen los comités externos. Las funciones del comité de ética externo podrán ser asumidas por un Comité de Ética de la Investigación ya existente, que aplicará su propio reglamento. (...) 3. Las funciones del comité de ética serán: a) Realizar la evaluación ética de las solicitudes de cesión de muestras y datos asociados a las mismas. En el caso de que el comité emita un dictamen desfavorable, éste tendrá carácter vinculante; b) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de la adecuación de los procedimientos establecidos para garantizar la calidad, la seguridad y la trazabilidad de los datos y muestras almacenadas y de los procedimientos asociados al funcionamiento del biobanco, desde el punto de vista ético; c) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de los aspectos éticos y jurídicos previstos en el documento de buena práctica del biobanco; d) Decidir los casos en los que será imprescindible el envío individualizado de información al sujeto fuente, en relación con las previsiones de cesión de sus muestras y con los resultados de los análisis realizados cuando puedan ser relevantes para su salud y e) Asistir a la persona titular de la dirección científica sobre otras cuestiones que éste someta a su consideración; Y artículo 29. «Dictamen del Comité de Ética de la Investigación. Para llevar a cabo una investigación con muestras biológicas de origen humano será preciso, en todo caso, el dictamen favorable de los Comités de Ética de la Investigación del establecimiento en cuyas instalaciones se vayan a utilizar las muestras o, en su defecto, del comité al que esté adscrito el centro para el que preste servicios la persona responsable de la investigación».

<sup>21</sup> La trazabilidad, según la Ley de Investigación Biomédica, es la «capacidad de asociar un material biológico determinado con información registrada referida a cada paso en la cadena de su obtención, así como a lo largo de todo el proceso de investigación» (artículo 3 x).



función de la circunstancias.<sup>22</sup> Una capacidad decisoria nada despreciable.

Evitar la mercantilización de muestras biológicas de origen humano cedidas a un biobanco es algo que en buena parte depende de los comités de ética en investigación y de los comités de ética externos al biobanco. Comités sobrecargados de trabajo y que por lo general alegan falta de medios y de recursos humanos para llevar a cabo adecuadamente las funciones que les asigna la ley. Así, a la tarea de evaluar proyectos y de dar seguimiento a los autorizados, se le suma la de la trazabilidad de las muestras biológicas de origen humano. Seguimiento que está regulado por ley desde tiempos remotos,<sup>23</sup> pero que no constituye una práctica habitual. Creo que la mayoría de los comités no tienen problema en reconocer que este seguimiento no se hace simplemente porque «no es posible». Eso de que «no es posible» es justamente lo que no debería admitirse. La investigación es conocimiento, es poder, genera beneficios económicos. Dinero hay, y tendría que haberlo para dotar al sistema de medios para el adecuado seguimiento, no sólo aprobar proyectos y luego desconectar. A mi juicio, la repetida idea de que «no hay tiempo, no hay dinero y no hay recursos» para los CEI es una falacia que permite mantener determinadas prácticas en investigación que ya no deberían tener lugar, con lo que se genera una falsa seguridad que avala otros intereses, no los que debería proteger y promover; y esos otros intereses, alejados a veces del interés público o de la propia esencia de la investigación científica, favorecen un mercado donde cada parte y cada dato humano obtiene un valor económico y adquiere usos no deseados.

---

<sup>22</sup> Ver disposición transitoria segunda de la Ley de Investigación Biomédica para las muestras obtenidas con anterioridad a su entrada en vigor, y el artículo 58 para las obtenidas con posterioridad. También De Leucona, I. (2011), *Los comités de ética como mecanismos de protección en investigación biomédica: Análisis del régimen jurídico español*, Civitas, Cizur Menor. Ver también la Comunicación “El archivo de parafina y la interpretación del ‘esfuerzo no razonable’. El caso del banco de tumores del biobanco del Hospital Clínico de Barcelona IDIBAPS” presentada en el V Congreso Nacional de Biobancos celebrado en Lérida en noviembre de 2015 y que obtuvo el premio a la mejor presentación oral. Autoras: Ángela Martín, Itziar de Lecuona, Míriam Méndez, Marta Aymerich, María Jesús Bertrán, Neus Riba, Míriam Cuatrecasas, Anna Bosch, Raquel Bermudo.

<sup>23</sup> La normativa de ensayos clínicos así lo atestigua desde 1978. Ver Real Decreto por el que se regulan los ensayos clínicos de productos farmacéuticos y preparados medicinales (BOE, Núm. 108, de 6 de mayo de 1978, pp. 10683 – 10684.

En mi opinión, y desde el punto de vista legal, en nuestro contexto se ha salido del paso con una normativa imperfecta para regular la investigación distinta al ensayo clínico que sentó las bases en 2007 y se desarrolló en 2011, y que ha establecido un sistema para coordinar los biobancos que ha propiciado una doble moral. Los biobancos públicos y los privados discurren por caminos diferentes cuando no debería ser así, porque lo cierto es que los biobancos privados están sometidos al mismo régimen. Pero, si bien todos los biobancos deben estar registrados en el Registro Nacional de Biobancos,<sup>24</sup> no es posible garantizar que todos los biobancos privados cumplan con la normativa vigente. Es habitual leer en los proyectos de investigación que las muestras biológicas de origen humano recogidas serán propiedad de tal o cual empresa farmacéutica o biotecnológica; y/o que si se hallan resultados que condicionen desde el punto de vista genético al sujeto fuente y resulten de su interés, no le serán comunicados. Desde el punto de vista evaluador y atendiendo a la regulación actual, en nuestro contexto esta situación es inaceptable. Por ello se indica al promotor que debe cumplir con los requisitos exigidos o no podrá efectuar su investigación.<sup>25</sup>

La doble moral tiene que ver con la situación de las muestras biológicas de origen humano que se van al extranjero. Las muestras que vienen de fuera están reguladas y deben cumplir, como no puede ser de otra forma, con la normativa vigente en nuestro país.<sup>26</sup> Pero, ¿qué

---

<sup>24</sup> Plataforma electrónica para el registro de biobancos y colecciones de muestras dependiente del Instituto de Salud Carlos III, que vertebrará la investigación en nuestro contexto. Ver también las disposiciones aplicables en la Ley 14/2007, del 3 de julio de Investigación Biomédica.

<sup>25</sup> Artículo 59 de la Ley 14/2007, del 3 de julio de Investigación Biomédica Ley 14/2007, del 3 de julio de Investigación Biomédica.

<sup>26</sup> Artículo 31 del Real Decreto 1716/2011, del 18 de noviembre, *por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica*. «Utilización de muestras biológicas de origen humano procedentes de otros países. Sólo se podrán utilizar muestras biológicas de origen humano procedentes de otros países, con fines de investigación biomédica, cuando en su obtención, almacenamiento o conservación y cesión se hayan observado, como mínimo, además de los requisitos previstos por la normativa relativa a la entrada y salida de muestras en el territorio español, las garantías previstas en el presente real decreto y demás normativa que resulte aplicable, lo cual será valorado por el Comité de Ética de la Investigación que evalúe el proyecto de investigación y, en su caso, por los comités externos del biobanco».

ocurre cuando una empresa acreditada para operar en nuestro sistema de investigación, desarrollo e innovación (i+d+i) está radicada en el extranjero y allí se va a llevar las muestras biológicas de origen humano? Sobre este punto no hay respuestas, más allá de la capacidad de los comités de ética de investigación de establecer requisitos y de exigir evidencias de cumplimiento de lo pactado. ¿Se fomenta así un mercadeo de muestras *made in Spain* en otros lugares? ¿Son los comités de ética conscientes de la responsabilidad que al respecto tienen?

La infraestructura de evaluación de la investigación se ha quedado obsoleta, sobrepasada por la innovación del uso mercantil de las muestras y los datos humanos. Puede parecer exagerado, pero no lo es. La investigación no tiene porqué ser una actividad enteramente sin ánimo de lucro. Pero no se debe incentivar intereses particulares o espurios en aquello que debería ser interés público. Poner precio a las muestras es grave, aunque no resulte extraño en una sociedad en la que todo tiene un precio. De manera que ya no se discute si la participación de personas en investigación debería hacerse de forma altruista o no, sino que de lo que se trata es del precio que está dispuesto a pagar el promotor, por ejemplo, si es adecuado o inadecuado recibir 150 euros por una punción lumbar cuando otros están dispuestos a ofrecer hasta 300 euros por esta misma intervención. Simplificando, ¿compran la voluntad? ¿Qué haría usted si tuviera que decidir sobre estos asuntos en investigación? Una punción lumbar permite extraer un líquido de origen humano para investigar con él. La sangre también es una muestra biológica. Las molestias en la extracción de una y de otra muestra no son las mismas, ni los riesgos. Tampoco los precios de las mismas pruebas dependiendo de quién las solicita para investigar y su poderío económico.

Recuerdo un proyecto en el que el motivo que se alegaba para no compensar a los participantes en el mismo se resumía en que cuando hay dinero de por medio las voluntades se corrompen y no sólo no se puede decidir libremente, sino que no hay motivación para participar en proyectos y colaborar con fines científicos y tecnológicos. ¿Le parece fuera de lugar o muy acertado que se «compense» a un paciente por su participación en una investigación con una tarjeta de crédito —que le generará una obligación con una entidad bancaria— para que realice compras hasta «x» euros? ¿No le parece genial? El implicado, si estuviera mínimamente al día de cómo cotizan los datos y los comportamientos, comprendería que con su participación pierde

mucho y gana poco. No sólo en euros, sino en protección de su intimidad en distintas facetas de su vida. Estas situaciones ocurren en investigación ¿Qué le parecen 12 euros?<sup>27</sup> ¿Qué le parecen 50 euros? ¿Le parece mucho o poco? ¿Dietas y kilometraje aparte? Usted dirá, depende de por lo que tengan que pasar estas personas: riesgos, molestias, etcétera. De acuerdo, depende. Caso por caso y paso por paso. No hay protocolos ni consensos sobre este tema, no se comparte información entre comités, ni hay foros nacionales o locales dedicados exclusivamente a tratar estas cuestiones, teniendo en cuenta que su regulación no puede considerarse reciente, pues la LIB data de 2007 y su desarrollo reglamentario es de finales de 2011.

No son objeto de este capítulo las «tarifas» de los participantes en investigación que se refieren a la persona en su totalidad, sino que aquí interesa lo que cotizan las partes del cuerpo humano y los datos que provienen de seres humanos, incluidos los fallecidos. En cualquier caso, sólo apuntaré que tradicionalmente se considera que un voluntario sano debe recibir una compensación por la molestia que le va a suponer participar en la investigación. El paciente que participa no recibe compensación alguna, porque la propia investigación es la que le va a compensar, reportando potenciales beneficios para él o para los enfermos que representa.

No debería asociarse el riesgo a la integridad física o psíquica a una mera cuestión de «compensación» económica —de precio, en definitiva— cuyo importe es, además, difícil de establecer. Pero sabiendo que su cuantificación va a depender en gran manera del criterio corrector del comité, sería deseable, a fin de fundamentar la decisión, que existieran procedimientos preestablecidos y registros a los que acudir. Lamentablemente, no se ha trabajado de momento en la dirección del establecimiento de baremos de «cotización» de cuerpo, de partes del mismo, o de los datos de humanos en investigación.

Hasta ahora he ido apuntando problemas que ponen de manifiesto la falta de capacidad de reacción de los comités de ética de la investigación, pero ¿qué hay de la integridad científica y de la investigación e innovación responsable? de la que tanto se habla hoy,<sup>28</sup> pues parece ob-

---

<sup>27</sup> Véase Dal- Ré, R.; Carné, X. (2006), “¿Los pacientes deben recibir una remuneración económica por su participación en ensayos clínicos terapéuticos?”, en *Medicina clínica*, vol. 127, núm. 2, junio, pp. 59-65.

<sup>28</sup> Pueden ser múltiples las referencias. Ver, por ejemplo, el Código de Conducta Europeo para la Integridad en la Investigación de ALLEA (All European Academies), ahora en revisión y que la Unión Europea está considerando establecer como código de refe-

vio que no todo debe recaer sobre la capacidad de evaluar y controlar mediante el seguimiento de los proyectos y las cesiones de muestras con fines de investigación de los comités de ética de investigación.

La externalización de actividades —en lenguaje empresarial— constituye otro riesgo de mercantilización de los datos en investigación relacionada con la donación de muestras biológicas en el marco de ensayos clínicos y otros tipos de investigaciones de carácter biomédico en los que participan personas.<sup>29</sup> ¿Qué le parece al lector que una agencia de viajes gestione sus desplazamientos al hospital o centro de investigación en el que se va a desarrollar la investigación en la que usted ha aceptado participar voluntariamente? Probablemente contestará que bien, que no ve problema en ello. Pensará, desde la buena fe de la que se parte en investigación, que los distintos agentes que participen en el proyecto guardarán la debida confidencialidad y que

---

rencia para su cumplimiento por parte de los investigadores en el marco de proyectos de investigación financiados por los programas marco (i.e. HORIZON 2020), tomado de <[http://www.esf.org/fileadmin/Public\\_documents/Publications/Code\\_Conduct\\_ResearchIntegrity.pdf](http://www.esf.org/fileadmin/Public_documents/Publications/Code_Conduct_ResearchIntegrity.pdf)>. En cuanto a la investigación e innovación responsable, ver por ejemplo el proyecto europeo RRI para entender los ámbitos que la componen, y en los que la ética es fundamental, así como para acceder a ejemplos Tools <<http://www.rri-tools.eu/>>, consultado el 26 de agosto de 2016. Me interesa especialmente destacar el artículo 18 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005). En el marco de la aplicación de los principios que establece. Artículo 18 «Adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas. 1. Se debería promover el profesionalismo, la honestidad, la integridad y la transparencia en la adopción de decisiones, en particular las declaraciones de todos los conflictos de interés y el aprovechamiento compartido de conocimientos. Se debería procurar utilizar los mejores conocimientos y métodos científicos disponibles para tratar y examinar periódicamente las cuestiones de bioética 2. Se debería entablar un diálogo permanente entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto. 3. Se deberían promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado, en el que se expresen todas las opiniones pertinentes».

<sup>29</sup> En investigación en seres humanos, se efectúan encargos de tratamiento de datos y se exige que se cumpla con la normativa vigente de protección de datos de carácter personal que, por cierto, tiene casi 20 años, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En Europa se ha estado revisando la Directiva sobre protección de datos del año 1995, en 1995 en la que se basa la citada norma española. El proceso de revisión se inició en 2012 y el texto final acaba de entrar en vigor en abril de 2016, y deja mucho que desear sobre los temas que aquí se tratan. Reglamento (ue) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en la base de datos EUR LEX, tomado de <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.119.01.0001.01.ENG&toc=OJ.L:2016:119:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG&toc=OJ.L:2016:119:TOC)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

el secreto profesional es una garantía, o al menos eso leyó en la hoja de información al participante del proyecto, y que la investigación está sujeta al cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Ahora bien, ¿qué opinión le merecerá que la empresa elegida para esta tarea le pregunte si le gusta ir en avión o cuál es su medio de transporte favorito y cuáles son sus preferencias en alimentación, cuando usted no necesita tomar un el avión para llegar al lugar de la investigación? ¿Eran realmente necesarias estas preguntas? Por cierto, la empresa es una multinacional radicada en, por ejemplo, Estados Unidos, y usted como participante da la casualidad que vive muy cerca del centro de investigación u hospital como para ir andando. ¿Debe rellenar un cuestionario en línea volcando sus preferencias de viaje y gastronomía, sus hábitos en el marco de una investigación sobre, por ejemplo, Parkinson? No, pero si lo hace, que seguramente lo hará, porque no estará pensando en lo que aquí se explica sino que estará más preocupado por su salud (o su enfermedad), o por la de otros, estará facilitando datos personales en un contexto para ser explotados en otros, de manera desproporcionada y seguramente no deseada pero condicionada por la situación. Sin embargo, en investigación la absoluta transparencia del paciente no debería ser lo habitual; no se debe hacer acopio de sus hábitos para efectuar así una posible predicción sobre lo que podría (o debería) hacer el próximo verano, o acerca de cuál debería ser su restaurante favorito cerca de donde vive. La explotación comercial y la monetización de los datos a través de los perfiles del usuario resultan evidentes. Se trata de una información obtenida en el contexto investigador y que va a ser empleada con otros fines. ¿Quién puede garantizar hoy día lo contrario?

Se han detectado iniciativas de investigación que invitaban a aportar datos sobre la salud personal y de los familiares afectados con enfermedades de base genética y que serían potenciales donantes de muestras biológicas. Se trataba de compartir información sensible de carácter personal a través de páginas de Internet, sin poder certificar la seguridad en el tratamiento ni en el acceso por parte de terceros a los datos obtenidos. Páginas de Internet en las que se exponía al potencial participante a compartir una información de forma completamente innecesaria y no exenta de riesgos. En primer lugar, porque no queda garantizada la certeza y necesidad de los datos y, en segundo lugar, porque tampoco cabe descartar la posible discrimina-

ción que la persona titular de los datos y sus allegados podrían sufrir si esa información cayera en manos no deseadas. Se considera normal —y en mi opinión, no debería ser así—, que candidatos a participar en proyectos de investigación vuelquen sus datos en Internet o en las redes sociales. Nuestro sistema investigador y asistencial se supone que está diseñado para evitar desigualdades y discriminaciones, incluidas las de base genética.<sup>30</sup> Son iniciativas recurrentes y, es cierto que, en otros contextos, son el estándar aceptado. Pero la investigación colaborativa transnacional no puede imponer sin más reglas ajenas a nuestros objetivos y medios. En nuestro contexto, al menos, no debería ser así. Y no sólo porque los CEI declaren que hay otras alternativas menos lesivas e invasivas de derechos de las personas implicadas, lo que es cierto. También porque ni investigadores ni médicos deben colaborar con bases de datos que no aseguren el tratamiento confidencial de los datos personales.<sup>31</sup> Estos profesionales deben evitar el tráfico de información y sus usos no deseados. Es una obligación deontológica de primer orden y relacionada con la integridad científica, y sin que quepa reducir la cuestión al requisito del consentimiento informado que, a mi juicio, no es siempre la solución a los problemas en investigación.

Hasta aquí hemos identificado algunos escenarios y problemas, desde las muestras biológicas y los biobancos a la investigación con datos masivos y el desarrollo de aplicaciones móviles de salud y bienestar. Hay que prepararse para detectar lo que parece investigación y no es investigación sino nichos de mercado. También es necesario realizar un escrutinio que mida el impacto en los derechos e intereses de la persona participante o implicada y de sus familiares o allegados en los proyectos de investigación que hoy están en auge. Pensemos en información genética individualizada o en predicciones de hábitos y comportamientos para mejorar la toma de decisiones en investigación y en los negocios.

---

<sup>30</sup> Leer, entre otras, la Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica.

<sup>31</sup> Tomar como ejemplo el Código Deontológico del Colegio de Médicos de Barcelona, artículos 40 y 41. Tomado de <[http://www.comb.cat/cat/collegi/docs/codi\\_deontologic.pdf](http://www.comb.cat/cat/collegi/docs/codi_deontologic.pdf)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

#### 4. Parte II: Analítica de datos masivos aplicada a investigación (*big data*) y apps de salud (*mHealth*)

Asistimos a un cambio de paradigma en el contexto investigador, sanitario y en el ámbito de los negocios. Iniciativas y empresas se organizan en torno al dato y no tanto al proceso, como estábamos acostumbrados. Y el dato y la combinación de conjuntos de datos adquieren valor por la información que expresan y por su cuantificación económica, que despierta un fuerte interés para la iniciativa pública y la privada, con base en su explotación y comercialización.<sup>32</sup> Se comprende así que la red social Facebook haya comprado el servicio de mensajería instantánea Whatsapp, por lo que realmente abarca, pero sobre todo por lo que potencialmente le puede reportar: beneficios exponenciales en torno a los datos personales, una vez aceptados términos y condiciones.<sup>33</sup> Si bien las definiciones de *big data* son múltiples y se centran en distintos aspectos en función del ámbito de estudio (salud, ciudades inteligentes, catástrofes naturales, etcétera), existe acuerdo en que volumen, variedad y velocidad definen el *big data*. Volumen, por la ingente cantidad de datos; variedad, por la heterogeneidad de los tipos de datos disponibles en un conjunto de da-

---

<sup>32</sup> Ver el Documento de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, centro de investigación del que formo parte, sobre *Bioética y big data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública*, de enero de 2015, disponible en formato pdf y acceso abierto y en tres idiomas (catalán, castellano e inglés, tomado de <<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08209.pdf>>, consultado el 26 de agosto de 2016. Trabajo interdisciplinar que ha sido incluido en la documentación de referencia para propiciar la reforma del proyecto catalán de analítica de datos masivos en julio de 2015 y que sustituye al proyecto VISC+ (Más valor a la información sobre salud es lo que significan las siglas en catalán), sobre *big data* que se empezó a gestar en 2013, no exento de críticas. Para más información sobre este proyecto ver <<http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/tags-noticias/big-data>> y la información disponible en la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitarias de Cataluña, <[http://aques.gencat.cat/es/projectes/analitica\\_dades/index.html](http://aques.gencat.cat/es/projectes/analitica_dades/index.html)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>33</sup> Ver la noticia “La nueva letra pequeña de WhatsApp: cómo hará dinero con tus datos”, en *El Confidencial*, del 26 de agosto de 2016, tomado de <[http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-08-26/whatsapp-facebook-mensajeria-privacidad\\_1261245/?utm\\_campaign=BotoneraWebapp&utm\\_source=emailsharing&utm\\_medium=email](http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-08-26/whatsapp-facebook-mensajeria-privacidad_1261245/?utm_campaign=BotoneraWebapp&utm_source=emailsharing&utm_medium=email)>, consultado en agosto de 2016.



tos, y velocidad, por la rapidez con la que se puede acceder a los datos y analizarlos.<sup>34</sup>

El *big data* es una tecnología que desarrolla nuevas herramientas para combinar, analizar y explotar conjuntos de datos, establecer correlaciones y obtener información relevante, que permita predecir comportamientos y tendencias de individuos, de forma precisa, pero también de grupos. Podría decirse, sin ánimo de ser exhaustivo, que el *big data* es el resultado del desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información, de la inteligencia artificial, de la bioinformática y del uso generalizado y masivo de teléfonos inteligentes, así como de los servicios de almacenamiento de información en nubes. Información y datos ubicuos, disponibles en distintos dispositivos a la vez todos ellos conectados o con posibilidad de conectarse. Los ordenadores —fijos y portátiles— y tabletas en red, el Internet de las cosas, la biometría<sup>35</sup> y los vestibles,<sup>36</sup> son ejemplos que auguran y propician el desarrollo del *big data*. Las propias redes sociales son uno de sus ámbitos de trabajo.<sup>37</sup> Se entiende así que proyectos de investigación sobre *big data* tengan como objetivo desarrollar *apps*, por ejemplo *apps* de salud<sup>38</sup> y estilos de vida saludables como primer paso, para luego avanzar en aplicaciones concretas. Puede apreciarse también la delgada línea entre investigación y mercado que

---

<sup>34</sup> McAfee, A. *et al.* (2012), “Big data. The management revolution”, en *Harvard Business Review*, vol. 90, núm 10, pp. 61-67. Ver también Mayer-Schönberger, V. y Cukier, K. (2013), *Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think*, Houghton Mifflin Harcourt.

<sup>35</sup> Utilizar la huella digital para identificar a una persona es un ejemplo de biometría.

<sup>36</sup> Se trata de dispositivos electrónicos que pueden ser llevados por las personas como un accesorio o integrado en la ropa o los complementos. Se trata de dispositivos caracterizados porque se pueden conectar a Internet y permiten el intercambio de datos. Un chaleco que mida la frecuencia cardíaca es un ejemplo.

<sup>37</sup> Sobre los problemas y sesgos de la aplicación de la analítica de datos masivos en el ámbito de la epidemiología ver Pérez, G. (2016), “Peligros del uso de los *big data* en la investigación en salud pública y en epidemiología”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 30, núm. 1, enero-febrero.

<sup>38</sup> Sobre *apps* de salud véase (2015), *The App Intelligence: Informe 50 mejores apps de salud en español*, Observatorio Zeltia, Madrid. Tomado de <<http://www.theappdate.es/static/media/uploads/2014/03/Informe-TAD-50-Mejores-Apps-de-Salud.pdf>>, consultado el 26 de agosto de 2016. Ver también el informe del Banco Mundial, Qiang C. Z., Yamamichi, M., Hausman V. y Altman, D. G. (2012), *Mobile Applications for the Health Sector*, tomado de <[http://siteresources.worldbank.org/INFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/Resources/mHealth\\_report.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/Resources/mHealth_report.pdf)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

plantea el *big data* en salud. De hecho, donde hay investigación en *big data* hay mercado. La combinación y explotación de datos conduce a obtener la información que queremos encontrar, pero también permite obtener datos que, si bien no parecían relevantes se convierten en muy deseados por la información que expresan y predicen y que permite tomar decisiones para favorecer determinados intereses.

En analítica de datos masivos adquiere protagonismo el científico de los datos, que debe resolver problemas complejos en distintos ámbitos y de distinta disciplinas, por ejemplo marketing o ciencias de la vida, que maneja datos de múltiples fuentes y que busca extraer patrones no visibles para su examen, incluyendo todas las variables posibles. Conviven también con el científico de los datos otros perfiles como el del minero de datos, científico de la computación que recurrir, entre otros, a los métodos de la inteligencia artificial y a la estadística, así como a sistemas de bases de datos, orientado también a descubrir patrones. Se trata de personas con perfiles científicos y altamente especializados que son absolutamente necesarios, como lo son los *hackers* para certificar la seguridad o la debilidad de los sistemas informáticos. Son profesionales que, desde luego, los comités de ética de investigación necesitan integrar para analizar lo que ocurre en investigación en *big data*, para tomar decisiones sobre si autorizar o no determinados proyectos de investigación y también para distinguir qué es mercado y qué es investigación en *big data*, distinguiendo qué son usos comerciales<sup>39</sup> y qué son prácticas investigadoras.

Piense el lector en la analítica de datos masivos y también en la aparentemente inocua gratuidad de las aplicaciones móviles, en la relación que existe entre *big data* y *apps* de salud: se necesitan y retroalimentan. El dato es hoy moneda de cambio (el gen lo empezó a ser en el siglo XX, el dato lo es en el siglo XXI) y, sin embargo, todo parece gratis. La persona proveedora libera infinidad de datos a cambio de acceso a la tecnología, una tecnología que, como he avanzando, empodera (o al menos eso dicen) al usuario, en una liberación de la intimidad en distintos formatos de forma voluntaria e involuntaria, y a la que tienen acceso distintos modelos de negocio con distintos intere-

---

<sup>39</sup> Las instituciones sanitarias están elaborando protocolos sobre los usos comerciales de la marca en cuanto a desarrollo de aplicaciones móviles, para diferenciarlos de los usos en investigación. Se están constituyendo comités a tal efecto que evalúen estas situaciones. En mi opinión, estos comités deben informar al CEI de la institución.

ses. Pero siempre con un interés común: acceder a conjuntos de datos —incluidos los personales— que digan absolutamente todo de nosotros y de quienes se relacionan con nosotros.

En mi opinión, el ciudadano supuestamente empoderado al que se ha hecho alusión, se vuelve dócil y queda al descubierto, desnudo y sin defensas. Se invita a las personas sanas y enfermas a relacionarse en las redes sociales y también a lo que se llama «gamificarse» (jugar para mejorar su situación y su relación con la enfermedad, en un grupo de iguales donde él es único...). Esta perversa invitación bajo el lema del empoderamiento, y que es aceptable desde una óptica puramente mercantilista, está inundando el terreno investigador donde no son estos los objetivos, por desproporcionados y por mercantilistas. Se necesitan datos para crear ontologías mediante la programación de algoritmos que sirven para mejorar la toma de decisiones de iniciativas, empresas, en investigación, etcétera, en los ámbitos público y privado, o en una combinación de ambos. Resulta especialmente interesante la aplicación de la analítica de datos masivos en investigación con fines médicos y el desarrollo de *apps* de salud que persiguen una medicina personalizada, la mejora de los sistemas sanitarios (para hacerlos más eficientes), conocer los efectos adversos de los medicamentos en menor tiempo, predecir catástrofes naturales y las consecuencias en términos de salud en la población. Los objetivos valen la pena, los medios son, por ahora, desproporcionados. Como no hemos invertido el mismo tiempo en analizar las implicaciones éticas,<sup>40</sup> jurídicas y sociales del *big data* que en desarrollar y poner en práctica algoritmos, hemos fallado.

La falta de intimidad<sup>41</sup> es el precio que se está pagando por permitir el acceso no deseado a datos, el acopio y posesión de datos de distinta índole completamente desproporcionada, sin conocimiento de su titular, por parte de terceros ajenos a las reglas básicas de la investigación en y con seres humanos. Comerciales, «mineros de datos», científicos de los datos, a los que nadie preparó para respetar la confidencialidad y tratar datos personales. En este sentido, recomiendo la lectura de los informes sobre *big data* de la Agencia Europea para la

---

<sup>40</sup> Richards, N.M. y King, J.H. (2013), “Big Data Ethics”, en *Wake Forest Law Review*, vol. 49, pp. 393-432.

<sup>41</sup> Cohen, J.E. (2014), “What Privacy is For”, en *Harvard Law Review*, núm 126, pp. 1904-1933.

Seguridad de la Red y de la Información (ENISA) y del Supervisor de Protección de Datos Europeo, en especial la Opinión 7/2015, sobre los retos del *big data* (de noviembre de 2015).<sup>42</sup> En estos textos se ponen explícitamente de manifiesto los retos, problemas y el impacto —tanto positivo como negativo— de la aplicación de la analítica de datos masivos sobre los derechos de las personas en la sociedad digital.

En este contexto se presentan proyectos para ser evaluados por CEI que tienen como objetivo utilizar la geolocalización móvil para identificar a personas —afectadas por determinadas enfermedades— que han dejado de participar en proyectos y se desconocen las causas. ¿Y qué ocurre si alguien no desea ser localizado? ¿Qué pasa con la cláusula tan típicamente bioética de dejar de participar voluntariamente y sin justificación alguna ejerciendo de este modo la famosa revocación del consentimiento prestado?<sup>43</sup> Por no mencionar la posibilidad de que el teléfono móvil se hubiera extraviado o robado, o que hubiera sido heredado por otra persona que no es la que participó en el proyecto. Seguramente el *big data* ya tiene en cuenta todo eso. Pero, ¿qué ha sido de la ética? En una de sus campañas Amnesty Internacional destacaba que al tener encendido el teléfono móvil «saben con quién dormimos». <sup>44</sup> Los datos (pequeños y masivos) se cotizan, y desde luego, también en investigación. Recordemos que las historias clínicas informatizadas son las plataformas digitales que permiten el acceso a los datos de carácter personal, y que, como queda patente aquí, existe un interés tanto investigador como comercial por cruzar las bases de datos de historias clínicas con otras bases de datos que almacenan información de otro tipo.

---

<sup>42</sup> Ver la compilación de publicaciones sobre *big data* de ENISA disponible en <<https://www.enisa.europa.eu>> (aplicar filtro “big data menú” derecho), en particular, *Privacy by design in big data*, de diciembre de 2015 y la página web sobre *big data* del Supervisor de Protección de Datos Europeo, tomado de <[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/Consultation/big\\_data](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/Consultation/big_data)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, los artículos 5 y 16 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa antes citado sobre la regla general del consentimiento en sanidad e investigación.

<sup>44</sup> «La Agencia Nacional de Seguridad de Estados Unidos recoge diariamente miles de millones de registros de ubicación de teléfonos móviles, así que saben dónde te has subido al autobús, adónde fuiste a trabajar, dónde dormiste y qué otros teléfonos móviles durmieron contigo». Snowden, E., “La intimidad es para quienes no tienen poder”, obtenido de <<https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2016/03/edward-snowden-privacy-is-for-the-powerless/>>, consultado el 26 de agosto de 2016.

La tendencia a desarrollar *apps* de salud asociadas a «vestibles» y a dispositivos móviles es creciente. La biometría, los biosensores, los *chips*, las gafas inteligentes, los relojes inteligentes, el Internet de las cosas, las descargas de Internet en portátiles, tabletas y los dispositivos conectados al teléfono inteligente que todo lo sabe y decide por uno, son mercados que ponen los dientes largos. Desde el punto de vista científico, puede haber investigación interesante a desarrollar que conviene averiguar si es o no oportuna y necesaria. Y también hay nichos de mercado apetecibles desde el punto de vista empresarial. Apetecibles y muy rentables. El envejecer bien, el bienestar (autonomía y empoderamiento incluidos) y la vida saludable forman parte de las políticas de la Unión Europea, que financia investigación en tecnologías de la información y de la comunicación en estos ámbitos. Recientemente se ha empezado a gestar un código de conducta europeo sobre la intimidad en el desarrollo y la aplicación de las APPS de salud.<sup>45</sup> El problema bioético está en la evidente desproporción entre medios y fines. Captar datos por captar, para luego explotarlos y ya veremos cómo y en qué circunstancias se pueden rentabilizar, es lo que no puede admitirse y, sin embargo, la práctica constata esta tendencia, en la que se pueden identificar transferencias de datos (monetización incluida), ni deseadas ni permitidas, y que resultan inadmisibles teniendo en cuenta quién las va a llevar a cabo, cómo las va a llevar a cabo, para qué y cuándo (incluido el por cuánto tiempo). Éstas son, a mi parecer, las preguntas clave para identificar lo que «es» investigación para la salud y lo que «parece, pero no lo es», porque persigue otros fines y pretende explotar y comercializar datos de carácter personal obtenidos en el ámbito sanitario.

En Europa, la apuesta política y económica para conseguir una sociedad digital y una economía guiada por el dato se basa en la reutilización de la información proveniente del sector público, donde el mercado también pueda encontrar su lugar.<sup>46</sup> Se basa en la necesidad

---

<sup>45</sup> La información se encuentra disponible únicamente en inglés, por el momento, y la noticia es del 7 de junio de 2016. Código al que voluntariamente se pueden adherir aquellos que desarrollen *apps* y que sigue las reglas sobre protección de datos europeas. “Code of Conduct on Privacy for *mHealth Apps* has been Finalised”, tomado de <[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2015/15-11-19\\_Big\\_Data\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2015/15-11-19_Big_Data_EN.pdf)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>46</sup> Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de noviembre de 2003 relativa a la reutilización de la información del sector público. Disponible en la

de ser competitivos a nivel global y de aplicar al mismo tiempo el principio de transparencia. La protección de datos como sistema de garantía forma parte de las bases de esta decisión, pero en el ámbito de la explotación de datos masivos y su posible comercialización, así como en el terreno de las APPS de salud, dicha protección no está del todo asegurada. La intimidad se cotiza a través de los datos y conjuntos de datos personales. Los principios de protección de datos personales que la normativa europea establece, como son los de necesidad, proporcionalidad o minimización del dato, resultan de difícil cumplimiento. En este sentido, son interesantes los resultados del Eurobarómetro sobre protección de datos en la sociedad digital, encuesta realizada a 28,000 europeos en marzo de 2015. El 81 por ciento de los europeos considera que no tiene un control completo sobre sus datos personales *online*. A un 69 por ciento le gustaría dar su aprobación de forma explícita antes de que se recogieran y procesaran sus datos personales y sólo el 24 por ciento de los europeos confía en los negocios *online* como los buscadores, las páginas de redes sociales y los servicios de Internet.<sup>47</sup>

En mi opinión, la dimensión ética o bioética de las tecnologías *big data* y de las APPS de salud no está siendo suficientemente analizada. Preveo, y desearía no estar en lo cierto, que en los próximos años mantener datos de manera confidencial será extremadamente difícil y lo que los demás saben de nosotros escapará totalmente a nuestro control. Los derechos de acceso, control, rectificación y oposición que hoy tenemos como garantía están ya en entredicho, del mismo modo que tampoco se podrá hablar de anonimización (sólo en contados casos) y se deberá generalizar el concepto de reidentificación de personas y datos.

Lo cierto es que mientras se iniciaba el *big data*, y los proyectos e iniciativas que lo promueven, no hemos dedicado tiempo a elaborar un glosario de conceptos que sea útil para entender sobre qué estamos hablando. Utilizamos nueva tecnología y la evaluamos con referentes viejos, inútiles e ineficaces. Se genera, por consiguiente, una falsa seguridad sobre algo que no ha sido evaluado adecuadamente y

---

base de datos EUR LEX, tomado de <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:02003L0098-20130717>>, consultado el 26 de agosto de 2016.

<sup>47</sup> Ver la citada normativa europea sobre protección de datos de 2016. Sobre los resultados del Eurobarómetro: información disponible en <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet\\_data\\_protection\\_eurobarometer\\_240615\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_eurobarometer_240615_en.pdf)>, consultado el 26 de agosto de 2016.

que puede tener usos perversos. De ahí que critique que los comités de ética no estén sabiendo adaptarse a los nuevos tiempos. Es necesario integrar en la conceptualización del *big data* el hecho de que esta tecnología rompe las reglas establecidas para asegurar el tratamiento confidencial de los datos. Hasta ahora, la anonimización de los datos personales —es decir, asegurar que se rompe de forma irreversible el nexo entre el titular y los datos—, era la base para justificar tratamientos de datos sin lesionar derechos. Así, al no haber personas que se pudieran identificar, no había problema. Para los que nos movemos en contextos asistenciales y de investigación es habitual utilizar conceptos como datos codificados de forma reversible o irreversiblemente disociados,<sup>48</sup> tratamiento confidencial y obligación de confidencialidad. Pero no estamos en absoluto habituados a hablar de personas o de conjuntos de datos reidentificables. El *big data* permite esta reidentificación, por lo que en la definición de *big data* conviene añadir que la anonimización ha muerto y que entramos en un nuevo escenario donde el riesgo de reidentificación existe y que debe considerarse tanto una premisa de trabajo como una información que los participantes en investigación sobre *big data* deben poseer y comprender adecuadamente en su alcance y en su significado. Con el código postal, la fecha de nacimiento y el sexo es posible reidentificar a la mayoría de individuos «presentes» en un conjunto de datos (*dataset*).<sup>49</sup> Lo anterior es posible si existe motivación para hacerlo y personal con los conocimientos adecuados y la inversión necesaria. Los beneficios, en un sentido amplio, pueden ser exponenciales. No sería de recibo explicar las tecnologías *big data* sin entrar en cuestiones técnicas como ésta, que plantea un problema grave para la ética de los investigadores, para la normativa vigente sobre protección de

<sup>48</sup> Artículo 3 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica apartados: h) «Dato anónimo»: dato registrado sin un nexo con una persona identificada o identificable; i) «Dato anonimizado o irreversiblemente disociado»: dato que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiéndose por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados; k) «Dato codificado o reversiblemente disociado»: dato no asociado a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa.

<sup>49</sup> Véase Sweeney, L. (2000), *Simple Demographics Often Identify People Uniquely*. Carnegie Mellon University, Data Privacy Working Paper 3. Pittsburgh. Tomado de <<http://dataprivacylab.org/projects/identifiability/>>.



datos y para la sociedad, que cuando menos debe saber en qué terreno nos movemos.

Imagine ahora, lector, proyectos de investigación que traten masivamente datos en el ámbito médico sobre perfiles reidentificables, como son ser VIH positivo, o bien padecer Alzheimer, Parkinson o esquizofrenia. Parta de los datos almacenados en historias clínicas informatizadas de miles de personas afectadas por estas enfermedades. Piense en menores de edad, personas sin capacidad para consentir por sí mismas por situaciones de hecho, imagine los datos sensibles que se van a manejar y siéntase preocupado por la vulnerabilidad de la integridad y la intimidad de los ciudadanos. Las combinaciones posibles son diversas: acceder a las descargas de sus dispositivos móviles, obtener muestras de sangre y otras muestras biológicas de origen humano, geolocalizarles, obtener y procesar datos personales de carácter sensible mediante encuestas en Internet, combinarlos con sus datos clínicos... ¿Qué objetivo persiguen estas investigaciones? Son objetivos lícitos, pero en muchos casos desproporcionados. El objetivo de acumular datos para luego explotarlos sin concreción alguna trunca la propia investigación. Los medios deben ser proporcionales a los fines que se persiguen, regla que no se suele cumplir en la investigación con datos masivos. El sector bancario, el de telefonía móvil o las propias aseguradoras tienen interés, obviamente, en participar en el sistema de investigación, innovación y desarrollo. Pueden acreditarse para competir en investigación aliándose con investigadores de reconocido prestigio en distintas áreas de conocimiento y contar con los mejores informáticos, especialistas en inteligencia artificial y científicos de los datos, entre otros perfiles. Los CEI deben preguntar a los promotores e investigadores quién accede, cómo, para qué, por cuánto tiempo, y exigir desde el principio una evaluación del impacto del proyecto en los derechos humanos de las personas implicadas y un plan de minimización de los riesgos.<sup>50</sup> Conviene, además, analizar si en nuestro contexto los sistemas de ciencia y tecnología público-privados cuentan con soportes adecuados de computación; y si debería ser una prioridad invertir por parte

---

<sup>50</sup> En este sentido, las pautas de la Unión Europea para financiación de la investigación son claras (entre otras el *ethics self assessment*, disponible en Internet. Tomado de <[http://ec.europa.eu/research/participants/portal/doc/call/h2020/h2020-msca-itn-2015/1620147-h2020\\_-\\_guidance\\_ethics\\_self\\_assess\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/participants/portal/doc/call/h2020/h2020-msca-itn-2015/1620147-h2020_-_guidance_ethics_self_assess_en.pdf)>, consultado el 26 de agosto de 2016 (versión de 2014).



del Estado en el desarrollo de nubes especiales y seguras sin la necesidad de recurrir a servicios comerciales externos, que no pueden garantizar que la información que almacenen será tratada con la misma confidencialidad y exigencias que en el ámbito médico.<sup>51</sup>

## 5. Conclusiones y propuestas

Identificar prácticas y problemas en investigación con muestras biológicas de origen humano en el contexto de los biobancos y en investigación con datos masivos —incluidos los datos de carácter personal— ha sido el objetivo de este capítulo. Existen nichos de mercado que pasan desapercibidos en proyectos de investigación, así como prácticas de carácter mercantilista que se presentan bajo el paraguas de los mismos. Pero la investigación no debe pararse, debe analizarse adecuadamente a fin de diferenciar claramente qué parece investigación y en realidad es mercado; identificar los usos no deseados e ilícitos de muestras y datos, y evitar que se comercie con la intimidad y se atente contra la pretendida equidad, evitando situaciones discriminatorias para las personas titulares de la muestra y de los datos. Éste es el cometido de los CEI. La integridad científica de los investigadores está en juego en un terreno donde extraños a la investigación poseen los medios de financiación y los perfiles profesionales adecuados para llevar a cabo intereses comerciales junto a intereses puramente investigadores. Es necesario, en definitiva y sobre todo, concretar qué debe estar fuera del comercio en investigación.

La bioética, que tanto contribuyó a la creación de CEI en los años Sesenta del pasado siglo, no puede dar por sí sola respuesta a la complejidad y especialización a la que asistimos hoy. El paradigma en el que cómodamente se había asentado la bioética en investigación está siendo desintegrado por la potencialidad de los biobancos, de los datos masivos y de las aplicaciones móviles, pensados como modelos de negocio en investigación y no única y exclusivamente como in-

---

<sup>51</sup> Se recurre a estos servicios a falta de nubes propias de las instituciones de investigación y hospitalarias. Nada recomendable tratándose de datos de salud sensibles, pero por el momento es cierto que no hay sistemas capaces desarrollados intramuros capaces de ofrecer los mismos servicios.

vestigación. Paradigma que perseguía con afán el tratamiento confidencial de datos y que tenía su salvoconducto en la anonimización.

La sociedad sujeta a las prácticas mercantiles en investigación orientada a la digitalización, con una fuerte apuesta por lo *biotec* y *datatec* necesita reflexionar primero sobre el lugar que ocupa en su lista de prioridades las muestras biológicas humanas y los conjuntos de datos que nos identifican con nombres y apellidos y nos convierten en potenciales enfermos de Alzheimer y en potenciales compradores de determinados productos. Los conjuntos de datos hacen y deshacen identidades y modifican nuestro futuro en función del uso que se les esté dando ahora y quiénes lo estén haciendo. El *big data* y, en particular, la investigación en *big data*, está contribuyendo a una nueva concepción de la naturaleza humana sin que los proveedores y titulares del dato ni siquiera lo sepan. Este *big data* apasionante, que no cesa de proponer eficacia y eficiencia, saber más preciso y en menos tiempo, no ha recogido ni cruzado suficientes datos acerca de cómo deberían ser las pautas éticas que deberían enmarcar su labor.

Los CEI tienen la responsabilidad de evitar el mercadeo en investigación y dar seguimiento a los proyectos concedidos, pero para ello deben dotarse de recursos humanos y materiales con el apoyo de las direcciones de los centros de investigación en los que operan. No pueden aplicar patrones y reglas obsoletas a problemas nuevos para generar una falsa seguridad en la que prosperan prácticas no deseadas, incluidos los usos no deseados de muestras biológicas de origen humano y datos de carácter personal. Lo que tenemos es un modelo de ineficacia de los CEI que debería revisarse y cambiarse. En esta línea se necesitan nuevas fórmulas organizativas y de trabajo que incluyan una mayor implicación y profesionalización de sus miembros y una posible remuneración en función de los cometidos asignados.

La activación de registros, establecidos desde hace años por exigencia legal, es urgente y debería ser una prioridad en los planes de ciencia y tecnología y de desarrollo e innovación. Registros en los que consultar quién, cómo, cuándo, con qué financiación y por qué motivo se accede a muestras biológicas y a datos que, por otra parte, no se pueden destruir ni se pueden trasladar fuera de los perímetros seguros de las infraestructuras asistenciales de carácter público y que tienen como pilar básico la historia clínica informatizada almacenada en bases de datos.

Tal como establece la normativa actual, los biobancos públicos no deben perseguir intereses privados ni pueden explotar comercialmente muestras biológicas cedidas altruistamente, frente a las tendencias mercantilistas descritas en este capítulo que pretenden explotar y comercializar muestras donadas por personas. Por lo que la trazabilidad de las muestras biológicas de origen humano no debe ser asumida por los CEI —en tanto que comités de ética externos al biobanco— como una tarea meramente residual.

Conviene crear redes de trabajo entre los distintos CEI sobre las prácticas que se refieren a muestras biológicas en biobancos. Así mismo, se debe potenciar la colaboración y comunicación permanente entre la dirección del biobanco, los servicios jurídicos de la institución y los citados comités para estar alerta ante posibles negocios en torno a las muestras.

La educación, formación y construcción de capacidades, tanto en ética como en temas técnicos relacionados con las prácticas transnacionales en investigación con muestras biológicas de origen humano y de datos personales en el contexto de los datos masivos y las *apps* de salud, son necesidades de primer orden.

El análisis interdisciplinar en los ámbitos analizados es crucial. Para resultar eficaz y dar credibilidad al sistema de evaluación y seguimiento de la investigación es necesario integrar en los CEI a especialistas en analítica de datos masivos, así como en computación en la nube y en sistemas de seguridad en informática y redes, que identificarán las fortalezas y debilidades de las técnicas de explotación y combinación de datos y los sistemas informáticos disponibles. Sólo así se podrán desarrollar y aplicar soluciones creativas para el tratamiento adecuado de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad.

Se debería publicitar el concepto de reidentificación que anula los cimientos de la protección de datos de carácter personal, concepto que los CEI no tienen interiorizado.

Y, por supuesto, los proyectos de investigación en *big data* y en *apps* de salud deberían incorporar un análisis del impacto de esas iniciativas en los derechos humanos, así como concretar los planes de mitigación y minimización de los riesgos en la línea establecida por la Unión Europea.



## NOTA SOBRE LOS AUTORES

### **María Casado**

Catedrática acreditada de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Directora del Observatorio de Bioética y Derecho y del Máster en Bioética y Derecho, titular de la Cátedra Unesco de Bioética y miembro de la Comisión de Bioética de la Universidad de Barcelona.

### **Manuel Atienza**

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Director de la revista *Doxa* y del Observatorio de Argumentación Jurídica para el mundo Latino. Profesor del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.

### **Ana Rubio**

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada y presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.

### **Albert Royes**

Professor jubilado de Ética Médica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona. Miembro del Observatorio de Bioética

y Derecho y Secretario de la Comisión de Bioética de la Universidad de Barcelona.

### **Ricardo García Manrique**

Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho y profesor del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.

### **Esther Arroyo**

Catedrática acreditada de Derecho Civil y titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona. Profesora del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.

### **Salvador Darío Bergel**

Titular de la Cátedra de Bioética y profesor emérito de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires.

### **Esther Farnós**

Profesora de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

### **Chloë Ballesté**

Profesora del Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona y directora de cooperación y desarrollo de la Transplant Procurement Management Foundation-Donation and Transplantation Institute.

### **Carme Barrot**

Profesora de Medicina Legal y Forense de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona y responsable del laboratorio de Genética Forense.

**Miriam Méndez**

Abogada de los Servicios Jurídicos del Hospital Clínic de Barcelona y miembro del Comité de Ética de Investigación Clínica del Hospital Clínic de Barcelona.

**Itziar de Lecuona**

Profesora del Departamento de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona. Miembro del Comité de Bioética de Cataluña, del Comité de Ética en Investigación del Hospital Clínic de Barcelona y de la Comisión de Bioética de la Universidad de Barcelona. Profesora del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.





## ÍNDICE

|                    |   |
|--------------------|---|
| Presentación ..... | 7 |
|--------------------|---|

### PRIMERA PARTE

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. ¿Gratuidad o precio?<br>Sobre el cuerpo humano como recurso .....                                       | 15  |
| <i>María Casado</i>                                                                                        |     |
| 2. El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias ....                                              | 33  |
| <i>Manuel Atienza</i>                                                                                      |     |
| 3. Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja .....                                                   | 63  |
| <i>Ana Rubio</i>                                                                                           |     |
| 4. ¿Qué hay que el dinero no pueda comprar? .....                                                          | 95  |
| <i>Albert Royes</i>                                                                                        |     |
| 5. ¿Es mío mi cuerpo? Sobre la propiedad privada<br>del cuerpo humano .....                                | 103 |
| <i>Ricardo García Manrique</i>                                                                             |     |
| 6. Entre propiedad y persona: disposición de partes<br>y productos del cuerpo desde el derecho civil ..... | 133 |
| <i>Esther Arroyo Amayuelas</i>                                                                             |     |

|                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7. Notas sobre el cuerpo humano y sus partes<br>en el mercado . . . . . | 155 |
| <i>Salvador Darío Bergel</i>                                            |     |

## SEGUNDA PARTE

|                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 8. ¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España?<br>Estado de la cuestión y algunas reflexiones . . . . .                                                       | 193 |
| <i>Esther Farnós Amorós</i>                                                                                                                                                |     |
| 9. Donación y trasplante de órganos y tejidos: ¿altruismo<br>o negocio? . . . . .                                                                                          | 235 |
| <i>Chloë Ballesté</i>                                                                                                                                                      |     |
| 10. La comercialización de la genética . . . . .                                                                                                                           | 249 |
| <i>Carme Barrot</i>                                                                                                                                                        |     |
| 11. Investigación y mercados emergentes: <i>webs, apps,</i><br><i>big data</i> , muestras biológicas e información genética. . . . .                                       | 257 |
| <i>Miriam Méndez García</i>                                                                                                                                                |     |
| 12. La tendencia a la mercantilización de partes del cuerpo<br>humano y de la intimidad en investigación con muestras<br>biológicas y datos (pequeños y masivos) . . . . . | 267 |
| <i>Itziar de Lecuona</i>                                                                                                                                                   |     |
| Nota sobre los autores. . . . .                                                                                                                                            | 297 |