

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
FACULTAD DE DERECHO



**TESIS DOCTORAL**

**Titularidad y disposición de los materiales biológicos  
procedentes del cuerpo humano.  
Estudio comparado entre España, Estados Unidos y Puerto  
Rico**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Nidia Acevedo Rodríguez**

Directora

**Rosa María Moreno Flórez**

**Madrid, 2017**

**INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO  
FACULTAD DE DERECHO**



**UNIVERSIDAD  
COMPLUTENSE  
MADRID**

**Tesis presentada para la obtención del  
Grado de Doctor**

**TITULARIDAD Y DISPOSICIÓN DE LOS MATERIALES  
BIOLÓGICOS PROCEDENTES DEL CUERPO HUMANO.  
ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA, ESTADOS  
UNIDOS Y PUERTO RICO**

**Por**

**NIDIA ACEVEDO RODRÍGUEZ**

**Realizada bajo la Dirección de la Profesora  
Dra. Rosa María Moreno Flórez**

**Madrid, 2016**



## **AGRADECIMIENTOS**

La fuente inspiradora del presente estudio nace de inquietudes intelectuales que desafían la distancia y se hacen acompañar por la perseverancia, sentido de justicia y por la concurrencia de fuerzas que día a día me proporcionan los titulares de mi corazón. Hablo de mis seres queridos; mi esposo Luciano, y mis dos hijos, Gabriel y Cristhian Andre. Para ellos va mi más profundo agradecimiento por su apoyo incondicional.

Además, debo agradecer de manera especial a mi Profesora Rosa M<sup>a</sup> Moreno Flórez quien con sus críticas provechosas fue impulso de largas reflexiones contenidas en las palabras de este escrito.

Al Creador, que de manera misteriosa disipó todo obstáculo para lograr mi empeño de motivar a los juristas de hoy, a aceptar la fascinante tarea de conjugar pensamientos de vanguardia que permitan al Derecho superar el paso del tiempo.



## ABREVIATURAS \*

<b>ADN:</b>	Ácido Desoxirribonucleico
<b>C.L.R.:</b>	Commonwealth Law Report (Corte Suprema de Australia)
<b>Column. J. Eur. L.:</b>	Columbia Journal of European Law
<b>EE.UU.:</b>	Estados Unidos de América
<b>EWA:</b>	England and Wales Court of Appeals
<b>F:</b>	Federal Reporter (Reporte Federal de los EE.UU. Actualmente cuenta con 3 series)
<b>F. Supp.:</b>	Suplemento Federal
<b>FDA:</b>	Administración de Drogas y Alimentos (por sus siglas en inglés)
<b>J. Health &amp; Life Sci. L.:</b>	Journal of Health & Life Sciences Law
<b>J. Med. Ethics:</b>	Journal of Medical Ethics
<b>J. Natl. Cancer Inst. Monogr:</b>	Monografías Instituto Nacional de Cáncer
<b>L.P.R.A.:</b>	Leyes Anotadas de Puerto Rico
<b>N.C.J. Law Technol.:</b>	North Carolina Journal of Law & Technology
<b>Rev. Col. Abog. P.R.:</b>	Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico
<b>Rev. Der. Gen. H.:</b>	Revista de Derecho y Genoma Humano
<b>Rev. Jurídica UIPR:</b>	Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico
<b>STC:</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
<b>STJ:</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia
<b>Sw. U. L. Rev.:</b>	Southwestern University Law Review
<b>T.C.:</b>	United States Tax Court
<b>U. Pa. L. Rev.:</b>	University of Pennsylvania Law Review

<b>UN:</b>	Naciones Unidas (por sus siglas en inglés)
<b>U.N. GAOR:</b>	Documentos Oficiales Asamblea General Naciones Unidas (por sus siglas en inglés)
<b>Va. Tax Rev.:</b>	Virginia Tax Review
<b>Yale L.J.:</b>	Yale Law Journal
<b>C.E.T.S.:</b>	Serie Tratados Consejo de Europa
<b>U.N.T.S.:</b>	Serie Tratados de las Naciones Unidas
<b>UCLA Women's L.J.:</b>	UCLA Women's Law Journal

\* Las abreviaturas y las citas de este escrito se han realizado conforme a las reglas del manual de citación uniforme ASSOCIATION OF LEGAL WRITING DIRECTORS, ALWD GUIDE TO LEGAL CITATION (Wolters Kluwer Law & Business, 5ta ed. 2014).

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DEL TEMA: EL DERECHO, LAS CIENCIAS, Y EL CUERPO HUMANO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO ....</b>	<b>9</b>
1. La intersección entre el Derecho y el avance científico .....	9
2. Aproximaciones históricas en el desarrollo de normativa que trata sobre los materiales que proceden del cuerpo .....	13
3. La influencia del cambio social en el razonamiento jurídico sobre la persona y su cuerpo .....	29
<b>CAPÍTULO II: LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA SOBRE LAS LIBERTADES DE LA PERSONA Y EL USO DE LOS MATERIALES PROCEDENTES DE SU CUERPO .....</b>	<b>41</b>
1. Cambio social y construcción histórica de los derechos de la personalidad en el ordenamiento español y su conexión con la soberanía individual .....	41
(a) Características generales y universalidad de los Derechos de la personalidad.....	49
(b) Algunas Aproximaciones sobre la Clasificación de los Derechos de la Personalidad.....	54
i. Sobre la vida y la integridad corporal de la persona.....	55
ii. El derecho de libertad física, libertad moral y la dignidad de la persona .....	57
2. Los Derechos de la personalidad luego de la aprobación de la Constitución Española de 1978 .....	58
3. La Protección de los Derechos del Individuo en el Ámbito Constitucional de los EE.UU. ....	70
(a) La dignidad humana en el ámbito Constitucional de los EE.UU. ....	74
4. Las protecciones reconocidas a la persona física por parte de la Constitución de Puerto Rico.....	82

### **CAPÍTULO III: EL MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO Y EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL.....93**

1. La evolución del concepto de propiedad en relación con los materiales biológicos de origen humano .....	93
2. Las facultades del titular natural y sus limitaciones como derecho subjetivo .....	99
3. La plasticidad del derecho de propiedad en atención de la revolución provocada por las ciencias vivas.....	104
4. El tratamiento de los materiales biológicos como objetos de reconocido valor jurídico.....	111
(a) Las excepciones al tratamiento <i>res extra commercium</i> ; Doodeward v. Spence.....	112
(b) Sobre los debates de las muestras biológicas, gametos y partes removidas del cuerpo.....	116
5. Los materiales biológicos de origen humano y las características que los conforman como una categoría especial de bienes jurídicos.....	118
(a) La separabilidad y transformación de los materiales biológicos: el origen de la cosa y su conformación como bienes .....	121
i. La coincidencia del concepto patrimonial sobre el material biológico humano en múltiples jurisdicciones.....	125
ii. Aproximaciones sobre el concepto patrimonial de los materiales separados del cuerpo desde la perspectiva angloamericana .....	134
iii. Actos dispositivos de los materiales biológicos separados del armazón físico .....	139
(b) El concepto de utilidad de los materiales biológicos extraídos del cuerpo humano en el ámbito civil patrimonial.....	143
(c) Reformas del derecho civil patrimonial para atemperar el Derecho a la realidad sobre los actos sobre el propio cuerpo .....	147
i. La compensación por las molestias del sujeto fuente o ventaja económica.....	151
ii. Consideraciones que justifican revisión del Código Civil.....	154

6. El genoma humano; patrimonio de todos .....	157
7. Las muestras biológicas humanas utilizadas en actividades de investigación y su potencial económico.....	163
(a) Los derechos dominicales sobre la muestra biológica.....	166
(b) El contenido genético como bien intangible propiedad del sujeto fuente .....	172
(c) El caso “Association for Molecular Pathology et al. v. Myriad Genetics, Inc. et al., 569, U.S. 12-398 (2013).....	176
i. La propiedad intelectual; las invenciones tecnológicas.	179

**CAPÍTULO IV: EL CONTENIDO DEL NEGOCIO JURÍDICO SOBRE LOS MATERIALES BIOLÓGICOS PROCEDENTES DEL CUERPO HUMANO.**185

1. El contenido del Derecho y los materiales biológicos humanos como bienes jurídicos en el ámbito civil patrimonial .....	185
(a) Los materiales biológicos humanos como bienes jurídicos en el Derecho Civil .....	190
i. El reconocimiento de titularidad del sujeto fuente y el negocio jurídico de los materiales biológicos de origen humano.....	191
ii. La titularidad de los elementos corporales pasada la muerte.....	193
iii. La pérdida del material separado del cuerpo .....	196

**CAPÍTULO V: EL USO Y GOCE DE LOS MATERIALES PROCEDENTES DEL CUERPO HUMANO DESDE LA PERSPECTIVA DE CONTENIDO ESENCIAL Y DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** .....203

1. La libertad de la persona y las zonas limítrofes del Derecho .....	203
(a) El derecho de propiedad y la función social según el ordenamiento español.....	209
(b) El contenido esencial del derecho de propiedad en relación con el uso de los materiales biológicos de la persona.....	217
2. El concepto de proporcionalidad en la administración del BioDerecho.....	225
(a) La proporcionalidad de la intervención estatal en la restricción de sobre los actos dispositivos de los elementos corporales de la persona.....	237

i. La finalidad de la intervención estatal sobre los abastos de materiales biológicos; la patrimonialidad como alternativa más efectiva .....	240
ii. Sobre la política pública basada en altruismo frente al derecho a la autodeterminación .....	244
3. La razonabilidad de la norma que trata de los materiales biológicos humanos y los límites impuestos al sujeto fuente .....	247
(a) Examen de la idoneidad y necesidad de la legislación vigente ...	247
(b) Las transformaciones sociales demandan ajuste en los parámetros utilizados en la proscripción de beneficios al sujeto fuente .....	254
(c) El progreso científico como agente transformador que requiere readaptación de preceptos de los organismos públicos .....	258
4. Conjunción Intercontinental sobre Proporcionalidad, el Derecho Sustantivo y el Balance de Intereses sobre los Materiales Biológicos Corporales.....	264
(a) El balance de intereses; perspectiva gubernamental angloamericana de la intervención gubernamental.....	264
(b) El balance de intereses de la intervención gubernamental sobre los actos sobre el propio cuerpo.....	274
i. Jurisprudencia Constitucional sobre el balance de intereses: legislación en el ámbito de salubridad .....	284
ii. Los derechos humanos frente al interés público.....	289
5. Los Límites de Constitucionalidad de la Acción Estatal en el Contexto del Cuerpo Humano en Puerto Rico .....	297

**CAPÍTULO VI: EL ALCANCE DE LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE LOS MATERIALES CORPORALES HUMANOS .....** 311

1. Mirada al desarrollo de legislación a favor del reconocimiento de la persona sobre los materiales de su cuerpo y la data genética.....	311
(a) Aproximaciones sobre el concepto de dominio de la persona sobre los materiales que son removidos de su cuerpo .....	311
(b) El avance en el desarrollo de legislación que reconoce la titularidad de la persona sobre los materiales biológicos y el ADN en los EE.UU .....	315

2. El espectro de consideraciones históricas en la normativa relacionada con los negocios jurídicos de los materiales biológicos que proceden del cuerpo.....	325
(a) Algunos apuntes adicionales sobre los hemoderivados en el espectro de consideraciones sobre los negocios jurídicos.....	325
i. Inconsistencia en la legislación sobre incentivos económicos; argumento en favor de negocios jurídicos con materiales biológicos humanos .....	327
3. La Ley de Investigaciones Biomédicas de España - Un adelanto significativo que requiere nuevas consideraciones .....	334
i. Consideraciones aun más amplias sobre las prestaciones a cambio de materiales biológico humanos .....	339
4. La Propuesta del Código Civil de Puerto Rico - Un paso en la dirección correcta aun por completar.....	342
5. Síntesis para un escenario humano y sus posibilidades a la luz del presente estudio .....	349
<b>CONCLUSIONES</b> .....	357
<b>DEFINICIONES</b> .....	365
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	369
<b>JURISPRUDENCIA CONSULTADA</b> .....	383
<b>PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADA</b> .....	389
<b>LEGISLACIÓN CONSULTADA</b> .....	395
<b>RESUMEN</b> .....	399
<b>ABSTRACT</b> .....	401



## INTRODUCCIÓN

El avance de las ciencias y la tecnología ha abierto un mundo de nuevas posibilidades sobre la utilización de los materiales procedentes del cuerpo humano. En la actualidad, es una realidad que los materiales extraídos del cuerpo son comúnmente utilizados como fuente primaria en estudios que dan paso a productos que sirven en el diagnóstico, tratamiento y cura de padecimientos de la salud humana.

Los derechos de las personas que en la práctica científica son fuente de los materiales que dan paso al estudio y desarrollo de alternativas terapéuticas, concurren con otros intereses, entre los que cabe destacar el ánimo de comercialización de las invenciones resultantes. Las notablemente expandidas capacidades científicas en este ámbito, han sido motivo de transformación de la vida social potenciando nuevas formas de actividad jurídica sobre las que el Derecho civil no puede mantenerse ajeno.

Entre las fuentes ordinarias de los materiales biológicos, se encuentran las extracciones hechas durante servicios médico asistenciales, las muestras propiamente colectadas con fines científico-investigativos o el producto de estudios forenses efectuados luego del fallecimiento de la persona. También, se aprecia un incremento en el número de biobancos que sirven de repositorio de elementos corporales que son colectados y resguardados para el posterior uso exclusivo de la misma persona de quien son extraídos. Muchos de los materiales biológicos humanos actualmente se encuentran en archivos de patología o forman parte de centros de acopio conocidos como biobancos, en ocasiones, por tiempo indeterminado.

El alcance de la capacidad de la actividad investigativa demuestra una tendencia incremental que obliga al examen crítico de la normativa que regula los materiales extraídos del cuerpo, en cuyo caso podrá comprobarse la necesidad de redefinir el tratamiento jurídico que hasta ahora ha sido prestado a estos materiales. En los supuestos que hemos apuntado, puede apreciarse que, contrario a posibles nociones tradicionales, mediante su colección, uso y comercialización, los materiales

provenientes del cuerpo son transformados en objetos que alcanzan su espacio en el recinto del Derecho civil patrimonial.

En este contexto, el uso de los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano han pautado el hoy prevaeciente debate de los derechos de la persona a participar en los negocios jurídicos en los que median los materiales provenientes de su propio cuerpo y sobre el cual trata el presente estudio. Esta postura puede encontrar tensión frente a la corriente de pensamiento tendente a equiparar la dignidad del ser humano al valor del almacén físico del cuerpo. No obstante, cualquier debate sobre estos planteamientos, primeramente requiere concebir las múltiples circunstancias distinguibles del cuerpo, incluyendo su elemento físico y la información genética que alberga; aspectos que ocupan un plano distinto al de la persona.

Al centro de este marco jurídico debe ubicarse a la persona como sujeto social y a quien corresponde definir su corporeidad, incluyendo señalar el curso que han de seguir los elementos anatómicos que mediante técnicas de colección sean extraídos de su cuerpo. La plena potestad de la persona de quien proceden los materiales biológicos sobre la finalidad última que éstos deben tener, encuentra desafíos en la concepción habitual de un sujeto pasivo de quien se espera casi de manera imperativa actos de desprendimiento y solidaridad. A nuestro juicio, este orden de las cosas, también exige salvaguardar las acciones de la persona sobre su propio cuerpo como atributo o dimensión positiva derivada de la dignidad humana. Por tanto, ninguna persona puede estar sometida al estricto arbitrio de otra como un mero instrumento.

Ante esta exigencia fundamental de la dignidad de la persona emerge el positivismo racional ligado a los valores individuales y que da margen a una sociedad en la que concurre la diversidad y el respeto por la pluralidad de pensamientos. Como una de estas derivaciones se encuentra la libertad de la persona y constituye vivencia trascendente de la forma de pensar u actuar, incluyendo la potestad dispositiva de los materiales procedentes de su cuerpo.

Como podemos apreciar estos párrafos introductorios deben servir para situar al lector dentro del recuadro en el que el Derecho encuentra convergencia con las ciencias. Somos conscientes que este trabajo conlleva el empleo de conceptos propios del ámbito científico que como podemos notar comparten las coordenadas en las que discurre el Derecho como instrumento ordenador de los intereses que se relacionan. Además, en este punto nos parece propio hacer la salvedad que la extensión del capítulo introductorio no guarda relación con la del resto de los capítulos del escrito pues la misma se centra en la delimitación o establecimiento de las bases del tema de nuestro estudio que abordaremos extensamente en los capítulos siguientes.

Por su amplia trascendencia, este asunto conlleva la imperiosa tarea de explorar los modelos seguidos en distintas jurisdicciones, además de la española. El mundo globalizado de hoy posibilita el fluido intercambio de conocimientos y tecnología entre diferentes países. Además, los avances logrados en un país repercuten en el resto del mundo a través de los canales de comercio que facilitan la distribución de productos. Ante este panorama, el presente estudio comparado hace introspección de la doctrina observada por diversas jurisdicciones para identificar alternativas para un ordenamiento justo y equilibrado.

El marco jurídico que delimita la utilización de los materiales biológicos extraídos del cuerpo, así como los productos elaborados a partir de éstos hacen imprescindibles la actuación normativa conforme a un régimen democrático participativo en el que la persona de quien proceden pueda en igualdad de planos disfrutar de su valor o percibir las ventajas de su posible rentabilidad. Esto no significa que por penetrar en el terreno de los negocios jurídicos los derechos de la persona quedan automáticamente apartados del espíritu de solidaridad característico de la especie humana.

Los adelantos científicos y la tecnología representan fuerzas reformadoras que han introducido diversidad de pensamientos y han superado las expectativas de un pulso uniforme ante un mismo conjunto de circunstancias. El progreso, sin embargo, no es motivo de exclusión del sentimiento humanitario por parte de los miembros del

colectivo social. A pesar de los cambios en el contexto motivado por el prevalente desarrollo de la tecnología de las pasadas décadas, el arraigado sentimiento solidario que es reflejo de humanidad de la comunidad internacional ha sido patente en momentos de catástrofes aun en tiempos recientes.

Los Estados cuya política pública parece establecer estricta correspondencia entre el cuerpo y la dignidad de la persona imponen al sujeto fuente, entiéndase, la persona de quien los materiales biológicos son obtenidos, la cesión de sus tejidos o fluidos de forma gratuita aun cuando al entrar en la cadena de suplido se tornan en objetos de negocios jurídicos evidentemente onerosos. Sobre esto, el esquema normativo español impone al sujeto fuente la obligación de liberalidad, siguiendo un modelo de corte altruista cuya construcción se sostiene en preceptos morales o dogmáticos que rechazan la noción que las partes separadas del cuerpo humano sean tratadas como objetos susceptibles de ser comercializados.

No existe reparo sobre la observación de posturas dogmáticas si tan solamente se trata de determinaciones adoptadas individualmente. Esta restricción estatal, que a nuestro juicio excede los parámetros de razonabilidad, encuentra solución en la flexibilidad propia del Derecho civil patrimonial, el cual permite incluir nuevas instituciones que materializan las posibilidades de modelos políticos que destacan el valor de la autonomía de la persona. Debemos tener en cuenta que las partes separadas del cuerpo, por su independencia física gozan de características que las hacen susceptibles de entrar en la corriente del comercio. Ello no significa que como en otros negocios jurídicos, estén carentes de limitaciones en atención a intereses, entre otros, de política socio-económica. En consonancia con este razonamiento, precisan nuevas y más amplias consideraciones sobre la licitud que merece la participación activa de la persona fuente en el intercambio de los materiales corporales que son objeto de industria y comercialización.

Esta postura se encuentra sujeta al principio de la autonomía de la libertad en la medida que en dicha acción intervienen relaciones que deben ser entendidas como bilaterales y proporcionales al nivel de participación de las partes que intervienen. El

ordenamiento con esto procura la observación de garantías en las que efectivamente queda manifiesto el ejercicio libre y genuino de la voluntad de la persona fuente.

Los aspectos a considerar trascienden la mera aceptación de la persona del destino definido por otros, sino más bien se trata de la legitimación de la participación activa de la persona física en la formulación de los usos que deban tener los materiales procedentes de su cuerpo y el disfrute proporcional de su posible explotación. Esta lógica jurídica busca defender la exteriorización legítima de la voluntad autónoma de la persona conforme a las potestades del titular natural de los materiales biológicos; sin que ello signifique la falta del espíritu de solidaridad social que distingue a la especie humana.

Son múltiples los organismos internacionales que buscan dar respuesta a los conflictos emergentes debido a la proliferación del uso de material biológico humano. Por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) aprobó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos<sup>1</sup> en la que reconoce la importancia de la investigación científica sobre el genoma humano en el mejoramiento de la salud individual y de la

---

<sup>1</sup> La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos fue aprobada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997 en su 29na reunión de la Conferencia General. Posteriormente fue adoptada mediante resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998. U.N. GAOR, 3d Comm., 53rd Sess., U.N. Doc. A/RES/53/152 (1998) [en adelante "Declaración del Genoma Humano"]. Véase UNESCO, Actas de la Conferencia, 29na reunión, París, 21 de octubre a 12 de noviembre de 1997, Vol. 1, Resolución núm. 16. En el seno de la UNESCO también han sido aprobadas otras dos Declaraciones de relevancia en este ámbito. Estas son la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, 16 de octubre de 2003 (UNESCO, Actas de la Conferencia General, 32da reunión, París, 29 de septiembre a 21 de octubre de 2005, Vol.1, Resolución núm. 22) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005 (UNESCO, Actas de la Conferencia General, 33ra reunión, París, 3 a 21 de octubre de 2005, Vol. 1, Resolución núm. 36).

Dentro del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la UNESCO ha sido la encargada de liderar los esfuerzos de la comunidad internacional tendentes a promover la reflexión en torno a las consecuencias que los adelantos científicos y tecnológicos en el campo de la biología y la biomedicina eventualmente pudieran producir sobre el disfrute de los derechos y libertades fundamentales del ser humano. ANDRÉS BATISTA HERNÁNDEZ, ET AL., BIODERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO: DESAFÍOS ACTUALES 31 (Tirant Lo Blanch, 2014).

humanidad. A pesar de no ser vinculante, la Carta recoge la corriente internacional que destaca con primordial relevancia la obligación de observar el respeto por la dignidad, la libertad y los derechos de las personas quienes resultan ser la fuente directa del material utilizado en estudios de investigación científica. Además, se señala en la precitada Carta que corresponde a los Estados la responsabilidad de establecer legislación para delinear el procedimiento de recolección, manejo y disposición del material biológico de origen humano. Al respecto consideramos que las cuestiones sobre el reconocimiento de la dignidad humana se traducen en la infranqueable aptitud de la persona para libremente actuar sobre su cuerpo y sus partes; lo que reclama nuevas aproximaciones jurídicas.

Otras convenciones aprobadas sobre asuntos relacionados, tales como el Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <sup>2</sup> (ICESCER, por sus siglas en inglés) reconocen el derecho de los individuos al disfrute de los beneficios del progreso de las ciencias y sus usos. Igualmente, en el marco jurídico de la Unión Europea, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina del Consejo de Europa, <sup>3</sup> el cual fue firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, contiene disposiciones que destacan la primacía del ser humano sobre el interés exclusivo de la ciencia. Por otra parte el mismo Convenio también subraya que la investigación en el ámbito de la biología y de la medicina se desarrollará libremente. Ninguna de las convenciones hasta el presente se acerca a ofrecer una respuesta integrada en la que se atiendan de forma equilibrada los intereses de los diferentes

---

<sup>2</sup> El Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigor el 3 de enero de 1976 en las etapas tempranas del desarrollo de la industria farmacéutica. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 15.1, 16 de diciembre de 1966, G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., 993 U.N.T.S. 3.

<sup>3</sup> El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina del Consejo de Europa, C.E.T.S. Núm. 164 (BOE núm 251, de 20 de octubre de 1999), representa un instrumento vinculante dentro del marco europeo que hasta la fecha de 26 de agosto de 2015, ha sido ratificado por 29 países.

sujetos participantes de este escenario. Corresponde a los ordenamientos de los Estados, ofrecer soluciones específicas tomando en cuenta el lugar de preeminencia de la persona quien como sujeto de derecho es acreedor de dichas garantías en un ordenamiento democrático.

El ordenamiento español, el cual ha establecido normativa reguladora en este ámbito, ha acertadamente concretado un régimen en el que enfatiza el uso de los materiales biológicos humanos y da cobertura a la política gubernamental de fomentar la investigación científica y, asimismo, proyecta los beneficios de ésta a toda la sociedad. Esta dimensión institucional convoca a la observación de la notable necesidad de conferir similar intensidad en su dimensión positiva a la persona que es la fuente, y el lugar de preeminencia que ocupa en el ordenamiento.

En cuanto a la extensión de la intervención estatal es imprescindible efectivamente valorar la relación existente entre medios y fines de la situación en la que se desarrolla la acción humana. Dado que nos adentramos en el ámbito de poder de actuación de la persona es imprescindible generar normas que ayuden a fortalecer la confianza en las instituciones que promueven el orden político-social. El sistema de normas debe contar como presupuesto la obligación estatal de tutelar los derechos de la persona; entendidos y formulados conforme al plexo de valores y aspiraciones que transmutan con el transcurso del tiempo. En el renovado eje ideológico de hoy despunta la persona, como sujeto de derecho, que aspira a estar activamente involucrado en la actividad jurídica que trata sobre los materiales biológicos procedentes de su cuerpo, entre otros, por su consciencia de su potencial aprovechamiento económico.

Cónsono con lo expuesto por VAZQUEZ BOTE,<sup>4</sup> precisa trascender el mero análisis técnico para convertirnos en parte activa de la función conformadora del

---

<sup>4</sup> 7-I EDUARDO VÁZQUEZ BOTÉ, DERECHO PRIVADO PUERTORRIQUEÑO DERECHOS REALES, 183 (Equity Publishing Company, 1991).

Derecho en las relaciones sociales que fomentan el cambio. El presente momento histórico trae consigo una gran oportunidad para nuevas construcciones del Derecho que promuevan rigores jurídicos que resguarden los múltiples intereses que co-existen en un nuevo contexto. El escenario creado por el avance de las ciencias vivas demanda expandir los modelos de normas existentes para que permitan nuevas aserciones del concepto de propiedad. Al adentrarnos en la discusión de las realidades jurídicas y de los valores sociales se requiere reconocer la naturaleza cambiante de conceptos; razón por la cual los tiempos actuales exigen que el Derecho no permanezca inmutable.

Ante nuevos paradigmas, es necesario plantear como cuestión de Derecho la transformación del valor de los tejidos, fluidos o estructuras biológicas frente a una definición de estos como objetos susceptibles de ser transmisibles y por consiguiente de negocios jurídicos. Resulta imperativo reconocer que ante los intereses en tensión en la actividad transformadora del uso de los materiales biológicos humanos, el derecho civil patrimonial ofrece como alternativa remedios que pueden salvaguardar de forma equilibrada tanto los intereses individuales como los generales.

La propiedad en las sociedades democráticas entraña determinados derechos que viven en continua competencia cuya importancia es cambiante y en ocasiones crecientes. La extensión de esos derechos y el grado que tienen que ceder ante otros valores dependen de las circunstancias que se encuentran en controversia.<sup>5</sup> Consideramos necesario crear un puente en el que se pueda trasladar la realidad científica y tecnológica a conceptos jurídicos cuya permanencia consista en su adaptabilidad al progreso de nuevos tiempos.

---

<sup>5</sup> The Richards Group v. Junta de Planificación de Puerto Rico, 108 D.P.R. 23 (1978).

# **CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DEL TEMA: EL DERECHO, LAS CIENCIAS, Y EL CUERPO HUMANO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO**

## **1. La intersección entre el Derecho y el avance científico**

El descubrimiento de la estructura doble hélice de la molécula que contiene nuestra información genética, el ADN<sup>6</sup>, marcó el comienzo de una revolución que ha permitido nuevos métodos de fabricación de productos destinados al tratamiento y prevención de enfermedades y al mejoramiento de la calidad de vida general. Los nuevos modelos productivos en el sector de las ciencias y la tecnología han acarreado un cambio en la generación del conocimiento, su difusión y aplicación como actividad clave en la convergencia económica y social. En España, el marco normativo del país que regula la actividad y las estructuras en las que se desarrolla la investigación utilizando muestras obtenidas de los seres humanos se encuentra ligado al de la Unión Europea y a la comunidad internacional.

Como hemos apuntado, el marco normativo que rige el uso de los materiales biológicos humanos con propósitos investigativos se encuentra delimitado por legislación nacional que recoge los principios y disposiciones motivadas por convenciones y declaraciones internacionales. Entre otros se encuentran, el Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, el cual fuera impulsado por el Consejo de Europa y luego ratificado por España el 23 de julio de 1999; la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial que recoge los

---

<sup>6</sup> James Watson y Francis Crick fueron los científicos principales a cargo de los estudios que revelaron la estructura de doble hélice del ADN que fuera publicada en el artículo de la Revista *Nature*, el 25 de abril de 1953. A este descubrimiento le precedieron los trabajos de investigación del científico suizo Friedrich Miescher. En el 1869, este último logró aislar el ADN por vez primera mientras trabajaba para conocer la composición química de las células blancas encontradas en el pus de vendas quirúrgicas en un hospital localizado cerca de la universidad donde cursaba sus estudios. Véase la página cibernética del Instituto Nacional del Genoma Humano: [www.genome.gov](http://www.genome.gov).

principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos aprobada en junio de 1964; la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003 y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005.<sup>7</sup>

Estos instrumentos declaran la necesidad de respetar al ser humano y hacen un llamado a la protección de la dignidad humana. En principio destacan que el progreso de las ciencias debe ser aprovechado en favor de la presente generación y de las futuras. Así lo expresa en su preámbulo el antes mencionado Convenio de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, también conocido como Convenio de Oviedo. Promueve la observación de la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales de la persona; mas expresamente declara la primacía del ser humano, con esto señalando que ésta deberá prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia. El Convenio llama a los Estados a que las cuestiones fundamentales de la biología y la medicina sean objeto de un debate político apropiado, a la luz de las implicaciones médicas, sociales, económicas y jurídicas pertinentes. En cuanto a la Declaración de Helsinki, ésta destaca el deber de proteger la dignidad humana, la integridad y el derecho a la autodeterminación de las personas que participan en el proceso de investigación. Mientras, la Declaración Universal

---

<sup>7</sup> Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, 12 de enero de 1999, *supra* n. 3. Actualmente, el Convenio cuenta con cuatro Protocolos Adicionales. El primero (C.E.T.S. 168), el cual prohíbe la clonación de seres humanos fue concluido en París el 12 de enero de 1998 y entró en vigor el 1ro de marzo de 2001. Cuenta actualmente con 23 ratificaciones. El segundo Protocolo Adicional (C.E.T.S. 186), el cual se relaciona con el trasplante de órganos y tejidos humanos, fue concluido en Estrasburgo el 24 de enero de 2002 y entró en vigor el 1ro de mayo de 2006. Este Protocolo, al presente, ha sido ratificado por 13 países. En cuanto al tercer Protocolo (C.E.T.S. 195), el mismo está relacionado a la investigación biomédica y fue concluido en Estrasburgo el 25 de enero de 2005; entrando en vigor el 1ro de septiembre de 2007. El mismo cuenta con 10 ratificaciones. Finalmente, el cuarto Protocolo (C.E.T.S. 203) el cual se relaciona con las pruebas genéticas para fines terapéuticos, fue elaborado en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. En la actualidad cuenta con 4 ratificaciones. España tan sólo ha ratificado los dos primeros Protocolos Adicionales del Convenio.

En cuanto a la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica, la misma fue adoptada en su 18va Asamblea que se celebrara en Helsinki, Finlandia, en junio de 1964.

Las tres Declaraciones son el resultado de esfuerzos de la comunidad internacional aprobados en el seno de la UNESCO. Declaración Universal del Genoma Humano, *supra*, n. 1.

sobre el Genoma Humano y las Declaraciones subsiguientemente aprobadas subrayan que en el contexto de actualidad científica y política cobra importancia la participación de todos los componentes de la sociedad.

El impulso de la investigación científica y tecnológica, muy particularmente en el terreno de la investigación biomédica debe integrar las instituciones destinadas a ordenar los intereses que coexisten en el ámbito social, político y jurídico. Los métodos hasta ahora utilizados para promocionar la inversión en el sector de las ciencias vivas en España, consisten en la influencia marcada por parte del aparato gubernamental en los sectores económicos y de la industria; en lo que ha sido conceptualizado como un modelo que busca impedir que la conducta individual perjudique los fines establecidos. No obstante, el panorama creado requiere de ajustes o un cambio de enfoque sobre rol ocupado por la persona en la investigación biomédica y la industria que culmina en la patente de invenciones científicas sobre las cuales la persona podría gozar de titularidad. Hablamos de un esquema con perfil participativo en el trámite de colección, estudio y uso de materiales biológicos de la persona que eventualmente culmina en el desarrollo de invenciones médicas.

Bajo el modelo existente, la intervención pública en este ámbito claramente persigue el fomento de una economía basada en la industria de la investigación y la innovación. El esfuerzo gubernamental español ha logrado establecer una comunidad científica que actualmente es seis veces mayor que en el 1986.<sup>8</sup> El esquema de desarrollo económico español persigue fomentar la investigación científica y técnica mediante la integración, entre otros, del sector privado. El reconocimiento de todos y cada uno de los agentes dentro de este marco, particularmente el que trata de la investigación biomédica, precisa asegurar el claro establecimiento de normas, basadas en la igualdad de oportunidades,<sup>9</sup> sin exclusión de partes.

---

<sup>8</sup> Preámbulo de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE núm. 131 de 2 de junio de 2011, p. 54392).

<sup>9</sup> *Id.*, p. 54394.

El empleo de materiales biológicos humanos con fines de científico-investigativos es un asunto que viene acompañado de otros aspectos fundamentales de naturaleza jurídica que llaman a consideraciones adicionales. Entre ellos, la magnitud de las facultades del sujeto fuente sobre los materiales biológicos que sirven a la actividad investigativa; pues puede mediar legítimo interés de aquél de aspirar a ejercer su facultad como tenedor original de los materiales procedentes de su cuerpo. Esta perspectiva alcanza justificación luego del cambio histórico sobre los usos prestados a los materiales biológicos que en un pasado fueran considerados no más que meros desechos biológicos. De esta manera se torna viable el reclamo de los derechos dominicales por parte de la persona sobre las extracciones hechas de su cuerpo, incluyendo la posible titularidad jurídicamente reconocida sobre las mismas. Teniendo presente la amplitud de las nuevas dimensiones que hoy abarca el vertiginoso desarrollo de las ciencias y la tecnología, obligan a admitir estas nuevas posibilidades de administrar el Derecho.

De este modo se concreta el llamado a reflexiones novedosas sobre manifestaciones jurídicas que son admisibles en un panorama transformado y cuyas innovaciones previsiblemente habrán de persistir. Estos nuevos y renovados criterios apuntan a que la prohibición o disposición normativa excluyente del sujeto fuente de todo posible negocio que conlleve ventajas sobre el uso al que son destinados los materiales biológicos quedan sin justificación. Un paso adelantado en la dirección correcta habrá de otorgar certeza jurídica sobre la que ensanchará la confianza de cada una de las partes con interés.

Es previsible que la cuestión sobre la facultad de la persona al ejercicio de su derecho a la autodeterminación encuentre méritos en reclamos de variados matices en la medida que este campo, por algunos denominados como Bioderecho, siga avanzando. En una jurisdicción como la española, cuya política gubernamental es afín con la de otros países que buscan adelantar el uso industrial de nuevas técnicas que comportan el empleo de materiales procedentes del cuerpo humano, debe

anticiparse que habrán de surgir nuevas exigencias jurídicas en un marco valorativo renovado.

El desarrollo científico y tecnológico que se encuentra ligado a la industria que trata sobre las ciencias vivas se halla frente a propuestas razonables que encuentran justificación en principios internacionalmente reconocidos como el derecho de libertad, a la propiedad, y la autodeterminación; como fundamentales manifestaciones de lo que constituye la esencia de la dignidad humana. De este modo encontramos nuevas propuestas en un marco jurídico que requieren de apertura por parte del Estado, y el cual ya anticipamos dará lugar a normativa flexible y abierta a nuevas consideraciones.

## **2. Aproximaciones históricas en el desarrollo de normativa que trata sobre los materiales que proceden del cuerpo**

El desarrollo de las ciencias ha sido para muchos la respuesta a la necesidad de tratamiento de enfermedades antes consideradas incurables y también al mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad general. Los métodos de producción de artículos para el tratamiento y diagnóstico de enfermedades han sufrido cambios considerables y utilizan materiales biológicos, incluyendo órganos, tejidos y fluidos que son obtenidos de seres humanos. Las fuentes de estos materiales incluyen las muestras biológicas que provienen de actos de atención médica ordinaria (desechos quirúrgicos y remanentes de muestras de pruebas diagnósticas como la sangre u otros fluidos, y biopsias); productos del parto (placentas y cordones umbilicales); donaciones de órganos y tejidos para el trasplante; y otros.<sup>10</sup> Avances en la biotecnología, es decir, el conjunto de técnicas que buscan utilidad práctica

---

<sup>10</sup> CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Los Retos de la Investigación Científica: Implicaciones Jurídicas de la Utilización de Muestras Biológicas Humanas y Biobancos*, en LA ÉTICA Y EL DERECHO ANTE LA BIOMEDICINA DEL FUTURO 313-356, 314 (Deusto Publicaciones, 2006).

económico-social de la materia viva,<sup>11</sup> han traído métodos científicos mediante los cuales los tejidos o fluidos corporales recobrados de los pacientes son utilizados en la investigación, desarrollo y manufactura de productos comerciales. Para mejor apreciar la magnitud de esta incidencia, debe tomarse nota, que estudios han revelado que en los EE.UU. existen repositorios, comúnmente conocidos como biobancos, que anualmente almacenan aproximadamente 20 millones de especímenes patológicos.<sup>12</sup> El cálculo actual de bio-especímenes es de cerca de 600 millones.<sup>13</sup> Esto no es exclusivo de la nación americana; otros países como Dinamarca cuya población estimada es aproximadamente 5 millones de habitantes, almacena cerca de un millón de especímenes cada año.<sup>14</sup> Por otro lado, Noruega con una población similar a la de Dinamarca cuenta con un acumulado de entre 15 a 20 millones de especímenes biológicos cuyo almacenamiento comenzara en el año el 1930.<sup>15</sup> En España se estima que la cantidad de muestras biológicas almacenadas en centros de actividad asistencial es sustancial. Artículos publicados en las redes cibernéticas indican que tan solo un hospital, como el Universitario de Bellvitge en Barcelona, puede acumular hasta 70,000 muestras al año guardadas en parafina, mas otras 4,000 muestras congeladas.<sup>16</sup>

En el pasado, la colección de materiales biológicos humanas no era asunto de controversia por ser principalmente utilizados para almacenar muestras patológicas de

---

<sup>11</sup> Jorge García Domínguez, *Un Acercamiento a la Patentabilidad de las Invenciones Biológicas*, 36 REVISTA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS (Universidad Pontificia Bolivariana), núm. 104, enero-junio 2006, 111-136.

<sup>12</sup> ELISA EISEMAN & SUSANNE B. HAGA, HANDBOOK OF HUMAN TISSUE SOURCES: A NATIONAL RESOURCE OF HUMAN TISSUE SAMPLES 141 (Rand Corporation 1999).

<sup>13</sup> Jimmie Vaught, Joyce Rogers, Tod Carolin & Carolyn Compton, *Biobankonomics: Developing a Sustainable Business Model Approach for the Formation of a Human Tissue Biobank*, 42 J. NATL. CANCER INST. MONOGR. 24-31 (2011).

<sup>14</sup> LARS OYSTEIN URSIN, KLAUS HOEYER & JOHN-ARNE SKOLBEKKEN, *The Informed Consenters Governing Biobanks in Scandinavia*, en BIOBANKS: GOVERNANCE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 179 (Herbert Gottweis & Alan Petersen, eds., Routledge, 1st ed. 2008).

<sup>15</sup> EISEMAN, *supra*, n. 11, p. 14.

<sup>16</sup> Ana B. Villanueva, *¿Qué hacer con las muestras biológicas?*, EL PAÍS, Nov. 1, 2005, [http://elpais.com/diario/2005/11/01/salud/1130799601\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/11/01/salud/1130799601_850215.html).

diversas fuentes con fines clínicos de naturaleza médico-asistencial. En los departamentos de patología de los hospitales existen muestras archivadas procedentes de procedimientos quirúrgicos que se han ido almacenando desde hace más de un siglo.<sup>17</sup> Con las nuevas modalidades tecnológicas, estas colecciones se exponen a nuevos usos previsiblemente relacionados a la investigación biomédica.<sup>18</sup> Además, se ha observado un aumento en el número de estos bio-repositorios<sup>19</sup> dedicados al almacenaje de materiales de origen humano que son utilizados en investigaciones que procuran apoyar el desarrollo de productos que eventualmente entran en la corriente del comercio. Sin embargo, un estudio de reciente publicación llevado a cabo por la Comisión Europea<sup>20</sup> revela que más de dos terceras partes (67%) de los ciudadanos europeos desconocen la existencia de biobancos y tan sólo el 17% ha mostrado interés por obtener información al respecto. Los grupos de mayor interés se concentran en los países nórdicos como Suecia, Finlandia e Islandia.

---

<sup>17</sup> Comité de Ética del Instituto de Enfermedades Raras (CEIIR), Instituto de Salud Carlos III, Recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica, Ministerio de Ciencia e Innovación, en Guías Éticas de Investigación en Biomedicina, Nov. 2009, [http://www.isciii.es/ISCIII/es/contenidos/fd-publicaciones-isciii/fd-documentos/IIR\\_Guias\\_eticas\\_ESPANOL.pdf](http://www.isciii.es/ISCIII/es/contenidos/fd-publicaciones-isciii/fd-documentos/IIR_Guias_eticas_ESPANOL.pdf).

<sup>18</sup> En España el 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 (BOE núm. 290, 2 de diciembre de 2011), declara el objetivo de la administración estatal de proteger la investigación y producción científica mediante el uso de materiales biológicos procedentes del cuerpo humano en el ámbito de la biomedicina. El mismo plasma las diferentes estructuras en las que se desarrolla actualmente la investigación con muestras biológicas humanas en España.

<sup>19</sup> La industria dedicada al almacenaje de materiales biológicos humanos ha sufrido cambios significativos durante los pasados 30 años. Comenzó a menor escala, principalmente en repositorios universitarios que luego fueron transformados en apoyo de proyectos específicos. Gradualmente fueron evolucionado para convertirse en repositorios solventados por autoridades gubernamentales o empresas comerciales. Yvonne G. de Souza & John S. Greenspan, *Biobanking Past, Present and Future: Responsibilities and Benefits*, 27 AIDS (London, England) 303, 303-312 (2013), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3894636/pdf/nihms506367.pdf>. (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>20</sup> European Commission, *Biobanks for Europe: A Challenge for Governance*, Report of the Expert Group in Dealing with Ethical and Regulatory Challenges of the International Biobank Research 25, (2012), [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). (Recuperado el 30 de julio de 2015).

A pesar de la ausencia de conocimiento general, sobre el funcionamiento y la estructura de los mencionados biobancos, lo cierto es que los mismos cuentan con diversas estructuras legales basadas en el tipo de empresa cuya naturaleza puede ser tanto pública como privada.<sup>21</sup> Aunque muchas de estas entidades son operadas por hospitales e instituciones académicas, algunos de los biobancos en Europa operan con propósitos meramente comerciales.<sup>22</sup> El mercado de la industria dedicada al almacenamiento de muestras ha sido estimado en aproximadamente de 7.8 billones de dólares.<sup>23</sup>

No obstante lo anteriormente planteado, el tratamiento de los materiales biológicos como objetos susceptibles de negocios jurídicos encuentra objeciones por grupos o individuos que manifiestan reparos a tal concepción en virtud de concepciones sociales tradicionales, en gran medida, fundadas en preceptos religiosos o dogmáticos. También es el resultado de cuestiones de política pública observadas por los Estados que promueven la colección de materiales biológicos humanos siguiendo modelos de corte altruista que como ya hemos señalado es el caso de España, entre otros. Este esquema demanda la aportación desinteresada y falta de interés económico del material biológico por parte de la persona de quien se obtienen, independientemente de su uso ulterior.

---

<sup>21</sup> En tiempos recientes las compañías farmacéuticas muestran interés en los proyectos de investigación para identificar la secuencia genética (marcadores genéticos) asociada con los medicamentos que buscan comercializar. MAUREEN D. MCKELVEY, ET AL., *Stylized Facts About Innovation Processes in Modern Biotechnology*, en THE ECONOMIC DYNAMICS OF MODERN BIOTECHNOLOGY 55 (Maureen D. McKelvey et al., eds., Edward Elgar Publishing Limited 2004).

<sup>22</sup> Por ejemplo, desde 1996, Islandia cuenta con un biobanco conocido como *deCode Genetics*, el cual es una empresa dedicada al estudio de enfermedades genéticas. El doctor Kari Stefansson al fundar *deCode* junto a Jeffrey Gulcher tenía dos propósitos principales. El primero, establecer una empresa comercial para llevar a cabo investigación científica de información obtenida durante el análisis de muestras biológicas. El segundo, construir una base de datos incluyendo información genética, genealógica y de fenotipo de la población islandesa. Las actividades comerciales actuales de *deCode* incluye el desarrollo de productos basados en la investigación genómica. Eleni Zika, et al., *Biobanks in Europe: Prospects for Harmonisation and Networking*, EUR SCIENTIFIC AND TECHNICAL REPORTS, Publications of the European Union, 2010, at 45-46, disponible en <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC57831> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>23</sup> Mary Ann Labant, *Biobank Diversity Facilitates Drug & Diagnostic Development*, 32 GENETIC ENGINEERING & BIOTECHNOLOGY NEWS January 15, 2012, p. 42.

Es evidente que se pueden producir actos de disposición del propio cuerpo; que por razón de lo antes apuntado, el disponente queda excluido del beneficio económico<sup>24</sup> y en consecuencia representa la negación de un derecho genuino de propiedad sobre el mismo. La premisa básica es que el tejido humano que representa la muestra biológica es una cosa. Esto no quiere decir que haya impedimento para imponer limitaciones en función de su origen humano y la diferencia entre unas partes del cuerpo y otras. Nuestra postura sobre el arreglo normativo apela a que por motivos de justicia, cuando se deriven ganancias de los tejidos humanos, el sujeto fuente podría participar de dichas ventajas económicas.

Las industrias farmacéuticas y biotecnológicas están interesadas en el sector de los biobancos y almacenaje de muestras biológicas por los resultados que podrían obtener. Inclusive, los organismos públicos podrían estar interesados en conseguir algún tipo de beneficio económico que le permitiese proseguir sus investigaciones y financiar nuevas líneas de investigación. Tal y como se encuentra el estado de las cosas, es razonable procurar un equilibrio entre el sujeto fuente y las empresas que se dedican a la manufactura de productos para el tratamiento de la salud, persigan arreglos en el que conmesuradamente se perfeccione un aprovechamiento compartido.

Sin menospreciar la importancia de atesorar los valores de humanidad que reúne la visión altruista sobre la donación de fluidos como la sangre, tejidos y órganos, es innegable la realidad que estos han sido sustancialmente sustituidos por nuevos conceptos de apropiación y uso. Los valores humanitarios atribuidos al acto de donar, tales como el deseo de procurar el bienestar a terceros, han sido convertidos para todo fin práctico en una autorización irreflexiva que concluye en la abdicación

---

<sup>24</sup> Guía Práctica para la utilización de muestras biológicas en Investigación Biomédica. La Guía fue presentada dada a la luz pública en mayo de 2006 por el Instituto Roche en España; disponible en página cibernética de la Universidad del País Vasco en <https://www.ehu.eus/es/web/ceid/ceish/inves#3>. (Recuperado el 30 de julio de 2015).

impuesta a la persona de quien se obtienen sus tejidos y a quien comúnmente de forma paradójica le llaman “donante”. En la actualidad los elementos de liberalidad o desprendimiento aludidos son impuestos al primer eslabón de la cadena de suministros la cual culmina en el uso por las personas que requieren servicios médico-asistenciales y a quienes últimamente se les impone pago de forma directa o indirectamente.<sup>25</sup>

A pesar del prevaleciente modelo altruista sobre el manejo de materiales biológicos seguidos por gobiernos como el de España y como también es el caso de Puerto Rico y de los EE.UU., se puede apreciar el interés de mayor participación de individuos en los negocios jurídicos relacionados con el manejo y uso de materiales biológicos. Las transformaciones prácticas que surgen del interés tanto individual como colectivo por el control de materiales biológicos traen consigo nuevas dimensiones que se transforman a su vez en negocios jurídicos de índole variada. Al presente pueden apreciarse múltiples manifestaciones de control que responden al sentido de pertenencia y usos de los tejidos o materiales biológicos. Por ejemplo, con el descubrimiento de las células madre en el cordón umbilical de los recién nacidos son muchos los padres que buscan su preservación. Los padres conservan el cordón umbilical como alternativa de tratamiento ante la posibilidad que alguno de sus hijos

---

<sup>25</sup> En el caso de sistemas universales de salud los servicios prestados son gratuitos pero su financiamiento reside en la recaudación de impuestos. Aun así, debido a problemas fiscales, algunos Estados con sistemas de acceso universal se han visto obligados a retirar medicamentos del financiamiento público y requerir co-pago a los ciudadanos que buscan asistencia médica. El Real Decreto - Ley 16 de 24 abril de 2012 (BOE núm 98, 24 de abril de 2012; corrección de errores en BOE núm 116, 15 de mayo de 2012) señala que todos los países de la Unión Europea están analizando y adoptando medidas que permiten optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos. La implementación de medidas en este ámbito es muy intensa, en especial en los países a los que ha golpeado con más fuerza la crisis financiera y económica.

Ante la crisis económica enfrentada por el país, España introdujo modificaciones con el fin de racionalizar el gasto público y posibilitar eficiencia de los servicios de salud. Las personas que no satisfagan los requisitos de asegurado pueden recibir prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Ver, Real Decreto – Ley 16/2012, de 20 de abril de 2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012).

enfrente una condición de salud catastrófica.<sup>26</sup> El cordón umbilical antes era visto como tejido inservible; sin embargo, desde la década de los ochenta del siglo pasado es utilizado para el trasplante de células madre<sup>27</sup> que han permitido tratar con éxito enfermedades como la anemia, osteoporosis, cáncer de la médula ósea, entre otras. En España, mediante el Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, el cordón umbilical dejó de ser producto de desecho. Hoy, se encuentra reglamentado por el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio,<sup>28</sup> por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.<sup>29</sup>

Con alguna frecuencia, existen individuos con características singulares cuyos tejidos resultan ser fuente primaria y componente esencial en la manufactura de productos biológicos que han alcanzado valor comercial significativo. Algunos de estos descubrimientos han cobrado notoriedad como en el caso de Henrietta Lacks,<sup>30</sup> una mujer afro-americana de quien se conociera su identidad veinte años después de su muerte y a quien, sin su consentimiento, le fuera sustraído tejido proveniente de un tumor cervical que dio origen a la primera línea celular de origen humano conocida

---

<sup>26</sup> *Cryo-Cell International* es una empresa con facilidades en Florida que ofrece servicios en Puerto Rico. El costo por almacenaje del cordón umbilical es \$47.00 mensuales. Ver página cibernética de la empresa en [http://www.cryo-cell.com/espanol/services/features\\_benefits.asp](http://www.cryo-cell.com/espanol/services/features_benefits.asp). (Recuperado el 15 de julio 2015).

<sup>27</sup> Algunos científicos estiman que las células madres contenidas en el cordón umbilical pueden ser preservadas por tiempo indefinido. *Congelar Células Madre*, todopapa.com, <http://www.todopapas.com/padres/por-lo-legal/congelar-celulas-madre-337> (Recuperado el 15 de julio 2015).

<sup>28</sup> Entró en vigor luego de la Sentencia de 30 de mayo de 2014, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014) en la que declara nulo el Real Decreto 1301/2006 por insuficiencia de rango. La acción fue instada por la empresa *VidaCord*, la cual cuenta con un biobanco para el almacenaje de cordones umbilicales.

<sup>29</sup> Publicado en el BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014.

<sup>30</sup> Henrietta fue una mujer negra trabajadora de una finca de tabaco quien falleció a la edad de 31 años debido a cáncer cervical. El Doctor Howard Jones le removió el tumor a Henrietta en la clínica de ginecología que mantenía en el Hospital Johns Hopkins, Maryland, EE.UU. El Dr. Jones envió los tejidos removidos al científico George y Grey quien en el año 1951 desarrolló la primera línea celular humana utilizando los tejidos obtenidos de Henrietta.

como las células “HeLa”<sup>31</sup>. Estas constituyen la primera línea celular todavía utilizada para el estudio y desarrollo de tratamiento de enfermedades.<sup>32</sup> Algunos se han referido a las células “HeLa” como inmortales pues todavía hoy, a sobre sesenta años de la muerte de Henrietta, sus células siguen reproduciéndose.<sup>33</sup> Un científico señala que si pudiéramos calcular el peso de las células que hasta hoy han sido cultivadas, las células "HELA" alcanzarían 50 millones de toneladas; mientras otro ha expresado que si fueran alineadas, las células darían la vuelta al planeta tierra al menos tres (3) veces.<sup>34</sup>

El presente trabajo aborda como cuestión nuclear que las cualidades de los materiales biológicos que son removidos del cuerpo humano los conforma en bienes susceptibles de actos jurídicos que están sujetos a la voluntad y actos de dominio que corresponden a la persona de quien proceden. Esta postura apunta a que cónsono con las facultades que ostenta el titular de un bien, el ordenamiento civil permite, y debe reconocer de forma positiva, la potestad a la persona natural de efectuar negocios jurídicos con los materiales biológicos que genera su cuerpo, siempre que con ello no perjudique a nadie, no lesione su integridad corporal o no reduzca irreversiblemente su capacidad funcional. Por su construcción flexible, el régimen civil patrimonial admite el empleo de sus instituciones sobre lo que sostenemos supone una clasificación especial de bienes, que a nuestro juicio, debe recibir el tratamiento que el ordenamiento reconoce al derecho sobre las cosas.

Al formular nuestra postura dejaremos a un lado discusiones de naturaleza ético-morales, sin que ello se interprete en menosprecio de su importancia. Por el contrario proponemos que el precepto de dignidad dimana de la capacidad del ser

---

<sup>31</sup> El nombre de las células surge de la combinación de las dos primeras letras de su nombre y apellido.

<sup>32</sup> Una línea celular constituye un grupo de células que ha sido adaptado a condiciones artificiales de laboratorio y que es capaz de reproducirse por tiempo indeterminado.

<sup>33</sup> REBECCA SKLOOT, *THE IMMORTAL LIFE OF HENRIETTA LACKS* 30 (Bradways Paperback, 1st ed. 2011).

<sup>34</sup> *Id.* p. 2.

humano para actuar libremente y destacamos su valor como derecho fundamental. La ausencia de normativa que puntualmente conforme el derecho de propiedad como aplicable a los materiales biológicos de origen humano es motivo de confusión, o cuando menos controversia, en la aplicación del Derecho.

El cuerpo de normas actual requiere de la claridad que permita distinguir las figuras y sus correspondientes límites para que haya respuestas ajustadas a estas cuestiones jurídicas. Por motivo de esto, es importante precisar que nuestra postura de reconocer licitud a los actos jurídicos que incluyen materiales de origen humano, se circunscribe a aquellos que son regenerados naturalmente y cuyo uso final se encuentra en manos de terceros con propósitos investigativos, industriales, comerciales u otros. Lo anterior deja fuera del alcance de la propuesta contenida en nuestro estudio lo relacionado con la ablación de órganos vitales o estructuras orgánicas necesarias para el debido funcionamiento del cuerpo humano que han de ser trasplantados en personas vivas. Distinto es el caso de la remoción de las partes anatómicas del almacén corporal pasado el fallecimiento de la persona o aquellos materiales biológicos considerados muestras biológicas o desechos quirúrgicos.

Tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como la Convención de los Derechos Humanos y la Biomedicina incluyen en su lenguaje una disposición expresa sobre la prohibición de prácticas que conviertan el cuerpo humano, o partes del mismo, en objeto de lucro. A pesar que no existe notas aclaratorias sobre el contenido de este apartado, la Convención Europea de Biomedicina, en una disposición análoga (artículo 21) señala que dicha prohibición trata sobre el “... *cuerpo humano y sus partes, como tales, ...*” (Énfasis nuestro). Nuestra interpretación del lenguaje alude al almacén físico corporal y a las partes cuando las misma se encuentran integradas en una sola unidad. Esto puede ser diferenciado del tratamiento de partes que han sido separadas y se encuentran en independencia física de la masa corporal.

Esta idea también atiende un principio inderogable que implica que no se puede instrumentalizar a un ser humano; tratarlo como un mero objeto. Esto abraza el

concepto de la dignidad humana. Debe notarse que a pesar de la dotación genética contenida en los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano, la Directiva 98/CE/44 de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, empieza por recordar que el derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la integridad y dignidad humana. Con ello evidenciamos que no existe incompatibilidad sobre el uso de los materiales corporales humanos con fines industrial o comercial, siempre que se trate de estructuras o fluidos físicamente autónomos como en su condición genética.

En el sentido apuntado corresponde destacar que los negocios jurídicos nacen de la autonomía individual y del reconocimiento que le confiere el ordenamiento. Al reputar los materiales biológicos como propiedad de cada quien y mediante el acuerdo de voluntades sentamos las bases para un modelo normativo ajustado a la realidad actual y para la formulación de una doctrina basada en el respeto por la dignidad y la autonomía de la voluntad de la persona. Como elemento indispensable de toda norma, sería necesario abordar el desarrollo de disposiciones especiales que ocupen los espacios vacíos del modelo actual que deberá procurar con amplitud los derechos de la personalidad y las libertades humanas.

Sobre la postura que por razón del vínculo entre el contenido genético de los materiales biológicos y la identidad de la persona no es posible reconocer su uso como negocio jurídico, debemos destacar que la importancia de este asunto es independiente del tratamiento que el ordenamiento le otorgue a los materiales biológicos; sea de carácter patrimonial o no. Con esto buscamos puntualizar que aun cuando las extracciones fueran hechas a título gratuito o estuvieran circunscritas a fines de diagnóstico, se requiere tener presente que el creciente volumen de datos personales obtenidos del material genómico dificulta su disociación de la persona. En este sentido consideramos que la configuración genética particular de cada persona representa el signo de quien a todas luces debe poseer autoridad plena sobre la utilización o preservación del material biológico y de los datos genéticos individuales. Igualmente estos asuntos no pueden desentenderse de valores universalmente nuevas categorías de Derecho que legitimen y regulen sus usos; tanto individuales como en

pro del bien común.

Nuestro estudio recoge un análisis detallado de la doctrina del derecho civil sobre la figura de la propiedad, la clasificación y atributos de las cosas que conforman los bienes dentro del contexto de la recolección y usos de los materiales obtenidos del cuerpo humano. Comenzamos nuestra exposición con una descripción histórica sobre el uso de los materiales de origen humano que sirve de marco contextual del presente estudio. Hacemos presentación del esquema de análisis o razonamiento que conduce a nuestra visión sobre como el Derecho debe servir eficazmente ante los desafíos traídos por los nuevos tiempos. De igual manera, entendiendo que el Derecho impera porque existe la persona incluimos algunas aproximaciones sobre los derechos de la personalidad -sin detenernos en su estudio pormenorizado, que excede del contenido de este trabajo- ya que su desarrollo ha sido instrumental en salvaguardar la existencia física, la integridad moral y espiritual, y la libertad de actuación del individuo dentro de un nuevo esquema.<sup>35</sup>

Con una visión crítica sobre las cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad y usos de los materiales biológicos, estudiamos tratados y declaraciones internacionales que agrupan principios universales sobre la protección de los derechos humanos. Complementamos nuestro análisis en torno a este asunto mediante un estudio comparativo de los órganos constitucionales de España y otras jurisdicciones como Estados Unidos (EE.UU.) y Puerto Rico relacionados con la observación del derecho patrimonial y derechos fundamentales y libertades de la persona para llevar a cabo negocios jurídicos lícitamente conforme a su voluntad individual, cuyo alcance puede ser extendido a materiales procedentes del cuerpo humano.

A pesar de la limitada jurisprudencia, logramos puntualizar los criterios o elementos de análisis contenidos en decisiones de múltiples jurisdicciones que

---

<sup>35</sup> JUAN JOSE BONILLA, PERSONAS Y DERECHO DE LA PERSONALIDAD 21 (Reus, Madrid, 1ra ed. 2010).

demuestran el desarrollo del pensamiento judicial que reúnen las tendencias modernas de los tribunales sobre la figura del derecho de propiedad y su uso en controversias relacionadas con materiales biológicos de origen humano. La actualidad de estos asuntos se refleja en las discusiones activas sobre aspectos de política pública que persiguen proteger los intereses que intervienen en la cadena de transformación de materiales biológicos humanos cuyo resultante es la comercialización de productos para el diagnóstico y tratamiento de la salud.

En forma general, la postura gubernamental que prohíbe beneficios a las personas a quienes se les extraen materiales biológicos, busca conferir estabilidad a los procesos de investigación científica y a la industria de la manufactura a gran escala. Este es un aspecto que ante las manifiestas tensiones económicas experimentadas por los países del mundo combinado con la madurez de la industria del conocimiento parece apuntar a un posible incremento de reclamaciones judiciales por parte de aquellos que entiendan que por razón de este esquema sus derechos son vulnerados.<sup>36</sup> Estas cuestiones demandan el establecimiento de normas conformadoras de una nueva realidad que imparta seguridad jurídica fundada en una perspectiva equilibrada entre el bien colectivo y el valor individual.

Las personas que hacen sus aportaciones de tejidos o fluidos de su cuerpo para estudios científicos ordinariamente conceden los mismos sin expectativas concretas de compensación; movidos por el ánimo de ayudar a otros. Esto es más patente en circunstancias que conlleven riesgo mínimo para el sujeto fuente e incluya un número considerable de participantes. El desinterés mostrado por las personas descansa en el ánimo de auxiliar a los más desventajados; lo que se encuentra inspirado en el espíritu de solidaridad social.

---

<sup>36</sup> Randy W. Marusyk & Margaret S. Swain, *A Question of Property Rights in the Human Body*, 21 OTTAWA L. REV. 351, 351-386 (1989). A pesar de criticar el derecho propietario sobre el tejido humano reconocido en jurisprudencia norteamericana; la publicación destaca que debido al avance en la biotecnología, las presiones normales del libre mercado han aumentado.

Al acoger el concepto de distribución de beneficios nos amparamos en principios de justicia que de ninguna manera, excluyen la aspiración individual de aportar al bienestar colectivo. Los procesos de investigación corrientemente persiguen el desarrollo de terapias médicas de condiciones de salud experimentadas por poblaciones y de ordinario no están dirigidos a la ayuda de personas particulares. Por lo tanto, las nociones de inequidad hasta reciente, han sido enmascaradas por la falta de visibilidad de los procesos y los productos eventualmente comercializados. La difusión tecnológica de las comunicaciones ha transformado el marco de situación en el que transcurren estos eventos.

En tiempos recientes se aprecia un activismo y participación de grupos de interés que se organizan para ser acopio de muestras biológicas y datos genéticos que con la finalidad de instrumentar productos de tratamiento o recursos que permitan acceso a terapias costo-efectivas. Un prototipo de este arreglo es la Fundación de Canavan ("*Canavan Foundation*"), la cual es una corporación sin fines de lucro con centro de operación en los EE.UU que busca atender las necesidades de un grupo de pacientes que adolecen la extraña enfermedad de Canavan<sup>37</sup>; al igual que otras condiciones genéticas sufridas por personas con ascendencia judía. Además de perseguir el diagnóstico y la cura de este padecimiento, la Fundación ofrece orientación sobre las opciones reproductivas para los pacientes portadores de la enfermedad.

Las personas beneficiadas del arreglo ofrecido por la Fundación incluye a portadores de la secuencia genética entre los que se encuentran personas con ascendencia procedente de Europa occidental. Entre las poblaciones más comúnmente reconocidas como portadores y que hoy residen en los EE.UU. emigraron al país en

---

<sup>37</sup> La enfermedad de Canavan es una condición degenerativa de las células del cerebro. La expectativa de vida de los niños que que padecen es de cerca de 4 años de edad.

años cercanos al 1880 desde Alemania, Rusia, Ucrania, Polonia y Hungría.<sup>38</sup> La condición también se asocia con emigrantes de España que en el año 1492 se trasladaron a otras partes del Mediterráneo, incluyendo el norte de África.

Las opciones de los pacientes o padres de futuros niños estarían limitadas de no existir estos recursos pues la prueba para la detección de la secuencia genética sería costo-prohibitivas. Como cuestión de hecho, los organizadores de la Fundación se vieron involucrados en una controversia judicial cuando luego de hacer acopio de fondos y suministrar muestras de sangre, orina y tejidos, recobrados durante procedimientos de autopsia encontraron que el medico investigador a cargo de los estudios había adquirido una patente con derechos exclusivos sobre la prueba de detección pre-natal.<sup>39</sup> La estructura organizativa seguida por la Fundación ofrece

---

<sup>38</sup> Los síntomas de la enfermedad de Canavan generalmente incluyen el aumentar rápidamente circunferencia y falta de control de la cabeza, disminución de la capacidad de respuesta visual y de tono muscular anormal. Los niños con la enfermedad de Canavan no pueden gatear, caminar, sentarse o hablar.

Los síntomas generalmente aparecen cuando el bebé tiene de tres a nueve meses de edad. Muchos niños no viven más allá de la edad de 10. En la actualidad no existe una cura para la enfermedad, Véase, CANAVANFOUNDATION.ORG, [http://www.canavanfoundation.org/about\\_canavan\\_disease](http://www.canavanfoundation.org/about_canavan_disease) (Recuperado el 15 de julio de 2015).

<sup>39</sup> Greenberg v. Miami's Children's Hospital, 264 F. Supp. 2d 1064 (S.D. Fla. 2003). Esta controversia se tradujo en la amenaza del progreso de otros centros de investigación de la enfermedad de Canavan. Los padres de los niños (Greenberg) quienes tuvieron un rol activo en la colección de los materiales biológicos de los pacientes de la enfermedad y de la recaudación de fondos, incoaron una acción legal, en la Corte de Distrito de Florida alegando ausencia de consentimiento, falta al deber fiduciario, enriquecimiento injusto, acción reivindicatoria y apropiación indebida de derechos propietarios. Entre otros, los demandantes reclamaron sin éxito el deber del Dr. Matalon, médico investigador, de no divulgar su interés económico a los participantes de los estudios.

En su decisión, la Corte establece que la doctrina que requiere consentimiento informado no era de aplicación al caso debido a que las personas que aportaron las muestras consistentes de tejidos y fluidos biológicos no recibían tratamiento médico por parte del doctor Matalon; más bien eran sujeto de un ensayo de investigación. Con excepción de la causal de enriquecimiento injusto, el Tribunal desestimó la demanda.

Debemos notar que para salvar posibles conflictos de interés médico-paciente la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica de España, como los notados en el caso Greenberg, creó el Comité de Bioética de España, un órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo en asuntos éticos relacionados con la biomedicina y las ciencias de la salud. Una de sus funciones consiste en evaluar informes previa autorización de proyectos de investigación que incluya seres humanos o materiales biológicos. Véase, el artículo 2.e. de la ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm 159, de 4 de julio de 2007).

beneficios a las personas quienes actúan como fuente de materiales biológicos y refleja las ventajas de la plataforma normativa que admite la distribución de beneficios.

Como hemos visto la distribución racional de los beneficios puede tratarse de la disponibilidad de recursos que sirven de auxilio a comunidades o individuos participantes. Otros beneficios que a nuestro juicio merecen debida consideración incluyen la retribución directa mediante acuerdo de partes en el que pacten la participación los sujetos fuentes en las rentas obtenidas por la comercialización de productos derivados de materiales procedentes de sus cuerpos.

El modelo de distribución de beneficios en atención de los materiales procedentes del cuerpo humano y su contenido genético guarda correspondencia con Convenciones internacionales en las que ya se perfilan renovados principios distributivos de los recursos. Este concepto alcanzó notoriedad con la aprobación de la Convención de Diversidad Biológica que fue adoptada en el 1992. A pesar de que su alcance se extiende tan sólo a información genética procedente de animales, plantas y otros,<sup>40</sup> la plataforma que ofrece es representativa de las nuevas perspectivas políticas internacionales que adelantan nuevas figuras de Derecho como las ya recogidas por otras convenciones como la Declaración de Helsinki.<sup>41</sup> Esta última, protege a las personas participantes en los procesos de investigación; mas declara la expectativa que los sujetos cuenten con acceso a los medicamentos y servicios después de completados los estudios clínicos.

---

<sup>40</sup> PAMELA ANDADA, et al., *Legal Framework for Benefit Sharing: From Biodiversity to Human Genomics*, en *BENEFIT SHARING FROM BIODIVERSITY TO HUMAN GENETICS* 33, 34 (Doris Schroeder & Julie Cook Lucas, eds., Centre for Professional Ethics, University of Central Lancashire 2013). Ver Convenio sobre la Diversidad Biológica, Naciones Unidas, 5 de junio de 1992, 1760 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 29 de diciembre de 1993.

<sup>41</sup> La Declaración de Helsinki enumera como uno de los principios el que al culminar la investigación médica “*todos los pacientes que participan en el estudio tienen derecho a ser informados sobre sus resultados y compartir cualquier beneficio, por ejemplo, acceso a intervenciones identificadas como beneficiosas en el estudio o a otra atención apropiada o beneficios*”. Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial adoptada por la 18a Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964.

En la actualidad, el modelo español proscribire toda forma de compensación, económica o de otro tipo<sup>42</sup> a la persona de la cual se extraen los materiales biológicos pues no admite que el titular natural obtenga provecho de los productos resultantes de la investigación, conforme a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley de Investigación Biomédica. Sobre este aspecto creemos que la ausencia de distribución de beneficios obtenidos de los procesos de investigación científica y los desarrollos tecnológicos, implican inequidad.

El análisis de lo antes expuesto nos lleva a argumentar la necesidad de disipar condiciones de ilegitimidad creadas por normas que en su momento fueron de avanzada pero que hoy exigen ser ajustadas a los nuevos contextos jurídicos. El andamiaje ofrecido por el derecho civil patrimonial español permite que los materiales biológicos de origen humano reciban el tratamiento de figuras que desde hoy revelan su viabilidad de ser objeto de negocios jurídicos válidos. Las nuevas figuras patrimoniales servirán para que el Derecho español logre la eficaz defensa de los principios y valores de rango superior como la libertad de la persona representados en el respeto por la autonomía individual.

En forma general la normativa prevaleciente sólo parece reconocer dicha potestad implícitamente pues se destaca la relevancia del consentimiento informado, aunque es preciso considerar que aquel no es suficiente para determinar *a posteriori* quien goza de la titularidad de esos materiales biológicos humanos. Mucha de la reglamentación vigente se justifica propiamente como medidas para garantizar la calidad del suplido y seguridad de la muestra o material biológico. Sin embargo, y de otra parte, igualmente existe el debate sobre la posible participación de los beneficios

---

<sup>42</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007). El segundo apartado del artículo 7 de la citada ley establece que “*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.*” (Énfasis Nuestro).

obtenidos por la comercialización de productos desarrollados a partir de material biológico de extracción humana. Este debate está relacionado con aspectos de las propiedades de los tejidos, la patentabilidad de la materia viva y la libertad de la investigación científica.<sup>43</sup> A nuestro juicio, el marco jurídico actual cuenta con suficiente elasticidad para apoyar un modelo que reconozca las facultades dominicales al sujeto de quien proviene el material humano sin que ello represente riesgos para el bienestar colectivo. Así pues, la adaptabilidad del derecho civil patrimonial español para instituir una nueva forma de bienes jurídicos en los materiales corporales físicamente independientes de la persona de quien son extraídos.

En respuesta a estas exigencias, al concluir nuestro estudio, presentamos varias sugerencias basadas en el Derecho civil patrimonial que a nuestro entender deben formar parte de un modelo normativo integral sobre los controles que deben regir la colección y manejo de tejidos biológicos humanos con potencial comercial. Es importante señalar en forma general que a pesar que múltiples aspectos han sido objeto de reglamentación, existe un vacío legal debido a la ausencia de normativa específica que precise los poderes dominicales de los individuos o, eventualmente y en ciertos casos, de los biobancos, sobre los materiales biológicos humanos obtenidos durante los procedimientos ordinarios de salud, ya sean de tratamiento o de investigación.<sup>44</sup>

### **3. La influencia del cambio social en el razonamiento jurídico sobre la persona y su cuerpo**

El Derecho debe ser entendido como la voluntad, la acción dirigida a determinados fines, en especial aquella que redunde en mayor beneficio, espiritual y

---

<sup>43</sup> EuroGen Guide, Information for European Patients about Genetic testing and Research: Guidelines for Health Professionals about DNA/Biobanking in Europe, <http://www.geneticalliance.org.uk>. (Recuperado el 15 de julio 2015).

<sup>44</sup> EISEMAN, *supra*, n. 11, p. 14.

físico, de la sociedad y de los seres humanos que la integran.<sup>45</sup> Puede ser concebido como ordenador y regulador de la sociedad y la vida.<sup>46</sup> Por ser algo más que un simple conglomerado de normas, el impacto del Derecho sobre otros fenómenos sociales, en su manifestación pasiva, satisface la necesidad de certeza y confiere estabilidad; mientras que en su dimensión activa lograr impulsar el cambio.<sup>47</sup> Puede decirse que la naturaleza de las cosas se fundamenta en su conjunto en la realidad social.<sup>48</sup>

El ordenamiento jurídico se manifiesta como un sistema de reglas que constituye parte del sistema socio-político total de una sociedad global organizada.<sup>49</sup> Las normas jurídicas constituyen un todo coherente cuyos elementos, distinciones y contraposiciones vienen trascendidas por un sentido de unidad. De esta manera lo resume HERNANDEZ GIL en su análisis de la doctrina de KELSEN en el que puntualiza que el mundo del Derecho, científicamente constituido y configurado, debe ser circunscrito al “orden jurídico” o al “sistema normativo”. Citando a KELSEN, el mismo jurista señala que en razón de esto, ha de “*anteponerse el todo o el conjunto a las partes o elementos que lo integran.*” Añade que las normas se ofrecen como dadas, pero el orden, y singularmente el sistema, proceden del conocimiento científico en su función de constituir el propio objeto.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> JOSE TRÍAS MONGE, TEORÍA DE ADJUDICACIÓN 419 (Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1ra ed. 2000).

<sup>46</sup> Ernesto Abril, *Ordenamiento Jurídico: Estructura y Caracteres*, Biblioteca Virtual del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad de Argentina (2001), <http://biblioteca.clacso.org.ar/Argentina/cijs-unc/20110806035731/sec5004b.pdf> (Recuperado 15 de julio de 2015).

<sup>47</sup> Jerzy Wróblewski, *Cambio del Derecho y Cambio Social, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social II*. El artículo forma parte del acervo de la Biblioteca Virtual de Investigación de la UNAM <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/12/teo/teo9.pdf>>.

<sup>48</sup> MICHEL VILLEY, LEÇONS D'HISTOIRE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT 109 (1968).

<sup>49</sup> Wróblewski, *supra*, n. 47, p. 121.

<sup>50</sup> ANTONIO HERNANDEZ GIL, SABER JURIDICO Y LENGUAJE, Obras Completas, Tomo IV, 455 (Espasa 1989).

Existe una diversidad de corrientes metodológicas para el análisis de las normas. Todas ellas tienen un significado en el Derecho como ordenador y regulador de la sociedad y la vida, pero muchas de éstas apuntan a un aspecto aislado y unilateral que no comprende el conjunto de una visión omnicomprensiva de la problemática.<sup>51</sup> En ocasiones podemos experimentar cierto vacío en nuestro intento de encontrarles sentido. Mas para entender el pensamiento de otros tenemos que hacernos presente en sus circunstancias. De este modo según expusiera ORTEGA y GASSETT,<sup>52</sup> la idea es una acción que el hombre realiza en vista de una determinada circunstancia y con una precisa finalidad. Hay ciertas cuestiones relacionadas con el bienestar general que tienden a producir leyes sociales. Pero las raíces mismas de las instituciones jurídicas básicas presuponen respeto y reciprocidad y tienen su lugar propio en la conducta interindividual que no puede someterse a maquinaria alguna.<sup>53</sup>

La interpretación de las normas resulta fundamental para lograr un Derecho que corresponda a la realidad social. Esto puede ser logrado respetando la letra, las fórmulas y los sistemas en que se articulan y contienen, pero también, sólo si pretenden resultados de justicia.<sup>54</sup> En ocasiones parece construirse la idea que la aplicación del derecho debe limitarse a la interpretación gramatical o literal de la norma. Sin embargo, si así fuera, forzoso sería concluir que no habría necesidad de interpretación. Siguiendo algunos de los preceptos de ROUSSEAU, las causas no se

---

<sup>51</sup> José Ignacio Rubio San Román, *El Método de Razonamiento Jurídico*, XLIV REV. JURÍDICA UIPR Núm. 3, 2010, pp. 581-613.

<sup>52</sup> JOSÉ ORTEGA Y GASSETT, *HISTORIA COMO SISTEMA 5* (Revista de Occidente, S.A., 6ta ed. 1970).

<sup>53</sup> Rubio San Román, *supra*, n. 51.

<sup>54</sup> Rubio San Román, *supra*, n. 51.

resuelven adecuadamente por medios mecánicos.<sup>55</sup> A esto debemos añadir que tampoco se trata de abstracción absoluta que conduzca a la ausencia de conexión con la norma pues se prestaría a la determinación arbitraria o caprichosa del juzgador.

La teoría del derecho no es en tal sentido distinta de otras manifestaciones del quehacer humano. Ciertas filosofías tienden a florecer en tiempos de orden y esperanza y otras expresiones en momentos de desconcierto y dificultad. Las escuelas de pensamiento sobre el derecho y la justicia son parte de la historia general de las ideas y en tal condición responden a ella y a las circunstancias sociales cambiantes. La teorías del Derecho responden a circunstancias de tiempo y lugar por la simple razón de que el derecho en gran parte es obra de la voluntad humana, concreción de necesidades y aspiraciones diversas del ser humano o de quienes lo gobiernan, reflejo nítido o borroso, de los valores que inspiran las ideas que rigen la organización social en determinado momento.<sup>56</sup>

Los métodos de interpretación de una norma no son ajenos a la escuela o movimiento interpretativo, como tampoco a la teoría jurídica ni a la tradición legal que el intérprete adopte o sostenga. Existen variados métodos de interpretación pero ninguno en sí mismo constituye una fórmula uniforme que ofrezca soluciones universales. El estudio y el método de interpretación del Derecho requieren de elementos objetivos que en ocasiones podrían estar ausentes. Demanda de la observación que puede conducir al choque de intereses y encierra la necesidad de acudir a presupuestos y principios de Derecho. Precisamente la diversidad interpretativa propiamente vista desde la realidad

---

<sup>55</sup> JEAN JACQUES ROSSEAU, DISCURSO SOBRE EL ORIGEN DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES (1755). Rousseau expuso en su Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres que “La naturaleza gobierna a cualquier animal y la bestia obedece. El hombre experimenta la misma impresión, pero se reconoce libre de acatar o de resistirse; y es sobre todo por consciencia de esta libertad por lo que se muestra la espiritualidad de su alma: porque la física explica en cierto modo el mecanismo de los sentidos y la formación de las ideas; pero en la potestad de querer, o mejor, de elegir, y en el sentimiento de esta facultad no encontramos mas que actos puramente espirituales que no se explican por las leyes de la mecánica.” (Énfasis Nuestro).

<sup>56</sup> Lo anterior es un resumen de lo expuesto por José Trías Monge en su obra *Teoría de Adjudicación*. TRÍAS MONGE, *supra*, n. 45 p. 7.

social provoca concluir que la elección del método depende de las circunstancias del problema que se plantea. Como expusiera HECK, la ciencia jurídica dimana de la experiencia, debiéndose estudiar en función de su aplicación.<sup>57</sup>

No existen fórmulas simples ni estáticas pues todo sistema requiere estabilidad y también cambios.<sup>58</sup> Casi cada época parece hacer aportaciones a las ideas o pensamientos de las épocas subsiguientes. Es innegable que las perspectivas o puntos de partida pueden ser diversos pero el derecho busca abrir camino a los pensamientos que exalten el respeto individual y colectivo en sus circunstancias históricas. El criterio fundamental es el servicio a la vida buena, el bienestar común y las aspiraciones más altas del ser humano. Eso no significa que existe una sola definición para los valores humanos o que existe una sola manera de manifestarse. Sobre esto señala TRÍAS MONGE que no existe una sola justicia, sino multiplicidad de justicias o aproximaciones de la justicia.<sup>59</sup>

El valor de imprimir elementos científicos al examen de una norma posibilita un razonamiento objetivo que ayuda a sostener concretamente determinada postura. La metodología interpretativa imparte a un planteamiento y viabiliza una conexión lógica que conduce a la interpretación, formulación que conjuntamente conforman el Derecho. Los conceptos utilizados en la ley constituyen representaciones de hechos con consecuencias jurídicas, los cuales son contruidos con la finalidad de satisfacer las relaciones y limitar los intereses previstos y valorados por el legislador. Ante esta realidad constituye imperativo destacar que el reconocimiento de la anchura de nuestra

---

<sup>57</sup> El Profesor José Ignacio Rubio San Román resume sintéticamente en dos los postulados de Heck. Primeramente, señala que el Derecho es considerado, no en forma especulativa, sino como una ciencia eminentemente práctica por lo que concluye que la ciencia jurídica tiene su origen en la experiencia. En segundo lugar expone que son producto de los intereses materiales, nacionales, religiosos y éticos. José Ignacio Rubio San Román, *supra* n. 51. En igual sentido, Alfonso de Cossio y Corral, *Jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses*, VI REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 463-477 (1943).

<sup>58</sup> Wróblewski, *supra*, n. 47, p. 19.

<sup>59</sup> TRÍAS MONGE, *supra*, n. 45, p. 395.

voluntad y de la responsabilidad y medida con que se debe ejercer en un mundo privado de verdades absolutas o aun demostrables, ayuda a liberarnos de la aplicación ciega de las reglas.<sup>60</sup>

La valoración concedida a las cuestiones que afectan a la vida humana constituye una conquista de la especie humana. Representa una cualidad relevante y por ello ha tenido trascendencia no sólo en las legislaciones propias de países occidentales, sino incluso de instrumentos internacionales. El debate social sobre el desarrollo científico y sus posibilidades goza de enorme importancia pues los poderes públicos buscan promover la ciencia y la investigación en beneficio del interés general. Los descubrimientos tecnológicos han potenciado el uso de los materiales biológicos de origen humano y con ello han acentuado la relevancia de que el Derecho se encuentre apto para identificar aquellos que representan los bienes jurídicos en juego y ofrecer alternativas viables a posibles conflictos. Es incuestionable que las tensiones existentes entre los intereses encontrados en el ordenamiento tienen efecto valorativo en la formulación, interpretación y la adjudicación de controversias. La pluralidad de los intereses que coinciden en las relaciones jurídicas resultantes de una dinámica claramente compleja requiere de vías para la integración de diferentes perspectivas ideológicas y sociológicas. Los cambios constantes y las características de los avances logrados por las ciencias primordialmente en el siglo pasado imprimen mayor importancia a la relación entre el individuo y el ambiente socio-político-económico en el que reside. El efecto impartido por los avances científicos demanda de un debate participativo de carácter amplio que tome en cuenta e integre las partes activas en el ámbito económico, político, social y también individual.

La discusión valorativa de las normas y de su impacto no puede ser estática o infrecuente; más bien requiere de exámenes continuos atemperados por la tecnología y la celeridad con la que se aproxima cada vez más a la esfera individual o personal. La

---

<sup>60</sup> TRÍAS MONGE, *supra*, n. 45, p. 397.

formulación de los conceptos y de las instituciones también deben servir como instrumentos para organizar y dar altura científica a los conocimientos jurídicos. A tono con esto, corresponde puntualizar que para lograr el orden, la convivencia social y asegurar los valores o intereses tanto colectivos como individuales, el Derecho está igualmente llamado a actuar como protector de los derechos y libertades del ser humano.

Se requiere que tanto los derechos como las libertades sean reconocidos como bienes jurídicos a proteger cuando menos con igual valor. Esto no quiere decir, tal como planteara ROMEO CASABONA,<sup>61</sup> que el Derecho debe garantizar de modo absoluto, la incolumidad de los bienes jurídicos ante cualquier forma de riesgo o de peligro. No todos los intereses pueden ser satisfechos simultáneamente. Por esta razón, se requiere encontrar los factores que influyen en la construcción de una norma como el ejercer juicio sobre los valores en pugna en la adjudicación de controversias.

El Derecho es el resultado de la lucha de los intereses contrapuestos, y en esa lucha diaria, constante, se produce y actúa el Derecho. Las leyes son producto de los intereses materiales, nacionales, religiosos y éticos. Tiene por consecuencia que el ordenamiento se acomode a las necesidades sociales, estando sólo justificadas si tienen eficacia en la vida real. Por ello es forzado concluir que si las normas no se acomodan a la vida social, requieren ser transformadas sin demora. KANTOROWICZ reconoce que si las circunstancias varían, también deben variar las normas, y se declara partidario del naturalismo jurídico, en el sentido de que si el juzgador discrepa del contenido de las normas, tiene la libertad siempre que con ello sirva al interés de la sociedad.<sup>62</sup>

La interpretación de las normas es fundamental para lograr un Derecho colmado por la realidad social. La tesis básica consiste en que el Derecho es producto

---

<sup>61</sup> CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Reflexiones sobre el tratamiento jurídico de las actividades relacionadas con el genoma humano*, en DERECHO, GENOMA Y BIOTECNOLOGÍA 21-34, 29 (Editorial Temis Colombia 2004).

<sup>62</sup> Rubio San Román, *supra*, n. 51.

de múltiples intereses, que en el seno de la sociedad luchan por su reconocimiento. Dado que las leyes son el producto de las pugnas de intereses, hay que buscar siempre aquellos que son causa de la ley. Las formulaciones contenidas en los instrumentos internacionales y su reconocimiento de los derechos fundamentales y de la persona cuentan con los principios que promueven el equilibrio de intereses contrapuestos. Con esto pretendemos apuntar que en el espacio en el que se plantean cuestiones sobre el derecho a la libre investigación, el desarrollo científico, la libertad de pensamiento y de creación científica, igualmente se desplazan el derecho a la vida, la integridad corporal y la moral de la persona. El ordenamiento no precisa de respuestas específicas a cada posible valoración pero en el cruce de la multiplicidad de intereses se encuentra la persona a quien le corresponde exteriorizar su individualidad como también el reclamo ante la posible vulneración de sus derechos.

Se requiere de una visión completa e inclusiva de las múltiples perspectivas. Todo lo anterior busca exponer que el Derecho se hace respetando la letra, las fórmulas en que se articulan las normas, pero también, sólo si pretenden resultados de justicia. Sin ésta, no se concibe el Derecho. Un sistema no debe anquilosarse; mas debe servir a las necesidades de desarrollo del sistema jurídico. Como expusiera TRÍAS MONGE, en todo sistema de derecho hay tensión entre la necesidad de estabilidad y la de cambio. En este sentido, el mismo jurista establece que el sistema jurídico se produce a un paso más lento que el marcado por el cambio social. Cuando la brecha es amplia, se afecta el valor por las normas y se abre camino a la revolución.<sup>63</sup>

Los rápidos avances tecnológicos han provocado un creciente debate sobre los riesgos del uso del cuerpo humano en el desarrollo de productos en los que concurren intereses que incluyen la comunidad académica, científica e industrial. Las discusiones activas se han centrado en las potencialidades sobre el uso de la

---

<sup>63</sup> TRÍAS MONGE, *supra*, n. 45, p. 9

información genética contenida en el cuerpo de la especie humana y el conjunto de consecuencias respecto a la protección de la dignidad humana y los derechos de la persona. Reflejo de esto puede ser apreciado durante el proceso de aprobación del artículo 4 de la Declaración Universal del Genoma Humano<sup>64</sup> durante el cual la comunidad internacional se expresó de forma dividida. Los dos grupos principales fueron los países desarrollados que contaban con una industria farmacéutica poderosa; mientras por otra parte se encontraban los países en vías de desarrollo. Los países desarrollados sostenían que las aplicaciones basadas en la existencia del genoma humano debían ser patentadas por que sin patentes no habría incentivos para la investigación. De otra parte, los países en desarrollo sostenían que el genoma en su estado natural no debía ser patentado para que éste se constituyera en beneficio de toda la humanidad.<sup>65</sup>

Estas discusiones abren la puerta a la valoración de las concepciones jurídicas y el interés proveniente de la persona física quien ocupa una posición central y a favor de quien se requieren posturas que procuren proporcionalidad y equilibrio. Resulta imprescindible que el Derecho responda a principios de equidad sostenibles que estén dirigidos a prevenir la desigualdad. Han habido algunos intentos de atender este conflicto, por ejemplo, la Declaración sobre los Beneficios Compartidos del Comité de Ética de la Organización del Genoma Humano (HUGO, por sus siglas en inglés) del 9 de abril de 2000. El Comité de Ética de HUGO sostuvo que es necesaria la actuación de la justicia para satisfacer las necesidades básicas de asistencia sanitaria. Reconoce que mucho de la investigación llevada a cabo los por Estados y por instituciones sin fines de lucro habrán de ser

---

<sup>64</sup> El artículo de la Declaración Universal del Genoma Humano la cual fue aprobada el 11 de noviembre de 1997, en 29na sesión de la Conferencia de UNESCO expresa que “*El genoma humano en su estado natural, no puede dar lugar a beneficios pecuniarios*”.

<sup>65</sup> Sobre esto expresa Gros Espiell que el genoma humano como patrimonio de la humanidad, constituye un aporte esencial a la expansión y al desarrollo de la idea de patrimonio, que pasa a necesariamente incluir bienes inmateriales, intangibles, de tipo cultural, junto con otros de carácter biológico, además de los tradicionales. Héctor Gros Espiell, *El Patrimonio Común de la Humanidad y el Genoma Humano*, REV. DER. GEN. H., Núm. 1995, pp. 91-104, 96.

eventualmente comercializadas.<sup>66</sup> Más recientemente, debido al incremento de la inversión privada, los investigadores y las instituciones demandan una compensación monetaria de los beneficios derivados de la investigación.<sup>67</sup>

Frente a la expansión de la actividad científica relacionada con los materiales biológicos y la innegable tendencia marcada por las fuerzas económicas a nivel mundial, el presente estudio examina el tema de los derechos dominicales sobre el tejido removido de las partes del cuerpo que encuentra utilidad, en ocasiones, independiente del uso para el que originalmente habían sido destinados. La tradición histórica de carácter altruista hasta el momento generalizada que excluye al cuerpo humano de la actividad mercantil, con arraigo en afirmaciones de origen dogmático, a pesar de ser representativas de valores tradicionales, no deben ser entendidas como excluyentes de otras corrientes de pensamiento. En un régimen representativo de la *polis*, el pensamiento colectivo no impone uniformidad en la forma y manera en que la persona individual ha de manifestar sus ideas y sobre como ha de actuar sobre su cuerpo y sus partes. Nos atrevemos a plantear que no resulta contradictorio que la persona de quien se obtienen las partes de su cuerpo ejercite prestaciones o contraprestaciones sobre estos en los que media compensación económica aunque no necesariamente en metálico.

El manejo de estos asuntos vistos desde la perspectiva de administración gubernamental requiere de amplitud en el pensamiento de los dirigentes y suficiente anchura en el ordenamiento o política pública para que conjuntamente pueda lograrse el equilibrio de intereses en el que se impida posibles desigualdades. En el contexto de este razonamiento se encuentra el ámbito concreto en el que los hechos, el derecho y sus recíprocas conexiones requieren de calificaciones jurídicas en las

---

<sup>66</sup> Párrafos introductorios de la Declaración de Beneficios Compartidos del 9 de abril de 2000 emitida por el Comité de Ética de la Organización del Genoma Humano.

<sup>67</sup> OMAR MORENO HIDALGO, GENOMA HUMANO Y DERECHO: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y SU IMPACTO EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 130 (Palibrio, 2011).

que la interpretación de las normas y la formulación del Derecho cuente con contenido que le imparta significado. Circunscribir el análisis estrictamente a la realidad jurídica no logra otros avances que una simple ordenación superficial de asuntos a fuerza de ignorar el Derecho. La obediencia rutinaria e inmutable de las normas puede conducir a la ausencia de interpretación jurídica. Adscribirle tal requisito a la norma obliga que en su forma identifique cada posible escenario sin espacios para la diversidad de pensamiento y sin ocasión para la evolución de las circunstancias político-sociales que les dieron origen.



## **CAPÍTULO II: LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA SOBRE LAS LIBERTADES DE LA PERSONA Y EL USO DE LOS MATERIALES PROCEDENTES DE SU CUERPO**

### **1. Cambio social y construcción histórica de los derechos de la personalidad en el ordenamiento español y su conexión con la soberanía individual**

Sin que sea nuestra intención abordar un estudio en profundidad de los denominados derechos de la personalidad, porque consideramos que excede el ámbito de esta trabajo, entendemos que es obligada la referencia a los mismos, en un entorno de cambio social, habida cuenta que sirven de base para formular los postulados que tratamos de demostrar.

Así, los estudiosos de la relación entre el Derecho y el cambio social reconocen que el perfeccionamiento del Derecho sucede a los acontecimientos históricos o a la alteración apreciable de las formas de vida introducidas, entre otros, por cambios políticos y económicos, transformaciones sociales, el progreso científico y la innovación.<sup>68</sup> Esta realidad demanda una reflexión sobre la evolución de los fenómenos histórico-conceptuales que han conformado al Derecho y que hoy tienen trascendencia por significar los principios que procuran el equilibrio en el ordenamiento jurídico y de toda norma que busca resguardar la sana convivencia social. Ese camino ha estado marcado por esfuerzos individuales y colectivos atados a los principales hitos de la evolución humana.<sup>69</sup> Por

---

<sup>68</sup> CONCEPCIÓN CONDE CRUZ, LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, UN DERECHO AUTÓNOMO CON BASE EN LOS CONCEPTOS DE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD 15 (Dykinson, 2005). Sobre este asunto, Conde Cruz señala en su publicación sobre la protección de los datos personales que los “*avances científicos y los cambios económicos y sociales, con sus readaptaciones y alteraciones en el aspecto jurídico, se producen con una rapidez variable, y en muchas ocasiones, las mutaciones jurídicas no tienen una sola manifestación sino que afectan campos muy diferentes del sistema jurídico*”.

<sup>69</sup> MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA, DERECHO DE LA PERSONALIDAD 18 (Marcial Pons, 2012).

tratarse del desenvolvimiento de la colectividad humana es incontestable que aunque en la sociedad actual existen nuevos retos, los problemas en el fondo, aun con la intervención de medios técnicos, son indiscutiblemente similares.<sup>70</sup>

La evolución jurídica y la necesidad de asociación de los seres humanos han sido motivo para nuevas concepciones de la “persona” como figura jurídica. La idea de personalidad se encuentra ligada a la persona por representar la aptitud de poder ser sujeto de derechos y deberes que le permite actuar en el mundo jurídico. Las definiciones enunciadas para precisar los derechos de la personalidad coinciden en que su contenido cuenta con el poder o facultad del sujeto al goce de las facultades corporales y espirituales que son atributos de la naturaleza humana, condición fundamental de su existencia y actividad, o simplemente del goce de nosotros mismos y de lo que con nosotros está unido indisolublemente. Si en su definición quisiera conferirse mayor importancia a su exterioridad o al objeto que afectan, podría hablarse de la protección de Derecho que demanda que la persona sea reconocida plenamente, ética y espiritualmente. En el decir de BELTRÁN DE HEREDIA se trata de unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como atributo íntimo, relativos no a bienes exteriores en los que se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos.<sup>71</sup>

Lo anterior encuentra contenido y precisión cuando tratamos bienes tales como el honor, la integridad física y otros. Así concebidos, podemos decir que los derechos de la propia persona engloban los intereses más personales de un individuo pues garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran a cada quien el señorío de su persona, el disfrute de sus bienes, la actuación de sus propias fuerzas físicas o espirituales. Según expusiera PUIG PEÑA comprenden “aquellas facultades que el individuo tiene para gozar de sí mismo, y de

---

<sup>70</sup> ENCABO VERA, *supra* n. 69.

<sup>71</sup> Beltrán de Heredia y Castaño, *Construcción Jurídica de los derechos de la personalidad*, en Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la Recepción Pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo de 1976.

todos aquellos bienes que le pertenecen de una manera, o, mas concretamente, los derechos inherentes a una persona en cuanto tal”.<sup>72</sup> Estos derechos tienen como finalidad la tutela de la dignidad humana, buscan otorgar un marco jurídico que proteja el libre desenvolvimiento de la personalidad humana.

Los derechos de la personalidad entendidos como protección de la libre actuación de la persona representan una conquista del Siglo XIX.<sup>73</sup> Su formación ha sido un proceso largo, lo que no debe suponer que en sociedades antiguas hubiera ausencia absoluta de su reconocimiento. Algunos estudiosos consideran que el antecedente más remoto se encuentra en el Derecho romano. El *actio iniuriarum*,<sup>74</sup> que a pesar de estar basado en la desigualdad, por consistir en un privilegio tan solo reconocido a los ciudadanos romanos, representó una acción ejercitable contra el causante de una lesión moral o corporal. Con ello puede apreciarse que los derechos de la personalidad, a pesar que el perfeccionamiento de su contenido se encuentra atado al desarrollo histórico, su concepción no es tan reciente. Algunos de los derechos de la personalidad son valores o bienes que con el paso del tiempo han sido delimitados por el Derecho o por las costumbres, pues son consustanciales con la naturaleza humana y sus relaciones sociales dentro del hábitat en el que discurren en la época en cuestión.<sup>75</sup>

La evolución jurídica lograda por el avance de los pueblos ha sido motivo de las diferentes formulaciones del Derecho. No hay duda que existe una compenetración entre el

---

<sup>72</sup> FEDERICO PUIG PEÑA, TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL 58, Vol. 2 (Madrid 1958).

<sup>73</sup> Carlos Rogel Vide, *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*, 20 REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA PUEBLA A.C., Méjico 267 (2007) y en el mismo sentido, véase, 2 ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA & ANTONIO VODANOVIC, TRATADO DE DERECHO CIVIL: PARTE PRELIMINAR Y GENERAL 322 (Editorial Jurídica de Chile, 1ra ed. 1998).

<sup>74</sup> El *actio iniuriarum* era una acción de carácter penal, recayendo para el condenado la tacha de infamia, podía ser dejada sin efecto con la *dissimulatio* o perdón del agraviado por la ofensa. Los hechos que comprendían una injuria podían ser leves o graves; en éste último caso la sanción era establecida por el Pretor, la gravedad o no del hecho estaba en la forma en que el mismo se configuraba, el contexto y las circunstancias personales. Romina del Valle Aramburu, *Análisis de la evolución de la reparación del daño moral en la injuria romana*, 9 ANALES FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. U.N.L.P 327, 329 (2012).

<sup>75</sup> ENCABO VERA, *supra*, n. 69, p. 17.

derecho y la sociedad pues la capacidad de transmutación de aquél presupone, como idea y como exigencia, la formulación de un orden de vida social expansivo y sujeto a cambios.<sup>76</sup> Así como se aprecia una conexión directa entre el Derecho y las transformaciones sociales; existe correlación entre el Derecho y el producto del ingenio del hombre, representado en invenciones científicas que su vez han reformado el medio ambiente social y del universo.<sup>77</sup> He aquí donde quedan evidenciadas las manifestaciones concretas de la capacidad de obrar del individuo en un ámbito de libertad. Este aspecto central en la evolución del derecho se conjuga con el deseo al disfrute humano del producto de sus facultades por lo que aspira a que el ordenamiento le ofrezca garantías sobre el control de sus cosas y el señorío sobre sus bienes jurídicos. La colección y definición de los derechos de la personalidad ha ido en aumento con el paso de los siglos según van apareciendo diversas modalidades y nuevas construcciones jurídicas. La extensión que se atribuye al grupo de derechos es muy diversa.<sup>78</sup> Esto se ve reflejado en las normas políticas de los Estados europeos; desde la Carta Magna (1215); la Declaración de los del Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada subsiguientemente a la revolución francesa de 1798; y las actuales Constituciones, incluyendo la de la Unión Europea.<sup>79</sup>

BELTRÁN DE HEREDIA subraya que la unidad que constituye la personalidad es susceptible de los posibles fraccionamientos que cada momento histórico se encuentre en

---

<sup>76</sup> HERNANDEZ GIL, *supra* n. 50, p.112. Según Hernández Gil las áreas de juridificación de las sociedades se desarrollan progresivamente en un movimiento de expansión y de revisión.

<sup>77</sup> GEORGE P. SMITH, *THE NEW BIOLOGY LAW, ETHICS, AND BIOTECHNOLOGY* 17 (Plenum Press, New York, 1989).

<sup>78</sup> I JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL*, Vol. II, 326 (15ta ed. 2007).

<sup>79</sup> Gisela María Pérez Fuentes, *Evolución Doctrinal, Legislativa y Jurisprudencial de los Derechos de la Personalidad y el Daño Moral en España*, III REVISTA DE DERECHO PRIVADO, mayo-agosto de 2004, p. 111-146.

El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 55 Volumen 1, 26 de octubre de 2012 (Versión consolidada 2012/C 326/01) expresa que los derechos que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

condiciones de estimar con consistencia jurídica.<sup>80</sup> En un resumen del desarrollo de los derechos de la personalidad que lleva a cabo el mismo jurista, le adscribe a la Escuela de Derecho natural gran influencia sobre su construcción histórica y las formulaciones de los derechos de la personalidad al colocar al hombre, no tan solo a los ciudadanos libres, en el vértice del sistema.<sup>81</sup> Por otro lado, el mismo jurista destaca que a partir de las monarquías absolutas que existieron a partir del Siglo XVI, los derechos de la personalidad sufrieron adaptaciones considerables pues en esta época del régimen monárquico primaba la voluntad del soberano. La pretensión del monarca era que su poder se derivaba de Dios por lo que no tenía motivos para justificar sus actos; mientras sus súbditos tan solo estaban llamados a obedecer. No obstante, el surgimiento de la burguesía provocó transformaciones políticas significativas que dieron paso a las estructuras sociales que a su vez fueron motivo de la transfiguración de los derechos de la personalidad. El alzamiento de los burgueses, aun cuando estuviera motivado por sus deseos de gozar de los privilegios de la nobleza, trajo consigo el fin del régimen monárquico, y con ello, la proclamación de la igualdad de todos los individuos no solo frente al Estado, sino también en relación con otros individuos.<sup>82</sup>

La revolución francesa representa un suceso histórico enlazado a pronunciamientos importantes y nuevas concepciones sobre los derechos de la persona. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue aprobada en la Asamblea celebrada en el año 1789 expone en su preámbulo que “*los hombres nacen libres e iguales en los derechos*” y añade que el fin de toda asociación política es la “*conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...*” entre los que mencionan la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Estas ideas se mantienen en la primera Constitución francesa del 1791; y además de la libertad y la propiedad privada, se aprecia a la seguridad, entiéndase como la ausencia de incertidumbre en las relaciones privadas, como derechos imprescriptibles. De esta manera comienza a distinguirse el concepto de igualdad formal entre los conciudadanos y el respeto por la cosa ajena. Aunque con las

---

<sup>80</sup> Beltrán de Heredia, *supra*, n. 71.

<sup>81</sup> Beltrán de Heredia, *supra*, n. 71, p. 32.

<sup>82</sup> *Id.* p. 34.

formulaciones particulares del momento histórico, las Declaraciones de derechos y las Constituciones instrumentalizadas durante el periodo de la revolución francesa colocan al frente la inviolabilidad de la propiedad al ser considerada como la máxima expresión de la personalidad humana.<sup>83</sup> De semejante manera aconteció posteriormente en otros países europeos como Alemania y Gran Bretaña. De este modo, el hombre, entiéndase cualquier persona física, pasa a ser el centro de la organización social, a través de la cual se consideran las relaciones entre él y el grupo social; entre él y el Estado. Sobre este particular es pertinente destacar que a pesar de que su génesis primordialmente responde la imposición de límites a la intervención del Estado, en lo anterior se aprecia la doble dimensión, tanto la privada como la pública, de los derechos de la personalidad.

La revolución francesa introduce uno de los límites de la libertad: el que nadie tiene derecho a perjudicar a nadie.<sup>84</sup> En todo lo demás, el individuo era, en principio, libre respecto a sus acciones.<sup>85</sup> En este sentido cada individuo gozaba del derecho a actuar libremente de acuerdo a su propia voluntad exterior en tanto que tales acciones u omisiones no perjudicaran o dañaran a otros como norma general. También puede decirse que a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se desarrolla una nueva corriente de los derechos inmersos en el ser humano, derechos sobre su cuerpo y la obligación del Estado a proteger y amparar tales derechos.

A pesar de las posibles contradicciones contenidas en los motivos que pudieron haber encaminado a los actores de las luchas durante este periodo, no existe duda que sirvió de antesala a nuevos desarrollos del derecho que confirieron al ordenamiento dotes de seguridad jurídica que permitieron su amplitud.

---

<sup>83</sup> Beltrán de Heredia, *supra*, n. 71 p. 34.

<sup>84</sup> De todos es sabido que este límite a la libertad de cada individuo procurando el no perjuicio a los demás ha tenido sus manifestaciones en diversos ámbitos del Derecho; sirva a modo de ejemplo, el principio de no inmisión en materia de relaciones de vecindad.

<sup>85</sup> ENCABO VERA, *supra*, n. 69, p. 76.

El surgimiento del fenómeno codificador que se originara con el Código de Napoleón del 1804, se vio evidenciado en los múltiples países europeos que entre otras cosas, vinieron a representar una especie de organización con significado técnico en la protección del concepto de la personalidad. Este trasfondo histórico representa los cimientos conformadores de los derechos de la personalidad y los coloca en el conjunto de derechos inherentes a la propia persona los cuales el ordenamiento jurídico está llamado a respetar, en tanto constituyen manifestaciones de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual.<sup>86</sup> Esto se extiende a la órbita de la voluntad individual en cuanto a lo suyo, incluyendo aquello que le es de su pertenencia y cuyo contenido comporta su bienestar.

El proceso de construcción histórica de los derechos de la personalidad revela la importancia del individuo de contar con garantías y recursos que le permitan lograr plenamente su eficacia. La protección de los derechos de la personalidad alcanzan fuerza en el contenido de los instrumentos públicos que reconocen su valor y prescriben su defensa. Su tutela logra universalidad con los instrumentos internacionales que se originaron post-guerra mundial cerca de la mitad del Siglo XX. Ejemplo de ello lo es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948, cuyo preámbulo hace el llamado a que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de Derecho libre de la dominación tiránica o la opresión. Otorga preeminencia a la dignidad y valor de la persona humana y declara la igualdad de los derechos de hombres y mujeres. Claramente compele a los Estados a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro del concepto más amplio de libertad. Para promover la defensa sustancial de los derechos de la persona en su contenido emplaza la protección contra los actos lesivos y la perturbación de la persona como tal sin limitaciones geográficas para que posibles reclamos gocen de eficacia. Como hemos propuesto, estas garantías conllevan conexión o concordancia con el derecho a exteriorizar la voluntad individual en una diversidad de modalidades incluyendo aquellas vinculadas al propio cuerpo.

---

<sup>86</sup> Pérez Fuentes, *supra*, n. 79, p. 112.

En lo referente al aspecto patrimonial, el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 expone que “*toda persona tiene derecho a tener propiedad individual*”, refiriéndose a la suya personal, y añade que “*nadie puede ser privado arbitrariamente de su propiedad*”. Estos enunciados, aunque no vinculantes, encaminan al ordenamiento de los Estados hacia la formulación de normas constitucionales y piezas legislativas dirigidas reconocer y proteger el derecho y dominio de la propiedad privada. Es cierto que esa referencia a la propiedad privada se ha considerado tradicionalmente enmarcada en el ámbito de los bienes y las cosas, con una proyección referida a los postulados de la expropiación forzosa. Entendemos que la aplicación de los postulados señalados es posible ampliarla a otros supuestos, como trataremos de demostrar más adelante.

El avance de la protección de los preceptos antes señalados como principios rectores de la política social y económica para todo género humano no lleva un mismo paso o desarrollo en las diversas tradiciones jurídicas del mundo. No obstante, en España, el artículo 10.2 de la Constitución de 1978, dispone que las normas relativas a las libertades y derechos de la persona han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>87</sup>

Otro de los instrumentos internacionales del Siglo XX, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en el 1966, y que fuera ratificado por España en el año 1977, destaca en su preámbulo que “*no puede realizarse el ideal del ser humano libre a*

---

<sup>87</sup>La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha servido de guía para la protección internacional de los derechos humanos que en sus 30 artículos reconoció un catálogo de derechos y libertades de la persona natural. Véase, Declaración Universal de los Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc.810 p. 71 (1948).

*menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona a gozar de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.”*<sup>88</sup>

La concepción tradicional de los derechos de la personalidad han posibilitado el conjunto de interrelaciones de diversos intereses de forma equilibrada. Al centro se encuentra ubicado el derecho de libertad del individuo el cual está ligado a su facultad para actuar sobre todo aquello que le pertenece. El derecho de propiedad se encuentra intrínsecamente ligado a la libertad de la persona, y por lo tanto, a principios democráticos, pues constituye un presupuesto del pluralismo político.<sup>89</sup> Dejamos así establecido que según lo demuestra el desarrollo de los pueblos, los individuos tienden a crear un ordenamiento jurídico único, completo y armonioso para que defienda los preciados bienes de la personalidad de la que son portadores.<sup>90</sup>

#### **(a) Características generales y universalidad de los Derechos de la personalidad**

La construcción jurídica de los derechos de la personalidad ha sido motivo de discusiones históricas puesto que éstos no son externos al individuo que ostenta su titularidad. La idea de toda materia relacionada con los derechos de la personalidad gira en torno a la protección de la persona humana como tal, en su conjunto unitario, sin que sea posible separar los diversos aspectos concretos que presenten las situaciones jurídicas relativas a la misma, sean del orden que fuere, y aun cuando correspondan a campos distintos del Derecho. Es imprescindible centrar cualquier razonamiento sobre los derechos

---

<sup>88</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966. Véase, A.G. res. 2200A, 21 U.N. GAOR Supp. (No.16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, *entrada en vigor* 3 de enero de 1976. Este Pacto fue ratificado por España mediante el Boletín Oficial de Estado firmado el 20 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

<sup>89</sup> Francisca López Quetglas, *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*, XXXIX ANUARIO JURÍDICO Y ECONÓMICO ESCURIALENSE 335, 341 (2006).

<sup>90</sup> JUAN JOSÉ BONILLA SÁNCHEZ, PERSONAS Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 436 (Reus, 1ra ed. 2010).

de la personalidad en que lo único que existe es el individuo que tiene una situación única con multiplicidad de manifestaciones, al que deben reconducirse todos los derechos que son instrumentales para su actuación y el ejercicio de sus potestades. Sobre este aspecto señala BELTRÁN DE HEREDIA<sup>91</sup> que no pueden ponerse como diferentes y contrapuestos de los derechos civiles, los políticos, los económicos o los sociales, porque la posición del individuo en el Derecho es única.

En su dimensión como derecho subjetivo la persona se encuentra en posición de reclamar su respeto general o a la reparación de daños causados por su transgresión. Esta tesis ha sido acreditada desde el primer tercio del Siglo XX por la jurisprudencia española.<sup>92</sup> El ordenamiento reconoce y permite a su titular reclamar a otros su respeto y en caso de lesión recabar de la tutela judicial, que incluye la oportuna sanción al infractor.<sup>93</sup> Precisamente, porque hay que salvaguardar la existencia física y la integridad moral y espiritual del individuo, como sujeto de Derecho, ha sido imprescindible el refrendo y la construcción de los derechos de la personalidad.<sup>94</sup> En el ordenamiento español actual es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen la que regula su protección civil. Hasta antes de la Constitución Española de 1978, ninguno de estos derechos estaba tipificado por normas aprobadas, pero lo cierto es que a pesar de esto, el ordenamiento reconocía, y aun reconoce, a los derechos de la personalidad una protección accionable en sí, con independencia de la vía legal utilizada.

---

<sup>91</sup> Beltrán de Heredia y Castaño, *supra*, n. 71, p. 45.

<sup>92</sup> Pérez Fuentes, *supra*, n. 79, p. 115. Mediante la sentencia de 6 de diciembre 1912 del Tribunal Supremo Español es pionera al reconocer que la lesión a los derechos de la personalidad, como a cualquier derecho subjetivo da lugar a indemnización, aunque la conducta del responsable constituya un acto un acto ilícito de naturaleza civil.

<sup>93</sup> BONILLA SÁNCHEZ, *supra*, n. 90, p. 34; Carlos Rogel Vide, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, XLVI STUDIA ALBORNOTIANA 30-44 (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1985).

<sup>94</sup> BONILLA SÁNCHEZ, *supra*, n. 90, p. 36.

Este particular es visto como el resultado ideológico con visión unitaria de la personalidad, al margen de lo público y de lo privado, que, ante todo y sobre todo, tiene que ser tutelada.<sup>95</sup>

Los derechos de la personalidad se han convertido en normas con atributos comunes que logran universalidad; mientras de otra parte están dotados de pluralidad por motivo de la diversidad en que se manifiestan. Esto abre espacios para la libre actuación y variedad de pensamiento queriendo representar con esto el respeto por la individualidad. Aunque el Estado se encuentra llamado a preservar el orden social, esto no legitima la función estatal de imponer control o la prescripción de uniformidad de pensamiento. Se requiere fundamentar de forma racional los elementos que construyen la normativa para que mantenga correspondencia entre los intereses generales y los de la persona. Dicho de otra forma, se requiere que el ordenamiento resguarde el interés colectivo como la suma de los intereses individuales y no se limite a favorecer a tan solo unos pocos. En esto encontramos soporte para subrayar que tanto la normativa a legislar como los criterios de justicia a utilizar en la adjudicación de controversias sobre el uso y disposición de las partes del cuerpo humano demanda reflexiones críticas y nuevas consideraciones.

La esencia de la personalidad tiene por presupuesto la libre actuación cuyo reconocimiento sería fútil si no estuviera al arbitrio de la persona la exterioridad o manifestación de su potestad sobre lo que identifica como propiamente suyo. El hecho es que los derechos de la personalidad representan un escudo protector de los intereses de la persona que da cabida a la manifestación individual sobre todo aquello relacionado con el cuerpo humano y sobre sus partes. Del mismo modo que la creación artística o el producto del ingenio humano han alcanzado reconocimiento de carácter patrimonial, puede visualizarse la admisión de los actos o negocios jurídicos sobre los materiales biológicos humanos, siempre que ello represente la voluntad de la persona. Las manifestaciones de lo

---

<sup>95</sup> Beltrán de Heredia, *supra*, n. 71, p. 56.

que constituye integridad corporal deben ser entendidas dentro del ámbito individual cuando constituye un acto propio y representativo de la voluntad de la persona.

Abundando sobre las características que distinguen los derechos de la personalidad, se suele sostener que son innatos u originales, esenciales e inherentes, personalísimos e individuales, oponibles erga omnes, irrenunciables, intransmisibles e inexpropiables.<sup>96</sup> Estas características representan atributos singulares que le confieren dotes de universalidad a su existencia. Se les adscribe carácter de *innato u originario* porque surgen en el momento del nacimiento de la persona.<sup>97</sup> No requieren formalidad para su adquisición y puede entenderse que su ejercicio es independiente de la ubicación geográfica en la que se encuentra la persona. De otra parte es meritorio destacar que a pesar del reconocimiento general de su universalidad, consistente con las realidades históricas, el carácter innato de estos no siempre ha sido registrado como tal pues no todo ser humano ha sido reconocido libre al nacer. El carácter de *innato*, visto como atributo de la personalidad misma, según entendido hoy, es propio de los pueblos civilizados y democráticos, y no es exclusivo de los que componen la clase o grupos dominantes como fuera considerado en los pueblos primitivos.

La característica de *esencialidad e inherencia* atribuida a los derechos de la personalidad trata de lo que conforma al ser humano como tal; lo que representa propia y sustancialmente a la persona. Representa lo que es esencial e inherente en el ser humano en sí mismo pues corresponde a su naturaleza misma. Por ser derechos *personalísimos*, son irrenunciables e imprescriptibles. Son derechos necesarios para el hombre porque contienen las facultades mínimas e indispensables para desarrollar la personalidad y que sin ellos estaría incompleto. Sobre estas bases se construyen los principios que imparten dinamismo y conducen a la materialización de la voluntad de la persona para obrar conforme a sus valores individuales y a utilizar aquello que le es útil inspirado en su deseo de progreso y bienestar. El radio de acción alcanza aspectos sobre su cuerpo sin que ello

---

<sup>96</sup> ENCABO VERA, *supra*, n. 69, p. 34.

<sup>97</sup> Encabo Vera caracteriza los derechos de la personalidad como naturales.

suponga transgresión al orden público. El reconocimiento por el ordenamiento de los derechos de la personalidad salvaguarda y coloca a la persona como ente racional, capaz de efectuar actos con consecuencias jurídicas, sin que esto conlleve su estigmatización por incongruencia con el pensamiento de terceros.

El carácter *erga omnes* de los derechos de la personalidad se refiere a la seguridad que ofrecen al sujeto respecto a las invasiones externas. Aunque algunos juristas señalan que no ha de ser de forma absoluta, pues conocen los límites en casos en los que media la ponderación de conflictos con otros intereses, los derechos de la personalidad son oponibles frente a todos; *ese frente a todos* englobaría el Estado, frente a las personas jurídicas y a los individuos particulares; existe, por tanto, un deber general de respeto hacia los mismos, partiendo de la base de no perjudicar a cualquiera.<sup>98</sup> Sobre este asunto, BONILLA SANCHEZ señala que por ser anteriores al nacimiento del Estado, los ordenamientos jurídicos no los conceden, sino que se limitan a reconocerlos, regularlos e incluso suspenderlos en ciertas ocasiones especiales.<sup>99</sup>

Es sabido que los derechos de la personalidad suelen calificarse como derechos subjetivos pues se derivan de la autorización a la expresión de voluntad del sujeto concreto, dada por una norma general para realizar sus intereses.<sup>100</sup> Se traduce en el poder concedido a la persona como ser libre con el que mantiene vivo el carácter de ser humano y su condición superior de ser racional. La importancia del reconocimiento de los derechos por parte del ordenamiento consiste en que la personalidad es la propia existencia y las demás facultades humanas, ya que dentro de nosotros mismos están las herramientas que usamos para desempeñar nuestro trabajo en la vida, sean corpóreas, como el cuerpo o la integridad física, o sean incorpóreas como el honor, la intimidad o la libertad ambulatoria.<sup>101</sup> De esta

---

<sup>98</sup> ENCABO VERA, *supra*, n. 69, p. 38.

<sup>99</sup> BONILLA SÁNCHEZ, *supra*, n. 90, p. 34.

<sup>100</sup> Francisco Puy Muñoz, *Derecho Objetivo y Subjetivo*, Biblioteca Virtual de Investigación de la UNAM, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/468/13.pdf> (Recuperado el 15 julio de 2015).

<sup>101</sup> BONILLA SÁNCHEZ, *supra*, n. 90, p. 30.

manera podemos consignar que las facultades conferidas por los derechos de la personalidad ponen en el campo de acción del sujeto titular la potestad de tomar decisiones sobre sus intereses,<sup>102</sup> y sobre el uso y disfrute de sus bienes o cosas. El derecho de libertad de actuación incluye en su ámbito la facultad de la persona sobre la toma de decisiones sobre el uso del material genómico contenido en las partes o fluidos del cuerpo humano. En su manifestación negativa se trata de la autoridad para excluir a otros a que salgan de su esfera personal; mientras que en la positiva determina su utilidad ulterior y los correspondientes efectos jurídicos. Los posibles límites a su actuación están demarcados por la conciencia social de cada tiempo.

### **(b) Algunas aproximaciones sobre la clasificación de los Derechos de la personalidad**

Según planteado por BONILLA SANCHEZ, el ejercicio de catalogación de los derechos de la personalidad debe entenderse como ilustrativo pues está sujeto a variaciones dependientes de determinadas creencias, de valores sociales y del desarrollo tecnológico imperante en cada momento histórico.<sup>103</sup> Sobre la enumeración y clasificación de los derechos, BELTRÁN DE HEREDIA puso de relieve, en su momento, su consideración de que los derechos de la personalidad debían ser ubicados en cuatro grupos principales; estos son el derecho a la identificación personal, la vida y la integridad física o corporal, la integridad moral, y la libertad.<sup>104</sup> Partiendo de esta clasificación atendemos, a continuación, a los dos que consideramos más relevantes a los efectos de este trabajo.

---

<sup>102</sup> Bonilla Sánchez nos deja saber en su obra sobre la persona y los derechos de la personalidad que para la teoría de IHERING, L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN IV 315, Paris (1890), el derecho subjetivo es un interés- goce, ganancia o ventaja – cuya realización está respaldada por el ordenamiento jurídico, existiendo intereses que no constituyen, sin embargo, derechos subjetivos, como por ejemplo, los no económicos, los legítimos, el desarrollo económico progresivo, el nivel de vida adecuada o el buen funcionamiento de los servicios públicos. También puede ocurrir que un titular no tenga ningún interés en su propio derecho subjetivo e incluso, que tenga verdadero interés en no ejercerlo, o en no ser dueño del mismo.

<sup>103</sup> BONILLA SÁNCHEZ, *supra*, n. 90, p. 30. En este sentido también debe verse Pérez Fuentes, *supra*, n. 79, p. 133.

<sup>104</sup> Beltrán de Heredia, *supra*, n. 71, p. 56.

## **i. Sobre la vida y la integridad corporal de la persona**

El Derecho a la vida como soporte físico de toda vida humana, es el derecho sobre el que casi la totalidad de los derechos de la personalidad tienen su punto de partida. Entendemos que el derecho a la vida contiene el derecho a la *integridad corporal*, la cual debe ser vista como complemento a la entidad física del sujeto de forma individualizada. Consideramos que este derecho comprende los actos de disposición sobre el propio cuerpo que pueden ser realizados por la persona y consisten en la manifestación externa de la persona en sus variadas posibilidades. Las concesiones voluntarias de la persona sobre el uso de su cuerpo como la cesión de los materiales que le son extraídos con fines investigativos o por motivos terapéuticos, personales o de otros, encuentran contenido en los derechos de la personalidad clasificados como corporales. Incluyen la integridad física y moral, la salud física y psíquica y sobre las partes separadas del propio cuerpo. Como característico de los derechos de la personalidad, la corporeidad reconoce, las peculiaridades morfológicas o funcionales conformadas por un genotipo único que hace de cada persona humana singular.

Para efectivamente ejercer la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo y espíritu, el sujeto debe tener asegurado un espacio para él e indisponible para el Estado. En ese sentido, el derecho a la integridad es libertad negativa, pues forma parte de un espacio de libertad, en principio ilimitado, en el que no puede incidir el poder público. El sujeto es titular de la inactividad que le permite decidir acerca de los bienes jurídicos de los que es poseedor. El ordenamiento se dirige a evitar que nada limite la autodeterminación del individuo sobre su propio cuerpo. De este modo el individuo es soberano acerca de las decisiones que atañen a su integridad corporal, pues el ejercicio nuclear del derecho

consiste en disponer de la propia integridad y oponerse o consentir una intervención en ella.<sup>105</sup>

En este punto es pertinente señalar la existencia de nuevas dimensiones de la integridad corporal, antes científicamente inmunes pero ya vulnerables como es la integridad genética. El problema de su protección actualmente reside en que la manipulación genética se presta para el acondicionamiento de la integridad de la persona futura. El derecho a la manipulación con fines terapéuticos es una demostración de la manera en que el desarrollo tecnológico provoca la conformación de nuevas dimensiones de la integridad corporal como derecho de la personalidad.

El reciente desarrollo de las técnicas de ingeniería genética han transformado las posibilidades de la integridad corporal de las generaciones futuras aun cuando por razones de carácter preventivo o terapéutico, las intervenciones sobre el embrión y el feto humano son autorizadas por el Estado. Particularmente se trata de la aprobación estatal de técnicas para alterar los caracteres hereditarios asociados con ciertas patologías a las que ordinariamente se les conoce como “clonación terapéutica”.<sup>106</sup> Visto de manera amplia, esto trae consigo la aparente contradicción en las medidas cautelares por parte del Estado sobre la actuación científica referente a la integridad corporal individual. Ante esta inflexión multidireccional de los valores de libertad y la transfiguración del desarrollo de la personalidad puede pensarse que el derecho a la

---

<sup>105</sup> RAÚL CANOSA USERA, EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL 66 (Lex Nova 2006).

<sup>106</sup> La clonación terapéutica consiste en transferir un núcleo de la célula adulta de un paciente a un ovocito al que se le ha extraído previamente su núcleo, con el fin de reprogramar su crecimiento celular y tratar de reorientarlo hacia la creación de órganos o tejidos que luego puedan ser trasplantados al paciente para combatir alguna patología. FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ, LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO 20 (Reus, 1ra ed. 2012).

La clonación terapéutica está permitida en España, al igual que en otros países como Gran Bretaña, Bélgica y Suecia. MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ, RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TECNOLOGÍA REPRODUCTIVA Y LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA CON MATERIAL EMBRIONARIO 184 (Dykinson, 2014).

Otros países en los que está autorizada son Korea, Japón, Singapur, Australia e Israel. Sobre este asunto, véase CÉSAR NOMBELA CANO Y CARLOS SIMÓN VALLÉS, CÉLULAS MADRE 27 (Los Libros de la Catarata, 2010).

integridad corporal humano ha sido transformado por el nuevo contexto dado por los avances científico-técnicos. Las reglas de la realidad humana y el valor histórico jurídico de la personalidad ha encontrado adaptaciones prácticas que da señales de definiciones adicionales. La efectividad del Derecho en reconocer los valores que representan estas nuevas condiciones del ordenamiento implican el replanteamiento que conduce a admitir nuevos razonamientos de derecho que inciden directamente sobre la vida, la integridad corporal y el desarrollo de la personalidad.

## **ii. El derecho de libertad física, libertad moral y la dignidad de la persona**

Las facultades reconocidas al individuo ponen en su campo de acción el uso y ejercicio de aquellas potestades que el ordenamiento reconozca. Comportan la autoridad para la libre actuación de la persona y el respeto general de la comunidad puesto que encierran el compromiso de abstención de otros de quebrantar el desenvolvimiento de la persona y el ejercicio de su voluntad individual. Claramente este apartado agrupa los aspectos vinculados a la dignidad de la persona. Existe una conexión entre el derecho de libertad y la dignidad de la persona pues en aquella descansa el desarrollo y aprecio por la persona misma. Igualmente es correcto decir que la idea de dignidad está sujeta, como todo valor, a la percepción social que de ella se tenga en cada época.<sup>107</sup> Esto resulta palpable si nos referimos a los derechos inherentes de la persona.<sup>108</sup> Si bien permanece la noción central de la dignidad, ésta se amplía paulatinamente en el haz de derechos que se consideran indispensables para el desarrollo de la personalidad.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> GÓNZALO HERRANZ, *Eutanasia y Dignidad del Morir*, en VIVIR Y MORIR CON DIGNIDAD: TEMAS FUNDAMENTALES DE BIOÉTICA EN UNA SOCIEDAD PLURAL 173-190 (Elena Postigo Solana et al. coord., EUNSA 2002).

<sup>108</sup> ERNESTO BENDA, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en ERNESTO BENDA, en WERNER MAIHOFFER & HANS-JOCHEN VOGEL, MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL 117-144 (Marcial Pons, 2da ed. 2001).

<sup>109</sup> Canosa Usera plantea este asunto haciendo referencia a Benda. Describe a la dignidad como parámetro valorativo de la interpretación de los derechos fundamentales.

Dentro del derecho de libertad existen dos renglones que pueden ser diferenciados; estos son la libertad interna y la libertad exteriorizada. No obstante, la voluntad individual conoce sus límites en el orden por lo que podríamos caracterizarlo como libertad graduada. Aunque la libertad, como derecho subjetivo, es un derecho que podemos administrar nosotros mismos, conoce no solo los límites de la actuación con que podemos encontrar cada uno de nosotros en nuestras circunstancias, y en el contexto de nuestra propia personalidad en un determinado momento, sino también los límites sociales.<sup>110</sup> La libertad es un derecho de la personalidad que rige e interviene en el desarrollo del ámbito espiritual de la persona, como derecho a configurar su libre personalidad. Precisamente, la libertad es el foco de numerosos conflictos jurídicos cuando se enfrentan intereses contrapuestos<sup>111</sup> como acontece en el ámbito de las ciencias vivas que conllevan el uso de la materia humana que culminan en productos con notable potencial de explotación económica.

Los avances científicos posibilitan el acceso a mayores recursos tecnológicos que abren el abanico de posibilidades de acción de las personas para maximizar los recursos que tiene disponibles para sí. La libertad exteriorizada encuentra concreción cuando el ordenamiento dispone afirmativamente garantías para que los seres humanos gocen de potestad en el ejercicio de sus competencias; incluyendo la disposición y uso del producto de su cuerpo. Los poderes públicos están compelidos a respetar la libertad de la persona en la formulación de actividades con consecuencias jurídicas conforme a la autonomía personal en este ámbito. La intervención del Estado dirigida a asegurar que la suma de los intereses individuales promuevan el bienestar colectivo, debe reconocer que su máxima encomienda es la de proteger con primacía la libertad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

## **2. Los Derechos de la personalidad luego de la aprobación de la Constitución Española de 1978**

---

<sup>110</sup> ENCABO VERA, *supra*, n. 69, p.80.

<sup>111</sup> *Id.*

A lo largo de la historia, el individuo ha buscado gozar de garantías, espacios de libertad y medios de reacción jurídica frente al poder del Estado. Es comúnmente admitido que los derechos de la personalidad no deben requerir justificación jurídica en la norma escrita para que sean entendidos como derechos verdaderos y sobre los que existe un deber general de respeto que vincula a todos, con la aprobación de la Constitución Española de 1978 nos acercamos a la categoría de Derechos fundamentales. Con su traslado a la Constitución, los derechos de la personalidad son acogidos y contemplados por la primera norma del Estado para adquirir forma de Derechos fundamentales. Son incorporados como elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza al ser respaldados por el Derecho positivo cuyo monopolio tan solo ostenta el Estado. De este modo vemos transformarse en enunciados positivos, las libertades de la persona que eran entendidas como naturales. Los derechos denominados como fundamentales dentro del texto constitucional que son identificados como derechos inherentes a los seres humanos, el Estado los reconoce en la Constitución como anteriores a su existencia para lo que propiamente sirve para enunciarles y ofrecerles amparo legal.

Aunque no exista correspondencia taxativa de los derechos de la personalidad con los derechos reconocidos por la Constitución como derechos fundamentales, al alcanzar este nuevo ámbito, según expusiera RICARDO DE ANGEL,<sup>112</sup> cuando la persona ha conseguido un mínimo de seguridad frente al poder del Estado, desplaza sus preocupaciones al terreno de las relaciones privadas. Claro está, no por estar fundamentados, los derechos de la personalidad representan una garantía automática. Más bien requiere que el ordenamiento ofrezca la certeza de su protección e impedir que sean violentados. Sobre este particular también ROGEL VIDE señala que las garantías, aunque excepcionalmente puedan limitarse o suspenderse, facilitan, agilizan y refuerzan la protección de los derechos consolidando un núcleo de defensa del ciudadano, de su personalidad y de sus libertades.

<sup>113</sup> Salvadas sus posibles distinciones, los trazos históricos que demarcan los derechos de la

---

<sup>112</sup> Ricardo de Ángel Yagüez, *La Protección de la Personalidad en el Derecho Privado*, REVISTA DE DERECHO NOTARIAL (Madrid), enero-marzo, 1974, p. 3-138.

<sup>113</sup> Carlos Rogel Vide, *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*, *supra* n. 73.

persona aunque dotados por fluidez propia de los cambios políticos y desarrollo de los pueblos, los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales tienen como objeto común las manifestaciones y bienes de la persona humana. En este respecto se trata de libertades o de autonomía individual que alcanzan su plena manifestación sólo al experimentar el respaldo de los principios de libertad reconocidos por el Estado en sus normas. Los derechos fundamentales han ido reforzando su función, constituyéndose en parte esencial del orden político y de la paz social. Con todo ello responden a la idea de respeto a la dignidad humana.<sup>114</sup>

Existen, no obstante, diferencias entre los derechos humanos fundamentales contenidos en la Constitución y los derechos de la personalidad. Los derechos fundamentales protegen los bienes jurídicos de las personas, desde el punto de vista de eficacia en el Derecho público; abarcando desde la vida y la salud hasta los derechos políticos y sociales. Los derechos de la personalidad constituyen el núcleo más íntimo y privado de los derechos de la persona. Una parte de la doctrina ha buscado establecer su distinción a partir de la naturaleza jurídica del elemento subjetivo de la relación jurídica, considerando que los derechos humanos y fundamentales son eficaces en las relaciones que se establecen entre el individuo y el Estado, en las que el segundo reza siempre como sujeto pasivo; mientras que los derechos inherentes a la personalidad se mueven en la esfera de las relaciones interpersonales o entre particulares. Pero su análisis se torna mucho más complejo porque actualmente se reconoce a todos estos derechos (humanos, fundamentales e inherentes a la personalidad) efectos *erga omnes*, de ahí que tanto los particulares como el Estado puedan ser obligados por ellos.<sup>115</sup> Ya no se puede ver a lo público y a lo privado como dominios totalmente independientes sino como ámbitos interrelacionados del

---

<sup>114</sup> ENCABO VERA, *supra*, n. 69, p. 21.

<sup>115</sup> Jesús Armando Martínez Gómez, *Diferencias de los derechos inherentes a la personalidad con respecto a los derechos humanos y los derechos fundamentales*, en REVISTA CARIBEÑA DE CIENCIAS SOCIALES (agosto 2013). Ver, <http://caribeña.eumed.net/derechos-humanos> (Recuperado el 15 de julio de 2015).

ordenamiento jurídico que se complementan.<sup>116</sup> Los derechos de la personalidad “se instalan en el espacio donde los principios, los valores y los fines tejen una trama en beneficio de la persona”. Para lograr su protección constitucional se requiere alcanzar equilibrio entre la letra y el espíritu de la Primera Norma en favor de un objetivo básico, éste es, la preservación de la dignidad de la persona humana, concepto que constituye piedra angular para la construcción de todo un sistema constitucional, cuyos fines, valores, principios, derechos y bienes jurídicos existen solo en función del enaltecimiento de la dignidad humana.<sup>117</sup>

La Constitución Española dedica su primer Título a los derechos fundamentales de la persona; esto a pesar que existen varios derechos que pueden ser encontrados dispersos en el contenido dentro de la primera norma del país. La Constitución vigente en España, refrendada por el pueblo español en el 1978 se refiere expresamente, en su Título Primero, a los derechos y deberes fundamentales, como potestades naturales, inherentes a la persona, vinculadas con la dignidad y la personalidad. La definición de derecho fundamental hay que extraerla de una interpretación sistemática de los artículos 10.1 y 53 de la Constitución. Los derechos que emanan de la Constitución tienen como finalidad prioritaria abonar a la dignidad, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo o cualquier aspecto que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de personas libres e iguales. Pueden catalogarse en derechos de libertad, autonomía o defensa, que reconocen

---

<sup>116</sup> En el caso español, esta problemática ha encontrado una respuesta adecuada en el terreno de lo normativo. De una parte, la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1979), reconoce especialidades penales y civiles, al lado de la vía contencioso-administrativa, en la protección procesal ante la jurisdicción ordinaria de los derechos fundamentales, eventualmente vulnerados en ese tipo de relaciones. Pero, sobre todo, el Tribunal Constitucional admite a su conocimiento, aplicando flexiblemente su Ley Orgánica (en concreto, su art. 44), recursos frente a actos de los órganos judiciales que, en realidad, no son lesiones directamente causadas por estos, sino que traen su origen de anteriores violaciones de los derechos fundamentales de particulares, a las que los órganos judiciales no han puesto remedio. De esta manera lo expresa Juan José Solozábal Echavarría, *Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, 71 REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS (enero-marzo 1991) p. 87-109, 94.

<sup>117</sup> Martínez Gómez, *supra* n. 115. En esta discusión se refiere a la tesis presentada por Ana María Álvarez-Tabio, *Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y de expresión* (2008) (inédita tesis doctoral, Universidad de la Habana). La tesis fue dirigida por las Doctoras Caridad del C. Valdez Díaz y Martha Prieto Valdés.

un ámbito soberano al individuo, sin interferencias estatales, necesario para el desarrollo de sus potencialidades vitales.<sup>118</sup> El artículo 9 de la Constitución Española declara que le corresponde a los poderes públicos el promover:

... las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Podemos afirmar que en el Derecho español,<sup>119</sup> los derechos de la personalidad o derechos fundamentales constituyen un presupuesto de la propia organización política constitucionalmente establecida. El artículo 10 de la Constitución Española representa una disposición expresa que destaca que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad*” son fundamentos del orden político. Ante la multiplicidad de intereses en competencia, los anteriores axiomas contenidos en la Constitución española requieren un marco normativo que dé respuesta a los retos que traen las ciencias de estos tiempos y que ofrezca confianza a los miembros de la comunidad general sobre la observación del Estado de los principios de la integridad de las personas, la protección de la dignidad y libertad del ser humano.

Según claramente expusiera el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, 8 de abril, la Constitución Española representa “*un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo.*” Las limitaciones o la amplitud de la persona para ejercer sus derechos dentro de un orden político están demarcadas por la “*soberanía popular*”. De esta manera, los derechos y libertades fundamentales de la persona en el campo jurídico constitucional español alcanzan el reconocimiento de garantía que ve su eficacia en la libertad de la persona para obrar en el

---

<sup>118</sup> BONILLA SÁNCHEZ, *supra*, n. 90, p. 54-55.

<sup>119</sup> I CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIO DE DERECHO CIVIL: PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA 152 (19na ed. 2013).

ámbito individual.<sup>120</sup> Constituye un modelo adaptable en el que concomitan perspectivas diversas para atender los dilemas que plantean los avances de los tiempos que por su naturaleza provocan la evolución del sistema jurídico. Ante esta realidad jurídica queda planteado que ante el mandato constitucional que procura fomentar la investigación científica para catapultar el progreso del pueblo español, aparece de forma concatenada el derecho de libertad de autodeterminación de la persona física quien, en el ámbito de las ciencias vivas, constituye el recurso principal y objeto de las mismas. Al invocar la libertad de investigación como derecho fundamental, el ordenamiento se encuentra obligado a armonizar dicha libertad con el reconocimiento de la facultad para actuar de la persona de conformidad con su voluntad. A la luz de este sistema aparece el hombre como un ser libre por naturaleza y titular de un conjunto de derechos inherentes a su condición que son inalienables e imprescriptibles. Las consecuencias de estos postulados en el ámbito del Derecho se producen a través de la articulación de un conjunto de instrumentos jurídicos que se estructuran sobre la base de pilares tales como la autonomía de la voluntad, la libertad y la personalidad reconocida individualmente.<sup>121</sup>

El ordenamiento jurídico español concede valor a la libertad individual y poder de actuación a la persona por su condición natural de ser humano para que gobierne sus propios intereses. El reconocimiento de la potestad de la persona para manifestar su voluntad encierra presupuestos fundamentales o principios de orden superior. A pesar de la

---

<sup>120</sup> STC 11/1981, 8 de abril (Ponente Luis Díez Picazo).

Bonilla Sánchez establece la diferencias entre “derechos” y “libertades” y señala que aquellos se conciben como herramientas que el ordenamiento facilita a los individuos que les permite, en primer lugar, reconocerse como tales y, en segundo lugar, defender y reivindicar sus esferas más íntimas. Según describe este jurista, tales instrumentos le proporcionan a sus múltiples facultades, el llamado contenido material y asimismo le autorizan para protegerlo y defenderlo frente a todos; Estado y particulares, en el supuesto que sean vulnerados, mediante la actuación de las garantías previstas para su resguardo, en especial las procesales. Por otro lado, según el mismo jurista, las libertades públicas amparan una libre y lícita actividad de los particulares. Son obligaciones negativas del Estado que le imponen en el deber de tolerarlas, de abstenerse y de no interferir en ellas. Tomadas en sentido estricto, son facultades y esferas de acción autónoma de los individuos o de los grupos positivamente protegidos frente a la intervención del Estado y se corresponden únicamente con un reducido sector de los derechos fundamentales de la personalidad. BONILLA SÁNCHEZ, *supra* n. 90, p. 56.

<sup>121</sup> Así lo expresa Eduardo Cordero Quinzacara, *De la Propiedad a las Propiedad. La Evaluación de la Concepción Liberal de la Propiedad*, XXXI REVISTA DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (Chile), 2do Semestre de 2008, p. 493-525.

diversidad normativa sobre la que se cimienta el orden jurídico en el ámbito técnico-científico de las ciencias vivas es incuestionable la inherente libertad de pensamiento que ello demanda. Lo contrario sería confinar la libertad de pensamiento y espíritu individual.

Precisamente, ALONSO MARTINEZ, en los momentos en los que se debatía las virtudes o desventajas de codificar las normas de derecho civil en España, expresó que el legislador se encontraba impedido de aprisionar la libertad humana en un número finito de reglas preestablecidas. Señaló que debían entenderse como válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones inventara el interés privado con tal que no fueran contrarias a la moral y buenas costumbres, tuvieran cabida o no en las clasificaciones estrechas e insuficientes del legislador. Añadió además que no había quien pudiera prever todas las combinaciones de la que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y el interés. Sostuvo que la tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la ley.<sup>122</sup> Sobre esto, el Tribunal Constitucional de España expuso que el legislador “*es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, llamado a confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas*”.<sup>123</sup>

En el ámbito de las ciencias vivas la autonomía de la voluntad puede ser vista como la expresión del derecho a la autodeterminación física cuya existencia parece que va progresivamente tomando forma en diferentes textos legales e instrumentos internacionales.<sup>124</sup> El derecho de autodeterminación física define un haz de facultades, una libertad decisoria protegida por el ordenamiento, que permite a la persona decidir, optar o

---

<sup>122</sup> 2 MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, EL CÓDIGO CIVIL EN SUS RELACIONES CON LAS LEGISLACIONES FORALES 115, 216, 224 (Establecimiento Tipográfico de P. Núñez 1885).

<sup>123</sup> STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (Ponente Luis Díez Picazo), FJ 7.

<sup>124</sup> YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ, *La libertad de Creación y Producción Científica en la Ley de Investigación Biomédica: Objeto, Ámbito de Aplicación y Principios General de la Ley*, en INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN ESPAÑA: ASPECTOS BIOÉTICOS, JURÍDICAS Y CIENTÍFICAS 21 (Javier Sánchez-Caro & Fernando Abellán, coords., Editorial Comares 2007).

seleccionar que hacer o no hacer respecto de todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten a su realidad física, a su sustrato corporal. Este derecho entrega al sujeto el poder de decisión sobre sí mismo, lo cual resulta no solo acorde con el ejercicio de su libertad, sino también con las exigencias de la dignidad que forma parte del estándar de derechos reconocidos constitucionalmente en España y en muchos países en el ámbito internacional.

Esta afirmación coloca a todos en igualdad para lograr la exteriorización de actos conforme a la voluntad particular de cada quien, sobre todo, aquello sobre lo que tiene potestad. Por eso no ha de extrañar que en los tiempos de hoy los materiales procedentes del cuerpo humano alcancen nuevas definiciones y el ordenamiento reconozca la autoridad para su uso según la voluntad individual. Estos conceptos no son incompatibles y pueden ser extendidos a la figura de propiedad dentro del género del derecho subjetivo, como un atributo de la persona quien cuenta con la facultad o poder sobre una cosa, o como corolario de libertad para su ejercicio o esfera de acción del individuo.<sup>125</sup>

El espíritu de promoción del desarrollo científico impulsado por el Gobierno español, según revela el lenguaje constitucional, responde a la política pública que tiene por presupuesto el progreso y bienestar general. La actividad promocional por parte del Estado encuentra justificación en la relación que existe entre la ciencia, la sociedad y el desarrollo de cada miembro de la comunidad. En un sentido amplio los beneficios generales traídos por las ciencias no suponen la exclusión de los intereses individuales. La finalidad de fomentar la actividad científica desde la perspectiva constitucional busca marcar el objetivo de la función gubernamental que responde al sentir de la sociedad que según revela el paso del tiempo demanda cada vez más espacio para expresiones de su voluntad individual. Desde sus orígenes, el concepto hace referencia a la limitación del poder, al sometimiento de éste a Derecho, a la

---

<sup>125</sup> Cordero Quinzacara, *supra* n. 121.

separación de poderes y a los derechos humanos.<sup>126</sup> La readaptación de las formulaciones jurídicas de rango económico, científico y social implican la necesidad de interpretación de los valores y principios constitucionales. La dignidad parece configurarse como el límite último frente a cualquier actividad o posibilidad del progreso científico de la sociedad española y no solo posee su dimensión subjetiva, sino también la vertiente objetiva que protege, como valor, a la especie humana frente a cualquier atentado o lesión que tenga por objeto aquello que específicamente es definitorio de la condición humana. La libertad, como valor superior del ordenamiento, juega un papel importante como fuente generadora de nuevos derechos en este ámbito.

En vista de lo anterior, como miembro de una comunidad social, la persona tiene derecho a la satisfacción de aquello que considera indispensable para su dignidad y a su libre desarrollo. Precisamente, la exaltación de la dignidad de la persona, requiere sobre todo que sea reconocida la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones que encuentre ante sí de conformidad con sus preferencias e intereses. La preponderancia de la voluntad de la persona sobre su cuerpo y sobre las partes que le han sido separadas demanda que su exteriorización se encuentre libre del juicio valorativo de otros. El carácter extra-patrimonial concedido al cuerpo humano responde al interés de tutela por parte del Estado, que entre otros, procura fomentar la integridad corporal como supuesto de bienestar de la persona. Sin embargo, lo cierto es que esta política paternalista, de facto, usurpa la potestad decisoria del individuo sobre si mismo.

La dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución española, es un valor aplicable directamente a la solución de buena parte de las cuestiones planteadas por los avances científicos. Como punto de partida el lenguaje constitucional contiene un amplio catálogo de principios y valores, muchos de ellos derivados de la misma declaración de los derechos fundamentales. La interpretación de éstos quizás no

---

<sup>126</sup> Francisco Javier Díaz Revorio, *La Constitución ante los Avances Científicos y Tecnológicos: Breves Reflexiones al Hilo de los Recientes Desarrollos en Materia Genética y Tecnologías de la Información y la Comunicación*, Núm. 71-72 UNED. REVISTA DE DERECHO POLÍTICO, enero-agosto 2008, p. 87-110.

corresponda en sentido propio a la Constitución misma; pero sí a los órganos encargados de desarrollarla, interpretarla y aplicarla.<sup>127</sup>

La política interna dirigida a la prohibición o a la imposición de restricciones que buscan impedir alguna forma de contraprestación por las partes corporales de una persona deja fuera de consideración el modelo propuesto por la Declaración Sobre los Datos Genéticos de la UNESCO.<sup>128</sup> En su artículo 19 declara que los beneficios de la utilización de los datos genéticos humanos obtenidos, entre otros, de muestras biológicas con fines de investigación médica o científica deben ser compartidos.<sup>129</sup> Entre algunas de las consideraciones que la Declaración plantea, se encuentran la asistencia especial de las personas que hayan tomado parte en la investigación, acceso a la atención médica, nuevos servicios y cualquier otra forma cónsona con los principios contenidos en la Declaración. Un escenario que permita estas formas de participación de beneficios no es incompatible con la política dirigida a prevenir la explotación corporal y a auspiciar el ánimo de liberalidad de los ciudadanos; de unos para con los demás.

---

<sup>127</sup> Díaz Revorio, *supra*, n. 126, p. 94, 97-98.

<sup>128</sup> Declaración de los Datos Genéticos Humanos, 16 de octubre de 2003, UNESCO, Resolución 15 aprobada por la Conferencia General en su 32ª reunión.

<sup>129</sup> El artículo 19 de la Declaración de los Datos Genéticos de la UNESCO lee:

“Artículo 19: Aprovechamiento compartido de los beneficios

- a) Los beneficios resultantes de la utilización de datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas obtenidos con fines de investigación médica y científica deberían ser compartidos con la sociedad en su conjunto y con la comunidad internacional, de conformidad con la legislación o la política internas y con los acuerdos internacionales. Los beneficios que deriven de la aplicación de este principio podrán revestir las siguientes formas:
  - i) asistencia especial a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la investigación;
  - ii) acceso a la atención médica;
  - iii) nuevos diagnósticos, instalaciones y servicios para dispensar nuevos tratamientos o medicamentos obtenidos gracias a la investigación;
  - iv) apoyo a los servicios de salud;
  - v) instalaciones y servicios destinados a reforzar las capacidades de investigación;
  - vi) incremento y fortalecimiento de la capacidad de los países en desarrollo de obtener y tratar datos genéticos humanos, tomando en consideración sus problemas específicos;
  - vii) cualquier otra forma compatible con los principios enunciados en esta Declaración.”

Ante estos dilemas se requiere entender que el Derecho se encuentra entrelazado a las experiencias históricas y a las ideas fundamentales de los pueblos. Por consiguiente, resulta imperativo destacar que para que el ordenamiento retenga su aptitud o capacidad funcional se requiere que en su concepción se reconozca un arreglo cuya base sea la común participación de los individuos en verdades y valores trascendentes que se hacen cognoscibles por la razón. Íntimamente ligado a estos asuntos se encuentra la noción que la persona humana es superior al grupo y los valores individuales están por encima de los valores colectivos.<sup>130</sup> Sobre esta base debemos añadir que consistente con el pensamiento de HENKIN, tanto los derechos constitucionalmente reconocidos y las libertades humanas incluyen el derecho de ser libres, no únicamente el de ser “*libres de*”,<sup>131</sup> sino también el de ser “*libres para*”; lo que a su vez incluyen el derecho de *hacer*, el *der tener* y el *der ser*.<sup>132</sup>

El proceso social global en el que las personas aspiran y buscan establecer valores comunes es incuestionablemente interdependiente. Como señalara Kant hace poco más de dos siglos:

*The intercourse, more or less close, which has been everywhere steadily increasing between the nations of the earth, has now extended so enormously that a violation of right in one part of the world is felt all over it.*<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> 2 RAÚL SERRANO-GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO 765-766 (1ra ed. 1988).

<sup>131</sup> Entiéndase por esta expresión como la libertad de la intervención por parte del Estado.

<sup>132</sup> Esta explicación sobre las características de los derechos individuales fueron resumidas en la obra de Raúl Serrano Geyls al examinar las concepciones que contribuyeron a la conformación de los derechos y libertades humanas según las expusiera Henkin. Ver, LOUIS HENKIN, LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE HOY (Aurora Merino, trad., Edamex, 1981).

<sup>133</sup> Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell, & Chen Lung-Chu, *Human Rights and World Public Order: Human Rights in Comprehensive Context*, 72 NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW No. 2, 227-307 (1977). En esta publicación los autores esbozan una teoría de relación de interdependencia de las personas en las diferentes partes del mundo que desembocan en la expectativa de protección de los derechos más básicos. Citan en la nota 117 a Kant en su publicación “Perpetual Peace”. IMMANUEL KANT, TO PERPETUAL PEACE, A PHILOSOPHICAL ESSAY 142 (M. Campbell Smith trans., Swan Sonnenschein & Co. 1903).

Las relaciones más o menos cercanas, que han ido en aumento entre las naciones de la tierra, han logrado extenderse enormemente de modo tal que la violación de derechos en un lugar se siente en todas partes del mundo.

No hay duda que las determinaciones constitucionales de los Estados democráticos son objeto de la influencia transnacional que tiene el efecto de matizar la política pública y el discurso jurídico. Es innegable que ninguna obra constitucional es perfecta por ser producto de la confección humana. Como dijera Benjamin FRANKLIN en el discurso leído por James WILSON ante los padres fundadores de la Constitución de los EE.UU. durante la última sesión, cuando se disponían a votar sobre el proyecto de constitución “*cuando se reúne un número de hombres para aprovecharse de su sabiduría comun, inevitablemente se reúnen con dichos hombres, todos sus prejuicios, sus pasiones, sus errores de opinión, sus intereses privados y sus puntos de vista egoístas*”.<sup>134</sup> Las normas constitucionales nacionales reúnen declaraciones provenientes del pueblo que conforman a su voluntad las formas de auto-gobierno que procuran superar el reto de los tiempos. Se trata de la afirmación por parte del pueblo a expresarse mediante la construcción de enunciados de libertad de sus constituyentes.

Las nuevas dimensiones introducidas por la tecnología y las ciencias traen consigo nuevas implicaciones que ya son motivo de transformación el orden jurídico. Los estudios y desarrollos científicos que conllevan el uso de la materia biológica obtenida del cuerpo humano han conducido a nuevos hallazgos que apuntan a la necesidad de nuevos enunciados dentro del amplio ámbito constitucional. No hay duda que aquél que estudie cumplidamente la historia, las circunstancias geográficas y políticas de un pueblo encontrará las bases que apoyan la formulación de nuevos pensamientos que ayudan a forjar el devenir de un pueblo. Se trata de un precepto de creación que funda ideas

---

<sup>134</sup> Referencia hecha por el Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Hon. Roberto H. Todd el día 17 de septiembre de 1951 en sus palabras de apertura de los trabajos de la Convención Constituyente de Puerto Rico. DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO 8 (Equity Publishing 1961).

constitutivas de los pensamientos propios de los pueblos en conexión con las realidades y nociones sociales a tono con los tiempos.

Las corrientes ideológicas de las sociedades se cristalizan en normas que buscan promover el disfrute de libertad de los miembros de una colectividad. Sobre este aspecto podemos destacar que el ordenamiento logra atemperarse a nuevos supuestos que quizás no fueron anticipados al momento de la aprobación del texto constitucional. Se trata de la elasticidad natural de las disposiciones constitucionales que le confieren capacidad para atender nuevos escenarios sin necesidad de alterar los principios que distinguen a una sociedad. La evolución de preceptos constitucionales persiguen la creación de espacios normativos que conceden nuevas reglas interpretativas ante nuevas posibilidades para la exteriorización de la voluntad individual.

### **3. La Protección de los Derechos del Individuo en el Ámbito Constitucional de los EE.UU.**

El Derecho Constitucional norteamericano ha mantenido un discurso dirigido a resguardar las libertades que buscan que el individuo pueda expresarse y actuar libremente al margen de la acción interventora del Estado. En el 1776, al romper sus lazos políticos con Gran Bretaña, las trece colonias norteamericanas además de expresar los motivos que le condujeron a convertirse en una nación independiente, por voz de su Congreso Continental,<sup>135</sup> proclamaron la libertad y la igualdad como principios de trascendencia que sentaron las bases de los derechos fundamentales hoy reconocidos por el ordenamiento norteamericano. La letra incluida en la parte introductoria de la Declaración expone:

---

<sup>135</sup> Thomas Jefferson, fue el autor principal de la Declaración Independencia quien fuera identificado como una voz elocuente luego que publicara su obra *A Summary View of the Rights of British America*, disponible página electrónica de la Universidad de Yale, [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/jeffsumm.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/jeffsumm.asp) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

*[...] that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness; that to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness*

**[...] que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad;** que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.

La Constitución de los Estados Unidos que fuera formalmente aprobada en el 1781 no contenía una declaración expresa de los derechos individuales aunque hacía mención de algunos; a saber, los privilegios de la ciudadanía estatal (art. IV), el privilegio de habeas corpus (art. I), la prohibición de las leyes *ex post facto* y de leyes que menoscabaran los contratos.<sup>136</sup> Los derechos fundamentales en el ámbito constitucional norteamericano lograron su incorporación en el texto de la primera norma del Estado mediante la

---

<sup>136</sup> SERRANO-GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO, *supra*, n. 130, p. 768.

aprobación de enmiendas al texto constitucional original.<sup>137</sup> La ausencia de estas garantías en el texto original de la Constitución representó un obstáculo para lograr la ratificación de todos los estados pues existían reservas ante un gobierno centralizado sin que mediaran límites a su facultad interventora. El proceso histórico condujo al desarrollo e incorporación de las primeras enmiendas constitucionales, conocidas como la Carta de Derechos. Las mismas fueron propuestas el 25 de septiembre de 1789 y entraron en vigor a poco más de 2 años, el 15 de diciembre de 1791.

En su origen, las enmiendas solo acotaban al gobierno federal. En las etapas tempranas del desarrollo jurisprudencial constitucional, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que las enmiendas aprobadas no eran de aplicación a los estados. A estas determinaciones les fue atribuida corrección histórica pues se entendió que con su aprobación los padres fundadores buscaron su reconocimiento por parte del gobierno nacional. Sin embargo, la enmienda decimocuarta, ratificada en el año 1868,<sup>138</sup> extiende la obligación de su observación, mediante la cláusula de privilegios e inmunidades y la exigencia del debido proceso de ley a los estados de la nación norteamericana. Aunque es pertinente destacar la doctrina de “*incorporación selectiva*” seguida por el máximo foro

---

<sup>137</sup> El primer documento de gobierno aprobado por los Estados Unidos conocido como los artículos de la Confederación representó la base para el primer gobierno central que organizaron los Estados Unidos después de proclamar su independencia. Las disposiciones de ese pacto se derivaron de propuestas que Benjamín Franklin sometió a la consideración de las autoridades coloniales. Sucesos posteriores a la ratificación definitiva de los artículos en 1781 demostraron que el régimen creado en virtud de dicho acuerdo adolecía de numerosas deficiencias. El gobierno general de la Confederación comprendía tan solo un órgano legislativo unicameral, el Congreso. No existía poder ejecutivo o judicial. Solamente los estados podrían interpretar e implantar las leyes del Congreso. En la mayoría de los casos la aprobación de una medida requería del consentimiento de no menos de nueve estados. Tales fallas y otras, fueron corregidas posteriormente en la Constitución de 1787. Véase, I RAÚL SERRANO-GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO p. 207 (1ra ed. 1988).

La Constitución de los EE.UU. fue redactada el verano de 1787 en Philadelphia, Pennsylvania. La misma representa la constitución nacional en uso de mayor antigüedad en el hemisferio occidental. Define los organismos constitutivos del gobierno, sus jurisdicciones, y los derechos de los ciudadanos.

<sup>138</sup> La decimocuarta enmienda de la Constitución de los EE.UU. fue propuesta el 13 de junio de 1866 y su ratificación tuvo lugar el 9 de julio de 1868.

judicial en la que sólo serán de aplicación las disposiciones de la Carta de Derechos que la Corte determine fundamentales en el sistema de derecho norteamericano.<sup>139</sup>

Los derechos que los padres constituyentes buscaban proteger fueron denominados en la Declaración de Independencia como “*inalienables*” de posibles abusos por parte del gobierno y están contenidos en la Carta de Derechos de la Constitución norteamericana. De esta manera se confiere protección a derechos entendidos como naturales de la persona tales como la libertad de expresión, a la privacidad, al debido proceso de ley, al igual trato de las leyes, entre otros. Ya hemos dicho que el reconocimiento constitucional de los derechos individuales representan limitaciones al ejercicio del poder del Estado. En otro extremo se encuentran las acciones estrictamente privadas, las cuales, salvadas excepciones no constituyen base para un remedio de carácter constitucional. Sin embargo, debido a que el Estado moderno penetra continua y profundamente en las actividades económicas y sociales por numerosas vías, difícilmente se halla una actuación privada que de alguna manera, directa o indirecta, no se encuentre intervenida por la acción gubernamental.<sup>140</sup>

El avance de los derechos reconocidos constitucionalmente en los EE.UU. ha logrado conformar un ordenamiento que llama al respeto de aquello que represente humanidad y el detente de aquello que transgreda la dignidad de la persona. Nos encontramos en un mundo en el que cada vez es más difícil definir un sistema legal como independiente o autónomo. Podría afirmarse que existe un diálogo entre los Estados sobre principios o valores humanos que parecen lograr universalidad. Sobre esto podemos destacar que la dignidad humana es un componente central de un sistema político que incluye en su estructura de gobierno el imperativo de solidaridad social. Aunque la Constitución de los EE.UU. no contiene una disposición expresa que haga referencia específica al concepto de dignidad humana bajo la rúbrica de derechos específicamente

---

<sup>139</sup> JOHN E. NOWAK, RONALD D. ROTUNDA & J. NELSON YOUNG, HANDBOOK ON CONSTITUTIONAL LAW 412-413 (West 2nd ed. 1978).

<sup>140</sup> SERRANO-GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO, *supra*, n. 130, p. 799.

enumerados se distinguen conceptos que mediante su observación alcanzan proteger el valor de la dignidad humana.

**(a) La dignidad humana en el ámbito Constitucional de los EE.UU.**

La aspiración de cada ciudadano a manifestar su voluntad según sus principios ha sido reconocida por el Tribunal Supremo de los EE.UU., apuntando así al reconocimiento del valor constitucional otorgado a la dignidad individual o libertad para actuar de la persona. En la opinión del máximo foro judicial, según fuera expresada en *Planned Parenthood v. Casey*, en el corazón de la libertad se encuentra el derecho a definir “*el concepto individual de la existencia propia.*”<sup>141</sup> Esta postura por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos mantiene las nociones establecidas por el pueblo norteamericano que están reflejadas en opiniones aun más tempranas, por ejemplo, en *Meyer v. Nebraska*,<sup>142</sup> en el que la Corte Suprema expusiera que el concepto de libertad no tan solo denota libertad física sino también, entre otros, el derecho a contratar, realizar labores, adquirir conocimientos, y al disfrute de los privilegios ya reconocidos como esenciales en la búsqueda de la felicidad. Añadió que es doctrina establecida que no ha de interferirse con la libertad de las personas, mediante la aprobación de legislación, bajo el supuesto de la protección del interés público. Como expresara el Juez de la Corte Suprema en el caso de *Meyer*:

---

<sup>141</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 951 (1992).

<sup>142</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 43 S. Ct. 625, 67 L. Ed. 1042 (1923). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos revocó, en apelación la convicción de Robert T. Meyer quien hubiera sido encontrado culpable de violar un estatuto que prohibía la enseñanza en un idioma distinto al inglés conocida como “An Act relating to the teaching of foreign languages in the State of Nebraska” que fuera aprobada en el 1919. Para fundamentar su decisión el Tribunal hace referencia a jurisprudencia del mismo foro lo que sostiene la doctrina establecida desde muy temprano sobre los límites en la intervención del Estado en observación de las libertades humanas. En particular, cita a *Slaughter-House Cases*, 16 Wall. 36; *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.*, 111 U.S. 746; *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356; *Minnesota v. Barber*, 136 U.S. 313; *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45; *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78; *Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549; *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33; *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590; *New York Life Ins. Co. v. Dodge*, 246 U.S. 357; *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312; *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525; *Wyeth v. Cambridge Board of Health*, 200 Mass. 474.

*I cannot consider the Bill of Right to be outworn 18th Century “strait jacket” ... Its provision may be thought outdated abstractions by some. And it is true that there were designed to meet ancient evils. But they are the same kind of human evils that have emerged from century to century wherever excessive power is sought by the few at the expense of the many. In my judgment the people of no nation can lose their liberty to long as a Bill of Rights like ours survives and its basic purposes are consciously interpreted, enforced and respected so as the afford continuous protection against old, as well as new, devices and practice which might thwart those purposes.*

No puedo considerar que La Carta de Derechos sea una camisa de fuerza del siglo 18 ... Sus disposiciones podrían ser consideradas por abstracciones obsoletas por algunos. Y es cierto que fueron diseñados para atender males antiguos. Pero son los mismos males que han surgido siglo tras siglo cuando unos pocos han perseguido el poder excesivo al costo de muchos. A mi juicio la gente de una nación no puede perder su libertad, siempre y cuando una Carta de Derechos como la nuestra sobreviva y sus propósitos fundamentales sean conscientemente interpretados, compelidos y respetados de modo que puedan ofrecer continuamente su protección en contra de viejos y de también nuevos mecanismos y prácticas que puedan frustrar sus fines.

La primera mención jurisprudencial del concepto de dignidad por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en una controversia judicial sobre derechos constitucionales individuales puede ser encontrada en la opinión concurrente del Juez Jackson en la decisión de *Skinner v. Oklahoma*<sup>143</sup> la cual invalidó la ley estatal que forzaba la esterilización de ofensores criminales recurrentes. En el momento histórico en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos emitiera esta opinión, el puntualizar que la dignidad humana como un principio con fundamento constitucional significó una propuesta novel en la jurisprudencia norteamericana. En específico la decisión, el máximo foro judicial expresó que:

---

<sup>143</sup> *Skinner v. Oklahoma*, ex. rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942), el Tribunal basó su decisión en que la ley en el estado de Oklahoma, conocida como “*Oklahoma’s Habitual Criminal Sterilization Act of 1935*” no podría imponer como pena la esterilización compulsoria como castigo, basándose en la norma exceptuaba de tal imposición a los encontrados culpables de cometer crímenes de cuello blanco.

*There are limits to the extent to which a legislatively represented majority may conduct biological experiments at the expense of the **dignity**, personality and natural powers of a minority – even those who have been guilty of what the majority defines as crimes.*

Existen límites en la extensión en los que la mayoría representada legislativamente puede llevar a cabo experimentos biológicos a costa de la **dignidad**, personalidad y poderes naturales de una minoría- aun aquellos encontrados culpables por aquello que la mayoría define como crimen.

Luego de esta decisión, el concepto de dignidad humana comenzó a ser utilizado más comúnmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Entre las decisiones más prominentes se encuentra la opinión disidente emitida por el Juez Frank Murphy sobre un auto de habeas corpus y de prohibición en el contexto de la segunda guerra mundial la cual dejó una marca notable en la jurisprudencia norteamericana y que establece la pauta para incorporar aspectos de la dignidad humana en el Derecho Constitucional de esta nación y de la comunidad internacional.<sup>144</sup> Se trató del *In re Yamashita*<sup>145</sup> en el que un Comandante del ejército japonés fue sentenciado a pena de muerte por haber sido incapaz o de prevenir crímenes de guerra en las Filipinas durante la segunda guerra mundial. Sobre esto, el Juez Murphy expresó en su opinión disidente que:

*If we are ever to develop an orderly international community based upon recognition of **human dignity**, it is of the utmost importance that the necessary punishment of those guilty of atrocities be as free as possible from the ugly stigma of revenge and vindictiveness.*

---

<sup>144</sup> ERIN DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS, AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON 84 (University of Pennsylvania Press, 2012). Para el Juez Murphy, el reconocer la dignidad humana era no tan solo un mandato moral sino político.

<sup>145</sup> *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 29 (1946). El auto de habeas corpus y de prohibición fue presentado por el prisionero de guerra quien fuera oficial de las fuerzas armadas japonesas durante la Segunda Guerra Mundial.

*While peoples in other lands may not share our beliefs as to due process and the dignity of the individual, we are not free to give effect to our emotions in reckless disregard of the rights of others. We live under the Constitution, which is the embodiment of all the high hopes and aspirations of the new world.”*

Si alguna vez hemos de desarrollar una comunidad internacional ordenada basada en el reconocimiento de la **dignidad humana**, es de trascendental importancia que el castigo de aquellos encontrados culpables de cometer atrocidades esté libre, cuanto sea posible, del horrible estigma y espíritu de venganza.

Aun cuando la gente de otras tierras no compartan nuestra creencia en el debido proceso y la dignidad del individuo, **no estamos en posición de manifestar nuestras emociones menospreciando los derechos de otros**. Vivimos amparados por una Constitución encarnada por grandes esperanzas y aspiraciones de un nuevo mundo. (Énfasis Nuestro).

Esta decisión fue emitida, a tan sólo unos meses de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas cuyo preámbulo reafirma la importancia de los derechos fundamentales del hombre y la dignidad e igualdad de los hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas.<sup>146</sup> Para el Juez Murphy, el reconocimiento de la dignidad humana no solamente representaba un mandato moral sino un imperativo político. Consideraba necesario alejarse del salvajismo que representó la guerra mundial y que los Estados Unidos adoptara una posición de liderato en un nuevo orden mundial.<sup>147</sup> Las manifestaciones por parte del Juez Murphy también son consistentes con las disposiciones contenidas en la Constitución Española<sup>148</sup>, esto es

---

<sup>146</sup> El texto del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas lee: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la **dignidad y el valor de la persona** humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. (Énfasis Nuestro).

<sup>147</sup> DALY, *supra*, n. 144, págs. 83-84.

<sup>148</sup> Art. 10, Constitución Española 1978.

que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad" son fundamentos del orden político. Ambas constituciones, aun ante la ausencia de lenguaje expreso en la Constitución norteamericana, responden a una política estatal que establece conexión entre la dignidad humana y la potestad de decidir de la persona como aspecto fundamental de la libertad o soberanía individual.

Sobre esta base ha sido construido el concepto de dignidad, definido como "la cualidad inherente a la persona, que se manifiesta en la determinación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de ser respetada por las demás y por uno mismo."<sup>149</sup> Así entendida, constituye un valor espiritual, incondicional y absoluto inherente a la propia condición racional de la persona, lo que implica que es un atributo que poseen todas las personas con independencia de su condición social.<sup>150</sup> Como consecuencia de lo anterior, la dignidad humana se encuentra directamente relacionada con la coherencia por la percepción del sujeto de sí mismo y de las actitudes y conductas adoptadas por los demás que repercuten en la determinación consciente y responsable de la persona. Así pues, en dicha esfera personal se integran las convicciones más arraigadas en su foro interno y que por lo tanto son la base de su trascendente autodeterminación personal y vital.<sup>151</sup> Precisamente, la coherencia entre las convicciones y la conducta externa es la base de

---

<sup>149</sup> SALVADOR PÉREZ ÁLVAREZ, LA LIBERTAD IDEOLÓGICA ANTE LOS ORÍGENES DE LA VIDA Y LA CLONACIÓN EN EL MARCO DE LA U.E. (España:Editorial Comares, Granada, 1ra ed. 2009). En este sentido también debe verse, Yolanda Gómez Sánchez, *La Dignidad como Fundamento de los Derechos: especial referencia al derecho a la vida*, en BIOÉTICA: LA CUESTIÓN DE LA DIGNIDAD 75-104 (Lydia Feito Grande, ed., 2004).

<sup>150</sup> JOSÉ LUIS VELÁZQUEZ JORDANA, *La fundamentación de la dignidad*, en BIOÉTICA: LA CUESTIÓN DE LA DIGNIDAD 105-113, (Lydia Feito Grande, ed., 2004).

<sup>151</sup> ANA VALERO HEREDIA, LIBERTAD DE CONCIENCIA, NEUTRALIDAD DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE LAICIDAD 120 (Artegraf, 2008). La protección dispensada por la Carta Magna a una de las libertades más claramente enraizadas en la autonomía del foro interno del individuo y de sus convicciones éticas o morales- sean estas de carácter religioso o secular-, sino a proteger, igualmente, su manifestación externa. (*Id.* p. 71). En este sentido LLAMAZAREZ FERNÁNDEZ expone que en el derecho de libertad encuentran su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona. Por ello califica al derecho a la libertad de conciencia como derecho fundamental de los sistemas democráticos. Véase, 1 DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA 23 (Civitas, 2da ed. 2002).

la dignidad de la persona. Un modelo constitucional fundado en la dignidad de la persona ha de entonces promover el diseño de políticas que favorezcan la tutela por parte del Estado del libre disfrute de la libertad de pensamiento y actuación de sus ciudadanos.

La dignidad humana vista como piedra angular de los derechos de las personas demanda que el sistema de derecho norteamericano reconozca la inviolabilidad de la persona por estar fundada en principios de justicia que el interés general no deberá sobreseer.<sup>152</sup> No obstante, a pesar del papel central que desempeña la dignidad humana en la jurisprudencia constitucional norteamericana, la misma no cuenta con una definición única pues existen nociones diferentes de lo que esta figura representa. Históricamente, la defensa del concepto de dignidad ha descansado en las interpretaciones judiciales mediante la conjugación con otros derechos y libertades. El pensamiento norteamericano sobre los derechos de la persona se concibe como una libertad negativa en el que cada quien ha de procurar suficiente espacio para lograr materializar aquello que encarne los valores y objetivos personales. El arreglo constitucional norteamericano reconoce y resguarda la dignidad humana protegiendo los derechos de los individuos de la intervención indebida por parte del Estado. Esto contrasta con el diseño constitucional europeo que aunque también resguarda las libertades negativas de forma general, el mismo llama a la observación positiva de valores sociales centrales que determinan la existencia y legitiman los derechos reconocidos por el ordenamiento en un intento de crear una comunidad social y política comprometida con valores propios. Esto no debe ser entendido como que en la adjudicación de controversias constitucionales, el Tribunal Supremo de los EE.UU. deje fuera toda consideración a los valores reconocidos socialmente. De lo que se trata mas bien es de limitaciones propiamente culturales del pueblo norteamericano tendentes a condicionar la intervención del Estado sobre áreas pertenecientes al

---

<sup>152</sup> Parfraseando a John Rawls, nos corresponde señalar que la inviolabilidad de la persona se encuentra fundada en principios de justicia que aun el interés general de la sociedad colectivamente no puede anular. JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 3 (Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed. 1971).

ámbito individual de la persona.<sup>153</sup> Este pensamiento es propio de una sociedad naturalmente pluralista que atesora las libertades individuales. Las características de este sistema a su vez han llevado a conformar una doctrina que en la adjudicación de controversias de rango constitucional se centra en derechos constitucionalmente establecidos y no ajustados a actitudes o al pensamiento social general.

Es incuestionable que la reconciliación de la diversidad de concepciones sobre el cuerpo humano resulta ser una faena con notables dificultades. La complejidad de este asunto guarda correspondencia con los múltiples supuestos sociales y las interpretaciones del concepto de libertad y autonomía individual. Las aproximaciones legales sobre el cuerpo humano en una sociedad democrática con un discurso basado en la libertad y el respeto por la autonomía individual no deberían ser objeto de cortapisas que atajen reconocer la potestad única de la persona para disponer de las partes de su cuerpo. Sin embargo, hasta el momento ha sido notable la timidez mostrada por los foros judiciales norteamericanos para enunciar positivamente la potestad de la persona física para llevar a cabo negocios jurídicos válidos con los materiales biológicos procedentes de su propio cuerpo.

Todo parece indicar que cuando los intereses en tensión incluyen aspectos económicos, los tribunales se centran o enfocan su análisis precisamente en esos términos o en la alternativa en aquello que avance la política pública estatal en ocasiones recogida directa o tangencialmente en leyes especiales.<sup>154</sup> Esto, sin embargo, no ha sido impedimento para que personas en el plano individual reciban

---

<sup>153</sup> Neomi Rao, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law*, 14 COLUM. J. EUR. L. No. 2, 201-256, 204-205 (2008).

<sup>154</sup> Ejemplo de ello es el caso de *Moore v. Regents of University of California*, 51 Cal. 3d 120, 271 Cal. Rptr. 146; 793 P2d. 479 (Cal. 1990) el cual alcanzó notoriedad internacional por ser uno de los primeros cuya controversia trataba sobre el uso posterior del tejido humano extraído para propósitos de investigación y ulterior desarrollo de productos comerciales.

La Corte Suprema de California en revisión del foro inferior optó por centrar su decisión en elementos de razón pública tales como el potencial impacto adverso en las actividades de investigación biomédica y en disposiciones contenidas en la ley especial de carácter sanitario sobre el manejo de desperdicios biológicos.

prestaciones incluyendo valor en metálico a cambio de los materiales corporales sujeto a ciertas condiciones. Este es el caso de los tejidos o fluidos biológicos humanos capaces de ser regenerados naturalmente tales como las extracciones de plasma o la colección de semen.

El diseño democrático de los EE.UU. aunque con ciertas limitaciones propias del orden civil fomenta y promueve la pluralidad de pensamientos y la correspondiente exteriorización de libertad ideológica. En esto encontramos un equilibrio entre el precepto de comunidad social y la política de no intervención estatal que promueve el ejercicio de autonomía individual. A todas luces puede apreciarse que la dignidad de la persona se encuentra estrechamente vinculada a la autonomía de la persona, la libertad e igualdad del individuo <sup>155</sup> de modo que pueda actuar conforme a su conciencia, libre de imposiciones ideológicas definidas por otros.

Uno de los retos principales para lograr equilibrio entre el objeto sobre el que se centran las ciencias que inciden sobre los organismos vivos, la persona física, y la comunidad social de la que es parte consiste en la posibilidad de dejar fuera de la discusión preceptos morales, religiosos o dogmáticos. A nadie se le escapa la importancia de estos preceptos, sin embargo, la libre observación de dogmas corresponde al campo de la conciencia individual. Para alcanzar consenso social, no obstante, es imperativo que el Derecho atienda efectivamente nuevas perspectivas resultantes del intercambio dinámico entre los miembros de la comunidad, el avance de las ciencias vivas y la continua expansión de la capacidad tecnológica. Aunque bien es cierto que estos asuntos han alcanzado universalidad, el sentido de estas relaciones varía en función del pensamiento que conforma una sociedad determinada. Las voces individuales que entran en el debate de las ideas y que componen el proceso conducente a la formulación de normas del ordenamiento norteamericano

---

<sup>155</sup> Rao, *supra*, n. 153, p. 201-256.

cuenta con las protecciones constitucionales que les ofrece el ser titulares de derechos fundamentales e inalienables que son consustanciales a la persona y a su dignidad.

Estas bases sobre las que descansa el constitucionalismo norteamericano son terreno fértil para el desarrollo de normas que favorecen la debida valoración de la autonomía del individuo. Para su ampliación, conforme a las demandas de los tiempos actuales, es esencial que puedan materializarse normas objetivas que igualitariamente concedan un rol activo al individuo en el manejo y uso de los materiales biológicos que son producidos por su cuerpo. En un marco social rodeado por grandes posibilidades científicas sobre el empleo de tejidos y fluidos corporales humanos, la política legislativa norteamericano encuentra dentro del terreno constitucional la amplitud que precisa. Evidencia de ello lo son las legislaciones de algunos de los estados de la nación que ya reconocen las muestras, el ADN y la información genética derivada de las muestras como propiedad de la persona de quien proceden.<sup>156</sup> Sin embargo, a pesar de la relevancia que tiene la existencia de legislación que atienda objetivamente los múltiples intereses que median en la cadena transformadora del material biológico humano en productos comercialmente disponibles, lo que hace auténticamente al hombre dueño de sí es la manifestación de su soberanía legítimamente reconocida por el ordenamiento.

#### **4. Las protecciones reconocidas a la persona física por parte de la Constitución de Puerto Rico**

En el año 1950, el Congreso de los EE.UU. autorizó al pueblo de Puerto Rico a adoptar mediante referéndum su Constitución. Los delegados de la Asamblea Constituyente fueron electos y su propuesta constitucional fue aprobada, sujeta a ciertas limitaciones impuestas por el Congreso de los EE.UU., mediante votación directa por el

---

<sup>156</sup> Por ejemplo: el “Genetic Privacy Act” del estado de Alaska, en su artículo 18.13(a)(2) reconoce la muestra de ADN y sus resultados propiedad de la persona de quien proceden.

pueblo puertorriqueño en el año 1951.<sup>157</sup> La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico entró en vigencia al año siguiente. En el desarrollo del texto de la Constitución de Puerto Rico, los delegados se inspiraron en la Constitución de los EE.UU. Además, puede apreciarse la influencia de las Naciones Unidas pues algunas de las disposiciones constitucionales parecen reflejar los pensamientos contenidos en la Declaración de los Derechos Humanos.<sup>158</sup> Su letra irradia el pensamiento internacional sobre los derechos de la persona que alcanzó trascendencia luego de concluir la segunda guerra mundial.<sup>159</sup> La intención de los constituyentes fue recoger el estado de Derecho normativo en el ámbito internacional en materia de derechos humanos para “*formular una Carta de Derechos de factura más ancha que la tradicional, que recogiese el sentir común de culturas diversas sobre nuevas categorías de derechos*”. Así lo expresó el Tribunal Supremo de Puerto Rico

---

<sup>157</sup> La Constitución de Puerto Rico fue redactada por los delegados elegidos por el pueblo el 27 de agosto de 1951, luego de haber sido aceptado por el mismo pueblo, en referéndum celebrado el 4 de junio de 1951, las disposiciones de la Ley 600, 81er Congreso, aprobada el 3 de julio de 1950.

Para llevar a cabo la redacción de la Constitución, la Convención Constituyente celebró 62 sesiones durante el periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 1951 y el 6 de febrero de 1952. La Constitución fue aprobada por la Convención el 4 de febrero de 1952 y adoptada por el pueblo de Puerto Rico en un referéndum celebrado el 3 de marzo de 1952, con un resultado de 374,649 votos contra 82,923. La Constitución fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos del 3 de julio, sujeto a ciertas condiciones que luego fueron aceptadas por las Convención constituyente. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico entró en vigor el 25 de julio de 1952, mediante proclama emitida por el Gobernador en igual fecha. Véase, Prefacio del 1 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE (Equity 1961).

<sup>158</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada en el 1948; tan solo unos años antes que dieran inicio los trabajos de la Convención Constituyente de Puerto Rico.

Gorrín Peralta en su artículo de revista titulado *Declaración Universal de Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico* destaca que según José Trías Monge en su Historia Constitucional de Puerto Rico, la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico se inspiró en gran medida en la Declaración Universal, además, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Luis Gorrín Peralta, *Declaración Universal de Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico*, 69 REV. COL. ABOG. P.R., Núm. 4, 2008, pp. 5-26, 16.

<sup>159</sup> Según Gorrín Peralta los trabajos preparatorios que culminaron en la aprobación de la Constitución de Puerto Rico en 1952, tres años y medio luego de aprobada la Declaración Universal. Estuvieron, en gran medida, a cargo de un grupo de jóvenes profesionales prominentes y prometedores que acababan de realizar estudios en universidades del exterior. Allí se habían expuesto a los desarrollos jurídicos de la posguerra. Casi todos habrían de destacarse en las décadas siguientes: Jaime Benítez, Pedro Muñoz Amato, Raúl Serrano Geyls, Adolfo Fortier, Irma García Oller, Antonio J. González, Mercedes Portillo, José Trías Monge, entre otros. Sirvieron de banco de talento y tuvieron su influencia desde la Escuela de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico y en la propia Convención Constituyente que redactó la nueva constitución. Ver, Gorrín Peralta, *supra* n. 158, p.15.

en la opinión que emitiera en el caso *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.* 117 DPR 35, 60 (1986).<sup>160, 161</sup>

El texto de la Carta de la Derechos de Puerto Rico cuenta con una disposición expresa que manifiesta el valor que el pueblo puertorriqueño, a través de sus Delegados, confiere a la dignidad de la persona. El artículo II, sección 1 de la Constitución claramente declara que “*la dignidad del ser humano es inviolable.*” Con ello deja establecido el respeto y el valor concedido a la dignidad humana, la cual es vista como piedra angular y cimiento de los derechos de las personas. Para lograr su plenitud, el ordenamiento constitucional, según lo dispone la sección 1 del mismo artículo, reconoce el trato igualitario de las leyes; lo que promueve un ambiente hábil para que las personas puedan exteriorizar su ser y alcanzar su realización espiritual y material posible. Este trato busca propiciar el desarrollo individual que de otra manera no permitiría su satisfacción a las personas carentes de medios para proporcionarse el sustento de vida. No obstante, para conceptualizar propiamente aquello que representa la dignidad humana es preciso considerar el contexto que ofrece cada momento histórico. La tolerancia ante la exteriorización de la idea de dignidad individual guarda conexión con el entorno social de cada época, cuya precepción a su vez es transformada por el adelanto de las capacidades tecnológicas cuyas posibilidades son amparadas por el ordenamiento constitucional. Esto a su vez pone a relieve las tensiones de intereses pues en la medida que aumentan las

---

<sup>160</sup> El texto de la opinión lee: “En segundo término, se quería formular una Carta de Derechos de factura más ancha que la tradicional, que recogiese el sentir común de culturas diversas sobre nuevas categorías de derechos. De ahí que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ejerciesen una influencia tan significativa en la redacción de nuestra Carta de Derechos.” En su opinión, el Tribunal Supremo cita la opinión que emitiera este mismo Foro en *ELA v. Hermandad de Empleados*, 104 D.P.R. 436, 439-40 (1975).

<sup>161</sup> La cobertura expandida de los derechos constitucionales en Puerto Rico ha sido reiterada por el Tribunal Supremo del país en decisiones tan recientes como *Rullán v. Fas Alzamora* en la que el máximo foro expresó sobre el derecho constitucional a la intimidad que “[e]n Puerto Rico, el derecho a la intimidad tiene un alcance más amplio que en el sistema federal de Estados Unidos”. *Carlos Weber Carrillo v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, 2014 T.S.P.R. 46, 190 D.P.R. 46 (2014).

Esta expresión refuerza lo expresado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Acarón et al. v. D.R.N.A.* 186 DPR 134 (2012), a los efectos de que en el ordenamiento jurídico, “esta protección constitucional se considera un valor comunitario de indiscutible jerarquía y, según hemos hilvanado jurisprudencialmente, consagra varios propósitos fundamentales”.

posibilidades resultantes del desarrollo tecnológico, aumentan las opciones individuales como los riesgos.

Sobre este particular, el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó en *Arroyo v. Rattan Specialties* que:

A pesar de que los avances tecnológicos y científicos usados correctamente pueden resultar de gran beneficio para la sociedad, no se puede perder de vista que estos son susceptibles a ser mal utilizados y pueden convertirse en instrumentos para esclavizar al hombre y minar lo más preciado para el ser humano: su dignidad, integridad personal e intimidad.

En su opinión la Juez Asociada Señora Naveira de Rodón además añadió que:

La credibilidad y veracidad que la sociedad le otorga a los mecanismos científicos y a los técnicos o "expertos" que utilizan los desarrollos modernos, junto con la inherente curiosidad del ser humano por los asuntos de sus semejantes y la avidez que la sociedad ha demostrado por la recopilación y compilación de información, han convertido a nuestra sociedad en una de expedientes, altamente reglamentada, donde la intimidad, dignidad e integridad personal del ser humano se encuentran cada día en mayor peligro de perderse o quedar intolerablemente limitadas o menoscabadas. Esto no se puede ni se debe permitir. Tenemos el deber de canalizar esta tendencia y los desarrollos tecnológicos y científicos, de forma tal que derivemos sus beneficios sin que se le aseste un golpe mortal a lo más preciado en la vida de todo ser humano en una sociedad democrática: su dignidad, integridad e intimidad. Nuestra Constitución es guardadora de estos valores y por ende es a sus disposiciones a las que tenemos que dirigirnos erigiéndolas como los guardianes máximos de estos valores ético-morales, que son consustanciales con la naturaleza humana e indispensables para la convivencia en una sociedad democrática.<sup>162</sup>

Los derechos reconocidos en la Constitución abarcan manifestaciones que emanan de la dignidad de los individuos, lo que incluye la conjugación de ideas que tanto afirman

---

<sup>162</sup> *Arroyo v. Rattan Specialties*, 11 D.P.R. 35, 56 (1986).

como transforman el orden social. Permiten la proyección de los pensamientos que propenden la evolución de formas de vida y que se materializan en la actuación de las personas que no son otra cosa que derivaciones propias de la personalidad. A pesar de no existir una definición precisa, el concepto de dignidad humana es inseparable de la persona física. Igualmente puede afirmarse que guarda correspondencia con los conceptos de libertad, tanto positiva como negativa, por lo que además de las restricciones de intervención del Estado, el ordenamiento constituye terreno fértil que permite la manifestación de la voluntad individual.

Un gran número de Constituciones nacionales, particularmente las que fueron aprobadas luego de la segunda mitad del Siglo XX, como es el caso de la de Puerto Rico, hacen referencia explícita al respeto de la dignidad humana como fundamento último de los derechos enumerados y como la finalidad esencial del Estado de Derecho.<sup>163</sup> El poder gubernamental está llamado a su protección. Dicho de otro modo en voz del Sr. Benítez quien fuera Delegado de la Convención Constituyente de Puerto Rico:

... antes que ninguna otra cosa, es la democracia una fuerza moral, y su moral radica precisamente en el reconocimiento que hace de la dignidad del ser humano, del alto respeto que esa dignidad merita y la responsabilidad en consecuencia que tiene todo el orden constitucional de descansar en ella, protegerla y defenderla. Por eso en nuestra primera disposición además de sentar inicialmente esta base de la igualdad profunda del ser humano-igualdad que trasciende cualquier diferencia, bien sea diferencia biológica, bien sea ideológico, religiosa, política o cultural...<sup>164</sup>

Al afirmar que la dignidad del ser humano constituye la razón de ser y la justificación de la organización política, destacó que existe interdependencia entre la libertad del hombre y la libertad para pensar libremente. Expuso que todas las libertades humanas vienen a constituir la matriz dentro de la cual se desenvuelve a la máxima plenitud

---

<sup>163</sup> ROBERTO ANDORNO, *La Dignidad Humana como Fundamento de la Bioética y de los Derechos Humanos en la Declaración Universal*, en ENCICLOPEDIA DE BIODERECHO Y BIOÉTICA 661 (Carlos Romeo Casabona, dir., Comares, 1ra ed. 2011).

<sup>164</sup> 2 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO 1101 (Equity 1961).

la personalidad del hombre; y dentro de la cual se logra dar esencialidad a la dignidad del ser humano, con la cual da inicio la Carta de Derechos.<sup>165</sup>

Indiscutiblemente, la construcción positiva de la voluntad general del precepto de libertad se ve reflejada en el proceso integrador de la Asamblea Constituyente. Sobre esto, el Gobernador de Puerto Rico de entonces, Luis Muñoz Marín expresó que “*crear es en sí, la más alta vocación de la libertad,*”<sup>166</sup> lo cual fue complementado por el Delegado González Blanes al señalar que el proceso de reflexión de las ideas frecuentemente puede conducirnos a maneras distintas de pensar. A esto añadió que “*la discrepancia de criterio, también es creadora.*” El proceso creador al que se referían los representantes de la Asamblea Constituyente admite la formulación de nuevas concepciones sobre la persona física y las maneras en las que el individuo puede potenciar su ser y su cuerpo.

En esto encuentra sus cimientos la autonomía individual, la cual puede adoptar diversos criterios ideológicos derivados del pluralismo social el cual cuenta con amplia protección constitucional. La libertad que permite la actuación autónoma del uso del cuerpo y la determinación sobre el destino y usos que han de tener sus partes, para sí o por otros, exige al Estado la tutela de un bien jurídico cuya potestad le corresponde al individuo. La protección constitucional del derecho a la libre actuación individual que es de aplicación al destino de los materiales procedentes del cuerpo humano representa defensa del respeto de los derechos de la dignidad y al libre desarrollo de la persona.

En cuanto a su enumeración, el texto de la Constitución de Puerto Rico establece que su Carta de Derechos no se entenderá en forma restrictiva; ni supone la

---

<sup>165</sup> DIARIO DE SESIONES, *supra* n. 164, p.1626.

<sup>166</sup> Así lo expresó Luis Muñoz Marín durante durante la sesión inaugural de los trabajos de la Convención Constituyente de Puerto Rico.

exclusión de otros derechos que no sean específicamente mencionados.<sup>167</sup> La Constitución del país concede al pueblo instituciones de gobierno genuinamente representativas y democráticas, a tono con el espíritu ponderado a la par dinámico, de los puertorriqueños.<sup>168</sup> El derecho a la libertad y a la igualdad cuyos últimos fines buscan salvaguardar la dignidad humana, deben guardar conexión con los valores propios de la modernidad. La manera en que estos derechos han de encontrar vigencia está directamente vinculada a las capacidades científicas y técnicas, actuales y futuras, y su conexión con la persona física. Por ello deben comprenderse las implicaciones sobre los bienes jurídicos que son afectados en la formulación y la interpretación de las disposiciones constitucionales. El proceso formulador de la Constitución de Puerto Rico, desde su génesis conceptual subrayó la importancia de que el texto de la primera norma estuviera revestido por una perspectiva progresiva en el rescate de los derechos inalienables y sin que ideas, aunque bien intencionadas, fueran impedimento para hacer valer la capacidad de cada quien para actuar en provecho de su familia y suyo propio. La protección constitucional que concede al ser humano la libertad y disfrute de todo aquello que le pertenece se extiende por una parte a la actuación de la persona conforme a sus creencias e intereses individuales, y de otra parte la inviolabilidad de su integridad o afección de su privacidad por terceros. En aspectos relacionados al cuerpo humano y sus componentes existe esta doble dimensión.

El mandato del pueblo puertorriqueño según la interpretación del máximo foro jurídico del país, no puede ignorar el respeto o la estimación debida a toda persona humana que goza de la libertad constitucional. Según expresara el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Ramírez de Ferrer v. Mari Brás*, 144 D.P.R. (1997) toda

---

<sup>167</sup> La sección 19 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico señala que la enumeración de los derechos no se entenderá en forma restrictiva, ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia; y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo.

<sup>168</sup> Este lenguaje es extraído del prólogo el cual fue redactado por Antonio Fernós Isern, Presidente de la Convención Constituyente de Puerto Rico.

Constitución tiene consigo un significado histórico y jurídico político que refleja los retos de su proceso creador, del contenido y tenor de sus normas, valores e instituciones. La dignidad de la persona significa la materialización de una idea que centra el orden político y social. Ello impone a los tribunales la obligación de velar y hacer respetar la vigencia de dicho principio y ejercer la tutela del libre desarrollo de la personalidad, según la concepción dinámica de la igualdad y la libertad de conciencia. La Constitución manda a que se garanticen esas libertades como interés público apremiante.

La característica de adaptabilidad de las constituciones nacionales tanto de España como de los EE.UU. y Puerto Rico, imparten en sus respectivos sistemas de Derecho la estructura normativa dirigida a la protección de la vida, la integridad e intimidad personal. Además, su estructura constitucional incuestionablemente busca el pleno desarrollo de la persona y la libertad individual. Por ello, en el campo de la acción legislativa o determinaciones judiciales debe entenderse que como derecho fundamental la persona tiene el poder jurídico de actuación sobre todo aquello que es suyo, y que conforme a este poder su voluntad debe ser respetada, lo que incluye el uso de su cuerpo y sus partes. No existe incompatibilidad en un sistema de derecho que procure la protección física de la persona que a su vez permita negocios jurídicos cuyos objetos de transacción representen partes del cuerpo humano que en nada atentan contra la integridad corporal y que no representan perjuicio para otros. Particularmente, cuando el mismo sistema de derecho también extiende su protección al individuo de no ser compelido a actuar contrario a su voluntad, aun en aquellas circunstancias en que la transferencia de partes de su cuerpo representara el último de recurso de vida de otro.

El diseño constitucional al acometer su función procura la inserción de concepciones ajustadas a cada momento histórico por lo que en tiempos en que las ciencias vivas han alcanzado su culminación concurren nuevos tratamientos jurídicos

de los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano. Sobre este asunto John LOCKE<sup>169</sup> a quien se le atribuye gran influencia sobre el pensamiento político-constitucional de los EE.UU<sup>170</sup> y en un menor grado sobre el español expuso en el *Segundo Tratado de Gobierno*<sup>171</sup> que:

*[...] every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property.*

[...] cada hombre es dueño de su propia Persona. Nadie, salvo él mismo, tiene derecho a ella. El trabajo<sup>172</sup> de su cuerpo, las obras de sus manos, podríamos decir, son auténticamente suyas. Entonces, todo aquello que él saque del estado en que la naturaleza lo ha producido y dejado, y lo mezcle con su trabajo, lo une a algo que le pertenece, y por lo tanto lo convierte en su propiedad.

El orden constitucional español, norteamericano y el puertorriqueño se encuentran ante nuevos horizontes que inexorablemente demandan la adecuación del Derecho en atención de aquellos por y para los cuales existe. La propia historia ha venido a demostrar que la ausencia de acción efectiva por parte del Estado y de los llamados a salvaguardar los derechos individuales han sido motivo de grandes luchas. Los adelantos científicos modernos han transformado la dinámica social y económica por lo que es imprescindible un Derecho ajustado a esta nueva forma de funcionamiento. Ante los cambios paradigmáticos ya manifiestos, los hombres racionales planificarán su conducta de apropiación conforme a las necesidades

---

<sup>169</sup> Aunque las posturas de John Locke han sido punto de debate entre los académicos, pocos cuestionan su influencia sobre los revolucionarios franceses, norteamericanos y en menor grado de los españoles de los siglos XVII y XIX.

<sup>170</sup> Foundations of American Government, American Government Online Textbook, disponible en <http://www.ushistory.org/gov/2.asp> (Recuperado el 15 de julio de 2015).

<sup>171</sup> JOHN LOCKE, SECOND TREATISE OF GOVERNMENT 12 (Kindle Edition ed. 2011).

<sup>172</sup> Al utilizar el término trabajo, Locke busca caracterizar el acto mediante el cual las personas conforman su propiedad.

presentes y futuras; mas se esforzaran en aumentar sus posesiones tan pronto como descubran que otros utilizan algo con valor y buscaran reducir posibles desigualdades. Debe procurarse un ordenamiento nacional dinámico e interdependiente que sea igual para todos. Se trata de la voluntad vinculada a la razón y consiste en elegir o “*actuar a partir de principios que podríamos consensuar como seres racionales o libres*”<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> MARGARITA BOLADERAS CUCURELLA, *Principio de Autonomía*, en ENCICLOPEDIA DE BIODERECHO Y BIOÉTICA 108 (Carlos Romeo Casabona, dir., Comares, 1ra ed. 2011). También véase, JOHN RAWLS, TEORÍA DE LA JUSTICIA 472 (María Dolores González, trad., 6ta ed. 2006).



## **CAPÍTULO III: EL MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO Y EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**

### **1. La evolución del concepto de propiedad en relación con los materiales biológicos de origen humano**

El derecho es un mecanismo de ordenación social indisolublemente vinculado a los particulares históricos de la jurisdicción en la que tiene vigencia.<sup>174</sup> Una mirada amplia de la historia nos revela claras transformaciones de las sociedades en los distintos hemisferios. Las formas de vida aun hoy se transforman vertiginosamente, lo que ocurre con similar celeridad con la que avanzan las ciencias y la tecnología. De esta manera el derecho de propiedad ha recibido múltiples y variadas realizaciones en cada lugar y momento histórico.<sup>175</sup> Resulta evidente que como fenómeno social el Derecho no puede entenderse de forma abstracta y separada de la historia.

La conciencia de la propiedad sobre las cosas es en el hombre tan antigua como la Historia de la Humanidad.<sup>176</sup> En los orígenes, se reconoce la existencia de la propiedad individual y de la colectiva, pero la primera estaba marcada por un carácter claramente personal y patrimonial; la evolución de la sociedad moderna ha provocado, sin embargo, una revolución en la concepción del derecho de propiedad, dando lugar a un tránsito desde la concepción individual y patrimonial del Derecho de propiedad a su configuración como Derecho social y colectivo, que se sigue reconociendo a favor de los individuos, si bien se subordina al interés general de la

---

<sup>174</sup> Michel J. Godreau, *Un Esquema para el Análisis de Problemas del Derecho Civil Patrimonial*, 55 REV. JUR. UPR 9, 12 (1986).

<sup>175</sup> Francisco M. García Costa, *El Derecho de Propiedad en la Constitución Española de 1978*, 1 REVISTA CRITERIO JURÍDICO 281, 282 (2007), disponible en <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/282>.

<sup>176</sup> IGNACIO PEREÑA PINEDO, *La Función Social del Derecho de Propiedad*, en PROPIEDAD Y DERECHO CONSTITUCIONAL 173 (Francisco José Bastida Freijedo, coord., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005).

comunidad.<sup>177</sup>

En toda comunidad o sociedad mínimamente organizada es necesario que existan reglas que determinen algunos puntos clave de la vida social. En las sociedades desarrolladas el centro de la vida económica lo constituye el intercambio y la distribución de toda clase de bienes y servicios entre los individuos y los grupos sociales. Así, como es sabido, se compra y se vende, se adquiere y se transmite; se establecen derechos de utilización limitada de cosas; se realizan actividades financieras o de crédito, y se desempeñan servicios gratuitos o retribuidos que, parten del esquema de libertad personal. De esta suerte puede decirse que el Derecho patrimonial regula las diferentes operaciones que las personas realizan con los bienes económicos.

Como expusiera DÍEZ-PICAZO, si de la consideración del conjunto social descendemos a la contemplación de la persona individual, no es difícil establecer que la necesaria protección de la persona y la salvaguarda de su dignidad y de su libertad, exigen el reconocimiento de un determinado ámbito de poder económico. La idea de patrimonio aparece así como una derivación necesaria de la idea misma de persona y se concibe como un conjunto de las relaciones jurídicas, a las cuales el ordenamiento dota de la necesaria unidad por estar sujetas a un régimen unitario de poder y de responsabilidad.<sup>178</sup>

En la actualidad es comúnmente admitido que el concepto de "*propiedad*" no posee un contenido estático y representa una idea que históricamente se ha distinguido por su extraordinaria fluidez.<sup>179</sup> Sobre esto LACRUZ BERDEJO, señala que lo que hoy llamamos derecho de propiedad o dominio es el resultado de una larga evolución

---

<sup>177</sup> PEREÑA PINEDO, *supra*, n. 176, p. 174.

<sup>178</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN TEORÍA DEL CONTRATO 45-46 (Civitas, 6ta ed. 2007).

<sup>179</sup> Joseph L. Sax, *Takings and the Police Power*, 74 YALE L.J. 36 (1964); Francis S. Philbrick, *Changing Conceptions of Property in Law*, 86 U. PA. L. REV. 691(1938).

histórica. La figura de la propiedad ha sufrido manifiestas transformaciones desde tiempos remotos hasta el presente. La misma se remonta a tiempos en los que el objeto del dominio de los bienes era el intercambio,<sup>180</sup> en el que el señorío del suelo no era concebible; hasta los tiempos de industrialización y tecnología que inclusive conforman la creación intelectual como propiedad. Sobre esto debemos señalar que somos conscientes que nuestro análisis sobre el derecho de la propiedad en este apartado no es exhaustivo, puesto que consideramos excede el propósito de este trabajo, sino que lo tratamos en tanto nos es útil para justificar las facultades dominicales del titular de los materiales biológicos de origen humano.

El concepto de propiedad que actualmente vive en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos procede, en mayor o menor grado, de los dogmas consagrados en el Código francés que fueron calando en el resto de los Códigos europeos -y también en los sudamericanos, muchos anterior al propio Código español.<sup>181</sup> La notable influencia en los Códigos que LASARTE ÁLVAREZ llama de la *familia latina* que tuvo el Código Napoleónico también revela la mutabilidad de esta figura. Al concluir su proceso formulador, el Código de Napoleón definió la propiedad como” *el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera mas absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes y reglamentos*”.<sup>182</sup> La influencia de la corriente codificadora que sirvió de cimiento en el establecimiento del sistema de Derecho en occidente contrasta con la valoración de las facultades reconocidas al titular de la propiedad. Este es el caso del Código español que en su disposición análoga atenúa las facultades titulares dejando fuera de su definición la expresión que reconocía “*de la manera mas absoluta*” el derecho al goce y uso de la propiedad para salvar las limitaciones impuestas por el Estado.

---

<sup>180</sup> 3 JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, DERECHOS REALES: POSESIÓN Y PROPIEDAD, Vol. 1, p. 221 (Agustín Luna Serrano, ed., Dykinson, 2da ed. 2003).

<sup>181</sup> 4 CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL: PROPIEDAD Y DERECHOS REALES DE GOCE 40-42 (Marcial Pons, 4ta ed. 2002).

<sup>182</sup> La definición de propiedad esta contenida en el artículo 544 del Código.

Es cosa sabida que el Código civil francés construyó el sistema jurídico-civil sobre la libertad, y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. MONTÉS PENADÉS nos dice que dentro de esta concepción, por otra parte, la propiedad, si no inviolable o sagrada, se presenta al menos como "derecho fundamental", idea que se encuentra muy arraigada en la mentalidad jurídica corriente y en los manuales y que tiene aun enorme importancia. Muchas reglas destinadas a regular el tráfico de bienes se explican suponiendo una abstracta posibilidad del propietario, protegida jurídicamente, de realizar plenamente el valor a cambio de la cosa. Mientras que las normas relativas al uso o al goce de los bienes han sido aplicadas, y en buena medida lo son todavía, como limitaciones impuestas al propietario en la posibilidad abstracta, jurídicamente protegida, de gozar de esos bienes sea manteniendo o alterando su actual destino económico.<sup>183</sup> PUIG BRUTAU nos dice que el derecho de propiedad siempre ha incluido una referencia a sus límites; pero de ser considerados estos como una excepción a la plenitud de potestades en el dominio, han pasado a ser el principal contenido configurador del derecho.<sup>184</sup>

LASARTE ÁLVAREZ nos señala que la propiedad es un fenómeno o una institución económica que, posteriormente, busca la protección del ordenamiento jurídico sobre unas bases determinadas que, al presente, son fijadas por las Cartas Constitucionales, fruto- en la normalidad de los casos- de la discusión política a nivel constituyente y, en consecuencia, marcadas con el sello de solución de compromiso.<sup>185</sup> A grandes rasgos, la evolución dogmática de la propiedad responde al desarrollo de mecanismos de control del ejercicio del derecho resultante de la diversificación de las posiciones jurídicas en que se encuentran los titulares del derecho. El derecho de propiedad se trata del más amplio y virtualmente ilimitado

---

<sup>183</sup> VICENTE L. MONTÉS PENADÉS, LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL SISTEMA DEL DERECHO CIVIL CONTEMPORÁNEO 55, 65-66 (Civitas 1980).

<sup>184</sup> 3 JOSÉ PUIG BRUTAU, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL 63 (Bosch, 1ra ed. 1989).

<sup>185</sup> LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL: PROPIEDAD Y DERECHOS REALES DE GOCE, *supra*, n. 181, p. 39-40.

poder de goce atribuido a un sujeto sobre determinado objeto, es lo que se quiere decir cuando se indica la plenitud del derecho del propietario, que también se caracteriza por una capacidad o poder de expansión del que carecen otros derechos reales. Se tutela la relación que permite al titular utilizar en exclusiva un determinado bien, el poder decidir cual deba ser, entre los jurídicamente posibles, el destino económico del bien.<sup>186</sup> Lo antes apuntado dibuja de forma paradigmática la doble concepción individualista y social de la figura de la propiedad. ALBALADEJO GARCÍA puntualmente señala sobre este asunto que el poder concedido para obrar dentro de los límites permitidos, nace del ordenamiento que lo protege e impone sea respetado; permitiendo reprimir las violaciones de que se le haga objeto y obtener, incluso coactivamente, aquel, o para lo que el poder faculta.<sup>187</sup>

La evolución histórica de los límites del derecho de propiedad puede ser apreciada, entre otros posibles, en los instrumentos aprobados por la comunidad internacional. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue aprobada en el 1789, y que sirvió como precursor de otros instrumentos internacionales, colocó al derecho de propiedad entre los derechos naturales equiparables a la libertad.<sup>188</sup>

## Artículo 2

La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

---

<sup>186</sup> MONTÉS PENADÉS, LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL SISTEMA DEL DERECHO CIVIL CONTEMPORÁNEO, *supra* n. 183, p. 65, 78.

<sup>187</sup> 1 MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL 441 (Bosch 15ta ed. 2002).

<sup>188</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL, *La Evolución del Derecho de Propiedad Ante los Actuales Textos Constitucionales Latinoamericanos*, en ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL PANAMEÑO 49 (Editora Jurídica Panameña 1987).

## Artículo 17

Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.

Las transformaciones de la figura de propiedad pueden ser distinguidas en Convenciones de más reciente aprobación las cuales conforme a la doctrina hasta hoy prevaleciente muestran tendencia a atemperar su aserción como Derecho natural por una marcada inclinación a delimitar el derecho de propiedad personal por los poderes políticos atribuibles a los Estados. La actual interpretación político-jurídica del derecho de propiedad coincidentemente marca la atenuación del signo de universalidad de la figura; aspecto que a nuestro juicio demanda consideraciones adicionales cuando se trata de entidades que dimanen del cuerpo humano.

En esta coyuntura, con el propósito de representar lo antes apuntado es oportuno destacar que el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>189</sup> integra en su letra la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor con la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos. Además, este mismo instrumento reconoce el derecho a la propiedad en sus disposiciones relativas a las libertades humanas.<sup>190</sup> En el contenido de sus disposiciones declara que toda persona tiene el derecho al respeto de sus bienes y que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública. En el lenguaje utilizado puede apreciarse con facilidad la doble vertiente del derecho de propiedad; en su concepción social y como derecho subjetivo individual.

---

<sup>189</sup> Mejor conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos. Fue adoptado en el 1950 y ha sido modificado por diversos protocolos de aprobación posterior.

<sup>190</sup> López Quetglas, *supra*, n. 89, p. 346. Además, debe verse el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012/C 326/02) que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

En España, el cuerpo de legislación que recoge las relaciones patrimoniales de manera sistemática lo es el Código Civil del cual el Código Civil de Puerto Rico fue derivado casi en su totalidad.<sup>191</sup> Aunque reflejan las nociones que imperaban en la época de su aprobación todavía hoy recoge los principios que gobiernan la actividad patrimonial. La figura de propiedad cuya definición se encuentra en el artículo 348 del Código Civil español, y cuenta con una disposición homóloga en el Código Civil de Puerto Rico contenida en el artículo 280, definen el derecho de propiedad como “*el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*” En virtud de lo anterior el titular de la propiedad ha de ejercer su voluntad o derecho sobre sus bienes.<sup>192</sup>

## **2. Las facultades del titular natural y sus limitaciones como derecho subjetivo**

El derecho de propiedad es comúnmente catalogado como derecho subjetivo; entiéndase un poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto, bien moral o material, cosa o utilidad, comportamiento, etc.) concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección.<sup>193</sup> Por su naturaleza el derecho subjetivo posee sujeto, objeto y contenido.

En esta catalogación del derecho, el sujeto es la persona investida del poder en que éste consiste.<sup>194</sup> En el derecho de propiedad ocupa pues este lugar, la persona natural o jurídica, con independencia de que para el ejercicio de las facultades correspondientes necesite tener el grado de capacidad que exija la clase de acto de que

---

<sup>191</sup> El contenido del Código Civil de Puerto Rico tiene su origen del Código Civil de España de 1889.

<sup>192</sup> *Infante v. Leith*, 85 D.P.R. 26 (1962).

<sup>193</sup> ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL, *supra*, n. 187, p. 440.

<sup>194</sup> *Id.* p. 442.

se trate.<sup>195</sup> En cuanto al objeto del derecho subjetivo nos referimos a la entidad o cosa sobre la que recae el poder concedido al sujeto.

De otra parte, la sustancia del derecho corresponde a su contenido; siendo este aspecto el que distingue unos derechos de otros.<sup>196</sup> Así planteado, lleva por contenido el Derecho de propiedad las facultades del sujeto para gozar, disponer y accionar en reivindicación de la cosa; tal como fuera transcrito en el artículo 348 del Código Civil español.

Asimismo, las facultades del sujeto del derecho de propiedad son exteriorizadas en una doble dimensión: la negativa y la positiva. En este sentido, el derecho de propiedad se manifiesta en su forma positiva mediante el aprovechamiento natural de los rendimientos de la facultad del titular. Su manifestación negativa consiste en la potestad de excluir a los demás para evitar que interfieran o impidan el uso o disfrute de la propiedad.

Así planteado, la doctrina mayoritaria, en voz de LASARTE ÁLVAREZ, establece que la facultad de disposición es un componente más del derecho subjetivo que, en términos económicos, manifiesta que el significado fundamental de propiedad es "*su valor de cambio en una economía de mercado*", permitiendo al propietario intercambiar sus bienes o algunas de las facultades que sobre ellos recen por otros bienes o, en definitiva, por una determinada masa dineraria. Desde esa perspectiva, podría afirmarse que la facultad de disposición es precisamente la garantía de libre decisión económica del propietario, que podrá seguir siéndolo o dejar de serlo a su libre albedrío, en atención de la valoración personal de las condiciones económicas en que se encuentre.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> PUIG BRUTAU, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, *supra*, n. 184, p. 42.

<sup>196</sup> ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL, *supra*, n. 187, p. 442.

<sup>197</sup> LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL PROPIEDAD Y DERECHOS CIVIL: PROPIEDAD Y DERECHOS REALES DE GOCE, *supra*, n. 181, p. 69.

Puede con claridad apreciarse que la caracterización del contenido dado al derecho de propiedad sirve de mecanismo protector en contra de aquellos intereses que persigan menoscabar la autoridad sobre bienes en áreas decisivas que corresponden al recinto de la voluntad de la persona humana. Estas perspectivas deben ser vistas con amplitud aunque igualmente demanda que tales facultades se ejerciten razonable, justa y legítimamente. La experiencia política de nuestros tiempos ha puesto el acento sobre la aptitud de los bienes para satisfacer no solamente las exigencias del propietario particular, sino también de los actos colectivos. El ejercicio del poder conferido a un individuo debe ser coordinado con las razones de interés de la comunidad, que bien pueden ser ajenos al propietario. La disminución o el condicionamiento de ese poder no han de afectar, por sí mismos, la libertad que es derecho fundamental de la persona. Hay que añadir que el punto central de esa manera de considerar el dominio se encuentra en el acento que el ordenamiento jurídico coloca en el ejercicio del derecho y no en la atribución. La propiedad privada se sostiene como principio cardinal del orden público económico-mientras se desarrollan y tutelan las exigencias sociales; esto es, en tanto no se contradiga el interés del propietario con el interés de la comunidad. La dualidad de intereses, su contraposición y la necesidad de una coordinación funcional es cuestión de la modulación del contenido del derecho de propiedad.<sup>198</sup>

Los actos de uso y disfrute deben guardar concordancia con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico concedidos a las personas por el Derecho objetivo. En cuanto a esto, el abuso de las facultades o del poder es rechazado por el ordenamiento. Dichas medidas cautelares en la más amplia de las perspectivas no solo llaman a su observación por parte del sujeto sino también por las autoridades estatales, tanto en su actuar como en la formulación de normas.

---

<sup>198</sup> MONTÉS PENADÉS, LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL SISTEMA DEL DERECHO CIVIL CONTEMPORÁNEO, *supra* n. 183, p. 92, 96, 100, 104.

De conformidad con los preceptos discutidos, el derecho de propiedad envuelve el disfrute de su valor económico <sup>199</sup> que queda a la voluntad de la persona si aprovecha el valor de los bienes de los que es propietario. Transferidos estos criterios al contexto del cuerpo humano, la libertad de actuación de la persona se encuentra garantizada en el ámbito constitucional y sus posibles limitaciones por el legislativo requieren observación de los principios contenidos en la más alta Norma.

Uno de los problemas básicos que debe llegar a afrontar cualquier sistema jurídico radica en determinar como se llega a ostentar la titularidad jurídica de los bienes. <sup>200</sup> La razón para ello descansa en que el ser titular de un derecho real significa tener un poderío sobre los bienes, y por lo tanto, una posición económica que interesa a todos los miembros de la colectividad quienes no podrán pretender aprovechamiento alguno de bienes que se encuentren afectos a derechos de otras personas.

El progreso de ensanchamiento de la esfera administrativa, ha creado alarma justificada; la cual según DE CASTRO, se ve reflejada en los estudios dedicados a la crisis del contrato, del negocio jurídico, del derecho subjetivo, del Derecho civil y del privado. Paradójicamente, la actuación moderadora o armonizadora de las libertades individuales y el ansia perfeccionista del legislador, le impulsa constantemente a ensanchar la autoridad de la Administración, a costa de la autonomía que pretende proteger. <sup>201</sup>

En el acto jurídico que dimana del ejercicio de la tenencia natural de la persona de su cuerpo y los elementos que lo componen, aun cuando hayan sido separados, demanda se reconozca que aquel representa la manifestación de la autonomía privada la cual es una exigencia que trae consigo la misma condición de la

---

<sup>199</sup> Colón Vélez v. Lebrón, 97 D.P.R. 154 (1969).

<sup>200</sup> LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL PROPIEDAD Y DERECHOS CIVIL: PROPIEDAD Y DERECHOS REALES DE GOCE, *supra* n. 181.

<sup>201</sup> FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, EL NEGOCIO JURÍDICO 17 (Editorial Civitas, 1985).

persona humana como tal. El principio de la autonomía privada es el paso que cada vez mas confiere sentido a la soberanía de la voluntad.<sup>202</sup>

Es necesario acudir a los principios generales del Derecho para dar auténtica fuerza jurídica a la potestad de la persona natural, para hacer o no, con su cuerpo todo aquello que responda a sus concepciones individuales como sujeto del Derecho. La justicia como valor trascendente, demanda respeto por toda persona humana, por lo que en el eficaz ejercicio de interpretación de las normas debe prevenirse la despersonalización del sujeto pues propiciaría, aun sin mediar advertencia, al abuso del Derecho. Las facultades dominicales de la persona sobre los materiales biológicos que gozan de independencia física del cuerpo del que proceden, no pueden ser arrebatadas por una mera pieza legislativa.

En la esfera del Derecho subjetivo, la persona natural ostenta la autoridad máxima para hacer ejercicio de su soberanía individual sobre sí y tener señorío sobre los elementos procedentes de su cuerpo. Tal aserción casi alcanza universalidad luego de duras luchas en el ámbito de la mujer y sus derechos reproductivos.<sup>203</sup> ¿Será necesario adentrarse en la conciencia individual para averiguar lo que es más conveniente para uno? ¿Deberá el derecho tener en cuenta y limitar las facultades de las personas a aquellas conductas que son usuales?

En el proceso reflexivo de dar respuesta a estas interrogantes surge claramente la imperiosa necesidad de descartar la postura que pretenda arrebatar la potestad dominical a la persona física sobre los materiales que proceden de su cuerpo. Los principios de derecho que rigen el orden democrático, eficazmente ponderados, conducen a una sola respuesta: se extralimita el legislador al prohibir al sujeto fuente hacer uso de sus facultades al mancillar y reprochar cualquier acto le sirva de provecho. No es admisible, en verdadera conciencia jurídica, perpetuar su

---

<sup>202</sup> DE CASTRO Y BRAVO, *supra* n. 201, p. 13-14.

<sup>203</sup> Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

justificación utilizando para su ataque posturas dogmáticas que han sido superadas.

Su justa solución se encuentra en disposiciones compatibles con principios que han sido preceptuados por el mismo ordenamiento español. El ejercicio de la facultad de disposición de la persona natural se realiza a través de un comportamiento que adopta la figura de un negocio jurídico conformado por la autonomía y voluntad individual. Juiciosamente puede concluirse que a la luz de las circunstancias del presente momento deben formularse nuevas doctrinas que salvaguarden los intereses individuales sobre bienes jurídicos cuya procedencia es la persona misma.

### **3. La plasticidad del derecho de propiedad en atención de la revolución provocada por las ciencias vivas**

Los derechos de contenido patrimonial, y destacadamente el derecho de propiedad, son siempre causa de argumentaciones porque las concepciones sobre el derecho de propiedad son heterogéneas; tal como es el caso entre los distintos Estados de la Union Europea.<sup>204</sup> Existen diferentes concepciones de esta figura aunque puede apreciarse la reiterada coincidencia en la necesidad de ubicar la propiedad privada como derecho sujeto a las modulaciones que el interés público pueda imponer.<sup>205</sup> Lo cierto es que el derecho como mecanismo de ordenación social se encuentra vinculado indisolublemente a los desarrollos históricos particulares de la jurisdicción en el que tiene vigencia.<sup>206</sup> Las facultades del titular de la cosa o tenedor del Derecho-entendiendo como tal al propietario- experimentan la moderación de normativa que lleva consigo una carga histórica socio-política. El conjunto de relaciones que conforman la madeja jurídica que denominamos ordenamiento se mantiene y se transforma, lo que incide sobre la idea de la figura de propiedad. La conciliación

---

<sup>204</sup> DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EUROPA 24 (Editorial Aranzadi, 2011).

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> Godreau, *supra*, n. 174, p. 73.

entre la concepción político-social y el derecho tienen influencia directa sobre la facultad del titular de alcanzar y mantener el derecho propietario.

El derecho civil patrimonial persigue fines prácticos y proporciona un arreglo ordenado sobre el que se desenvuelve la relación de los individuos respecto a las cosas o bienes. De este modo el ordenamiento proporciona guías o principios que promueven la armonía y sana convivencia social. En particular, la arquitectura del derecho de propiedad se erige sobre figuras básicas como la *posesión*, la *potestad* y sus correspondientes *actos de dominio* que, entre otros, se manifiestan tanto en el uso como en la disposición final de las cosas. Nuestro análisis sobre la aplicación del derecho civil patrimonial en materia de tejidos biológicos humanos se sustenta precisamente en estos fundamentos, a pesar que reconocemos la necesidad de que en su aplicación se logren ajustes para atemperar la normativa existente conforme a nuestra evolución histórico-social-económica. Los nuevos desarrollos y exigencias resultantes de actividades emergentes en el ámbito científico y tecnológico han sido causa para que nuevas formas de producción y nuevas modalidades de negocios jurídicos no encuentren disposiciones específicas en el Código Civil, aunque entendemos como posible manejar los postulados contenidos en dicho Cuerpo legal para estos nuevos negocios, dada la posibilidad de una interpretación amplia de la normativa concreta contenida en aquél.

No existe una normativa que incluya un catálogo pormenorizado de cada una de las facultades que el ordenamiento reconoce a la persona física; sino más bien la aserción general sobre la potestad del uso y disfrute de la propiedad en general. En la praxis, la facultad del goce alude al valor en uso de la cosa, comprendiendo tanto la utilización directa del bien como la indirecta; mientras de otra parte la facultad de disposición supone la materialización del valor en cambio del bien, siendo su reflejo prototípico la facultad de transmitir la tenencia del derecho de propiedad a un tercero

a cambio o no de precio.<sup>207</sup> Ambas facultades constituyen las “*cualidades esenciales y principalísimas del derecho de propiedad de los bienes, puesto que son presupuestos indisociables del tráfico jurídico y económico.*”<sup>208</sup>

A pesar de los elementos de carácter moral o de los motivos de política pública que procura la función social del Estado, el contenido de las normas sufre transformación en la medida que el modelo económico y las formas de producción de los países cambian. Los derechos de propiedad pueden variar de una sociedad a otra, y en una misma sociedad de un periodo a otro.<sup>209</sup> En cuanto a lo anterior, los desarrollos en la medicina han tenido impacto en el concepto de propiedad en el contexto cuerpo humano y sus partes; siendo conscientes que en cuanto el cuerpo humano como tal, el término *propiedad*, a pesar de su dimensión física o corporeidad, no es admitido al coincidir su elemento físico con la *persona* humana.

Lo cierto es que los negocios jurídicos que incluyen el uso de materiales biológicos humanos constituyen una realidad no tan reciente. Existen publicaciones que reconocen negocios de esta naturaleza desde hace más de tres décadas en otras jurisdicciones. Este es el caso de Heideaki Hagiwara quien para el 1981 se unió a una investigación iniciada por la Universidad de California de los EE.UU. que buscaba desarrollar una línea celular<sup>210</sup> que produjera anticuerpos para combatir el cáncer. La facultad de la Universidad aceptó la propuesta del doctor Hagiwara que como parte de la investigación se utilizara el tejido celular de su señora madre, quien adolecía de cáncer en la cervix. Las células de la madre de Hagiwara fueron instrumentales en el

---

<sup>207</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra*, n. 204, p. 96.

<sup>208</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra*, n. 204, p. 96.

<sup>209</sup> REMIGIUS NWABUEZE, BIOTECHNOLOGY AND CHALLENGE OF PROPERTY: PROPERTY RIGHTS IN DEAD BODIES, BODY PARTS, AND GENETIC INFORMATION 13 (Ashgate 2007); ROY VOGT, WHOSE PROPERTY? DEEPENING CONFLICT BETWEEN PRIVATE PROPERTY AND DEMOCRACY IN CANADA 8 (University of Toronto Press, 1999), en el que indica que los derechos de propiedad en una sociedad se encuentran en continuo cambio.

<sup>210</sup> Línea Celular: Grupo de células que ha sido adaptadas a condiciones artificiales de laboratorio y que es capaz de reproducirse por tiempo indeterminado.

desarrollo de una línea celular capaz de producir los tan deseados anticuerpos la cual fue posteriormente patentizada. Sin mediar autorización por parte del investigador principal, Hagiwara se apropió de parte del cultivo de células y las llevó consigo a Japón para ser utilizadas por el Instituto que era dirigido por su padre. A pesar de lograr un acuerdo con la Universidad de California el cual le permitía a Hagiwara utilizar la línea celular con fines de investigación, el mismo imponía limitaciones en su uso comercial con las que no estuvo satisfecho. Meses más tarde, Hagiwara inició acción legal contra la Universidad en la que reclamó derechos de propiedad sobre el tejido celular original que fue utilizado en el desarrollo de la línea celular. Además, demandó participación sobre los derechos de los productos desarrollados a partir de los tejidos. En el 1983, las partes llegaron a un acuerdo comercial en el que la Universidad de California retuvo los derechos de la patente; mientras, Hagiwara logró obtener los derechos para comercializar la misma en el continente asiático.<sup>211</sup>

Como es de esperar la capacidad creativa del ser humano goza de atributos inherentemente propios y su actuación constituye centro de distintas relaciones jurídicas en los múltiples ámbitos de la sociedad. En el panorama científico, lo que se reproduce en el jurídico, no existe una concepción unitaria de la persona y de su correspondiente amplitud para actuar. Como es de esperarse las distintas percepciones en las ramas de las ciencias, a su vez, afectan al ámbito jurídico. La persona como sujeto de derechos y su competencia en las relaciones jurídicas es acrecentada por el realismo que acerca de manera ineludible el concepto jurídico al ámbito científico. Un ámbito al que de manera necesaria debe acudir la norma, y no solo aquella cuyo objeto persiga la regulación de un renglón de notada especialidad (como ocurre con las leyes que regulan las cuestiones relativas a la salud) sino, en general, toda aquella norma que interviene sobre condiciones exigibles por la persona y comportan *derechos que le son inherentes*.

---

<sup>211</sup> U.S. CONGRESS OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENTS, OWNERSHIP OF HUMAN TISSUES AND CELLS (1987).

Uno de los múltiples fines que puede lograr las nuevas conexiones introducidas por las ciencias es provocar renovadas visiones sobre los materiales biológicos procedentes de la persona física y con ello replantear las reglas tradicionalmente establecidas. Esta provocación goza de incalculable valor pues obliga a reflexionar sobre la necesidad de un rearrreglo de pensamientos esclarecedores que nos orientan a exigir espacio para visiones pluralistas como ciudadanos libres y capaces de elegir según las concepciones personales de cada persona. El pensamiento creativo en sus múltiples dimensiones propio del estudio científico y de la investigación es una fuerza dinámica que se ve interactuar entre la ciencia y el derecho.<sup>212</sup> La tutela de esta libertad no solamente alcanza a aquel que se dedica formalmente al estudio científico; también debe ser extendido a la persona que voluntariamente elige convenir en un arreglo potencialmente resultante en creaciones que dan margen a nuevos estereotipos.

La manera de conceptualizar la figura de propiedad, conlleva complementar la vertiente personal con la patrimonial a la hora de valorar las cosas. Puede apreciarse de una parte a la persona y los derechos fundamentales, materia propia de leyes y normas constituciones; y de otra, las leyes positivas, civiles o mercantiles, cada una con sus propias reglas del juego y separadas. El significado renovado de los conceptos patrimoniales que desde ya han sido atemperados por los hallazgos científicos y por su correspondiente evolución jurídica debe girar en torno a normas que conduzcan a la formulación de un concepto de propiedad omnicomprendivo de todas aquellas cuestiones que tengan relación con la materia que nos ocupa. El ejercicio de las libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, ha de poder ser sometido a ciertas formalidades, en la medida que atiendan medidas necesarias en una sociedad

---

<sup>212</sup> María Paz García Rubio, *Arte, Religión y Derecho Fundamentales, La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, LXVII ANUARIO DERECHO CIVIL, 398-453, 445 (2014). La autora trata sobre similares consideraciones al exponer la necesidad de reflexionar sobre los límites impuestos a la libertad de expresión artística ante la posible ofensa de sentimientos religiosos generalmente aceptados. En su exposición, la autora sostiene que la limitación a la expresión creativa no encuentra justificación si meramente persigue impedir manifestaciones, posiblemente contrarias a las creencias religiosas mantenidas por otros.

democrática; no obstante, demandan respeto por la autonomía personal en concepto amplio. Tal derecho ha de ser consistentemente sometido a los límites y amplitudes recogidos por los principios que sostiene el sistema de derecho de una sociedad democrática.

De manera ineludible, como es propio de un sistema jurídico basado en la libertad individual se requiere tomar en cuenta la libertad de pensamiento que permite a la persona defender sus propias circunspecciones frente a los demás. Es imprescindible fortalecer o dar eficacia real a la potestad de acción individual según las circunstancias de cada quien en armonía el componente social; lo que coloca a la persona en una doble dimensión. En este contexto surge la intersección de intereses en el que indiscutiblemente coinciden perspectivas de política pública, la búsqueda del progreso científico y a hasta cierto punto la ignorada, aunque hoy emergente, aspiración de participación activa de la persona en el tránsito jurídico por particularmente sobre aquello relacionado consigo mismo. La propia versatilidad de las conductas y las convicciones individuales demandan que se conjuguen al ser humano como individuo y el reconocimiento de las cualidades se encuentra acompañado por el respeto a la autonomía personal y también a su libertad. Podría notarse la posible presión social como base para justificar la intervención del Estado sobre la libertad individual percibida como inconsistente con estereotipos. Desde el punto de vista argumentativo, la interferencia en la libertad de pensamiento y el proceder individual mismo cuerpo excede parámetros o expresión de todas aquellas que expresan ideas propias que objetivamente analizadas no inciden sobre los intereses de otros.

Tal caracterización, encuentra retos que requieren amplitud en su tratamiento. Por ser miembros de una misma especie pueden apreciarse características que conforman grupos distinguibles pero que tienen como denominador común, la aptitud actuar y llevar a cabo negocios jurídicamente reconocibles en beneficio de sus propios intereses. No existe un concepto normativo uniforme en el ordenamiento sobre el conjunto de derechos con los que ha de protegerse la libertad y su correspondiente radio de acción individual que garantice la potestad de actuación cada persona. En el

marco en el que estamos situados, el derecho de libertad es inherente a la persona. Por esto debemos dejar apuntado que el libre desarrollo de cada quien en el espacio orbital del ordenamiento jurídico moderno cuenta con el contenido que confiere titularidad del derecho subjetivo a la persona y que el mismo es oponible *frente a todos*. Se trata del derecho del individuo a decidir libremente en que condiciones puede lícitamente hacer uso de sus derechos;<sup>213</sup> incluyendo los patrimoniales. En cuanto a esto debe buscarse concordancia entre el derecho patrimonial ligado a algunos derechos de la persona (por ejemplo el derecho a la propia imagen) y el deber público de proteger la dignidad humana y los derechos fundamentales. De este modo podría procurarse una solución a las controversias suscitadas en su vertiente tanto económica como personal.<sup>214</sup>

La cuestión sobre el tratamiento de los negocios jurídicos que tienen por objeto derechos de la persona de índole corporal, arrastran peso moral que de forma general colocan al individuo en un recuadro pasivo que primordialmente lleva por causa la exclusión de ilegitimidad o intromisión en su ámbito individual.<sup>215</sup> El aspecto de libre actuación de la persona encuentra limitaciones por la tendencia general de normativa que busca la cesión de los materiales corporales de forma gratuita; lo que es inconsistente con la amplitud de las transacciones permitidas cuando se trata del uso de los mismos por parte de terceros. En cuanto a las actuaciones por parte del sujeto fuente parece no admitirse las prestaciones respectivas, mas bien se reduce a la potestad de consentir las posibles actuaciones de otros manteniendo el derecho a su revocación.

---

<sup>213</sup> 2 MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, TRATADO DE DERECHO DE LA PERSONA FÍSICA 618 (María del Carmen Gete-Alonso, dir., Judith Solé Resina, coord., 2013).

<sup>214</sup> *Id.*

<sup>215</sup> GARCÍA RUBIO, *supra* n. 212, p. 18-619. García Rubio discute este punto desde una perspectiva contractual al plantear el valor del consentimiento y la necesidad de adaptar el régimen ordinario del Derecho de contratos para proteger suficientemente los derechos de la personalidad susceptibles de ser comercializados.

Un análisis crítico de estos pormenores no puede dejar fuera de consideración que el desarrollo científico y tecnológico han potenciado al cuerpo humano con progresivas funcionalidades que van desde la ya tan reconocida transfusión de sangre<sup>216</sup> como el uso de la dotación genética para la reproducción idéntica de tejidos o de líneas celulares a las que le han atribuido carácter de inmortalidad y alto valor económico. Precisamente, el valor del tejido humano en la era de la biotecnología, y los márgenes de ganancia derivados de estos han causado que los facultativos médicos y los investigadores, en muchas ocasiones adscritos a instituciones universitarias, vean a la persona física de manera diferente.<sup>217</sup> Como corolario a esta transformación directamente vinculada al progreso de las ciencias, ha habido, a su vez, una transformación en la conciencia individual que ha proporcionado a la persona física el ánimo de adoptar una postura activa en el aprovechamiento de su cuerpo. Conceptos como la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, le dan connotaciones o tratamiento de propiedad a aspectos de la persona física para disponer del cuerpo humano<sup>218</sup> lo que a su vez sido motivo de tendencias sociales, filosóficas y personales que terminan formando el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las normas y pronunciamientos jurisprudenciales.

#### **4. El tratamiento de los materiales biológicos como objetos de reconocido valor jurídico desde una perspectiva histórico continental**

---

<sup>216</sup> CATHERINE WALDY & ROBERT MITCHEL, *TISSUE ECONOMIES 2-3* (Duke University Press 2006). La tecnología de la donación de sangre y su transfusión en masa tuvo sus orígenes en la Guerra y la defensa nacional. Los métodos asociados con bancos de sangre fueron desarrollados en Barcelona durante la Guerra civil española y perfeccionada en los EE.UU., Reino Unido y el norte de África durante la segunda Guerra Mundial.

<sup>217</sup> LORI ANDREWS & DOROTHY NELKIN, *BODY BAZAAR, THE MARKET FOR HUMAN TISSUE IN THE BIOTECHNOLOGY Age 5* (Crown Publishers 2001).

<sup>218</sup> Gustavo Adolfo García Arango, *Es mi cuerpo y el estado no lo administra: disposición sobre el propio cuerpo en la donación de órganos en Colombia*, 68 *REVISTA DE ESTUDIOS DE DERECHO*, Núm. 151, pp. 213-233 (2011). El artículo publicado se derivada de la investigación: “*Algunas implicaciones jurídicas del comercio de componentes humanos en Colombia y otros países latinoamericanos*”. Representa una investigación inscrita en el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente que fue aprobada el 6 de mayo de 2011, disponible en <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/10093/9296> (Recuperando el 15 de julio de 2015)

**(a) Las excepciones al tratamiento *res extra commercium*;  
Doodeward v. Spence**

El mapa histórico mundial constituye evidencia del debate de hace más de un siglo sobre el tratamiento en el Derecho que merecen los materiales biológicos. Ejemplo de ello lo es el caso de *Doodeward v Spence*<sup>219</sup> cuya controversia tuvo escenario en el continente australiano en el 1908 y que todavía hoy es materia de discusión en múltiples jurisdicciones. El mismo se centró en los derechos propietarios sobre un feto con dos cabezas al que le habían sido aplicadas técnicas de preservación y el cual, cuarenta años luego del parto, era exhibido al público.<sup>220</sup> En su opinión, la Corte expuso que el feto podía ser distinguible de la estructura biológica de la cual fue originalmente removida. Destaca y sostiene que para lograr la preservación de la estructura fetal había mediado trabajo y destreza lo que entonces constituía un objeto distinto al cuerpo humano. La norma jurisprudencial en *Doodeward* deja claro que pueden existir derechos propietarios sobre partes anatómicas humanas separadas del cuerpo<sup>221</sup> sobre las que haya mediado labor, aunque en este caso se trató estrictamente de un espécimen guardado en un envase con conteniendo fluidos, muy seguramente alcohol.

Indiscutiblemente el planteamiento asociado a la potestad para determinar la disposición del cuerpo humano y sus partes ha sido motivo de debates centenarios particularmente cuando sus posibles usos pudieran responder a motivos distintos que

---

<sup>219</sup> *Doodeward v. Spence*, 6 C.L.R. 496 (1908).

<sup>220</sup> El cuerpo del nati-muerto fue alumbrado por su madre en el país de Nueva Zelandia. El doctor de la madre se apoderó del mismo y lo preservó en un contenedor hasta el momento de su muerte. Luego de morir el espécimen fue vendido en pública subasta para luego ser exhibido públicamente. Ante este acto, las autoridades intervinieron por considerarlo contrario a las normas sociales. *Doodeward* instó acción, y en apelación acudió al máximo foro australiano solicitando su devolución alegando derechos propietarios. Para el momento en que el recurso de *Doodeward* llegó al máximo foro, el espécimen ya le había sido devuelto. No obstante, el espécimen fue posteriormente mantenido en un Museo de una universidad del país.

<sup>221</sup> En *Doodeward*, la Corte Australiana expresó “El cuerpo de una persona fallecida bajo ciertas circunstancias puede ser sujeto de derechos propietarios”.

a meros actos de liberalidad. Las posiciones adoptadas responden a tendencias filosóficas y sociales que terminan transformándose en normativas preponderantes en un momento dado aunque nunca estáticas. La Corte Suprema de New South Wales en Australia en *Doodeward* ya desde principios de Siglo XX claramente apuntaba hacia la apertura de nuevas interpretaciones doctrinales sobre los usos de componentes anatómicos humanos al señalar que:

*The question whether a particular act is injurious is a mixed question of law and fact, so what may be injurious at one time or under different circumstances may not be at another time and under different circumstances.*<sup>222</sup>

La determinación de si un acto particular en un momento dado es ofensivo es un asunto mixto de hecho y de derecho, de modo tal que aquello que pueda considerarse ofensivo en un momento particular o bajo ciertas circunstancias no lo es en otro momento y en diferentes circunstancias.

En su exposición la Corte Suprema australiana fundamenta su opinión y deja claro que una interpretación normativa requiere considerar el contexto socio-político en el que se desarrollan los hechos de interés por lo que la formulación de la doctrina jurídica no puede ser abstracta y desligada de las pautas que marcan el curso de la historia. De este modo el Derecho aparece conectado con los cambios en los regímenes económicos, las formas de producción y las instituciones que acompañan esos fenómenos que a su vez transforman el quehacer jurídico.<sup>223</sup> Por lo tanto, dejamos establecido que el proceso de interpretación normativa exige la concepción de un ordenamiento cuyo proceso de promulgación de normas se encuentra vinculado a los sectores dominantes que ostentan el control de las actividades económicas principales en una jurisdicción particular.<sup>224</sup> Ello, por otro lado, no representa

---

<sup>222</sup> *Doodeward, supra*, n. 215, 496, 413.

<sup>223</sup> *Godreau, supra*, n. 174, p. 9.

<sup>224</sup> *Godreau, supra*, n. 174, p. 73.

impedimento para que en determinados momentos y mediante presiones políticas típicas de procesos democráticos se aprueben medidas que tomen en consideración los intereses de otros sectores. Este proceso lleva a la construcción de un nuevo ordenamiento normativo y doctrinal que en muchas instancias son promotores del cambio social.

En este sentido los jueces que entendieron la controversia en *Doodeward* previsiblemente enlazaron los componentes formuladores del cambio social junto a la definición expansiva del concepto de propiedad. Así se desprende de la opinión Griffith CJ quien expresara:

*... I do not know of any definition of property, which is not wide enough to include such a right of permanent possession. By whatever name the right is called, I think it exists, and that, so far as it constitutes property, a human body, or a portion of a human body, is capable by law of becoming the subject of property. It is not necessary to give an exhaustive enumeration of the circumstances under which such a right may be acquired...*

... No conozco una definición de propiedad que no sea lo suficientemente amplia para incluir tal derecho de posesión permanentemente. Como quiera que sea llamado ese derecho, creo que existe, y que eso, hasta tanto constituya propiedad, el cuerpo humano, o parte de éste, es susceptible mediante ley de convertirse en objeto de propiedad. No es necesario hacer una enumeración exhaustiva de las circunstancias bajo las que ese derecho pueda ser adquirido...

El entramado históricamente producido por elementos sociales, jurídicos y políticos ha sido motivo del desarrollo de una doctrina tradicionalmente establecida que conceptualiza que la cesión de partes anatómicas o materiales biológicos producidos por el cuerpo humano como actos de beneficencia comunitaria. *Doodeward* introduce lo que puede caracterizarse como excepción a esta norma en una época significativamente temprana de los avances tecnológicos. La misma opinión puntualmente amplía el espectro de su análisis jurídico para lo que a todas luces resultan ser corrientes de pensamiento de trascendencia y cuya pertinencia han alcanzado universalidad.

El confinamiento de conceptos jurídicos tradicionales enfrenta fuerzas transformadoras que demandan amplitud en el radio de acción ligado a nuevas concepciones del cuerpo humano y sus partes. La variación de los contextos sociales han desarrollado una nueva ordenación que puede ser apreciada mundialmente. Las transformaciones marcadas por el tiempo pueden ser identificadas cuando contrastamos los asuntos en controversia en *Doodeward* cuyos hechos incluyeron debates de moralidad motivados por la exhibición pública de un feto con las actuales ferias de exhibición mundial de cuerpos humanos a cambio del pago de una tarifa. Los nuevos matices en las concepciones generales son en gran medida producto de descubrimientos y aspectos científico-tecnológicos que han cambiado el entorno social. Las técnicas de conservación de cuerpos humanos y sus partes anatómicas hoy día han sido utilizadas en más de cuarenta países alrededor del mundo. Se calcula que sobre 38 millones de personas han visitado las diferentes exhibiciones presentadas, aun en países de marcada tradición cristiana, y aproximadamente 13,000 personas<sup>225</sup> han sido registradas para que técnicas de preservación sean utilizadas en sus cuerpos. Estos datos marcan nuevas concepciones y usos sobre el cuerpo humano que han alcanzado notable aceptación general. Aunque la norma tradicional ha estado construida sobre bases altruistas dirigidas a atender el interés social, lo antes expuesto presenta nuevos matices producto de la interconexión entre la persona física, las ciencias, la sociedad y el Derecho.

---

<sup>225</sup> Aproximadamente, 12,000 de las 13,000 personas que han sido registradas son de origen europeo. Mil son norteamericanos [http://www.bodyworlds.com/en/exhibitions/original\\_copycat.html](http://www.bodyworlds.com/en/exhibitions/original_copycat.html)) Una investigación llevada a cabo por la fiscalía del estado de Nueva York en el 2008 encontró que los promotores de la exhibición premier de “*Bodies: the Exhibition*” no pudieron probar las circunstancias en las que habían obtenido los cuerpos. Hubo quien alegara que los mismos pertenecían a prisioneros chinos quienes no habían consentido a que sus cuerpos fueran exhibidos. Exhibiciones posteriores, le fue requerido a la compañía evidencia de consentimiento por parte de la sucesión de los cuerpos en exhibición, Bridget J. Crawford, *Our bodies, our (tax) selves*, 31 VA. TAX REV. 695 (2012) disponible en [http://www.thefreelibrary.com/Our+bodies,+our+\(tax\)+selves.-a0295942885](http://www.thefreelibrary.com/Our+bodies,+our+(tax)+selves.-a0295942885), que a su vez hace referencia a Michael Wilson, ‘*Bodies’ Exhibitors Admit Corpse Origins are Murky*, NEW YORK TIMES, May 30, 2008, <http://www.nytimes.com/2008/05/30/nyregion/30bodies.html? r=0> (Recuperado el 30 de julio de 2015)

**(b) Sobre los debates de las muestras biológicas, gametos y partes removidas del cuerpo**

Se aprecia una tendencia incremental a identificar excepciones a la postura convencional que no permite distinción entre la persona física y los materiales biológicos o partes anatómicas que han sido separadas del estado natural del cuerpo. Aunque la controversia en *Doodeward* trató de derechos propietarios sobre un feto nacido sin vida, en su razonamiento puede apreciarse la adaptabilidad del Derecho, que en tiempos más recientes ha sido motivo de discusiones importantes, aunque en otros contextos, en otras partes del mundo. Nos referimos a pugnas por la titularidad de muestras tomadas de pacientes para diagnósticos médicos<sup>226</sup> o por la titularidad de líneas celulares,<sup>227</sup> reclamaciones por la pérdida o destrucción de gametos por descuido de los operadores de biobancos<sup>228</sup>, disputas que reclaman pre-embiones

---

<sup>226</sup> Aunque en otro contexto, la Corte Suprema del estado de Connecticut de los EE.UU. atendió una controversia en la que una paciente a quien una institución hospitalaria le diagnosticara una condición de cáncer de la cervix solicitaba la devolución de las laminillas que contenían el tejido que le había sido removido para su diagnóstico. En su acción, la paciente reclamó tener intereses propietarios sobre los tejidos removidos de su cuerpo. *Cornelio v. Stamford Hospital*, 246 Conn. 45, 717 A. 2d 140 (Conn. 1998).

<sup>227</sup> Por ejemplo, en el estado de Connecticut, una disputa personal entre dos científicos quienes trabajaban conjuntamente en un proyecto de investigación del Instituto Nacional de la Salud (NIH, por sus siglas en inglés) culminó en daños o destrucción deliberada por parte de uno de los científicos de un cultivo celular que había sido desarrollado por el otro. Ante esta eventualidad, el gobierno de los EE.UU. instó acción contra el científico responsable por los daños causados al material de investigación de origen humano. Utilizando un análisis basado en derechos propietarios, el Tribunal sostuvo que aunque producto del cuerpo humano, las líneas celulares, podrían ser tratadas como bienes muebles dentro del ámbito patrimonial. El caso fue *United States of America v. Prince Kumar Arora*, 860 F. Supp. 1091 (D. Md. 1994).

<sup>228</sup> *Yearworth v. North Bristol NHS Trust* [2009] EWCA Civ 37, [2010] QB 1, [2009] 3 WLR 118, [2009] 2 All ER 986 CA es una opinión emitida por la Corte de Apelaciones de Reino Unido en respuesta a una acción instada por seis hombres contra un hospital responsable por el almacenaje de esperma congelada por éstos ante el temor que el tratamiento de quimioterapia al que sería sometido les causara infertilidad. El desperfecto del sistema de nitrógeno que mantenía las condiciones del fluido seminal, provocó la pérdida de los gametos. La Corte decidió en favor de la parte demandante y reconoció que el material biológico cumplía con la definición amplia de propiedad.

como propiedad sujeto a la distribución luego de la separación de parejas<sup>229</sup>, pugnas por derechos sobre propiedad intelectual sobre secuencia genética de ADN y otros.

El régimen normativo aplicable a los materiales biológicos humanos encuentra retos y es causa de debates debido a su naturaleza, su fuente de origen, usos y potencial valor económico. La intersección de intereses que se encuentran en tensión añade complejidad y es causa de conflictos entre las partes interesadas. Algunas distinciones importantes dibujan líneas divisorias que apuntan a soluciones ajustadas a estos conflictos. El punto de partida consiste en el reconocimiento del derecho a la integridad corporal y que en su estado natural el cuerpo humano se encuentra excluido del ámbito comercial (*res extra commercium*).

La potestad para actuar y la autonomía individual son cimientos de la libertad humana. Partiendo de estas premisas fundamentales, podemos hacer distinción entre el cuerpo humano de la persona y los materiales biológicos una vez separados. Este aspecto es umbral para acuñar la tesis que las estructuras anatómicas, tejidos o fluidos, luego de extraídos del cuerpo humano, adoptan características que transforman su condición, por lo que pueden ser reputados objetos susceptibles negocios jurídicos. Ante la posible argumentación en contrario motivada por preceptos dogmáticos de orden moral, debemos recordar que el fundamento último de un ordenamiento jurídico consiste en procurar el goce pleno de la libertad individual y de su protección frente a los demás.

Al evocar conceptos vinculados a la dignidad de la persona humana es preciso recordar que la fuerza y trascendencia de este precepto inexpugnablemente solo alcanza su plena realización cuando se consagra un ordenamiento que crea las

---

<sup>229</sup> Davis v. Davis, 842 S.W. 2d. 588 (Tenn. 1992). La primera decisión estadounidense en considerar la situación de los embriones congelados de una pareja, luego del divorcio. La Corte decidió que los mismos constituían cuasi-propiedad y reconoce interés propietario sobre los embriones congelados. Véase además, York v. Jones, 717 F. Supp. 421 (E.D.Va. 1989) en el que sostiene que los embriones congelados son propiedad mantenida bajo un contrato de depósito.

condiciones para la manifestación de su esencia. En las partes removidas del cuerpo humano claramente existe un bien jurídico, en un nuevo orden; que sin menospreciar el marcado avance de carácter reglamentario de esta materia en jurisdicciones como España, todavía requiere de desarrollo adicional de normativa que alcance reconocimiento inter-jurisdiccional.

El principio tutelar reside en la protección de la libre manifestación de la voluntad personal sin que ello sea estimado como falta al orden público-social; particularmente cuando actos análogos por terceros gozan de protección y aceptación general. El valor por la persona humana no puede ser visto en el vacío. La dimensión de su actuación debe ser ampliada ante nuevas conquistas científicas que acercan cada vez mas a la persona física al centro de su desarrollo, por lo que el ordenamiento debe ser inclusivo y no dejar fuera las posibles aspiraciones, que bien pueden responder al ánimo de lucro o no, de la persona que constituye fuente de las partes corporales, tejido o fluidos biológicos humanos.

Nuestra tesis propugna el establecimiento de normativa que legitime los actos individuales sobre los materiales biológicos de la persona física y el reconocimiento de aquellos como una categoría de bienes jurídicos especiales aptos para entrar en la corriente de negocios jurídicos a voluntad de la persona. Como premisa fundamental de esta postura es importante reiterar que la persona como unidad órgano-espiritual no constituye una cosa apropiable que pueda encontrarse a la dominación de otra; que el cuerpo humano no puede reputarse bien, pues no es susceptible de ser apropiado.

## **5. Los materiales biológicos de origen humano y las características que los conforman como una categoría especial de bienes jurídicos**

La propiedad privada es un hecho social, considerándose propia de todos los tiempos y pueblos civilizados. Uno de los aspectos que tiene que solucionar cualquier organización social y cualquier ordenamiento jurídico es la atribución de los bienes económicamente valiosos, particularmente cuando por su naturaleza son escasos. Puede haber de este modo un sistema en el que los bienes económicos pertenezcan a la

colectividad y sean regidos por los representantes de ésta o que pertenezcan a grupos u organizaciones sociales. Puede haber también un sistema en el cual los bienes económicos se atribuyan a los individuos y a las personas.<sup>230</sup>

Como puede apreciarse, la figura de propiedad tiene alto contenido social, económico y político. Todo ello nace de la estrechísima intimidad que existe entre el contenido de la vida y su forma jurídica; más concretamente, entre la relación económica y la relación jurídica civil. La vida humana, en su aspecto total, se ofrece como una continua acción sobre la naturaleza, con el propósito de utilizarla, de convertirla en *bien*; el resultado más ostensible del progreso y de la civilización, de la creciente complejidad de las necesidades.<sup>231</sup>

El Derecho responde a ficciones conceptuales que precisamente buscan situar la actividad humana en concreto. Esta búsqueda demanda de un proceso de análisis que incluya elementos tales como, momentos históricos, intereses socio-económicos en conflicto, la ideología imperante al momento de la interpretación de la norma y de su conexión con los hechos en particular.<sup>232</sup>

El Derecho civil patrimonial se encarga de establecer conexión entre la persona que detenta el poder y la entidad o *cosa* sobre el que aquel descansa. Al respecto nos dice ALBALADEJO GARCÍA que el concepto de *cosa* es distinto de la acepción que tanto en sentido filosófico como vulgar se da a dicha palabra. Añade que para el Derecho es *cosa* toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente.<sup>233</sup> En cuanto a las clasificaciones generales de las *cosas* podemos decir que

---

<sup>230</sup> DíEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL: INTRODUCCION TEORÍA DEL CONTRATO, *supra*, n. 178.

<sup>231</sup> 3 JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL 54-55 (Reus, 7ma ed. 1952).

<sup>232</sup> Godreau, *supra*, n. 174, p. 11.

<sup>233</sup> ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL, *supra*, n. 187, p. 513.

las mismas pueden fundamentarse en algunos criterios básicos, tales como las cualidades de las *cosas* en sí mismas; las relaciones de conexión que guardan unas *cosas* con otras, y las relaciones de pertenencia, apropiación y transferencia.<sup>234</sup>

La actividad industrial y tecnológica, y por otro lado la crisis económica general, han propiciado creciente importancia a los bienes muebles. En voz de MANRESA ha sido advertido que los progresos de la industria fecundados por el capital, han abierto una nueva fuente inagotable de riqueza, la mueble.<sup>235</sup> Los Códigos civiles, al regular la riqueza mueble se encuentran en la difícil situación, casi creada por la fuerza, casi invencible, de la tradición, que define y hasta cristaliza los conceptos jurídicos. En lo referente al cuerpo humano se requiere que los cuerpos legales admitan nuevas figuras en el ámbito del Derecho civil patrimonial. La transformación traída por las ciencias y la tecnología precisan que los derechos que tienen por objeto, una u otra clase de bienes, confieran legitimidad a actos en el recinto de las facultades individuales sobre formas noveles de bienes.

Nuestra postura frente al derecho civil patrimonial lo concibe elástico y con la capacidad de adoptar renovadas instituciones. Esta apreciación del Derecho civil es afín a la postura doctrinal<sup>236</sup> que admite la creación de derechos reales (de las cosas) distintos a los ordinariamente tipificados en función de la autonomía privada de los individuos. Somos conscientes, no obstante, que a pesar del principio de libre creación, el ordenamiento exige ajustarse a determinados límites dados por normas imperativas relacionadas con los bienes.

---

<sup>234</sup> JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA, *COSAS, BIENES Y DERECHOS REALES* 12, Derecho Civil II, 2 (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 8va ed. 2007).

<sup>235</sup> MANRESA Y NAVARRO, *supra*, n. 231, p. 58.

<sup>236</sup> CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *PRINCIPIOS DEL DERECHO CIVIL: PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA*, *supra* n. 119, p. 13-15.

En cuanto al examen de las figuras en la sección que sigue debe notarse que no es el objeto de este apartado hacer un análisis exhaustivo de todas las instituciones del Derecho civil patrimonial sobre las cosas. Procuramos tan solo esbozar, sin adentrarnos en largas discusiones, ni detenidas excepciones, en los conceptos relevantes que permiten apoyar nuestra postura que las cualidades de los materiales biológicos, una vez separados del cuerpo humano, conforman bienes susceptibles de negocios jurídicos.

**(a) La separabilidad y transformación de los materiales biológicos: el origen de la cosa y su conformación como bienes**

Ya hemos apuntado que la noción de propiedad está pensada y referida al conjunto de posibilidades reconocidas a un sujeto sobre ciertas cosas.<sup>237</sup> En el Derecho civil, no obstante, lo que nos interesa al tratar la propiedad es la forma jurídica de las facultades o poderes de las personas sobre las cosas, la relación de pertenencia o apropiación sobre las mismas.<sup>238</sup>

En el ordenamiento civilista, la figura del patrimonio, según nos dice SERRANO ALONSO, representa “*el conjunto de **bienes**, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona física o jurídica destinado a lograr la satisfacción de las necesidades y a garantizar sus responsabilidades.*”<sup>239</sup> (Énfasis Nuestro) Esta definición implica la facultad del titular del patrimonio de actuar sobre su contenido, lo que en alguna medida debe ser valorado. Destaca el mismo jurista que tanto los **bienes** como los derechos que integran el patrimonio han de ser aptos para el tráfico jurídico; lo que supone además de contenido económico, su susceptibilidad para el

---

<sup>237</sup> VÁZQUEZ BOTÉ, *supra*, n. 4. p. 182.

<sup>238</sup> CASTÁN TOBEÑAS, DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL, *supra* n. 78, p.47.

<sup>239</sup> EDUARDO SERRANO ALONSO, INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL 304 (Edisofer, 1999).

comercio.

En este sentido, el concepto de *bien* comprende a todos los objetos valiosos, materiales e inmateriales; y solo adquiere condición de bien cuando, puede ser influido, dominado y apropiado por el hombre. El concepto de *bien*, como es sabido, es más amplio que el de *cosas*. Al respecto señala LACRUZ BERDEJO que en realidad, en el tráfico jurídico lo que valen no son las cosas, sino los derechos sobre ellas.<sup>240</sup>

El Código Civil de España proporciona en su articulado un esquema que permite la determinación de aquellas *cosas* que por su naturaleza conforman *bienes* que integran parte del patrimonio. Sobre este particular, los artículos 333 y 335 del Código Civil español, de forma integrada exponen los criterios objetivos que deben ser seguidos. En primer lugar, el artículo 333 declara que:

Todas las **cosas** que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles e inmuebles. (Énfasis nuestro)

Como podemos apreciar, el artículo 333 consigna la clasificación trascendental de las cosas, consideradas en relación con la propiedad. No obstante, debemos notar que por *cosa* generalmente se entiende un objeto material, como tal objeto, e independientemente de cualquier relación que pueda tener con una persona o ser de derecho, mientras que la palabra *bienes* indica que ya existe apropiación. La diferencia implícita está contenida en el mismo artículo 333, cuando dice “*cosas que son o pueden ser objeto de apropiación*”. Cabría pensar que con esto quiere darse a entender que mientras la condición de apropiada no se da en la cosa, el derecho es extraño a ella; pero la consideración de *bienes* se aplica aquí no solo a las *apropiadas* (actualmente), sino a todas las *apropiables*.<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, NOCIONES DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL E INTRODUCCIÓN AL DERECHO 108 (Dykinson, 7ma ed. 2012).

<sup>241</sup> MANRESA Y NAVARRO, *supra*, n. 231, p. 13.

En lo que se refiere a los bienes muebles, los cuales son los que tratamos por estar dentro del alcance del presente trabajo, el artículo 335 del Código Civil español establece que:

Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación ..., y en general “todos los que se pueden transportar de un punto a otro.

Nos señala MANRESA que en el artículo 335, los bienes muebles no son definidos por su condición natural. Nos apunta que el artículo dice “*se reputan*” y no dice “*son*”. Afirma que la definición de bien mueble es una creación legal, una formula jurídica. Además aclara que el Código señala que para ser considerado mueble un objeto, no basta que en sí lo sea, sino que lo sea separadamente, con sustantividad, sin menoscabo de la cosa a la que estuviese unido. El mismo jurista nos señala que en su redacción, el legislador no ha querido especificar los muebles por su naturaleza, contentándose con definirlos de modo general.<sup>242</sup>

Debemos notar que a pesar del posible empleo indistinto de términos en el Código Civil,<sup>243</sup> la condición de utilidad que se le atribuye a las cosas, combinada con su aptitud para ser desplazados, por sí o por fuerza exterior, permite que las cosas alcancen el umbral que las convierte en bienes muebles. El Código Civil español utiliza los términos cosas y bienes, aunque la identidad entre ambos conceptos no es completa. Abundando sobre esto, las cosas, en principio, son objetos materiales; los bienes, por el contrario, serían cualesquiera componentes del patrimonio de una persona que pueden ser valorados económicamente, tanto si son cosas propiamente dichas, cuanto si son derechos sobre las cosas (esto es, derechos reales).<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> MANRESA Y NAVARRO, *supra*, n. 231, p. 59.

<sup>243</sup> I JOSÉ PUIG BRUTAU, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL 296 (Bosh, 1ra ed. 1987).

<sup>244</sup> LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIOS DEL DERECHO CIVIL: PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA, *supra* n. 119, p. 320-321.

Considerando lo antes expuesto de forma integrada, un examen de los materiales biológicos de origen humano nos lleva a concluir que por su realidad física palpable y asequible, de forma objetiva, las estructuras anatómicas, tejidos o fluidos corporales separados del cuerpo, combinado con su probada utilidad satisfacen la definición de bienes.

Abundando sobre este asunto, por sus características naturales, los materiales extraídos del cuerpo humano pierden su conexión con la estructura orgánica corporal principal y por razón de esta separación concluye su función integral con la persona física. Por sí solo, el material biológico humano, se trata de un objeto corpóreo independiente e impersonal. No goza de los atributos propios de la naturaleza humana. Los elementos corporales al encontrarse de manera independiente del armazón físico pierden su estado natural; y a pesar de la coincidencia en su dotación genética, la pérdida de su inmediatez rompe su coincidencia física con el sujeto del derecho.

En contraste, el cuerpo humano, por estar íntimamente unido al sujeto de derecho, no puede ser legítimamente considerado objeto de tráfico jurídico; mientras por su desvinculación, las partes del cuerpo pueden convertirse como tal pues se traduce en la separación con respecto a la persona; por ejemplo la cabellera humana.<sup>245</sup> Sobre las cosas puede acontecer que, en el momento de que se trate, recaiga o no efectivamente un derecho de alguien como sería el caso de los materiales biológicos mientras se encuentren contenidos unitariamente en el cuerpo humano. De conformidad, la persona física no puede ser tratada como objeto o cosa en sí pues una persona no puede ser sometida al poder jurídico de otra, lo que equivaldría a esclavitud. Añade sobre esto ALBALADEJO GARCÍA que ciertas cosas, en el sentido vulgar, como el cadáver o restos humanos (mientras que no se pueda estimar, según las concepciones sociales, que han pasado a ser cosas sin relación con la persona a la que sirvieron base), sobre los que, aun siendo posible, en su totalidad, el señorío del hombre, sin embargo, el Derecho no lo admite, por diferentes razones,

---

<sup>245</sup> VÁZQUEZ BOTÉ, *supra*, n. 4, p. 7.

como el respeto a la persona en lo que fue su base corporal, o consideraciones religiosas, o de orden, moral, etc.<sup>246</sup>

La transformación que sufren los componentes del cuerpo en objetos o cosas ha sido descrita por otros de manera figurada como “*cosificación*.”<sup>247</sup> Según GARCÍA VALDECASAS, la “*cosa, en sentido jurídico, es todo objeto impersonal, delimitado espacial o idealmente, según sea de naturaleza corporal o incorporeal, susceptible de ser sometido al poder jurídico.*”<sup>248</sup> Esta definición es consistente con lo ya apuntado que los materiales biológicos, una vez separados del cuerpo humano, dejan de ser en términos científicos y para propósitos jurídicos, parte de un cuerpo vivo para transformarse en cosas. Precisamente, la existencia de los tejidos como objetos diferenciados del cuerpo humano posibilita que puedan configurarse como cosas cuyo potencial económico los transforma en bienes susceptibles de negocios jurídicos.

#### **i. La coincidencia del concepto patrimonial sobre el material biológico humano en múltiples jurisdicciones**

Con el propósito de lograr un análisis integrado, debemos notar que el Código Civil de Puerto Rico en su artículo 252 expone lo siguiente sobre la clasificación de bienes muebles:

---

<sup>246</sup> ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL, *supra*, n. 187, p. 514. Sobre este asunto, expone Lacruz Berdejo que tanto los órganos y partes separables *in vivo* del cuerpo del cuerpo humano, como el cadáver y sus órganos o partes obtenidas *post mortem* son, **en principio**, *res extra commercium* no susceptibles de tráfico económico ni jurídico por herir la sensibilidad humana. Mas según el mismo jurista, ello no obsta para reconocer a la persona cierta y condicionada disponibilidad de aquéllos. 1 JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL: PERSONAS, Vol.2, p. 60-61 (19na ed. 1990).

<sup>247</sup> David B. Resnik, *The Commodification of Human Reproduction Material*, 24 J. MED. ETHICS. Vol. 6, 388-393, 393 (1998). Este término es interpretado sin ánimo reduccionista del valor por el ser humano. Al usarlo buscamos ilustrar el instante en el que por razón de la separación del cuerpo adquiere su naturaleza autónoma e independiente.

<sup>248</sup> GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, PARTE GENERAL DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL 279 (Civitas 1983).

La palabra bienes es aplicable en general a **cualquiera cosa** que pueda constituir **riqueza** o fortuna. Esta palabra hace relación al mismo tiempo a la palabra **cosas** que constituye el segundo objeto de la jurisprudencia, según la cual sus principios y reglas se refieren a las personas, a las cosas y a las acciones.<sup>249</sup> (Énfasis nuestro).

Nos advierte VAZQUE BOTÉ que el Código Civil de Puerto Rico, manteniendo en este tema una ausencia de rigor terminológico muy similar al que padece el Código Civil de España, hace difícil al intérprete poder concluir lo que entiende el legislador por cosa; parece, no obstante, reconocer un concepto amplio en su definición.<sup>250</sup>

Una lectura de la disposición anterior nos confirma que el Código Civil puertorriqueño no trata como sinónimos perfectos, mas bien parece distinguir la figura de *bienes* y la de *cosas*. De conformidad con la interpretación dada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico a esta figura en *Veray Molinary v. Marín*,<sup>251</sup> la aplicación de la figura de las cosas tiene carácter amplio pues constituye el producto de la aplicación de los preceptos legales contenidos en el Título I del Libro Segundo del Código Civil, el cual trata sobre la clasificación de los bienes. Entre estas disposiciones está contenido el artículo 265<sup>252</sup> el cual establece que han de reputarse bienes muebles los susceptibles de apropiación y que puedan transportarse de un punto a otro.

No hay duda que el Derecho corresponde a conjugaciones conceptuales que buscan ubicar y dar solución adecuada a la actividad humana en concreto. Busca captar el proceso con todos sus elementos, momentos históricos, intereses en conflicto, y la corriente de

---

<sup>249</sup> Código Civil de Puerto Rico art. 252, 31 L.P.R.A. § 1021.

<sup>250</sup> VÁZQUEZ BOTÉ, *supra* n. 4. p. 9.

<sup>251</sup> *Veray Molinary v. Marín*, 26 D.P.R. 208 (1918).

<sup>252</sup> En particular el artículo 265 del Código Civil de Puerto Rico señala que “Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se puedan transportar de un punto a otros sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.” Código Civil de Puerto Rico Artículo 265, 31 L.P.R.A. § 1061. (El artículo 265 del Código Civil de Puerto Rico guarda concordancia con el artículo 335 del Código Civil de España).

pensamiento imperante. Según expresara Michel GODREAU “*toda norma jurídica, sea constitucional, legislativa, reglamentaria o jurisprudencial, tiene que estar sujeta al examen del jurista, no sólo en términos de la ubicación y adecuación de ésta en la compleja estructura que denominamos ordenamiento jurídico, sino también en términos de su validez intrínseca, es decir, de su justicia.*”<sup>253</sup> Precisamente, sobre este particular el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Díaz v. Alcalá* expresó que:

[T]omando en consideración la evolución jurídica, parece existir suficiente base, sin perjuicio de la carencia de rigor que manifiesta el Código Civil, para afirmar que la expresión bienes es más amplia que la de cosas, como dice Planiol. Aunque originalmente la expresión bien iba referida fundamentalmente a los objetos corporales, y destacadamente a los inmuebles, el progreso de la vida jurídica y las modificaciones en la conciencia social le hacen hoy tener un alcance mucho mayor, que comprende todo aquello que sea elemento de fortuna y de riqueza susceptible de apropiación. En este sentido, los bienes comprenden las cosas de todas clases: casas, tierras, muebles, créditos, rentas, derechos de autor, patentes de invención, etc.<sup>254</sup>

Los preceptos normativos y jurisprudenciales antes descritos permiten concluir que por sus atributos, los materiales procedentes del cuerpo humano tales como tejidos, órganos y fluidos corporales satisfacen los criterios objetivos que conforman las cosas; que junto a su potencial económico el de la figura de bienes muebles. En cuanto a su valoración económica, es importante aclarar que este aspecto del tráfico de bienes igualmente puede corresponder a su utilidad y no se encuentra supeditada a estricto valor en metálico.

El concepto de bien mueble con potencial de ser objeto de negocio jurídico que le atribuimos a los materiales biológicos es consistente con la perspectiva dada por CASTÁN TOBEÑAS, como el concepto de la cosa como toda entidad, material o inmaterial, que

---

<sup>253</sup> Godreau, *supra*, n. 174, p. 74.

<sup>254</sup> *Díaz v. Alcalá*, 140 D.P.R. 959 (1996).

tenga una existencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacerles una utilidad, generalmente económica.<sup>255</sup>

Una vez separados, los materiales biológicos, pierden su definición de cuerpo humano y se transforman en entidades autónomas con utilidad que muy bien podrían tener propósitos de naturaleza económica. De este modo los materiales biológicos pueden ser tratados indistintamente como cosas o como bienes. Es una cuestión distinta cuando hablamos del cuerpo vivo que cuando nos referimos a los materiales biológicos de origen humano, en tanto éstos no forman parte del “soporte de la personalidad”, es decir del cuerpo vivo.

NICOLÁS JIMENEZ, sostiene que las partes del cuerpo humano, separadas del mismo, son propiedad del sujeto fuente, pero que los ordenamientos optan por un sistema de comercialización determinado en función de determinados criterios.<sup>256</sup> Digamos, imponen límites en función de las diferencias entre unas partes y otras. Esta posición patrimonialista tiene cabida en otros ordenamientos, por ejemplo, Italia. Al respecto, el artículo 5 del Código Civil de Italia establece:

Quedan prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando causan una disminución permanente de la integridad física o son de otra manera contraria a la ley, al orden público o las buenas costumbres.

El lenguaje usado por el artículo precisa como requisito la protección de la funcionalidad corporal al proscribir disminuciones permanentes; mas no así los actos de disposición. El objeto de este acto que corresponde solo al sujeto fuente son los materiales del cuerpo extraídos, o sea, las cosas separadas de la persona viva.

---

<sup>255</sup> CASTÁN TOBEÑAS, DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y FORAL, *supra* n. 78 p. 543-544.

<sup>256</sup> Nicolás Jiménez, *Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales*, REV. DER. GEN. H., Núm. 19, 2003, p. 207-228, 214.

La postura patrimonial sobre los materiales biológicos humanos ha merecido análisis y ha sido visto como idónea para proteger los derechos de los pacientes y de las personas participantes de investigaciones.<sup>257</sup> Por ejemplo, EuroBiobank, la primera red de biobancos en Europa dedicada al servicio de pacientes con enfermedades raras publicó<sup>258</sup> un estudio en el que presentó una visión de la legislación de los países de la Comunidad Europea atendiendo cuestiones relacionadas con el cuidado y manejo de los pacientes. Fue el consenso de los 9 países integrantes de la Red que la sustancia biológica separada del cuerpo, no es un elemento de la personalidad, pues la mayoría de las legislaciones objeto de análisis permiten actos de disposición sobre residuos del propio cuerpo y del cadáver. De manera expresa afirman que la muestra biológica es cosa, propiedad privada y su titular es el sujeto fuente.

EuroBioBank aclara que el reconocimiento al derecho patrimonial no necesariamente implica la comercialización de la muestra sin restricciones; en efecto, se podrán imponer limitaciones en función de su origen humano y de la diferencia entre unas partes del cuerpo y otras. Esta postura en cuanto al derecho sobre las cosas de origen vivo resulta coherente con el espíritu altruista y de solidaridad para con los demás.

La manifestación de los países participantes de la red EuroBiobank sobre el tratamiento patrimonial de los materiales procedentes del cuerpo humano señala una coincidencia de pensamientos que presagian tornarse en doctrina imperante. No hay duda que la disciplina técnica del Derecho basada en el razonamiento deductivo de las

---

<sup>257</sup> Entre las ventajas que presentan los promoventes de la postura patrimonial sobre los materiales biológicos de origen humano se habla de mecanismos de control más efectivos por motivo de la posible transgresión de los derechos de la persona fuente.

<sup>258</sup> EuroBiobank. Outstanding legal and ethical issues on biobanks: An overview on the regulations of member states of the EuroBioBank project (2005). Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Sanidad y Consumo, Las cuestiones ético-jurídicas más relevantes en relación con los biobancos. Una visión a la legislación de los países miembros del proyecto EuroBioBank,. NIPO: 354-05-003-7. Depósito Legal: M-46888-2005. Disponible en <http://www.eurobiobank.org>.

Eurobiobank se compone de 25 miembros procedentes de 9 países de la Comunidad Europea fundada en el 2001.

normas escritas nos debe servir para lograr los fines sociales de cada tiempo y previene que el Derecho se torne inoperante por motivo de rigidez conceptual.

Múltiples exponentes concuerdan con la postura sobre el tratamiento patrimonial que merecen los materiales biológicos humanos. Entre estos, ANGOITIA GOROSTIAGA, quien destaca que los acelerados logros de las ciencias bio-médicas en los albores del siglo XXI crean dudas sobre el reiterado debate relacionado con la licitud o ilicitud de la compensación a quien cede una parte de su cuerpo, como exigencia de la dignidad de la persona y la extracomercialidad del cuerpo. Apunta que lo que se concebía como *extracomercium* y, en cuanto tal, aparecía excluido de cualquier tipo de convención, acuerdo o tráfico jurídico, parece mudar parcialmente su naturaleza hacia la de los objetos de tráfico limitado, como ya acontece con el plasma sanguíneo y se intuye puede ocurrir con otros materiales biológicos.

Concluye el mismo jurista que, en este contexto, se hace difícil seguir sosteniendo que el cuerpo humano es una *res extracomercium* y, en cuanto tal, cualquier acto de disposición del mismo resulta exclusivamente admisible desde el principio de totalidad o en atención a los móviles y fines perseguidos por los mismos que, dado su carácter extraordinario, responden al principio de beneficencia. Expresa que dado la extracomercialidad habría de predicarse de la persona misma y no de aquellas manifestaciones físicas de la persona susceptibles de disociación y transmisión a otras, particularmente cuando la vida y la salud del disponente no se ven vulneradas. Renovaría así la vigencia el más dogmático planteamiento moralista, en su día contrario a la licitud de la extracción de órganos y tejidos de donante vivo con fines sustitutivos, conforme al cual no deben establecerse diferencias entre los móviles más o menos nobles que induzcan a la cesión siempre que en sí mismo honestos, y honesto es el cobro de una cantidad de dinero que saque a uno de su pobreza, aunque se escandalicen de oírlos algunos. La ilicitud no radica en la índole de la acción en muchos casos, sino en la acción; al revés precisamente de lo que se pretende.

Según ANGOITIA GOROSTIAGA todo aconseja una razonable desvinculación de la exigencia de gratuidad de los actos de disposición del propio cuerpo del objeto sobre que

éstos recaen. Añade que la historia devela el carácter cambiante de las *res extracommercium* y su evolución hacia mayores ámbitos de admisibilidad. Los acelerados logros de las ciencias biomédicas determinan una sustancial variación de parámetros axiológicos fundamentados en realidades manifiestamente diferenciadas de las que ya hoy concurren y de las que previsiblemente cabe intuir en los años venideros. Ello aboca a una progresiva cosificación del cuerpo humano en función de su creciente disponibilidad, la cual no atentaría contra la dignidad esencial de toda persona.<sup>259</sup>

En el ámbito de la reproducción asistida, podemos destacar la postura de CÁRCABA FERNÁNDEZ quien señala que cada vez más se perfilan como cosas los elementos que conforman la procreación artificial.<sup>260</sup> La jurista expresa que es discutible extender el derecho a la vida a los "preembriones" los cuales, según el artículo 15 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, pueden ser utilizados con fines investigativos, satisfechos algunos requisitos. Debe notarse que el término "preembrión" adquiere importancia para designar el estadio de desarrollo que comprende desde la fecundación hasta el momento de la implantación, reservándose el término "embrión" para designar el momento de la implantación en el útero. Este concepto se encuentra contenido en aquellas legislaciones partidarias de diferenciar conceptualmente las distintas fases del desarrollo embrionario, utilizando dicha diferenciación como fundamento de la discontinuidad en las categorías éticas y jurídicas correspondientes, con la finalidad de autorizar determinadas intervenciones sobre el embrión en función de la etapa de desarrollo en que se encuentre. De esta manera, el concepto de "preembrión" se emplea

---

<sup>259</sup> VÍCTOR ANGOITIA GOROSTIAGA, *Trasplante de órganos, tejidos y células (jurídico)*, en ENCICLOPEDIA DE BIODERECHO Y BIOÉTICA, TOMO II, 1635-1649, 1637-1638 (Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, 2011). Véase también, VÍCTOR ANGOITIA GOROSTIAGA, EXTRACCIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS: PROBLEMÁTICA JURÍDICA 158 (Marcial Pons, 1996).

<sup>260</sup> MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ, LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA 71, 157-162 (Bosch 1995).

como límite lingüístico a la fractura que se quiere crear en la protección de las diferentes fases del desarrollo pre-natal.<sup>261</sup>

En el modelo español, conforme al artículo 15 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida, de forma general, la investigación o experimentación con "preembriones" supernumerarios (sobrantes) procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción está permitida si cuenta con el/los consentimiento(s) escrito(s); el preembrión no se haya desarrollado *in vitro* más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito; y que la investigación se realice en centros autorizados. Esta distinción conceptual del legislador sirve como fundamento a la atribución de una posición jurídica que parece asimilarse a la prestada a los gametos (esperma y óvulos)<sup>262</sup> sobre los cuales el derecho español reconoce compensación al sujeto fuente por las molestias incurridas para su obtención.

En el ámbito del derecho común, HARDCASTLE expone tres factores que a su juicio, entendidos de forma integrada, justifican la existencia de derechos propietarios sobre los materiales biológicos separados del cuerpo humano. En primer lugar, señala que los derechos propietarios se originan al momento de la separación y que los mismos figuran una extensión natural del derecho a la integridad corporal. Expresa que sería inconsistente que el acto de separación fuera causa para el despojo de la protección prestada por el ordenamiento a la integridad que le es reconocida al cuerpo humano. En su postura, HARDCASTLE señala como segundo factor que el ordenamiento jurídico ya encierra circunspecciones sobre los derechos de la persona fuente sobre su propio cuerpo. Establece que los regímenes que tratan o reglamentan el uso y disposición de los materiales biológicos humanos ya imprimen importancia a la potestad que goza la persona ante posibles intervenciones físicas. Por ejemplo, el requerimiento de consentimiento informado,

---

<sup>261</sup> JUAN RAMÓN LACADENA CALERO, *Embrión- Concepto Jurídico-legal de embrión*, en ENCICLOPEDIA DE BIODERECHO Y BIOÉTICA 703-705 (Comares, 2011).

<sup>262</sup> Debe tomarse que los embriones sobrantes, procedentes de la fecundación *in vitro*, se consideran no viables tras cinco años de permanecer congelados y pueden ser utilizados para la investigación.

el cual parte de la noción que cada individuo tiene derecho al control de los materiales corporales que le puedan ser extraídos. Señala, no obstante, que en jurisdicciones como la británica, pueden darse circunstancias en las que el consentimiento para el uso de los materiales biológicos ya separados no sea requerido.<sup>263</sup> Como punto final supone que la ausencia de derechos propietarios sobre los materiales biológicos separados del cuerpo humano resulta en un vacío jurídico injustificable.<sup>264</sup>

QUIGLEY, otro exponente sobre estos asuntos, señala que la medicina y las actividades científicas e industriales asociadas a los tejidos humanos han dado una nueva dimensión al modo de valorar el cuerpo humano.<sup>265</sup> Señala que tanto nuestros cuerpos, como sus partes han traído perspectivas distintas a las concepciones tradicionales sobre el cuerpo humano. Establece que el esquema de propiedad puede ser un método efectivo y constructivo para atender las dificultades que se originan de los cambios en la concepción sobre el valor del cuerpo. Con sus argumentos apunta a la libertad plena de la persona para decidir sobre los actos sobre su propio cuerpo. Concibe que cada quien debe poseer potestad sobre su estructural corporal, y que los derechos propietarios se extienden a las partes del mismo.

---

<sup>263</sup> Por ejemplo, en el Reino Unido, los materiales biológicos (tejidos y órganos) que estuvieran en posesión de instituciones antes de septiembre de 2006 pueden ser utilizados en procesos investigativos sin requerir consentimiento de las personas de las cuales habían sido removidos a esa fecha. Las disposiciones de ley fueron aprobadas con carácter prospectivo. *Human Tissue Act, 2004, part 1 - Removal, storage and use of human organ and other tissue for scheduled purposes.*

En España, la Ley de Investigación Biomédica estableció disposiciones transitorias respecto a las muestras biológicas con anterioridad a la entrada en vigor de la referida ley. Las muestras almacenadas con anterioridad pueden ser usadas con fines de investigación biomédica cuando el sujeto fuente haya dado su consentimiento o cuando las muestras hayan sido previamente anonimizadas. No obstante, podrán usarse sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento conlleve un esfuerzo no razonable.

En cuanto al consentimiento informado, el modelo español ha optado por un régimen intermedio y flexible, en el sentido que el consentimiento inicial puede cubrir, si así se ha previsto en la información proporcionada previamente al sujeto fuente, investigaciones posteriores relacionadas con la inicial, incluidas las investigaciones que puedan ser realizadas por terceros y las cesiones de éstos datos o muestras identificas o identificables.

<sup>264</sup> ROHAN J. HARDCASTLE, *LAW AND THE HUMAN BODY: PROPERTY RIGHTS, OWNERSHIP AND CONTROL* 146-148 (Hart, 2007).

<sup>265</sup> Muireann Quigley, *Property and the body: applying Honoré*, 33 J. MED. ETHICS 631-634, 631 (2007).

Lo anterior plantea que los nuevos descubrimientos en materia de las ciencias vivas, incluyendo las técnicas de reproducción asistida, hacen imperativo que el modelo legislativo alcance nuevas concepciones para atender el incremento de posibilidades y tecnologías, lo cual ha llevado a replantearse las doctrinas tradicionalmente observadas. En el lenguaje jurídico la idea de cosa como objeto de derechos entra en estado de tensión cuando se trata de calificar realidades que se ligan de algún modo a los valores de la existencia humana. Esto ha ocurrido en las consideraciones jurídicas prestadas al cadáver, de los órganos o de los elementos corporales humanos. En fin, la separación del cuerpo humano se convierte, en el hecho jurídico determinante de la mutación jurídica.<sup>266</sup>

## **ii. Aproximaciones sobre el concepto patrimonial de los materiales separados del cuerpo desde la perspectiva angloamericana**

En cuanto al Derecho anglo-norteamericano, como sistema prevalente en los EE.UU., precisa reconocer que el ordenamiento jurídico se encuentra centrado en el precedente jurisprudencial. El razonamiento de Derecho corresponde al juzgador y con ello produce lo que para todo fin práctico da respuesta a una controversia y se traduce en norma ante hechos similares. Claro está, los pronunciamientos del Tribunal no pueden achicar las libertades que les consagra a los ciudadanos la Constitución de los EE.UU., aunque sí pueden expandirlas.<sup>267</sup>

Las técnicas de análisis en el derecho anglo-americano permiten que en su dinámica de impartir justicia, el juzgador pueda ubicar al derecho en su contexto funcional y mantenga concordancia con las exigencias del momento histórico en el

---

<sup>266</sup> JUAN RAMÓN LACADENA, *supra* n. 261, p. 708

<sup>267</sup> JOSÉ TRÍAS MONGE, SOCIEDAD DERECHO Y JUSTICIA (Editorial de la Universidad de Puerto Rico 1ra ed. 1986).

que se desarrollan. Sin embargo, en ausencia de legislación o reglamentación, el valor que ofrece este esquema operacional de análisis jurídico por otro lado permite la influencia marcada de concepciones particulares y gradaciones en la interpretación de la normativa o de la política pública imperante. En el contexto-jurídico político norteamericano, los materiales biológicos de origen humano gozan de construcciones que varían o más bien parecen ser consistentes con la naturaleza de los mismos. En esta jurisdicción también es notable la línea limítrofe en los conceptos de propiedad entre el cuerpo y las partes del mismo una vez separadas o extraídas del mismo.

Consistente con lo que ya hemos expuesto, en el pensamiento general en los EE.UU., el cuerpo humano corresponde al espacio de la persona física, no obstante, las partes anatómicas independientes trazan la ruta hacia la esfera patrimonial. Esta tendencia puede apreciarse desde hace más de tres décadas. Muestra de ello lo es *Cramer v. Commissioner of Internal Revenue*<sup>268</sup> cuyos hechos se desarrollaron en el estado de Florida de los EE.UU. en el 1980. El Departamento de Hacienda federal de los EE.UU. inició acción en contra de Margaret Cramer Green por no informar de ingresos considerados tributables consistente en pagos a cambio de la cesión de plasma sanguíneo<sup>269</sup> a un laboratorio por periodo aproximado de siete años. Cramer no refutaba que los pagos recibidos fueran tributables, más bien reclamaba la deducción de los gastos incurridos tales como el mantenimiento de una dieta especial que le permitiera las cesiones de plasma. La premisa común en las argumentaciones de ambas partes consistía que la actividad de cesión del plasma sanguíneo a cambio de pago era de naturaleza lucrativa. El tribunal administrativo estableció de forma manifiesta que la naturaleza del acto jurídico se trataba de la venta de un bien tangible.

*Under the facts of this case, we find that petitioner's activity was the sale of a tangible product. From petitioner, who did little more than*

---

<sup>268</sup> Margaret Cramer Green v. Commissioner of Internal Revenue, 74 T.C.1229 (1980).

<sup>269</sup> La sangre de Cramer Green era del tipo AB negativo, la es cual poco común en el hemisferio oeste.

*release the valuable fluid from her body, the plasma was withdrawn in a complex process by the equipment of the lab. Petitioner performed no substantial service. She was paid for the ítem extracted by the lab. Except for the unusual nature of the product involved, the contact between petitioner and the lab was the usual sale of a product by a manufacturer to a distributor or of raw materials by a producer to a processor. A tangible product changed hands at a Price, paid by the pint.*

Según los hechos del caso de autos, encontramos que la actividad llevada a cabo por la peticionaria consistía en la venta de bien tangible. De una peticionaria, quien hiciera poco más que la cesión de un fluido valioso de su cuerpo, el plasma le fue extraído mediante el uso de proceso complejo por el equipo del laboratorio. La actividad llevada a cabo por la peticionaria no se trató sustancialmente de un servicio. Ella recibió pago por un artículo le fue extraído por el laboratorio. Excepto por la naturaleza inusual del producto, la transacción entre la peticionaria y el laboratorio se trató de una venta regular de un producto por un manufacturero a un distribuidor o de la distribución de materia prima por parte de un productor a un procesador. Un producto tangible cambio de manos a cambio de precio, pago por pinta.

Aunque la tendencia general de los Tribunales norteamericanos ha sido reservada en cuanto a resolver este tipo de controversias fundamentadas en derechos propietarios, las expresiones por parte del Tribunal, aunque administrativo, reflejan la tolerancia por concepciones sesgadas en favor del posible tratamiento patrimonial de los materiales biológicos originados del cuerpo humano. Son múltiples las oportunidades desaprovechadas por los Tribunales para resolver este asunto expresamente pero realmente ¿Corresponde esta labor a los tribunales o mas bien es una responsabilidad del legislador?<sup>270</sup> Lo cierto es que la respuesta por parte del Congreso de los Estados Unidos no ha sido específica, pero en los Tribunales puede apreciarse apertura concordante con los avances científicos.

La reciente opinión emitida por el noveno Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos en *Flynn v. Holder*<sup>271</sup> representa un precedente a tono con la transformación de los procedimientos de extracción de tejidos resultantes de adelantos

---

<sup>270</sup> NILS HOPPE, BIOEQUITY-PROPERTY AND THE HUMAN BODY 137-140, 151 (Ashgate 2009). Los autores de esta publicación postulan el criterio de Bioequidad como elemeto fundamental en la administración de Derecho.

<sup>271</sup> *Flynn v. Holder*, 665 F.3d. 1048 (2011).

tecnológicos. La parte demandante, entre otros, compuesta por los padres de niños y pacientes con leucemia, un Doctor en medicina y una corporación que buscaba el lanzamiento de un programa para el trasplante de médula ósea, acudieron al Tribunal cuestionando la constitucionalidad de la Ley Nacional de Trasplantes de Órganos (NOTA, por sus siglas en inglés) <sup>272</sup> por ésta impedir el pago <sup>273</sup> a cambio de la cesión de médula ósea. Entre las alegaciones de la parte demandante se desprende la actual disponibilidad de un procedimiento de recolección de médula ósea no invasivo que según estos justificaba su exclusión de la lista de órganos a los que la prohibición de pago les era aplicable. La distinción se centró en que al momento de aprobación de la ley para eso del año 1984, la donación de médula ósea requería de un procedimiento complejo y doloroso mientras que la nueva técnica consistía en un procedimiento ordinario comparable con la donación de sangre.<sup>274</sup> La finalidad principal del recurso presentado por la parte demandante consistía en reducir la escasez de participantes en el programa de trasplantes de médula ósea para así aumentar la probabilidad de la histocompatibles<sup>275</sup> y con ello ofrecer esperanza de vida a los pacientes por razón de un mayor inventario.<sup>276</sup> En su opinión, el Circuito de Apelaciones no dio respuesta al planteamiento constitucional; mas bien condujo un análisis racional de las disposiciones contenidas en la norma.

---

<sup>272</sup> National Organ Transplant Act, 42 U.S.C. § 274e.

<sup>273</sup> La corporación proponía el pago de cerca de \$3,000.00 dólares americanos en forma de beca u otros.

<sup>274</sup> En los EE.UU. es legal el pago a cambio de la cesión de la sangre.

<sup>275</sup> Se refiere a las relaciones entre los tejidos de un donante y de un receptor. El éxito depende de la compatibilidad genética entre el sujeto fuente y el receptos. De no ser compatible podría ocurrir rechazo inmunológico por parte del paciente o receptor del órgano. Ver información disponible en portal de términos médicos, [http://www.portalesmedicos.com/diccionario\\_medico/index.php/Histocompatibilidad](http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/Histocompatibilidad). (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>276</sup> La probabilidad que dos personas norteamericanas de origen caucásico seleccionadas al azar sean compatibles es aproximadamente de 1:10,000; mientras que la probabilidad en el caso de dos personas de origen afro-americana es de 1:100,00. Theodore C. Bergstrom, Rodney J. Garratt & Damien Sheehan-Connor, *One Chance in a Million: Altruism and Bone Marrow Registry*, 99 AMERICAN ECONOMICS REVIEW 1309 (2009).

Esta decisión demuestra la influencia que tiene la evolución tecnológica sobre pensamientos doctrinales que dan dirección a nuevas construcciones jurídicas. Estas discusiones se adentran en el ámbito de la política pública al coincidir la necesidad de suplido de materiales biológicos para ser utilizados de manera diversa con las capacidades tecnológicas que hoy posibilitan su obtención sin provocar lesiones o menoscabo a la integridad corporal de la persona física de quien se obtienen.

De otra parte es una innegable realidad el potencial económico del cuerpo humano el cual ha sido calculado en aproximadamente \$45 millones de dólares, según sostuvo un estudio que publicado por la revista WIRED, basándose en estimados obtenidos de hospitales y aseguradoras de salud. De hecho, la revista reportó el valor económico de la médula ósea es aproximadamente \$23,000 dólares el gramo, el ADN \$9.7 millones y los anticuerpos producidos por el cuerpo alrededor de \$7.3 millones de dólares.<sup>277</sup>

Forzoso es concluir que las anteriores argumentaciones ya dejan de estar centradas en si las estructuras biológicas, fluidos o tejido humanos una vez extraídos del cuerpo humano constituyen bienes susceptibles de negocios jurídicos; sino mas bien sobre quien tiene la potestad de llevarlos a cabo. Así, el elemento subjetivo en la relación jurídica entre los materiales corporales o cosas y la persona de quien proceden descansa en la potestad del hombre para determinar la utilidad que aquéllos puedan tener. El Derecho subjetivo patrimonial supone la existencia de un objeto o cosa, o sea, de una entidad sometida al señorío o poder del titular del Derecho y que le sirva de medio para alcanzar sus fines. Esto parte de la realidad sobre la que recae el poder concedido al sujeto; particularmente aquello sobre lo que en algún sentido sea

---

<sup>277</sup>Samantak Gosh, *The Taking of Human Biological Products*, 102 CALIFORNIA LAW REVIEW 511 (2014) disponible en <http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/05-Ghosh.pdf>, en el que se incluyen datos sobre el estudio publicado por la Revista WIRED. Scott Carney, *Inside the Business of Selling Human Body Parts*, WIRED publicada el 31 de enero de 2011, disponible en [http://www.wired.com/magazine/2011/01/ff\\_redmarkets/all/1](http://www.wired.com/magazine/2011/01/ff_redmarkets/all/1); también debe verse, *What Is Your Body Worth?*, DATAGENETICS, disponible en <http://www.datagenetics.com/blog/april12011/index.html>.

posible tener poder jurídico. En principio presume la satisfacción de intereses económicos, susceptibles de valoración en dinero.<sup>278</sup>

### **iii. Actos dispositivos de los materiales biológicos separados del almacén físico**

El ejercicio del Derecho de la persona sobre la cosa significa actuar sobre su contenido mas no se trata de la actuación de todas las facultades que aquél atribuye al titular. Desde esta perspectiva, podría incluso afirmarse que la facultad de disposición es precisamente la garantía de libre disposición económica del propietario, quien podrá seguir siéndolo o dejar de serlo a su libre albedrío, en atención a la valoración personal de las condiciones económicas en que se encuentre.<sup>279</sup>

El acto dispositivo que realiza la persona sobre los materiales separados de su cuerpo, encierra el contenido del Derecho sobre la cosa; particularmente en un ordenamiento que ya ha reconocido como lícito las disposición de aquéllos, sujeto a ciertas márgenes y condiciones. Tal disponibilidad, hasta el presente, se ha entendido que no hiere la sensibilidad social en ciertos actos, por ejemplo, el pago a cambio de leche materna o el pago por las inconveniencias de ceder fluidos seminales a biobancos para ser luego ser utilizados por terceros. La limitada y condicionada disponibilidad de las partes separables del cuerpo humano en la conciencia social hoy vigente, en el marco de la moral, las buenas costumbres y el orden público, enfrenta el reto de estos indeterminados conceptos a dar cauce jurídico a la facultad al sujeto del Derecho.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL I: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL, *supra*, n. 187, p. 444, 447.

<sup>279</sup> LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL PROPIEDAD Y DERECHOS CIVIL: PROPIEDAD Y DERECHOS REALES DE GOCE, *supra*, n. 181, p. 69.

<sup>280</sup> 1 JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL DE DERECHO CIVIL: PERSONAS, Vol. 2, 60-61 (19na ed. 1990).

La misma lógica interviene en aspectos de equidad al discutir la compensación económica en la cesión de materiales biológicos humanos. El ordenamiento no puede proscribir el ánimo de una persona de aceptar ser compensado por la cesión de material biológico procedente de su cuerpo; y mucho menos el ánimo del beneficiado por el acto de efectuar tal compensación. Estamos otra vez, en el ámbito de libertad de la persona en el que la intervención jurídica sobre el concurso de estas voluntades, desde el punto de vista práctico o de la moral y las buenas costumbres, en nada desnaturaliza el ordenamiento. El amplio y creciente uso de las técnicas modernas ofrecidas por la biotecnología replantea estos conceptos orientados a nuevas perspectivas del principio de dignidad humana que exige todo ordenamiento.

VAZQUEZ BOTE destaca que el significado de cosa o bien debe circunscribirse a lo que es considerado como tal por la conciencia de la sociedad a la que la norma va destinada.<sup>281</sup> Estas valoraciones están moldeadas por el devenir histórico. En el decir de GODREAU, “*el progreso científico lleva consigo la aparición de una serie de bienes, cosas, de enorme complejidad y de enorme valor que reclaman una especial atención*”.<sup>282</sup> En el caso de los materiales biológicos de origen humano el recuadro al que fueran circunscritos en el pasado ha sido transformado para convertirse en una nueva categoría de bienes. En la actualidad, el esquema tradicional que excluye al cuerpo humano de negocios jurídicos, atribuible a orientaciones éticas que rechazan cualquier consideración comercial del mismo, demanda nuevos cálculos ante la existencia de lo que hoy a todas luces representan bienes que revisten gran importancia.

La potestad del disfrute y disposición de la cosa concebida propiamente como bien jurídico debe ir de la mano del derecho a la libertad individual. El derecho de la persona a adoptar determinada posición sobre el destino que deben llevar los materiales procedentes de su cuerpo humano entra en la dimensión de no intervención

---

<sup>281</sup> VÁZQUEZ BOTÉ, *supra*, n. 4, p. 5.

<sup>282</sup> Godreau, *supra*, n. 174, p. 73.

del Estado y penetra en un área que corresponde al ámbito de actuación de la persona conforme a su voluntad y sus creencias. De esta manera el derecho al disfrute de la propiedad privada se encuentra frente a la obligación del Estado de hacer valer las garantías constitucionales reconocidas a sus ciudadanos que permiten el libre desarrollo de la persona respecto del cual la autonomía de todos es instrumento de realización.

En este ámbito se halla lo que DÍEZ-PICAZO llamara el principio de iniciativa privada, el cual resulta exigible como corolario de la dignidad humana. Propiamente planteado por el mismo jurista, las personas solamente son libres si pueden actuar plenamente en el ámbito económico.<sup>283</sup> Ante los marcados intereses no tan solo privados sino públicos que entran en colisión por motivo de la utilidad reconocida a los materiales biológicos humanos entra en controversia la intensidad de las restricciones impuestas mediante legislación a las facultades pertenecientes a la persona física de quien proceden. Desde esta perspectiva, deben considerarse los parámetros seguidos en la delimitación de la potestad de la persona para hacer actos dispositivos que conlleven la transmisión de materiales corporales conforme a la voluntad del sujeto fuente.

Son razones de política pública las que sirven de justificación para imponer restricciones a la facultad de la persona para disponer de sus elementos corporales y que la reducen al acto pasivo de consentir su uso por terceros, estatales o privados. De ordinario las políticas dirigidas a la recolección de las partes corporales, que entre otros buscan lograr la autosuficiencia nacional de órganos y tejidos, están impregnadas de posturas dogmáticas que apelan a valores de sociales altruistas que son traducidos en legislación que prohíbe cualquier tipo de prestación a cambio de la cesión de los materiales procedentes del cuerpo. En España, el uso y disfrute de los materiales biológicos de origen humano está limitado a actuaciones gratuitas que

---

<sup>283</sup> DÍEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN TEORÍA DEL CONTRATO, *supra*, n. 178, p. 56.

impiden se interpongan actos recíprocos que comporten beneficios económicos o lucro al sujeto fuente, según puede apreciarse en las múltiples leyes especiales aprobadas en este campo del Derecho.<sup>284</sup>

La existencia de estos límites impositivos, provocados por la concurrencia de intereses incompatibles, responde a reglas que exigen al sujeto fuente se comporte dentro de parámetros legislativos específicos. Desprovisto de su discreción personal, la facultad de acción del tenedor de la cosa queda mermada. Esto se traduce en la transgresión de su libertad individual para disponer de lo propio.

La razonabilidad de las trabas legislativas impuestas a la facultad de actuación de la persona que de manera alguna causan menoscabo a terceros, en la actualidad, son motivo de debate. El punto de discusión central radica en si el concepto de inviolabilidad y no comercialidad, atribuido al soporte físico de la persona humana

---

<sup>284</sup> La normativa española vigente que trata distintos ámbitos relacionados con el manejo y disposición de materiales biológicos humanos, adopta comúnmente el principio de solidaridad e impone gratuidad a la cesiones hechas por el sujeto fuente según puede ser apreciado en las siguientes piezas legislativas:

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, 4 de julio de 2007) dispone en su artículo 6 que 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 Ley 14/ 2006 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 5 establece que la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

La Ley 30/1979, 27 de octubre, sobre extracción y trasplante órganos dice que no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá precio alguno por el órgano trasplantado.

Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014) establece que la donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista, no pudiéndose percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica.

debe ser extendido a las partes separadas del cuerpo. Nos parece que es un error el extender el valor de la dignidad humana a las partes separadas del cuerpo en lugar de adscribir dicho valor a la potestad de la persona para que libremente ejerza su voluntad. Además, consideramos un contrasentido jurídico imprimirle el valor propio de dignidad humana a las partes que han sido removidas del cuerpo humano, y con ello justificar el impedimento de su provecho al sujeto fuente, cuando las mismas partes corporales pueden ser utilizadas al arbitrio de terceros.

Estos extremos demandan de un examen ponderado entre el balance de intereses y razonabilidad de los parámetros de actuación permitidos a la persona sobre los usos que han de tener los materiales que proceden de su cuerpo. El ordenamiento está llamado a recocer la potestad de la persona para tomar libremente decisiones según sus propias concepciones; y no a formulaciones dogmáticas, propias de la esfera personal, pero que han sido concebidas e impuestas mediante legislación por parte del Estado.

Consideramos que tal como lo hace en determinadas categorías de materiales biológicos humanos, el derecho civil patrimonial español cuenta con la elasticidad requerida para reconocer la libre transmisión de estos, incluyendo aquellas contraprestaciones que se ajusten a los intereses del sujeto fuente. La disolución de la unión física de las piezas anatómicas del cuerpo humano los sitúa en el orden normativo de las cosas. La concepción patrimonial de las partes separadas del cuerpo admite el tratamiento de éstos como cosas que tanto pueden ser transmitidas en respuesta al espíritu de solidaridad; como también de cosas que pueden entrar en el tráfico de los negocios jurídicos. En resumen, estas nociones sobre los materiales biológicos procedentes del cuerpo se ajustan a los conceptos fundamentales del derecho subjetivo patrimonial.

**(b) El concepto de utilidad de los materiales biológicos extraídos del cuerpo humano en el ámbito civil patrimonial**

Los tejidos y estructuras biológicas que están contenidas en el cuerpo humano forman una sola unidad. A pesar que sus características o funciones pueden ser claramente diferenciadas, todos gozan de la célula como estructura común, la cual se encuentra dotada por contenido genético individual de cada persona. Por ello, el cuerpo humano puede ser conceptualizado como la entidad que forma un todo pero que puede ser separable en partes. Al ser extraídos del cuerpo los materiales biológicos se transforman en piezas anatómicas que mediante su re-ingeniería adoptan múltiples usos y diversos destinos.<sup>285</sup> Con excepción de los trasplantes de órganos y tejidos, los cuales son transferidos de una persona a otra con similar función, los componentes del cuerpo adquieren una nueva definición que guarda correspondencia con la naturaleza del uso al que son destinados.

Según apuntado, la concepción como bienes de los materiales biológicos de origen humano que se encuentran separados del cuerpo guarda concordancia con su utilidad y su potencial de valoración económica. La variedad de usos y límites permitidos por ley sobre los materiales que son extraídos del cuerpo es diversa y como hemos apuntado responde a políticas gubernamentales que acentúan diferentes aspectos de administración pública que, entre otros, promueven la cesión gratuita de los materiales biológicos humanos apelando al espíritu de solidaridad de la comunidad.

Por otro lado, la ruptura del enlace físico entre el cuerpo y los materiales, que mediante técnicas especializadas son colectados o removidos, no rompen todo vínculo con la persona de quien proceden. La separación física y exterioridad relativa al cuerpo, por motivo del contenido genético de los materiales biológicos, pudiera verse como de continua conexión, pues por razón del mismo mantiene vínculo con la persona de quien proceden. Esto es un aspecto, que como hemos dicho, condiciona su naturaleza pues la codificación genética preserva los rasgos únicos de la persona. Al

---

<sup>285</sup> WALDY, *supra*, n. 216, p. 22.

integrar estos aspectos y procurar sintetizar en términos jurídicos, podemos concluir que a pesar de su transformación en objetos independientes y delimitados espacialmente,<sup>286</sup> la rúbrica genética contenida en el material biológico parece imprimir al sujeto fuente la facultad distinguible y equiparable a la titularidad. Esta cualidad no es motivo para colocarlos fuera de la categoría de objetos con utilidad y susceptibilidad para actos jurídicos. Mas bien, nos advierte que constituyen un bien único en su clase sobre el que ineludiblemente el sujeto fuente goza de potestad sobre su destino.

La conexión entre el material biológico y la persona de su procedencia ha sido motivo de una controversia relativamente reciente causada por la publicación de la secuencia o descodificación del genoma de las células “HeLa” que como ya hubieramos señalado fueron producidas, utilizando tejido obtenido de la trabajadora de tabaco de origen afroamericano, Henrietta Lacks, sin que para ello mediara consentimiento en el año 1951.<sup>287</sup> Aunque las células “HeLa” han servido para estudios de investigación científica a nivel mundial que han dado paso al desarrollo de productos para el diagnóstico y tratamiento comercialmente disponibles, la publicación de esta secuencia genética no tiene precedentes. A pesar que los

---

<sup>286</sup> Castán define la cosa como toda entidad, material o inmaterial, que tenga inexistencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacerles una utilidad, generalmente económica. CASTÁN TOBEÑAS, DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL, *supra* n. 78. En el decir de Guillermo García Valdecasas, la “cosa, en sentido jurídico, es todo objeto impersonal, delimitado espacial o idealmente, según sea de naturaleza corporal o incorporal, susceptible de ser sometido al poder jurídico.” GARCÍA VALDECASAS, *supra* n. 248, p. 279.

En este sentido, Lacruz Berdejo señala que en la práctica no se suele plantear el problema de saber qué es una cosa, sino el de saber qué es lo que constituye una unidad en el tráfico y puede ser objeto de derechos independientes. LACRUZ BERDEJO, NOCIONES DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL E INTRODUCCIÓN AL DERECHO, *supra* n. 240, p. 107.

<sup>287</sup> El genoma de las células fue publicado por los Laboratorios Europeos de Biología Molecular (EMBL, por su nombre en inglés) en su revista en línea “G3: Genomes and Genetics”. Su publicación fue retirada en respuesta a las objeciones por la comunidad y de los familiares sobrevivientes y quienes tampoco hubieran sido consultados previo a la publicación de los datos. EMBL es un laboratorio de investigación que opera con fondos de veinte países (Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia Irlanda, Israel, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza y Reino Unido) Ver página cibernética de EMBL [http://www.embl.de/aboutus/general\\_information/organisation/member\\_states/index.html](http://www.embl.de/aboutus/general_information/organisation/member_states/index.html) (Recuperado el 15 de junio de 2015).

laboratorios alemanes que dieron estos datos a la luz pública manifestaron que su actuación respondía a motivos estrictamente científicos; lo cierto es que para esto no medió previo consentimiento por parte de los familiares sobrevivientes de Henrietta. Luego de su publicación, aunque no han sido divulgados públicamente, otros miembros de la comunidad científica alegan haber realizado un estudio predictivo de las condiciones de salud de la familia utilizando los datos publicados.<sup>288</sup>

Como puede apreciarse, las discusiones sobre este asunto acontecen a más de medio siglo desde la fecha en que las muestras del tejido cervical le fueron removidas a Henrietta por su médico y que fueron utilizadas con fines distintos a su diagnóstico y tratamiento personal. Es conocido que la familia de Henrietta no ha recido beneficios directos por los hallazgos o productos comercializados utilizando el tejido que le fue removido a Henrietta. Por otro lado, hasta reciente, sólo un grupo minoritario de científicos contaba con las herramientas o capacidad tecnológica para descifrar la secuencia genética humana, lo que ha cambiado dramáticamente; por lo que la lectura detallada de los atributos genéticos individuales parece tornarse cada vez más común.<sup>289</sup>

Lo antes apuntado, pone de manifiesto el carácter singular de los materiales procedentes del cuerpo humano cuya definición es dada y a su vez transformada por técnicas especializadas que los convierten en objetos con notable utilidad, con potencial de trascender barreras geográficas y de superar el paso del tiempo. A pesar de su transformación, la tecnología hace cada vez más fuerte el vínculo entre el sujeto fuente y las extracciones de su cuerpo; esto acarrea que la voluntad sobre el uso futuro de los mismos adquiera mayor relevancia que la hasta el momento otorgada por el ordenamiento español y el de otras jurisdicciones.

---

<sup>288</sup> Rebecca Skloot, *The Immortal Life of Henrietta Lacks, the Sequel*, THE NEW YORK TIMES, March 23, 2013, disponible en <http://www.nytimes.com/2013/03/24/opinion/sunday/the-immortal-life-of-henrietta-lacks-the-sequel.html> (Recuperado el 15 de julio de 2015).

<sup>289</sup> *Id.*, p. 288.

La certeza a la que aspiran las partes activas en este escenario jurídico puede ser lograda mediante el establecimiento de principios de derecho civil concretos pero adaptables al perfeccionamiento técnico-científico. Entre esos principios a que hacemos referencia consideramos, entre otros, puede considerarse que el reconocimiento de titularidad de orden patrimonial del sujeto fuente sobre extracciones de su cuerpo habrá de actuar como mecanismo para ordenar propiamente las normas que dirigen el tráfico y circulación de uno de los principales activos de hoy, el material genético de procedencia humana. Apremia introducir mayor transparencia en los procesos y clara definición de la utilidad futura pues los métodos científicos actuales, y más aún en desarrollo, tornan inoperantes las pretendidas protecciones de la intimidad individual que hasta hoy han estado fundadas en la “anonimización”<sup>290</sup> de los datos personales asociados con las muestras obtenidas de la persona natural o sujeto fuente.

**(c) Reformas del derecho civil patrimonial para atemperar el  
Derecho a la realidad sobre los actos sobre el propio cuerpo**

Estos asuntos han sido causa de discusiones recientes en América Latina, particularmente en Argentina, motivados por la última revisión y unificación del Código Civil y de Comercial de este país.<sup>291</sup> El Código argentino cuya efectividad fue pautada agosto de 2015, incluye varios artículos relacionados con actividades jurídicas asociadas con el cuerpo y sus partes. Al reconocer que el progreso

---

<sup>290</sup> El artículo 3 c) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007) define este término como “proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere. Es aplicable también a la muestra biológica.” En términos prácticos se refiere a diversas técnicas de codificación de los datos personales, la cual, en principio, debería producir el efecto de imposibilitar la identificación del sujeto fuente, esto es, desvincular tales datos de la persona a la que pertenecen.

<sup>291</sup> El Decreto 191/2011 creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina. El nuevo cuerpo normativo que fue aprobado mediante la Ley Número 27.077 (BO 19/12/2014) eliminó la duplicidad legislativa y redujo más de 4,500 artículos a 2,671. El nuevo cuerpo normativo incorpora un capítulo, hasta ahora inexistente, dedicado a los derechos personalísimos.

experimentado por las ciencias y el desarrollo de nuevas técnicas han dado paso a la utilización de partes del cuerpo con valor relevante para la existencia del hombre, el artículo 17 del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina establece que:

Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Nótese que aun cuando el recién revisado Código de Argentina no denomina las partes corporales humanas como bienes (ni personales ni reales), según los clasifica ordinariamente la tradición civilista; las nuevas disposiciones del Código Argentino, los posiciona en una categoría especial en la que el bien es conformado por elementos tipificadores según su utilidad o valor. De forma práctica plantea que como bienes con especiales atributos, los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano deben ser calificados como *afectivos*, entiéndase, aquellos que representan algún interés no patrimonial para su titular; *terapéuticos*, si gozan de valor en la cura de enfermedades; *científicos* cuando gozan de utilidad para la experimentación; y *humanitarios* o *sociales*, por su posible valor para la humanidad o sociedad general.

En cuanto a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el nuevo artículo 56 del Código Civil argentino establece que:

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

De forma integrada puede apreciarse que la construcción de estas disposiciones es neutral en cuanto a si favorecen lo que ha sido denominado como la teoría *personalísima* sobre los materiales biológicos humanos, la cual apoya la tesis que la dignidad de la persona debe ser extendida a las partes corporales separadas; o la teoría *patrimonialista*, la cual trata a los materiales biológicos separados del cuerpo como cosas susceptibles del tráfico jurídico.

Es importante notar que aun cuando el Código argentino deja fuera posibles consideraciones mercantilistas de los materiales biológicos del cuerpo humano, el mismo no prohíbe las contraprestaciones resultantes de un acuerdo entre las partes. Debe llegarse a esta interpretación al hacer una lectura integrada del artículo 1002 que trata de los Contratos en general y establece que las relaciones contractuales que tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano, los artículos 17 y 56 que ya hemos mencionado les son de aplicación.<sup>292</sup>

De este modo podemos apreciar que transformaciones de suma relevancia demandan una nueva estructura de principios y reglas en un ordenamiento que reconozca la correspondencia de los materiales procedentes del cuerpo humano con su utilidad, destino o uso. En cualquiera de los casos, la persona natural de quien se obtienen los tejidos, fluidos y estructuras corporales representa un sujeto activo de los actos jurídicos en los que aquellos son parte.

En cuanto al Código Civil Español y el Código de Puerto Rico, existe una marcada orientación del lenguaje tendente a describir el contenido del derecho de

---

<sup>292</sup> El literal del artículo 1004 del Título II del Código Civil y Comercial de Argentina que trata sobre los objetos prohibidos de los contratos establece que “*No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.*”

propiedad con principal enfoque en el alcance, con sus correspondientes limitaciones, de las facultades del propietario sobre los bienes.<sup>293</sup> En apariencia, las disposiciones no demuestran tener correspondencia perfecta con el lenguaje y acento económico típico de la producción industrial de productos de alto nivel tecnológico. En este sentido no debemos olvidar que la redacción de los preceptos del Código civil español – y como trasunto casi literal los del Código civil de Puerto Rico - tienen su fundamento en una economía de un carácter eminentemente agrícola, producto de la época en que fueron redactados. Sin embargo, el andamiaje que sostiene la normativa civil patrimonial, no debe ser traducido en impedimento para formular doctrinas aptas para satisfacer nuevos usos y necesidades jurídicas. Podría decirse que los fundamentos que sostienen el ordenamiento en la materia que nos ocupa son perfectamente adaptables a diferentes usos, modelos económicos o especie de cosas.

El desarrollo de la vida económica y jurídica ha conducido a que la idea de cosa se haya tornado más elástica y flexible para atender las necesidades humanas y las exigencias del tráfico jurídico. En sentido jurídico se entienden por cosa los objetos que por naturaleza son jurídicamente integrables en el tráfico jurídico. La nota de corporalidad no significa que solamente sea cosa lo que puede ser percibido por el tacto. Es suficiente que la cosa sea perceptible por medio de cualquiera de cualquiera de los sentidos. Hechas estas consideraciones nos encontramos con que la doctrina dominante, no constituyen cosas en sentido jurídicamente estricto el cuerpo humano de una persona viva, aunque sí pueden tener la consideración de cosa al cadáver de una persona y los miembros separados del cuerpo humano. El Derecho, en su tarea de ordenar y perfeccionar un sector de la vida social tiene, como una de sus

---

<sup>293</sup> Santiago Carretero Sánchez, *La Propiedad, Bases Sociológicas del Concepto en la Sociedad Postindustrial* (1994). (inédita tesis doctoral, Universidad de la Universidad Complutense, España.) Nótese que los artículos del Código Civil de España 350 y del 353 al 383 tratan sobre el contenido del derecho de propiedad. Las limitaciones sobre el derecho están descritas en los artículos 552 al 594 del mismo Código. En este sentido, Sánchez Calero señala que en el siglo XIX los Códigos tuvieron presentes una sociedad agrícola, con una actividad de servicios relativamente reducida, y una industria incipiente, de forma que los Códigos civiles prestaron atención sobre todo a la propiedad de la tierra. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *El Código de Comercio y los Contratos Mercantiles, en CENTENARIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO*, Vol. 1, p. 250 (Centro Publicaciones Ministerio de Justicia Madrid, 1986).

misiones fundamentales la ordenación y regulación del status y condición de las personas y las cosas, así como de los instrumentos y medios necesarios para el cumplimiento de sus fines y funciones.

En relación con las cosas, el Derecho se ocupa, por lo que aquí nos interés, de la regulación de su intercambio (*commercium*) y de la clasificación de las cosas de acuerdo con su naturaleza y función. Por ello parte de la tarea ordenadora del Derecho consiste en la clasificación de las cosas, asignándoles su status y condición, mediante normas de cualificación.<sup>294</sup>

Ya hemos establecido que las cualidades de los materiales biológicos una vez separados del cuerpo pueden ser utilizados con fines distinguibles; y que por motivo de orden social no le son concedidos a aquellos mientras exista conexión física con el cuerpo humano. Los mismos pueden ser usados para beneficio propio o de terceros, de forma gratuita o a cambio de pago. Como también hemos apuntado, los materiales biológicos pueden ser diferenciados del cuerpo del sujeto de quien proceden y aunque mantienen vínculo con aquél por motivo de su dotación genética, sus atributos permiten sean distinguidos como objetos con usos potenciales variados. Además, gozan de utilidad que conforme a los adelantos científicos ha ido evolucionando subrayadamente para convertirse cada vez más amplia.

#### **i. ¿La compensación por las molestias del sujeto fuente o ventaja económica?**

El ordenamiento español ofrece espacio para que los tejidos humanos, transformados en objetos corporales independientes, sean insertados en el tráfico jurídico propio del acontecer ordinario del intercambio de bienes, prestaciones y

---

<sup>294</sup> Rosa M. Montoro Rueda, *Sobre la Idea de Cosa en el Derecho: su Significación y Caracteres como Objeto de los Derechos y Deberes del Hombre*, 11 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS. NUEVA ÉPOCA 373-402, 391 (2010).

contraprestaciones. A modo de ejemplo, podemos señalar que en España la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida permite la compensación económica resarcitoria <sup>295</sup> al sujeto fuente por las molestias físicas y gastos de desplazamiento y laborales de los donantes de gametos (semen, óvulos y pre embriones). Además, al amparo de la Ley de Investigación Biomédica de España, pueden fijarse similares compensaciones económicas por las molestias físicas, gastos y otros inconvenientes que puedan derivarse de la toma de las muestras biológicas que habrán de ser utilizados con fines investigativos. Añade esta misma ley que los biobancos que hacen acopio de los materiales biológicos humanos podrán repercutir los costes de obtención, mantenimiento, manipulación, envío y otros gastos de similar naturaleza relacionados con las muestras. Aun cuando a dicha compensación no le esté permitido carácter oneroso, este arreglo es representativo actividad jurídica incluyendo prestaciones y contraprestaciones en la cadena de suministro de materiales biológicos humanos.

Como punto de referencia adicional de la actividad en la que coinciden intereses económicos, debe notarse que el esquema gubernamental español que persigue el progreso científico del país incluye la participación del sector privado en la investigación biomédica y en ciencias de la salud. La financiación de estas actuaciones puede ser llevada a cabo con fondos provenientes de tarifas, y con cargo a partidas presupuestarias gubernamentales y mediante acuerdos de cofinanciación con entidades públicas o privadas.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> El Ministerio de Sanidad y Consumo fija periódicamente las condiciones básicas que buscan garantizar el respeto al carácter gratuito de la donación. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países. Los destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico criopreservados, son: su utilización por la propia mujer o su cónyuge, la donación con fines reproductivos y la donación con fines de investigación.

<sup>296</sup> Véanse los artículos 89 y 90 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

Hasta el momento y visto desde una perspectiva económica, las partes que figuran como los principales favorecidos de la utilidad ofrecida por los tejidos, fluidos o estructuras humanas han sido otros distintos al sujeto fuente. El aprovechamiento de los materiales biológicos humanos, hasta el momento inspirado en el sentido de humanidad, ha tenido justificación en la necesidad de la coexistencia social. En etapas más tempranas del desarrollo de las ciencias vivas, los métodos de procesamiento de materiales biológicos, por su novedad eran complejos y de bajo rendimiento; sin embargo, nuevas técnicas han convertido estos métodos en rutinarios. Este cambio en las condiciones ha traído consigo el aumento en la capacidad productora a escala comercial. Esta atmósfera eleva la obligación de colocar a los sujetos del derecho en un mismo nivel y marca la importancia de profundizar en la voluntad del sujeto fuente como elemento determinante de este escenario jurídico. El uso al que son destinados los materiales extraídos del cuerpo, durante el diagnóstico, tratamiento de salud o cualquier otra finalidad debe estar subordinado a las determinaciones de todas las partes integrantes de este proceso. La afirmación que acompaña la realidad que el material contenido en el tejido biológico humano es equivalente a la huella digital de la persona de quien se obtiene pone de manifiesto que su utilidad corresponde a la voluntad del signatario natural.<sup>297</sup>

Resulta fácil comprender el sentido de pertenencia que experimenta cada quien de sí mismo por el cuerpo humano. En países en los que la libertad y la dignidad del ser humano es componente básico de su forma de vida, nadie cuestiona que el dominio del cuerpo humano le pertenece a cada quien. Las decisiones de cada individuo constituyen manifestación evidente de la voluntad y la autonomía de cada persona. En esta conjugación de hechos y Derecho descansa la manifestación del dominio. Esto no deja de reconocer que la autonomía de la voluntad encuentra límites en el orden público y que estos procuran reservar espacios necesarios en la

---

<sup>297</sup> La muestra que se obtiene del tejido humano alberga la información sobre las características genéticas propias de una persona. ROMEO CASABONA, *Los Retos de la Investigación Científica: Implicaciones Jurídicas de la Utilización de Muestras Biológicas Humanas y Biobancos*, en LA ÉTICA Y EL DERECHO ANTE LA BIOMEDICINA DEL FUTURO *supra* n. 10, p. 314.

convivencia social. Estos mismos principios del ordenamiento social promueven la individualidad y la protección del derecho del ser humano a manifestar su voluntad dirigida a llevar a cabo negocios jurídicos con objetos que son de su propiedad. Así, podemos advertir que no existe contrasentido al pensar que los seres humanos gozamos de autoridad para disponer de lo que nos pertenece; esto incluye nuestro cuerpo en la medida que nuestros actos como los negocios jurídicos no atenten contra el orden que permite la convivencia social.

La doctrina moderna destaca el aspecto funcional de la relación jurídica. En cada relación jurídica hay un juego de intereses no sólo en su base y origen (constitución y vida de la relación) sino en su alcance y límites que atañen en primer lugar a las partes de aquella pero también a su entorno social (proyección transindividual de todo fenómeno y relación jurídica), en particular ha ciertos terceros. La realización correcta de los intereses implicados en cada relación jurídica, tanto individuales como sociales, requiere una actuación coordinada de los titulares de las respectivas posiciones, y alcanza a las facultades, deberes, pretensiones, cargas y demás que les acompañan.<sup>298</sup>

## **ii. Consideraciones que justifican revisión del Código Civil**

Sobre los anteriores fundamentos, encontramos acreditada la justificación para proponer se incorpore en el texto del Código Civil español, como en otras jurisdicciones de tradición civilista, la expresión clara que declare la potestad de la persona física para disponer de los materiales biológicos que son separados de su cuerpo conforme a la voluntad individual. Los límites de actuación deberán ser aquellos que razonablemente estén prescritos por los principios generales del derecho, los usos y costumbres. Es menester, no obstante, que las demarcaciones del derecho a disfrutar de libertad personal respecto a los actos sobre el propio cuerpo, no sean

---

<sup>298</sup> FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *La Relación Jurídica y el Derecho Subjetivo*, en TRATADO DE DERECHO CIVIL: NORMAS CIVILES Y DERECHO SUBJETIVO 133 (Joaquín J. Rams Albesa, dir., 1ra ed. 2014).

teñidas por nociones generales que corresponden al ámbito individual. Los vínculos de la voluntad privada de la persona en relación con el componente colectivo son aspectos que no pueden ser instituidos mediante legislación.

Las líneas delimitadoras de las facultades de la persona para activamente participar en el destino de los materiales procedentes de su cuerpo, en forma general están circunscritas por varios factores conocidos; entre ellos, la protección de la integridad corporal. En forma práctica, el grado de afección a la integridad física de la persona puede ser fácilmente distinguido cuando diferenciamos los limitados riesgos de una punción venosa frente a las posibles implicaciones de un procedimiento invasivo. En cuantos a los riesgos asociados o posible limitación a la capacidad funcional del individuo consideramos que son criterios básicos o elementales claramente conocidos por los miembros de la comunidad que intervienen en estos procesos. Estas distinciones han sido fundamentales para decisiones recientes en los EE.UU. sobre incentivos económicos para participar en procesos para identificar potenciales donantes.<sup>299</sup>

En cuanto al elemento subjetivo de la integridad física, coincidimos con RODOTÁ quien expresara que la integridad no es una noción externa. Es la manera misma en que llegamos a pensarnos, a definir la relación con nuestro propio yo. Si la ponemos en discusión, estamos produciendo inevitablemente un empobrecimiento del concepto de vida.<sup>300</sup> La imperiosa reconcepción del cuerpo en el mundo en el que convivimos, exige de una dimensión renovada ante las innovaciones científicas y la tecnología.

Otros aspectos de política pública que pudieran ser de interés estatal, tales como las prácticas de salubridad, en cuanto a la disposición final de los materiales,

---

<sup>299</sup> *Flynn v. Holder*, 665 F.3d. 1048 (2011).

<sup>300</sup> STEFANO RODOTÁ; *LA VIDA Y LAS REGLAS, ENTRE EL DERECHO Y EL NO DERECHO* 117 (Editorial Trotta S.A., 1ra ed. 2010).

están atendidos por la reglamentación especial actual, la cual opera independiente de una posible prestación a cambio de los materiales biológicos humanos. Lo antes expuesto lo traemos para representar que un cambio en la normativa para declarar expresamente las facultades de la persona sobre los elementos corporales que son extraídos de su cerpo, no estaría exenta de limitaciones como cualquier otra cosa sujeta al régimen de propiedad.

Finalmente, entendemos que toda ley especial deberá seguir los preceptos señalados por un Código Civil actualizado en lo que trata sobre posibles prestaciones en favor del cedente de materiales biológicos; particularmente, pero si exclusión de otras ventajas, cuando los mismos sean utilizados con fines comerciales. La normativa especial relacionada con los materiales de origen humano, podrá estar basada en un esquema que fomente el espíritu de solidaridad, siempre que quede sujeta a la primacía del derecho de autodeterminación de la persona.

Inspirados en los puntos de referencia provistos por el Código Civil y Comercial de Argentina antes transcritos, proponemos los siguientes elementos sean incorporados en lenguaje en el Código Civil de España, de Puerto Rico y cualquier otra jurisdicción en la que impere el Derecho civil sobre lo relacionado con los actos sobre el propio cuerpo:

- 1) La afirmación que la persona o sujeto fuente ser reconocido expresamente titular de los materiales biológicos o partes anatómicas separadas de su cuerpo.
- 2) Reconocimiento de la potestad de la persona a disponer de los elementos corporales naturalmente regenerables.
- 3) Delimitar la potestad de la persona a actos que no provoquen disminucion permanente de la capacidad funcional corporal; con excepcion de aquellas instancias que este prescritas medicamente a favor de la salud de la persona (por ejemplo: intervenciones quirúrgicas).

## **6. El genoma humano; patrimonio de todos**

Las ciencias han sido motivo de cambio de la óptica mundial sobre el cuerpo humano al traer nuevos planteamientos tales como la necesidad de definir el marco jurídico por el que debe regirse el patrimonio genético de los individuos. Al encontrarnos en un escenario que es rápidamente transformado por el acelerado desarrollo de las ciencias, los órganos internacionales como la UNESCO han respondido para ofrecer un balanceado que permite el progreso de las ciencias y a un mismo tiempo ofrezca garantías de derechos y libertades fundamentales de los individuos. De ahí, la iniciativa de la UNESCO que en el 1997 dio paso a la Declaración del Genoma Humano y De los Derechos Humanos (en adelante, Declaración del Genoma Humano) la cual contó con la aprobación de la Conferencia General de este órgano. En su contenido, la Declaración del Genoma Humano fomenta la defensa de la dignidad humana, el ejercicio de la investigación científica y la cooperación internacional en el campo de la especialización del genoma humano.

El genoma humano es el juego completo de las instrucciones hereditarias para la construcción y mantenimiento del organismo, y para pasar la vida de una generación a otra.<sup>301</sup> El genoma se encuentra localizado en el núcleo de cada célula y de este se obtiene la información requerida para formar las proteínas que han de componer el tejido humano. Por su origen, el individuo es quien goza de la potestad natural de conocer su formación genética como parte del principio de libertad de la persona. El genoma contiene los atributos más íntimos de cada persona por lo que su dominio representa un derecho fundamental directamente vinculado a la dignidad humana. Esto ha traído consigo variadas situaciones de carácter jurídico que afecta a todos los seres humanos, sin excepción.

---

<sup>301</sup> BARTOLOMÉ YANKOVIC NOLA, EL GENOMA HUMANO AL ALCANCE DE TODOS 29 (RIL Editores 2007).

El genoma representa la intimidad personal y es exclusivo de cada persona por lo que debe estar protegido de intervenciones que no respondan a la potestad de quien naturalmente es su dueño. Sin embargo, en su artículo 1, la Declaración del Genoma Humano, destaca de forma simbólica que el genoma constituye patrimonio del mundo. A nuestro modo de ver, lo expresado por esta disposición sólo representa una postura aparentemente contradictoria a la tesis que postula que cada individuo ha de ser el titular de su propio contenido genético. Desde una perspectiva científica, el genoma humano se compone de elementos comunes pero no es el determinante único en la identidad de cada persona; pues la vida humana es el resultado tanto de manifestaciones genéticas como de muchos otros factores externos. Desde la óptica jurídica, la Declaración del Genoma Humano busca promulgar principios rectores que fomenten el orden en la comunidad internacional dirigidos a defender con preeminencia el valor de la vida humana. El **artículo 1** lee como sigue:

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. **En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.** (Énfasis Nuestro).

Como podemos apreciar, se declara de forma trascendente que el genoma humano compone parte del caudal de la familia humana. Este artículo subraya que el mismo pertenece al patrimonio colectivo de la humanidad aunque debe notarse que igualmente incluye la dimensión individual al significar la diversidad propia de cada persona.

Por otro lado, en su redacción el artículo 4, introduce una dimensión adicional que busca establecer controles a la posible explotación del genoma humano; el mismo lee como sigue:

El genoma humano en su **estado natural** no puede dar lugar a beneficios pecuniarios. (Énfasis Nuestro).

El artículo distingue al genoma en su estado natural de las invenciones resultantes de los estudios de los componentes del genoma humano. La especificidad reflejada en el articulado de la Declaración del Genoma Humano tiene el propósito de hacer importantes distinciones. Implícitamente reconoce un proceso de transformación comparable al que hemos planteado sufren los materiales biológicos en los que una vez son separados del cuerpo humano han de convertirse en bienes u objetos susceptibles de negocios jurídicos. Podríamos decir que el genoma en su estado natural es equiparable al cuerpo humano y que en el momento de su separación para estudios tiene las características propias de un bien susceptible de entrar en la corriente de negocios jurídicos y, como tal, eventualmente ser objeto de tráfico jurídico con o sin contraprestaciones de carácter económico.

Para añadir algo de claridad al planteamiento que estamos haciendo y enmarcar nuestro análisis consideramos pertinente a colación aquí algunas disposiciones contenidas en la Directiva 98/44/CE del Parlamento y del Consejo de la Unión, Europea del 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. En su preámbulo, la Directiva establece que el Derecho de Patentes ha de ser ejercido respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas y reafirma que el simple descubrimiento de uno de sus elementos o de uno de sus productos, como la secuencia o la secuencia parcial de un gen humano, no son patentables. Sin embargo, complementa este pronunciamiento con el artículo 3.2 de la Directiva al aclarar que la materia biológica **aislada de su entorno** o producida por un medio técnico podrá ser objeto de invención, aun cuando ya exista en estado natural.

Si retomamos nuestro examen sobre la arquitectura de la Declaración del Genoma Humano habremos de llegar a la ineludible conclusión que la misma busca concretar los linderos en los que han de llevarse los ejercicios de investigación sobre el genoma humano; lo que claramente abre paso al desarrollo de medicamentos para el tratamiento y dispositivos de diagnóstico de enfermedades que aquejan la humanidad. En lugar de ser interpretado como una barrera para el desarrollo y avance

de las ciencias, despeja el camino para la actividad científica que finalmente se ha de tornar en industrial y comercial.

La Declaración del Genoma Humano, como también hemos visto lo hace la Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas que hemos antes citado, fomentan la libertad que yace contenida en la investigación científica. Veamos otros artículos de la Declaración del Genoma Humano que en su confección logran precisar de forma armoniosa el acoplamiento de los derechos individuales dentro de los contornos jurídicos que promueven la ciencia y la investigación.

#### **Artículo 10**

Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos.

#### **Artículo 12**

(a) Toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos.

(b) **La libertad de investigación**, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad. (Énfasis Nuestro).

#### **Artículo 14**

Los Estados tomarán las medidas apropiadas para **favorecer** las condiciones intelectuales y materiales propicias para el **libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano** y para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en la presente Declaración. (Énfasis Nuestro).

## Artículo 15

Los Estados tomarán las medidas apropiadas para **fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano** respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública. Velarán por que los resultados de esas investigaciones no puedan utilizarse con fines no pacíficos. (Énfasis Nuestro).

## Artículo 18

Los Estados deberán hacer todo lo posible, teniendo debidamente en cuenta los principios establecidos en la presente Declaración, para seguir fomentando la difusión internacional de los conocimientos científicos sobre el genoma humano, la diversidad humana y la investigación genética, y a este respecto **favorecerán la cooperación científica y cultural, en particular entre países industrializados y países en desarrollo.** (Énfasis Nuestro).

Debe ser evidente que una de las finalidades de los órganos internacionales lo es la promoción de medidas necesarias para una sociedad abierta a pensamientos democráticos que procuran la protección de la salud pública y la protección de los derechos y libertades de las personas. La finalidad a que hemos hecho referencia puede aplicarse al tema que nos ocupa, en el sentido de conducirnos a ubicar al cuerpo humano y sus componentes biológicos a ocupar dos posiciones en esta cadena transformadora: en el comienzo y en el fin.

En resumen, el genoma humano contiene los elementos comunes que caracterizan la humanidad y requiere de la protección y respeto de los pueblos del mundo. El valor incalculable del genoma es bi-dimensional pues pertenece al colectivo como también se distingue en su manifestación particular de cada individuo. En su forma natural, el genoma representa la comunidad de los datos propios de la raza humana al que tienen los científicos a nivel mundial. Aunque un bien intangible de valor universal, el genoma sufre transformaciones y termina convirtiéndose en invenciones concretas que los gobiernos aceptan como propiedad particular de aquellos responsables por los hallazgos. Los motivos para este tratamiento

diferenciado, a pesar de los pronunciamientos que distinguen al genoma como patrimonio universal, buscan promover los beneficios obtenidos por la información en el sector de la salud y para esfuerzos humanitarios alrededor del mundo. Estas razones de política universal representan idénticos parámetros que a nuestro juicio justifican el tratamiento de los materiales biológicos humanos, una vez transformados por su separación del cuerpo, como objetos susceptibles de los negocios jurídicos dentro del esquema tradicional del derecho civil patrimonial.

La Declaración del Genoma Humano al igual que otros pronunciamientos hechos por organismos internacionales establece principios pero no son la respuesta última a cuestiones de carácter jurídico, probablemente porque ni es su misión ni está en sus planteamientos. La Declaración del Genoma Humano no constituye un cuerpo de normas prescriptivo que, aunque importantes, son insuficientes para abordar planteamientos como son la propiedad de los materiales biológicos y los usos resultantes de las codificaciones genéticas.

Entendemos que la comunidad jurídica internacional debe comisionarse a promover la potestad que tienen las personas sobre lo que les pertenece como también deben impedir que se impongan cortapisas en el progreso de la investigación biomédica. Consideramos que las tensiones y controversias en las que se encuentran las diferentes posiciones y perspectivas tienen su fundamento, principalmente, más en las pugnas por intereses económicos que en la capacidad del derecho para adaptarse a transformaciones que demanda la sociedad de los nuevos tiempos.

Juzgamos oportuno traer a colación aquí el pronunciamiento que hiciera el Doctor James Watson,<sup>302</sup> codescubridor de la estructura de doble hélix del DNA y ganador del premio Nobel de Fisiología y Medicina en el 1962 quien expresó: “Antes

---

<sup>302</sup> Watson, J. D. fue el ganador del premio Nobel de Fisiología o Medicina en 1962 junto con Francis Crick. Watson y Crick junto con Rosalind Franklin, a pesar de que ella fue olvidada por los comités evaluadores del premio Nobel fueron los autores del descubrimiento de la estructura del ácido desoxirribonucleico (ADN).

*pensábamos que nuestro futuro estaba en las estrellas. Ahora sabemos que está en nuestros genes.*”<sup>303</sup> A esta expresión y principalmente a lo que responde el presente estudio, nos permitimos añadir: los tiempos actuales demandan que el Derecho no permanezca inamovible. Existe la necesidad apremiante de crear un puente en el que se puedan trasladar los conceptos científicos a conceptos jurídicos cuya permanencia consista en su adaptabilidad al progreso de nuevos tiempos. Acaso, en el sentido apuntado, no esté demás recordar la frase acuñada por CARBONNIER,<sup>304</sup> en el siglo pasado, de *"la revolución de los hechos frente al derecho"*.

## **7. Las muestras biológicas humanas utilizadas en actividades de investigación y su potencial económico**

Una muestra biológica humana es una parte del cuerpo separada del mismo que contiene dotación genética característica de la persona. La Guía Práctica para la utilización de muestras biológicas en Investigación Biomédica específicamente la define como: *“... una parte del cuerpo humano separada del mismo que alberga ácidos nucleicos y que contiene la dotación genética característica de una persona.”*

La Guía Práctica para la utilización de muestras biológicas en la Investigación Biomédica a la que hacemos referencia fue desarrollada por un equipo multidisciplinario de expertos en colaboración con la Agencia Española de Medicamentos y del Instituto de Salud Carlos III. Según descrita por el mismo grupo de expertos, la muestra biológica humana es 1) una parte del cuerpo que 2) está separada del mismo y 3) alberga la dotación genética característica de una persona.

---

<sup>303</sup> ALLEN BUCHANAN, DAN W. BROCK, NORMAN DANIELS & DANIEL WIKLER, GENÉTICA Y JUSTICIA 22 (Cristina Piña, trad., 1st ed. 2000).

<sup>304</sup> JEAN CARBONNIER, DERECHO FLEXIBLE: PARA UNA SOCIOLOGÍA NO RIGUROSA DEL DERECHO 214 (Tecnos, 1974).

La muestra biológica es, pues, un soporte de datos<sup>305</sup> y a la vez una parte autónoma o independiente del cuerpo. La muestra biológica permite hacer inferencias clínicas acerca del órgano o tejido que se está estudiando, pero también permite inferencias sobre el organismo completo, ya que el material genético es común en todas células que componen el cuerpo humano. Debe quedar claro que la muestra biológica humana es un objeto que actúa como repositorio del material de interés en los procesos de investigación científica; se trata de su contenido genético. El proceso de utilización de estas muestras, su obtención, conservación y cesión, tiene implicaciones para los derechos de los sujetos y plantea cuestiones a las que el ordenamiento jurídico debe dar respuesta.

Aun cuando es práctica generalizada la anonimización<sup>306</sup> de las muestras, lo cual consiste en un protocolo que busca desvincular la muestra del sujeto fuente, la capacidad tecnológica disponible y aun en desarrollo, convierte cada día más este procedimiento en ineficaz a esos fines. Estas condiciones traen a primer plano, la necesidad de precisar el tratamiento que debe conferírle el ordenamiento a los datos contenidos en a la muestra biológica humana. Al respecto, bajo la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, fue creado un grupo de trabajo sobre la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

---

<sup>305</sup> Guía Práctica para la utilización de muestras biológicas en Investigación Biomédica. El proceso de desarrollo de La Guía para la Utilización de Muestras Biológicas tomó poco más de un año para su publicación, periodo en el que un equipo multidisciplinar de expertos en Derecho y Biomedicina abordaron todo el proceso de utilización de la muestra: origen, obtención, preparación, conservación, transporte, cesión, procesamiento, prácticas de seguridad y explotación de resultados de la investigación con muestras biológicas, aportando en cada uno de estos puntos todos los aspectos a tener en cuenta por los investigadores, tanto elementos técnicos como lo relativo a los derechos de los pacientes. La Guía Práctica fue presentada dada a la luz pública en mayo de 2006 por el Instituto Roche, disponible en <https://www.ehu.eus/es/web/ceid/ceish/inves#3>. (Recuperado el 15 de julio de 2015).

<sup>306</sup> Proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere.

En este dictamen, el Grupo de Trabajo, atendiendo al marco legal de la UE sobre protección de datos, analizó la eficacia y las limitaciones de las técnicas de anonimización existentes, y formula recomendaciones para la gestión de estas técnicas teniendo en cuenta el riesgo residual de identificación inherente a cada una de ellas. La Directiva no aclara cómo se debe o se puede llevar a cabo este proceso de desidentificación.<sup>307</sup>

La controversia sobre este asunto reside en los intereses en conflicto que surgen sobre la muestra y su contenido cuando la misma es utilizada para propósitos distintos a médico-asistenciales; muy particularmente con fines investigativos que resultan de provecho económico. Los agentes dedicados a la investigación científica y al desarrollo industrial hacen uso de la parte intangible de la muestra; no obstante, esto parece ser indistinguible de la muestra en sí misma, por esta consistir en el repositorio la codificación genética. Esta dicotomía es motivo de los contrastes entre los que exponen que el ser humano está íntimamente ligado a la parte corporal y por lo tanto a sus partes; y aquellos que ven en sus partes, ya separadas, aunque ligados genéticamente, en un objeto inanimado e independiente. De estas circunstancias emergen dos puntos importantes: es necesario reconocer que se trata de partes corporales de una persona viva o de un fallecido y, segundo, que las mismas pueden encontrar utilidad industrial. Las colecciones de material biológico en forma de muestras tejidos o fluidos corporales que existen actualmente, generalmente en laboratorios o instituciones hospitalarias, representan la acumulación histórica de

---

<sup>307</sup> La anonimización lleva implícito un factor de riesgo que ha de tenerse en cuenta al evaluar la validez de las técnicas de anonimización. Las referencias a la anonimización en los principales instrumentos jurídicos de la Unión Europea pone de manifiesto algunas características fundamentales:

- La anonimización puede ser el resultado de un tratamiento de datos personales realizado para impedir de forma irreversible la identificación del interesado.
- Pueden considerarse varias técnicas de anonimización, sin que la legislación europea contenga ninguna norma prescriptiva.
- El conjunto de los medios que puedan ser utilizados debe prestar especial atención al incremento de la potencia de los ordenadores y de las herramientas disponibles. Ver, Dictamen emitido por El Grupo de Trabajo sobre Protección de las Personas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales, Creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 24 octubre de 1995.

estos materiales. De este modo, los centros de asistencia médica fungen como poseedores o custodios de materiales biológicos de origen humano obtenido de otros; asunto que pone de relieve las discusiones sobre la protección de los datos genéticos con la finalidad de evitar el abuso y transgresiones a la intimidad y a la vida privada.

**(a) Los derechos dominicales sobre la muestra biológica**

Como ya hemos apuntado, el supuesto de que el cuerpo humano debe estar excluido de transacciones motivadas por el lucro es un axioma con arraigo que se ve reflejado en Convenios o Declaraciones Internacionales. Sobre este particular el *Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina* expone que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.<sup>308</sup> Este criterio, según expresara ROMEO CASABONA en su estudio sobre las implicaciones sobre las muestras humanas,<sup>309</sup> no se ha extendido tan pacíficamente a las partes separadas por cualquier motivo del cuerpo. Sobre este particular, el Derecho español, hasta la promulgación de la Ley de Investigación Biomédica<sup>310</sup> no contaba con normativa específica aplicable a la colección, acceso y uso de muestras colectadas de seres humanos con fines de investigación científica. No obstante los reconocidos adelantos que esta pieza legislativa trajera al ordenamiento español, la misma adolece de ciertos defectos por excluir de su lenguaje de forma expresa la potestad que debe ser reconocida a la persona física a quien la muestra biológica le es extraída. En la construcción de su articulado puede apreciarse al consentimiento como la exterioridad de la voluntad del sujeto fuente; sin embargo, el reducto de la voluntad de la persona se ve reducido por una red de transacciones contenidas en reglamentación de naturaleza técnica que atenúan la fuerza reconocida a un acto de dominio.

---

<sup>308</sup> Convenio de Oviedo art. 21, *supra* n. 7.

<sup>309</sup> ROMEO CASABONA, *Los Retos de la Investigación Científica: Implicaciones Jurídicas de la Utilización de Muestras Biológicas Humanas y Biobancos*, en LA ÉTICA Y EL DERECHO ANTE LA BIOMEDICINA DEL FUTURO, *supra* n. 10, p. 320.

<sup>310</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

Las disposiciones pertinentes sobre este asunto están contenidas en los artículos 58 y 60 de la Ley de Investigación Biomédica y describen las condiciones para la obtención de las muestras biológicas y los amplios usos que pueden tener las muestras biológicas a los que el sujeto fuente solo podría pasivamente acceder. Los apartados mas relevantes de los artículos 58 y 60 :

Artículo 58. Obtención de las muestras:

1. La obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica podrá realizarse únicamente cuando se haya obtenido previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente y previa información de las consecuencias y los riesgos que pueda suponer tal obtención para su salud. Dicho consentimiento será revocable.
2. El consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una *finalidad distinta*, se proceda o no a su anonimización
3. No obstante lo anterior, *de forma excepcional* podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica *sin el consentimiento del sujeto fuente*, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable en el sentido del artículo 3.i) de esta Ley. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos:
  - a. Que se trate de una investigación de interés general.
  - b. Que la investigación se lleve a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras.
  - c. Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.
  - d. Que no conste una objeción expresa del mismo.
  - e. Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.

Artículo 60. Consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica:

1. El consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se

otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta.

2. El consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para **otras líneas de investigación relacionadas** con la inicialmente propuesta, **incluidas las realizadas por terceros**. Si no fuera este el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento.
3. El consentimiento podrá ser revocado, totalmente o para determinados fines, en cualquier momento. Cuando la revocación se refiera a cualquier uso de la muestra, se procederá a su inmediata destrucción, **sin perjuicio de la conservación de los datos resultantes de las investigaciones que se hubiesen realizado** con carácter previo. (Énfasis Nuestro).

El texto de la norma a la que venimos haciendo referencia es un instrumento diseñado para fomentar la investigación científica mediante la integración de los distintos organismos de investigación, tales como los centros universitarios e instrumentalizadas del sistema nacional de salud con el fin de aprovechar de manera los recursos disponibles en el interés de mejorar la calidad y bienestar colectivo. Sin duda, esto pone en evidencia que las posibilidades que trae el adelanto de las ciencias del conocimiento encuentra puntos de intersección de los intereses jurídicos que demandan paridad en su eficacia. Aunque la pieza legislativa tiene por ámbito el pleno respeto a la dignidad y derechos inherentes a la persona, por su naturaleza, la misma provoca situaciones de conflicto entre los derechos individuales y el interés público de fomentar la investigación biomédica aportando para esos fines recursos económicos y la infraestructura necesaria para impulsarla.

Por una parte, la persona física según dispuesto por la norma en su artículo 7, se encuentra obligada a renunciar cualquier interés de naturaleza económica o de otro tipo sobre las muestras biológicas que le son extraídas; mientras de otra parte se

encuentra la encomienda constitucional dada al Estado de promover las ciencias.<sup>311</sup> Sin restarle al valor que tiene esta legislación pues atiende una variedad de incertidumbres éticas y jurídicas, el enfoque del marco normativo español parece imponer y generalizar nociones que deben ser superadas. En particular, en el caso de las muestras biológicas que son extraídas como parte de los procesos médico-asistenciales, aunque las personas físicas hasta el momento no hayan ejercido actos de dominio sobre los sobrantes de las muestras que le son removidas, no debe imputársele fuerza a tal voluntad, muy especialmente ante un claro escenario en el que de las mismas se derivan beneficios de naturaleza evidentemente económica. La administración del Estado procura aumentar el uso e intercambio de las muestras biológicas humanas que forman parte de los reservorios ubicados en centros médico-asistenciales y a un mismo tiempo toma medidas para catapultar el uso de biobancos. Presentado de otra forma, las limitaciones discriminatorias impuestas a los sujetos de derecho que pueden ser económicamente compensados atenúan la potestad o dominio de una de las partes activas, el sujeto fuente, e incide sobre el sistema socio-económico de libre mercado.

Los intereses de los sujetos de derecho que participan en este esquema normativo coinciden sobre objetos que son introducidos en el tráfico jurídico que por virtud del desarrollo de nuevas técnicas científicas son transformados en entidades distinguibles de su estado original y que alcanzan conformar activos de notable utilidad y amplio potencial de explotación. Esto demanda de precisiones que requieren análisis sobre la clasificación de los materiales biológicos de origen humano como bienes, que entre otros asuntos, tome en cuenta su re-caracterización conforme a los fines a los que han de ser destinados.

---

<sup>311</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.

En particular debemos notar que aunque en su estado natural, la muestra física y el material genético coinciden en un mismo espacio que mediante la intervención de procedimientos científicos, son separables. La primera - la muestra física - representa el repositorio que en condiciones de almacenaje utilizando métodos especializados goza de una duración que hasta el momento puede alcanzar 15 años; mientras, el contenido genético una vez trasladado vectores que promueven su reproducción, tiene una duración indefinida.<sup>312</sup>

Las distinciones de estos dos bienes fue motivo de una reciente controversia legal en el estado de Minnesota de los EE.UU. instada por los padres de niños recién nacidos en esa jurisdicción sobre las muestras que le fueron tomadas como parte del programa de cribado neonatal.<sup>313</sup> El caso sobre esta controversia es *Bearder v. State of Minnesota*<sup>314</sup> el cual fue resuelto en el año 2012 por la Corte Suprema del Estado de Minnesota. En el mismo la parte demandante instó acción alegando apropiación indebida y uso de las muestras de sangre utilizadas durante el cribado neonatal sin que para ello mediara previo consentimiento. El Departamento de Salud de Minnesota al momento de la demanda tenía en su posesión aproximadamente 800,000 especímenes utilizados para la detección temprana y tratamiento de desórdenes hereditarios o congénitos de los neonatos según fuera promulgado en el 1965 y dispuesto por la legislación conocida como “*Minnesota Newborn Screening Statute*”. El

---

<sup>312</sup> A modo de ejemplo, hasta el presente, las células madre del cordón umbilical que han sido almacenadas hasta 15 años en nitrógeno líquido pueden ser utilizadas. No obstante, se desconoce si su duración habrá de ser por tiempo indeterminado. Ver artículo sobre la utilidad de las células madre: <http://www.embarazados.huggiesla.com/Notas/Almacenamiento-de-celulas-madre-distintas-opiniones.aspx>. De hecho, España es el segundo país del mundo con mayor número de cordones umbilicales donados. Hay almacenadas más 20.000 unidades que suponen el 10 por ciento de las depositadas en todo el mundo (2009), Ver artículo disponible en <https://ingenierosocial.wordpress.com/?s=debo+guardar+el+cordon+umbilical+de+mi+hijo> (Recuperado el 15 de julio de 2015).

<sup>313</sup> El cribado neonatal es una práctica común que busca la identificación de patologías en las que se ha demostrado beneficio para el recién nacido de su detección y tratamiento temprano, disponible en <http://www.circagen.com/pdf/cribado neonatal.pdf> (Recuperado el 15 de julio de 2015).

<sup>314</sup> *Bearder v. Minnesota*, Minn. Sup. Ct., 805 N.W.2d 766 (2011).

Departamento de Salud retuvo los remanentes de las muestras de sangre de forma indefinida además de permitir su uso por organizaciones privadas dedicadas a la investigación científica pues entendía que la pieza legislativa no le obligaba a su destrucción.<sup>315</sup> La parte demandante compuesta por los padres y veinticinco niños nacidos en el estado, alegaron que la retención y uso de las muestras representaba un acto en violación de un segundo estatuto, el *Genetic Privacy Act*,<sup>316</sup> el cual prohibía la colección, almacenaje y diseminación de información genética sin previo consentimiento. La posición adoptada por el Departamento de Salud se centró en que los especímenes o muestras físicas constituían propiedad del Estado, y no data, y por lo tanto las alegaciones carecían de mérito. Entre las discusiones de derecho que fueron centro de la controversia, el Estado planteó que la prohibición de divulgación de información genética que establecía el “*Genetic Privacy Act*” sólo se activaba en el momento en el que se llevaban a cabo los análisis genéticos y no antes, cuando los mismos solo se encontraban en potencial en los residuales de las muestras.

Las precisiones antes apuntadas parten de la concepción de que el material biológico humano es diferenciable de la información o data generada a partir de su estudio. Pudiera decirse que la posición adoptada por el Estado pusiera de relieve una distinción o quizás la relación entre lo principal y lo accesorio. De aquí, remarcamos nuestra consideración de la importancia que representa que el ordenamiento reconozca expresamente que la persona física de quien el material biológico es obtenido sea reconocida como el titular, y que advierta su facultad de ejercer las actividades correspondientes al dominio sobre estos.

---

<sup>315</sup> Según se desprende de los documentos de la Corte, en el 1997, el Departamento de Salud comenzó a almacenar los remanentes de las muestras de sangre. Cerca de 50,000 muestras habían sido utilizadas en estudios de investigación científica. Mediante contrato, el estado de Minnesota permitió que muestras fuera utilizadas por la Clínica MAYO para llevar a cabo estudios con la supervisión del Comité de Ética del Departamento de Salud.

<sup>316</sup> La ley de Privacidad Genética del estado de Minnesota (*Genetic Privacy Act*, Minn. Stat. Ann. § 13.386 (West, 2014) fue originalmente aprobada en el 2006.

Luego de un examen detallado de los argumentos, la Corte Suprema de Minnesota concluyó que ausente una norma que lo autorice expresamente, todos los especímenes que contienen ADN humano están sujetos a las disposiciones del “*Genetic Privacy Act*” y su colección, almacenaje, uso o su disseminación requiere previo consentimiento informado.

**(b) El contenido genético como bien intangible propiedad del sujeto fuente**

En una aproximación aun más cercana podemos detallar las características distintivas en el proceso de cambio del tejido o fluido humano que es destinado a la investigación biomédica. Inicialmente, al ser separadas las estructuras, tejidos o fluidos humanos puede apreciarse su tangibilidad por lo que pueden ser ubicadas dentro de la clasificación de los bienes corporales. Al aislar el ADN contenido en el material biológico, sería propio puntualizar que hacemos referencia a material en su estado natural y que mediante su expresión el cuerpo produce las estructuras básicas que le componen. Este proceso debe entenderse como en el que un objeto se transfigura y adopta forma incorporal puesto que se transforma y deja de ser apreciado por los sentidos.

Una vez aislado, mediante el uso de técnicas científicas y métodos de laboratorio, la data contenida en el ADN de la persona sirve de fuente directa para la confección de lo que libremente descrito consiste en un duplicado sintético del ADN humano el cual es utilizado para investigación o producción comercial de productos biológicos, en ocasiones a nivel industrial. Se trata de la producción científica de una copia del material genético humano cuya codificación contiene las características singulares de la persona de quien se obtuvo que puede ser procesado para segregar las partes o datos de interés. De esta manera queda demostrado el proceso en el que un objeto natural mientras contenido en el cuerpo no cuenta con valoración económica y el cual mediante la aplicación de técnicas científicas el ordenamiento lo coloca dentro del ámbito de la propiedad intelectual.

Lo antes apuntado obliga a definir a quien corresponde la potestad de hacer determinaciones sobre el uso del bien en cualquiera de estas etapas de transformación. Antes ya habíamos señalado que la Ley de Investigación Biomédica de España subraya que el ejercicio de potestad del paciente sobre el destino de la muestra biológica se encuentra demarcado en la manifestación de su voluntad al prestar su consentimiento en el momento en que la muestra es colectada.<sup>317</sup> La norma, no obstante, flexibiliza el consentimiento prestado al promover un régimen adaptable que permite el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta sin que ello conlleve autorización adicional por parte del sujeto.<sup>318</sup> La elasticidad del consentimiento reconoce algún grado de autonomía sobre la voluntad del sujeto fuente en cuanto al destino que tendrá el material biológico que le fue sustraído mientras de otra parte impulsa la actividad de investigación que el Estado busca promover conforme a su mandato constitucional. La potestad del individuo sobre el material biológico que procede de su cuerpo incluye la utilización o no de la muestra y la naturaleza de la investigación a la que la muestra puede ser sometida. La norma le imparte al acto de consentimiento lo que podría caracterizarse como tracto sucesivo puesto que requiere que de ocurrir la cesión de la muestra a terceros, su uso investigativo sea consistente con las condiciones establecidas por el sujeto fuente al momento de prestar su consentimiento inicial.

Lo apuntado se desprende una lectura del artículo 60 de la Ley de Investigación Biomédica española el cual señala que el consentimiento podrá además de prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas (refiriéndose al consentimiento inicial), también se extiende a las *investigaciones*

---

<sup>317</sup> El artículo 60. *Consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica*, en su primer apartado, establece que: “El consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta.”

<sup>318</sup> El segundo apartado del artículo 60 establece que: “El consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera este el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento.”

“realizadas por terceros.” Sin embargo, la facultad del sujeto fuente alcanza límites en el caso de los estudios investigativos que hayan sido iniciados utilizando datos que hubieran sido obtenidos de la muestra biológica. Aunque la Ley de Investigación Biomédica reconoce el derecho a la revocación del consentimiento, al procurar proteger el progreso científico, la norma dispone en el apartado 1 del artículo 61 que “cuando se refiera a cualquier uso de la muestra se procederá a su inmediata destrucción, **sin perjuicio de la conservación de los datos resultantes de las investigaciones que se hubiese realizado con carácter previo**”. (Énfasis Nuestro) Además de la limitación sobre la eficacia del consentimiento del sujeto fuente, esta disposición pone de relieve el tratamiento separado que recibe el material biológico de extracción humana, como bien corporal; y la información genética extraída de la muestra que a pesar de la imposibilidad de ser captada por los sentidos representa el bien con mayor interés por parte de la investigación científica.

Es innegable destacar que el progreso tecnológico ha tenido grandes repercusiones en el derecho civil patrimonial y consecuentemente los esquemas tradicionales encuentran retos en su aplicabilidad. Lo anterior deja planteado la necesidad de que el Derecho establezca mecanismos que atiendan con claridad las tensiones que dimanen de los intereses que se presentan en la utilización y disfrute de los bienes de los materiales biológicos de origen humano que innegablemente gozan de alto potencial económico. En este sentido, es importante recalcar que en la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el Código Civil español deben observarse criterios que guarden relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos que atiendan fundamentalmente el espíritu y finalidad de la norma así como a la realidad social del tiempo en que son aplicadas.<sup>319</sup> Sobre esto PUIG BRUTAU ha señalado que las ideas jurídicas nacen en determinada coyuntura o para atender a necesidades concretas; el razonamiento jurídico las separa de las

---

<sup>319</sup> PUIG BRUTAU, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, *supra*, n. 243, p. 98. En cuanto a los mecanismos de solución de conflictos de intereses en la utilización y disfrute de los bienes económicos puede verse a JORGE A. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, INTRODUCCIÓN AL DERECHO MEXICANO: DERECHO CIVIL 26, 27 (1ra ed. 1981).

circunstancias a que deben su vida para que, reelaboradas y estructuradas en un conjunto de normas, puedan aplicarse de nuevo a base de lograr fines abstractos de justicia, aunque tal vez a base de lograr fines inmediatos y concretos en una institución social diferente.<sup>320</sup>

Hemos de admitir que el Derecho consiste en la imposición de orden a la conducta humana.<sup>321</sup> Con ello también debe tomarse nota que la esencia de lo jurídico en un sistema civilista como el español, toma forma en una colección de figuras jurídicas que tienen valor práctico y jurídico que sirve a la comunidad. Su valor excede a un mero repertorio de normas que en principio puede ser limitado pero que su función supera en valor sus limitaciones; pues permite comprender la forma de ordenación básica. No por ello puede ésta ser entendida rígidamente.

En el contexto de la figura de propiedad, tal como expusiera ALBALADEJO GARCÍA debemos tener claro que la propiedad no es una *función social*,<sup>322</sup> en el sentido que se otorgue el poder sobre la cosa para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la comunidad. La propiedad desde el punto de vista del Derecho español, como es el de otras jurisdicciones, tales como Puerto Rico, es un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. La coordinación entre el interés individual, al que derecho subjetivo sirve, y cualquier otro interés general, es común y puede apreciarse en otras dimensiones de la organización comunitaria, tales como los aspectos económicos.

En el decir de ALBALADEJO, ni el derecho de propiedad se concede para servir una función social, ni es exclusivo de él estar sometido a las exigencias del bien

---

<sup>320</sup> 3 JOSÉ PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Vol. 1, p. 142 (Bosch, 4ta ed. 1994).

<sup>321</sup> PUIG BRUTAU, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, *supra*, n. 243, p. 2.

<sup>322</sup> MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: DERECHO DE BIENES 235 (Edisofer, 11ma ed. 2010).

común. El poder jurídico pleno sobre las cosas que es la propiedad es, se justifica porque, siendo estos medios aptos para servir a la consecuencia de los fines del hombre, es lógico que el Derecho que organiza la convivencia de estos, reconozca tal poder sobre aquellas, dando así lugar a que se convierta en derecho, y por tanto, sea protegido por la ley, si no sería tan solo un señorío de hecho sobre las mismas.

Sobre la propiedad individual el mismo jurista señala que la normativa española admite, estimando que, para cumplir la misión de servir con su objeto (la cosa) a los fines humanos, es más apta en numerosos casos que la colectiva, que – al hacerlos bienes todos, diluyendo así el interés de cada uno por los mismos-carece de estímulos y posibilidades que aquella ofrece. Además, sobre ella se apoya, como uno de sus pilares básicos, nuestra organización y nuestro Ordenamiento jurídico y finalmente que puede recaer – en principio- sobre toda clase de bienes.<sup>323</sup>

**(c) El caso “Association for Molecular Pathology et al. v. Myriad Genetics, Inc. et al., 569, U.S. 12-398 (2013)**

Recientemente la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo ocasión de resolver una controversia que fuera traída ante sí en la que se impugnaba la validez de varias patentes relacionadas con el hallazgo de la secuencia genética del ADN humano ligadas al desarrollo de cáncer en las mamas y ovarios conocidas como “BRCA1 y BRCA2”. En el centro de la controversia se encontraba la postura de quienes reclamaban que las secuencias de genes, por ser producto de la naturaleza, no podían ser patentizadas. En particular grupos interesados en lograr reducir los costos de los estudios utilizados para la detección del cáncer radicaron un recurso ante los tribunales solicitando la nulidad de las patentes que reconocían exclusividad<sup>324</sup> de

---

<sup>323</sup> ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: DERECHO DE BIENES, *supra*. n. 322, p. 235.

<sup>324</sup> Una de las patentes de Myriad Genetics en controversia frente a sus competidores Ambry Genetics se relaciona con la patente número 6,951,721 otorgada por la Oficina de Patentes (U.S. Patent and Trademark Office) de los EE.UU.

métodos de detección de mutaciones de la secuencia genética “BRCA1 y BRCA2” asociadas con el cáncer.<sup>325</sup> Se trataba de las patentes obtenidas por la empresa norteamericana *Myriad Genetics* la cual logró localizar y descifrar la secuencia<sup>326</sup> de estos genes en el año 1993.

La opinión emitida por el máximo foro de la nación americana, aunque no vinculante, es materia de análisis y de destacadas discusiones en otras jurisdicciones, incluyendo la española. En su dictamen, los jueces de la Corte Suprema de los EE.UU. declararon unánimemente que el ADN es producto de la naturaleza y que no puede otorgarse una patente por el mero aislamiento de un gen. El Tribunal Supremo establece que las patentes que conferían exclusividad a *Myriad Genetics* sobre la composición de los elementos constitutivos de las secuencias genéticas conocidos como nucleótidos debían ser anuladas. Los grupos activos cuestionaban si el hecho de haber logrado descifrar la secuencia genética debió ser motivo para concederle a la empresa las protecciones que la ley nacional de patentes otorga a invenciones científicas puesto que reclamaban los genes constituían “un producto natural”. En específico, este asunto trataba si la actividad científica de investigación que permite la identificación de cierta predisposición genética cuenta con características de novedad científica que notablemente pueden ser diferenciadas de un objeto que se encuentra en la naturaleza; y si por lo tanto merecía ser acreedora de su reconocimiento como propiedad intelectual.

Esta controversia incluye cuestiones científico-jurídicas que representan desafíos que ya hemos anticipados habrán de acontecer más frecuentemente. Los sujetos de derecho, antes pasivos, se ven motivados a presentar recursos que buscan

---

<sup>325</sup> La compañía *Myriad Genetics* cobra más de 3,000 dólares por una prueba de detección de las secuencias genéticas asociadas con este tipo de cáncer; mientras el costo real de la misma es de a penas alcanza los \$300.00. Véase, WILEY BLACKWELL, CONTEMPORANEOUS DEBATES IN BIOETHICS 157 (Arthur L. Caplan & Robert Arp, eds., 2014).

<sup>326</sup> *Myriad Genetics* logró identificar la localización exacta de los genes BRCA1 y BRCA2 en los cromosomas humanos número 17 y 13. El cromosoma 17 tiene aproximadamente 80 millones de nucleótidos y el 13 aproximadamente 80 millones.

moderar la autoridad que el ordenamiento y precedentes judiciales han reconocido hasta el momento a algunos grupos de interés; principalmente la comunidad científica e industrial. El dictamen de la Corte se adentra en un análisis y hace precisiones relevantes de naturaleza técnica y legal que buscan establecer la línea divisoria entre un objeto natural, los datos de origen genético y su conversión mediante el ingenio humano en bienes de alto interés económico-científico. Los elementos definitorios parecen estar dados por disposiciones de normas redactadas con el propósito de fomentar la investigación y desarrollo que hasta el momento había contado como principales favorecidos aquellos a los que el Estado les hubiese reconocido exclusividad por los hallazgos o métodos utilizados.

Una mirada crítica provoca pensar que ante el supuesto de bienestar común, las ventajas reconocidas por la legislación sobre la propiedad intelectual confieren el poderío aquellos que terminan limitando el acceso de la comunidad general. Aún más, el ordenamiento parece exigir pasividad de las personas naturales cuya tolerancia por el esquema actual parece ir en reducción. Ante este panorama es menester distinguir que el bien que últimamente requiere protección y posee valor principal resulta ser la información genética obtenida del material biológico de origen humano.

Cuando analizamos de forma integrada, es innegable reconocer que la existencia de normativa reglamentando las actividades de la comunidad científica e industrial como las contenidas en las normas definitorias de invenciones tecnológicas o investigación Biomédica añaden certeza al ordenamiento. Sin embargo, a pesar de la existencia de estas normas, posee importancia cardinal que el ordenamiento reconozca de forma manifiesta que por estar subordinado a una dinámica de negocios jurídicos en la que coinciden intereses en los que también media el lucro, la persona natural como sujeto de derecho compone parte activa de este proceso. La clasificación de los materiales biológicos como bienes cuya potestad sobre uso traería elementos adicionales en la solución de la aplicación de la justicia.

## i. La propiedad intelectual; las invenciones tecnológicas

Otro elemento sobre el cual deben observarse consideraciones adicionales en el desarrollo de la normativa aplicable, es el referido a la propiedad intelectual resultante del estudio de los materiales biológicos, que lleva aparejada en la posesión indeterminada de los datos genéticos (individuales o agregados). Para mejor ilustrar este aspecto podemos señalar que un artículo publicado por el periódico el *New York Times* el 13 de junio de 2013, se señalaba que a pesar de que las patentes haber sido declaradas inválidas, la empresa *Myriad Genetics*, continua tratando la data genética como secreto comercial (*trade secret*).<sup>327</sup> Para apuntar más la relevancia de este aspecto, el artículo mismo señala que la empresa posee los datos pertenecientes a sobre un millón de pacientes que acudieron a ésta para que analizara sus muestras biológicas que ha servido para que gozar ventaja competitiva. Esta información representa un activo con valor económico incalculable.<sup>328</sup> La conducta corporativa de retener y utilizar esta información según descrita tiene un perfil inconsistente con la postura gubernamental que busca fomentar primeramente el bienestar colectivo. Esta

---

<sup>327</sup> “Our Genes, Their Secrets” [Nuestros Genes, Sus Secretos], disponible en <http://www.nytimes.com/2013/06/19/opinion/our-genes-their-secrets.html>. El monopolio sobre las pruebas genéticas BRCA se redujo significativamente por la decisión del Tribunal Supremo en *Association Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 133 S. Ct. 2107 (2013) y se espera se reduzca aún más en los próximos años, ya que muchas de sus patentes vigentes próximamente habrán de expirar. Pero esto no ha llevado a la empresa a ceder ante la competencia en este ámbito. En lugar de ello, ha puesto en marcha una ofensiva litigiosa contra sus competidores que prevalecieron en el caso ante el Tribunal Supremo de los EE.UU.

Al anunciar la expansión de operaciones en Europa, *Myriad* ha hecho hincapié en que dependerá menos de las patentes y más en su enorme base de datos, entre otros, de mutaciones genéticas. *Myriad* ha construido esa base de datos luego de sus muchos años de monopolio basado en patentes en el campo de pruebas de BRCA, y no lo ha compartido con la comunidad médica desde hace más de una década. En consecuencia, *Myriad* tiene una capacidad única para interpretar la importancia para la salud de las mutaciones genéticas de los pacientes. John M. Conley, Robert Cook-Deegan & Gabriel Lázaro-Muñoz, *Myriad After the Proprietary Dilemma*, 15 N.C. J. LAW TECHNOL. 597 (2014) disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4275833/pdf/nihms626011.pdf>. (Recuperado el 15 de julio de 2015).

<sup>328</sup> La Oficina de Patentes y Marcas de EE UU lleva 30 años concediendo patentes sobre genes humanos. En total, se han otorgado a, por lo menos, 4.000 compañías, universidades y otros profesionales que han conseguido descubrir y codificar genes humanos. Esto significa que cerca del 20% de los 240.000 genes humanos totales son objeto hoy de una patente, entre ellos algunos vinculados a la enfermedad de Alzheimer o diversos tumores malignos.

deficiencia no puede verse como exclusiva de la jurisdicción norteamericana pues si bien analizamos el modelo seguido por España, la Ley de Investigación Biomédica establece que aun ante la revocación del consentimiento de todo uso de la muestra, la revocación será sin perjuicio de los datos resultantes de las investigaciones que hubiesen sido realizado. Sobre este particular, el apartado 3 del artículo 4 que trata sobre el Consentimiento informado y derecho a la información establece que:

Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, *sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley*. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho. (Énfasis Nuestro)

En este sentido, el texto del artículo 32 que trata sobre la utilización de preembriones y ovocitos es demostrativo de una de las condiciones limitativas que la Ley de Investigación Biomédica impone a la revocación del consentimiento a las que hace referencia el apartado 3 del referido artículo 4. El legislador, con el fin de proteger el progreso científico exceptúa de la revocación del consentimiento los datos que puedan perjudicar actividades investigativas en curso. El literal del artículo 32 de la Ley de Investigación Biomédica establece:

La investigación con ovocitos y preembriones deberá contar con el consentimiento de las personas de las que provengan, las cuales podrán revocarlo en cualquier momento *sin que afecte a la investigación realizada*. (Énfasis Nuestro)

Las protecciones de la propiedad intelectual, la posesión indeterminada de datos por las empresas dedicadas a las ciencias del conocimiento junto a su capacidad para comercializar los productos en múltiples mercados representan un nuevo giro que seguramente no pasará inadvertido por los grupos de interés y sujetos del derecho. Prueba de las nuevas escuelas de pensamiento están representadas en el recurso legal llevado hasta el máximo foro estadounidense por la Asociación de Patología Molecular, Universidades y pacientes que en su desafío lograron alterar un modelo que hasta ahora reconocía exclusividad del disfrute de beneficios directos tan solo a

unos pocos. Un próximo paso bien podría ser el reclamo de los ciudadanos por un modelo de participación de beneficios.

El Congreso de los EE.UU., en el ejercicio de su autoridad constitucional, ha mostrado inclinación por legislación que propenda el desarrollo económico mediante la aprobación de leyes federales que según la interpretación dada por la Corte Suprema permite patentizar procesos innovadores asociados con organismos vivos.<sup>329</sup> La sección 8 del artículo 1 de la Constitución de los EE.UU. reconoce al Congreso la autoridad para otorgar derechos exclusivos sobre invenciones científicas. La disposición constitucional expresa que el Congreso tendrá facultad:

Para fomentar el **progreso de la ciencia** y de las artes útiles, garantizando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos.<sup>330</sup> (Énfasis Nuestro).

El texto constitucional claramente refleja la política pública de los EE.UU. de estimular las ciencias y el desarrollo de los avances tecnológicos mediante el reconocimiento del derecho a la propiedad intelectual. En este escenario podemos apreciar un esquema en el que satisfechos los requisitos dispuestos por ley especial, las invenciones de forma “*numerus apertus*” pueden contar con las protecciones de ley”. Las protecciones otorgadas por el Congreso de los EE.UU. no son otra cosa que una modalidad de derechos propietarios que como hemos advertido se extienden a actividades derivadas de materiales biológicos.

El precedente judicial de los EE.UU. que dio paso a las clasificación como propiedad intelectual al procesamiento o manipulación de organismos vivos encontrados en la naturaleza fue *Diamond v. Chakrabarty*<sup>331</sup> el cual fuera decidido a

---

<sup>329</sup> La oficina de patentes se encuentra suscrita al Departamento de Comercio de los Estados Unidos.

<sup>330</sup> U.S. CONST. art. I, §8.

<sup>331</sup> *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

principios de la década de los ochenta. El mismo trató de un bioquímico (Ananda Chakrabarty) quien laboraba para la compañía *General Electric* quien utilizando técnicas novedales de ingeniería genética desarrolló unas células capaces de digerir aceites crudos vertidos durante derrames. La Corte Suprema declaró que la Oficina de Patentes no debía denegar a Chakrabarty su petición a que se le concediera una patente con el único argumento de que su invención se trataba de la alteración de un organismo vivo.

A grandes rasgos, la Ley de Patentes <sup>332</sup> de Estados Unidos establece que para obtener las protecciones que confiere la ley se requiere la invención cuente con ciertas características. Estas son: contar con utilidad, gozar de carácter novel, que no resulte obvio (debe mediar la creatividad), y su registro cuente con una descripción detallada.<sup>333</sup> Particularmente la mencionada Ley de Patentes establece que:

*Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent, subject to the conditions and requirements of this title.*

Quien invente o descubra cualquier proceso, máquina o manufactura o composición de la materia que sean nuevos y útiles, o cualquiera mejora útil derivada de ello, podrá en consecuencia, obtener una patente sujeta a las condiciones de este título.<sup>334</sup>

Dicha Ley de Patentes no permite patentizar organismos en su estado natural como lo sería específicamente el tejido humano sin que medie algún método o uso innovador asociado con el mismo. Sin embargo, podemos apreciar que la legislación aprobada por el Congreso busca fomentar el desarrollo tecnológico, lo que allana el terreno para que los productos resultantes de la actividad innovadora que involucran tejidos y fluidos humanos

---

<sup>332</sup> U.S. Patent Act, 35 U.S.C. § 1, *et seq.*

<sup>333</sup> N. S. SREENIVASULU & C. B. RAJU, BIOTECHNOLOGY AND PATENT LAW 63 (1st. ed. 2008).

<sup>334</sup> U.S. Patent Act, 35 U.S.C. § 101.

puedan ser patentizados y reconocidos como propiedad intelectual. Los límites que puedan ser impuestos a estas disposiciones muy seguramente han de responder a consideraciones de aceptación social. Sobre este particular, el Comité de Ética de la Asociación Americana de Médicos (AMA) publicó las siguientes guías instruyendo a los médicos que contemplan uso de tejidos humanos con fines comerciales:<sup>335</sup>

- 1) Se requiere el consentimiento informado de los pacientes de quienes han de ser obtenidos órganos o tejidos.
- 2) Posibles intereses comerciales deben ser divulgados a los pacientes antes de que se generen ganancias de productos desarrollados de materiales biológicos.
- 3) El tejido humano y los productos derivados no deben ser utilizados con propósitos comerciales sin el consentimiento del paciente quien suministró el material celular originalmente.
- 4) Las ganancias derivadas del uso comercial de tejidos humanos y productos derivados pueden ser compartidas con pacientes, de conformidad con un acuerdo contractual.
- 5) Las alternativas terapéuticas o diagnóstico ofrecidos a pacientes por los facultativos médicos deben cumplir con buenas prácticas médicas y no habrán de ser influenciadas en forma alguna por el potencial comercial derivado del tejido obtenido del paciente.

Las expresiones del Comité de Ética de la Asociación Americana de Médicos demuestran que salvadas las garantías que conforman el consentimiento informado incluyendo la divulgación de potenciales conflictos de interés, no existen impedimentos ético-morales para comercializar productos derivados de materiales biológicos humanos; más bien reconoce el espacio para compartir las ganancias con

---

<sup>335</sup> AMA Code of Medical Ethics, *Opinion 2.08 Commercial Use of Human Tissue*, June 1994, disponible en <http://www.ama-assn.org/ama/pub/physician-resources/medical-ethics/code-medical-ethics/opinion208.page> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

los pacientes de quienes son obtenidos. Con todo esto podemos concluir que los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano que se encuentran disociados del cuerpo vivo propiamente satisfacen las características de una “cosa” o soporte de datos con potenciales utilidades que son explotados económicamente.

Los razonamientos anteriores ponen de manifiesto que los materiales biológicos de origen humano componen un sustrato físico que alberga la dotación genética de la persona de quienes son extraídos. El potencial de estos materiales para ser explotados demanda que el ordenamiento instituya salvaguardas para que el sujeto fuente ejerza eficazmente su derecho a la autodeterminación; es decir el poder de decidir eficazmente sobre el destino y los usos de los mismos.

## **CAPÍTULO IV: EL CONTENIDO DEL NEGOCIO JURÍDICO SOBRE LOS MATERIALES BIOLÓGICOS PROCEDENTES DEL CUERPO HUMANO**

### **1. El contenido del Derecho y los materiales biológicos humanos como bienes jurídicos en el ámbito civil patrimonial**

El entender la naturaleza y el contenido del derecho sobre el cuerpo y sus partes conlleva tener claridad de los presupuestos sobre el tratamiento jurídico que el mismo debe llevar. En primera instancia, como es sabido, el cuerpo humano, entendiéndose la persona natural contenida en su armazón físico, por la preeminente consideración que de ella se tiene, se encuentra excluida del tráfico jurídico. Se trata de un ente jurídico que no admite condición de cosa puesto que de otra forma daría justificación a la concepción que en un pasado permitió unos fueran considerados amos y otros esclavos. El axioma fundamental para la conformación de los actos de disposición de las partes de cuerpo en negocios jurídicos lícitos consiste en que en la que jerarquía del orden social, la persona natural es la que ocupa rango superior como sujeto con facultades para regir sobre su ser y de todo aquello que es suyo. El sistema de normas que reglamenta el orden de las cosas de origen biológico humano está llamado a reconocer la potestad del individuo para actuar libremente en favor de sus intereses conforme a los valores propios.

Otro punto central consiste en saber distinguir las diferencias entre la concepción del cuerpo humano de la persona viva y el remanente corporal luego de la muerte; asunto que el algún grado habremos de abordar más adelante. Ha de notarse que la realidad actual trasciende la doctrina que por siglos consideró lo corpóreo como un aspecto secundario a la personalidad que tan solo ha sido controvertida ante la consideración de posible ventaja económica de la persona. La filosofía de hoy plantea nuevas visiones en función del potencial contenido en la dotación genética del cuerpo humano y de las partes separadas del mismo. Consistente con lo expuesto por WARAT, esto pone de manifiesto la correlación existente entre el lenguaje y la

ideología que deben proyectarse en el campo jurídico.<sup>336</sup>

En el negocio jurídico que conlleva la extracción y el trasplante de órganos *inter vivos* tiene particular consideración el potencial menoscabo de la capacidad funcional de la persona fuente; lo que requiere interponer controles sobre la extensión de la voluntad individual para ejecutar dichos actos. Es esencial tomar nota de estas consideraciones puesto que la tesis que sostenemos que los materiales separados del cuerpo poseen las propiedades que los hace susceptible de negocios jurídicos tiene como presupuesto que su extracción no ha de afectar adversamente la capacidad funcional del sujeto fuente. La postura es atenuada tomando en consideración aspectos que representan condiciones que, de existir, justificarían la intervención reguladora por parte del Estado. Sobre este particular destacamos, que el Derecho debe mantener concordancia con la continua evolución de la tecnología puesto que se observa una tendencia de las técnicas a tornarse cada vez más en menos invasivas. Este es el caso de la tecnología asociada al trasplante de médula ósea que ya hemos discutido.<sup>337</sup> Evidentemente, estos aspectos son de relevancia tanto para los actos de uso y disposición por parte de la persona de quien se extraen las estructuras, tejidos o fluidos biológicos, aun cuando estos estén motivados por el ánimo de lucro o por el deseo de solidaridad social.

Existe espacio para estimar los materiales biológicos en consideración de su utilidad. A grandes rasgos una vez ubicados en su categoría general basada en el grado de afección sobre la persona fuente (i.e. regenerables o no), puede concebirse su sub-categorización en función de la utilidad que ha de asignársele. Entre las cualidades que pueden ser tomadas en consideración se encuentra la determinación de que serán usadas para trasplantes *inter vivos* o si finalidad se encuentra dirigida a

---

<sup>336</sup> LUIS ALBERTO WARAT, LENGUAJE Y DEFINICIÓN JURÍDICA, COOPERADORA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES 24 (Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973).

<sup>337</sup> Nos referimos a la decisión del noveno Circuito de Apelación de la Corte Federal de California en el caso *Flynn v. Holder*, 665 F3d. 1048 (Cal. 2011).

procesos de investigación científica o manufactura comercial. Como hemos apuntado anteriormente, consideraciones de calidad del suplido justifican mayor reglamentación por parte del Estado al tratar de materiales que han de ser trasplantados.

Los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano que con mayor frecuencia entran en el tráfico jurídico son aquellos que son regenerados naturalmente por el cuerpo humano. Ejemplo de ello es la sangre y los hemoderivados que como hubiéramos apuntado en los EE.UU. es una práctica común el pago por extracciones voluntarias. En cuanto a la Comunidad Europea, se observa diversidad en los modelos seguidos para promover autosuficiencia del suplido de sangre. En muchos de los Estados, las donaciones voluntarias y no remuneradas tienen larga tradición. Así, se sabe que han sido práctica aceptada durante más de cincuenta años en Eslovenia, Francia, Irlanda del Norte y Luxemburgo, así como en la antigua Checoslovaquia, y que cuentan con una larga historia en Bélgica, Dinamarca, Inglaterra, Finlandia y Países Bajos. Esta práctica se introdujo en Chipre en 1977, en España y Malta en la década de los 80 y en Estonia, Grecia, Italia y Portugal en los años 90.<sup>338</sup> La Directiva Europea Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 2003<sup>339</sup> exhorta a los Estados a adoptar medidas para fomentar las donaciones de sangre voluntarias; mas deja a cada Estado determinar individualmente como ha de lograr el objetivo de confianza en la calidad y promover la autosuficiencia que persigue la Directiva. El hecho de que las donaciones sean voluntarias y no remuneradas no excluye el que los sujetos fuente reciban compensación por los gastos e inconvenientes relacionados con la donación. En Estados como Austria, los donantes de plasma reciben hasta veinticinco euros y los donantes de trombocitos en

---

<sup>338</sup> Informe sobre la promoción por los Estados miembros de las donaciones voluntarias y no remuneradas, Bruselas 17.5.2006 COM (2006) 217.

<sup>339</sup> Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE.

un centro de aféresis hasta cincuenta euros por donación. Esto evidencia que si bien la Comunidad Europea promueve la donación voluntaria y no remunerada, la interpretación concreta de la pluralidad de normas demuestra espacios que admiten la postura que las partes separadas del cuerpo conforman objetos susceptibles de tráfico jurídico. Debemos apuntar, no obstante, que mientras el fluido sanguíneo reside en el organismo no es objeto de derecho patrimonial; en tanto no se separe del cuerpo del que procede no adquirirá los rasgos calificativos propios de las cosas en sentido jurídico.

La diversidad en los mecanismos utilizados para promover la disponibilidad de abastos de sangre y hemoderivados, aun dentro de la Comunidad Europea es influenciada por varios factores, entre otros, la rapidez del proceso de extracción y la ausencia de perjuicios físicos a la persona fuente.<sup>340</sup> La actividad de recolección de sangre o de sus componentes para ser trasfundida a pacientes es una práctica generalizada. El pago a cambio del fluido biológico, cuando ocurre, regularmente es de poca monta.

La situación adquiere otros matices cuando la extracción de hemoderivados involucra personas con características singulares que los expertos persiguen aislar para usos distintos a la transfusión. La sangre humana puede ser objeto de negocios jurídicos en cuanto se inicia la fabricación y venta de productos comercialmente disponibles. Las empresas embarcadas en dicho proceso han de situarse o no al margen de la idea de provecho o ganancia. La tendencia despatrimonializadora encuentra su contradicción cuando se da vista al proceso de producción de sustancias

---

<sup>340</sup> El Estado regula el volumen de sangre que puede ser extraído. Según la Cruz Roja Española, se puede extraer hasta un 13% del volumen total de la sangre de una persona. No obstante, por la estandarización de las bolsas de sangre utilizadas habitualmente, se extraen 450 cc., que supone la cantidad máxima que es posible extraer a una persona de 50 Kg. de peso sin causarle ningún perjuicio.

curativas, respecto de las cuales las porciones hemáticas son la materia prima.<sup>341</sup>

Otro fluido corporal que satisface la condición de ser regenerado naturalmente por el cuerpo humano y que con regularidad es objeto de negocios jurídicos es la leche materna. El primer banco de leche se creó en Viena en el año 1909. Al presente, en Europa suman al menos un total de 203.<sup>342</sup> En España, existen actualmente siete bancos localizados en Palma de Mallorca, que entró en funcionamiento en 2001, Madrid (2007), Valencia (2010), Granada (2010), Barcelona (2011), Zaragoza (2011), y Mérida (2012), que se encuentran agrupados en la Asociación Española de Bancos de Leche Humana. No son pocos los países en los que las madres ofrecen su leche a un precio que fluctúa entre 60 céntimos y 2,5 euros de media por cada 30 ml. Francia, Reino Unido o los países nórdicos tienen una media de 15 centros de este tipo.<sup>343</sup> Un informe publicado por la Asociación Española de Bancos de Leche Humana demuestra un marcado aumento de participantes del programa; en el 2009 eran 175 las participantes, mientras que el 2013 el número es 1,020 personas.<sup>344</sup> La realidad objetiva que figura en los anteriores ejemplos demuestra de forma concluyente que los materiales biológicos ya separados

---

<sup>341</sup> Ángel Guillermo Valenzuela Serrano, Tesis Doctoral Valoración Médico-Legal del Uso de la Hemoterapia en la Evidencia Científica, Facultad de Medicina, Universidad de Málaga (SPICUM 2006), disponible en [http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/4633/TDR\\_VALENZUELA\\_SERRANO.pdf?sequence=6](http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/4633/TDR_VALENZUELA_SERRANO.pdf?sequence=6) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>342</sup> Asociación Española de Bancos de Leche Humana, *La AEBLH advierte de los riesgos derivados del uso de la leche materna sin control sanitario*, AEBLH.ORG, <http://www.aebhl.org/noticias/7/la-aebhl-advierte-de-los-riesgos-derivados-del-uso-de-leche-materna-sin-control-sanitario> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>343</sup> Brazil es el país con el mayor número de bancos de leche materna del mundo; dispone de 250 centros. Ver artículo escrito por José J. Alonso, Bancos de leche materna: Por qué no se vende o 'comparte' leche materna por internet?, QUÉ!, 26 de agosto de 2014, <http://www.que.es/ultimas-noticias/espana/201408260800-bancos-leche-materna-espana-vende.html> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>344</sup> A pesar de que su uso de la leche materna disminuyó durante los años 80, coincidiendo con la aparición del SIDA y el desarrollo de fórmulas lácteas para prematuros, este declive en el funcionamiento de los Bancos de Leche fue solo transitorio y actualmente se encuentran extendidos por todo el mundo con una tendencia cada vez mayor hacia la creación de nuevos bancos. Asociación de Española de Bancos de Leche Humana, AEBLH.ORG., <http://www.aebhl.org/que-es/> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

y regenerables por el cuerpo humano gozan de propiedades que no tan solo los hace susceptible de negocios jurídicos sino mas bien que actualmente constituyen objetos que lícitamente componen parte del trafico jurídico; incluyendo a España.

**(a) Los materiales biológicos humanos como bienes jurídicos en el Derecho civil**

Los materiales biológicos ya separados del cuerpo humano son objetos corporales independientes que tienen existencia autónoma. Su estructura natural los hace trasladables de un punto a otro y con ello gozan de la condición de ser asimilables a la categoría de bienes muebles susceptibles de apropiación. Las notas características de los materiales extraídos del cuerpo humano les ubica en una categoría especial de cosas pues a pesar de sus cualidades autónomas e independientes son vistas por la conciencia general como vinculadas a la entidad corporal de las que proceden.

Su utilidad es diversa; en favor de la persona misma, familiares, allegados o terceros desconocidos.<sup>345</sup> Su aptitud para ser trasmitidos los hace idóneos para ser introducidos en la cadena de suplido para usos ulteriores incluyendo la manufactura comercial. En este sentido, su conversión ordinariamente se traduce en el uso de su contenido genético y en cuyo caso conlleva su conversión de objetos corporales a incorpóreos con la problemática que ello plantea no solo en lo referente a su naturaleza sino también, de modo fundamental, a su titularidad. Su valor económico en la cadena de producción es proporcional a las características singulares de la dotación genética.

---

<sup>345</sup> Generalmente, los materiales biológicos directamente trasplantados por ser órganos vitales (tales como el corazón o el riñón) conllevan un trato especial que responden al interés de asegurar su calidad y reducción de la persona receptora.

Es fundamental estar atentos a las nuevas posibilidades de explotación económica de los materiales biológicos humanos por motivo de su contenido genético. Sobre este asunto, BERGEL señala que los nuevos métodos de intervención sobre el cuerpo, las biotecnologías, la patentabilidad de lo biológico, han transformado el sentido de la comercialidad.<sup>346</sup> Añade que ya no se trata de la apropiación de partes significativas por su volumetría (órganos, manos, brazos, etc.) sino de partes cuyo volumen material es a veces imperceptible, pero que tienen una relevancia funcional que no podemos dejar de atender. Por ello es trascendental puntualizar el valor central del reconocimiento de la autodeterminación del individuo y que ello sea traducido en la potestad del individuo para el reconocimiento de la titularidad de los materiales que le son sustraídos de su cuerpo y, como consecuencia de aquélla, disponer y tener control sobre los mismos. La autonomía de la persona, en el orden patrimonial, tiene, entre otras, sus dos grandes manifestaciones en el negocio jurídico y en el derecho subjetivo. En definitiva, ambas reflejan la libertad de la persona para actuar en el ámbito del Derecho que se extiende a otras esferas del Derecho civil, como el de los Derechos reales.<sup>347</sup>

**i. El reconocimiento de titularidad del sujeto fuente y el negocio jurídico de los materiales biológicos de origen humano**

En las jurisdicciones civiles como en España, Puerto Rico y otras, el derecho positivo ofrece las normas o principios generales que han de ser observados en el tráfico de los bienes. Cuando un sujeto realiza un acto del que se derivan las consecuencias jurídicas deseadas por las partes se entiende que estamos en presencia de un negocio jurídico, dándole a este término su acepción más amplia y aceptando la categoría unívoca de aquél, sin aplicar para este caso la postura de entender que hay

---

<sup>346</sup> Salvador Darío Bergel, *Aportes para un Estatuto de las Partes del Cuerpo*, REV. DER. GEN. H., Núm. 35, 2011, p. 67-100.

<sup>347</sup> *Id.* p. 18.

tantos negocios como objetos sobre los que recae y señalando que no entraremos en el análisis pormenorizado de la teoría del negocio porque consideramos que excede el tema que aquí queremos abordar. Así, el negocio, como acto integrador de la voluntad privada es reconocido por el Derecho como base para la producción de efectos jurídicos, siempre que ciertos elementos concurren en el mismo. El Derecho privado representa un ordenamiento regulador de las relaciones entre particulares; mientras el Derecho civil representa el Derecho privado general, entiéndase, aquella parte del Derecho privado que no ha sido asumida por un ordenamiento<sup>348</sup> especial. En el ordenamiento civil todo negocio jurídico debe tener un objeto sobre el que han de versar las voluntades de los sujetos.

En el caso de la extracción y cesión de materiales biológicos humanos, es posible considerar que se trata de una relación jurídica en virtud de la cual una persona soporta la extracción de sus materiales para ser utilizados con fines ulteriores, bien por ánimo de liberalidad o ante la expectativa de una contraprestación. En esta actividad jurídica consideramos que la persona fuente debe tener plena independencia para manifestar libremente su voluntad como titular de lo que procede de sí, esos materiales biológicos cuya extracción ha consentido.

En relación con lo antes apuntado, consideramos conveniente recordar que el ordenamiento jurídico concede el poder a la persona, como sujeto del Derecho, la facultad para tomar decisiones, con posibilidades de actuación en defensa de sus intereses, del disfrute de la cosa, de percibir sus frutos, de transmitirla, etc.<sup>349</sup> El ordenamiento jurídico concede la consideración de derecho (subjetivo) a la dominación del hombre sobre las cosas y lo mismo a la dominación total, que es el derecho de propiedad, como a otras mas concretas y limitadas.<sup>350</sup> Al derecho que

---

<sup>348</sup> LACRUZ BERDEJO, NOCIONES DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL E INTRODUCCIÓN AL DERECHO, *supra*, n. 240, p. 19.

<sup>349</sup> PUIG BRUTAU, COMPENDIO DERECHO CIVIL, *supra*, n. 243, p. 142-144.

<sup>350</sup> LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL: DERECHOS REALES: POSESIÓN Y PROPIEDAD, *supra*, n. 180, p. 1.

recae directamente sobre la cosa incluyendo obtener la utilidad concreta de la misma, sin mediación de otra persona, no precisando de acto ajeno para satisfacer su interés, le consideramos real.<sup>351</sup> La posibilidad de influencia sobre la cosa directa supone en consecuencia excluir la acción de terceros dondequiera que se encuentre su poseedor. La potestad directa del sujeto fuente sobre los materiales biológicos procedentes del cuerpo encuentra coincidencia en la doctrina del derecho real. El mismo alberga el elenco de protecciones que el ordenamiento debe conferir a la persona natural en defensa de su dominio de la cosa y del pleno ejercicio de su derecho a la autodeterminación.

## **ii. La titularidad de los elementos corporales pasada la muerte**

Las tendencias sociales, económicas y normativas apuntan a ser menos controvertidas en cuanto a la extracción de materiales biológicos procedentes de los cadáveres. Cuando menos no hay un riesgo real en cuanto a la salud o calidad de vida del ya fallecido. En el sentido estrictamente jurídico, el cuerpo humano de la persona viva, no constituye cosa; aunque el cadáver de la persona y los miembros separados del cuerpo vivo pueden gozar de tal consideración.<sup>352</sup> El cuerpo es un objeto físico, palpable el cual posee características generalmente consistentes con las de los materiales biológicos separados del cuerpo; son cosas susceptibles del tráfico jurídico. Históricamente, han sido los aspectos culturales o religiosos los que tienden a interponerse en la disposición del cuerpo. En consecuencia a los avances científicos sobre el estudio y tratamiento del cuerpo humano, ha surgido una dimensión jurídica diferente a la normalmente observada por el Derecho respecto a los cadáveres, por lo que se hace necesario llevar a cabo nuevas reflexiones.

---

<sup>351</sup> LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL: DERECHOS REALES: POSESIÓN Y PROPIEDAD, *supra*, n. 180 p. 2.

<sup>352</sup> LUDWIG ENNECCERUS, MARTIN WOLFF & THEODOR KIPP, TRATADO DE DERECHO CIVIL: DERECHO CIVIL (PARTE GENERAL) 141 y ss., (Blas Pérez González & José Alguer, trad., José Puig Brutau, ed., Bosch 2da ed. 1953).

El trato prestado al cadáver comporta una concepción amplia que es relativa a la multiplicidad de creencias dogmáticas observadas por las diversas culturas. En algunas jurisdicciones, como en Puerto Rico, han encontrado justificación para la remoción de los cadáveres de partes anatómicas que sirvan para ser implantadas en personas con necesidad de dicha terapia cuando no existe disposición expresa en contrario por parte de la persona. El consentimiento es presumido cuando los cadáveres son objeto de autopsias forenses<sup>353</sup>; siempre que evidentes mutilaciones del cadáver sean evitadas en atención a la posible vulneración de la dignidad a la memoria del fenecido.

A nuestro modo de ver este diseño forzosamente representa una apropiación ilícita que debe ser motivo de análisis por quienes puedan oponerse a que el ordenamiento reconozca los materiales biológicos como bienes susceptibles de negocios jurídicos basados en el reclamo que la integridad corporal,<sup>354</sup> como aspecto intrínseco de la dignidad humana, impide dicho tratamiento. Ante lo dispuesto por el ordenamiento en Puerto Rico, consideramos que es posible admitir que el régimen

---

<sup>353</sup> En lo pertinente el artículo 8 de la Ley 296 de donaciones anatómicas de Puerto Rico establece que:

“La donación de una parte o de la totalidad de un cadáver, la autorización para practicar una autopsia clínica, o la donación de un órgano para trasplante vivo se hará por documento público o documento privado, suscrito ante notario, o por documento privado ante dos (2) o más testigos sin la concurrencia de notario. **Disponiéndose, sin embargo, que a los cadáveres bajo la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico que se les practique autopsia por disposición de ley, el patólogo, el médico forense, el oftalmólogo, cirujano o sus ayudantes podrán remover las córneas, glándulas, órganos, tejidos o partes para ser entregadas a la Junta, para los fines y propósitos de esta Ley, siempre y cuando la remoción de dichas glándulas, córneas, órganos o tejidos no interfiera con la ejecución de la autopsia, con alguna intervención que se esté realizando por las autoridades competentes, o que altere la apariencia física post mortem del cadáver.** Cuando se trate de córneas, éstas serán entregadas libre de costos al Banco de *Ojos* del Leonismo Puertorriqueño u otros bancos de ojos acreditados que se establezcan en un futuro, sin fines de lucro.” (Énfasis Nuestro) Ley 296 de Donaciones Anatómicas de 2002, según enmendada, 24 L.P.R.A. § 3602d.

<sup>354</sup> Por ejemplo, el jurista francés Bernardo Edelman ha reiteradamente expuesto que la venta de los elementos corporales reduciría a la persona a encontrarse bajo el dominio de otra, o sea la esclavitud. BERNARD EDELMAN, *LA PERSONNE EN DANGER* 410 (Presses Universitaires de France, 1999).

patrimonial encarna un trato mucho más digno por el cuerpo humano que la mera aserción que por motivo de la posesión mediata, el Estado goza de plena autoridad para disponer del cuerpo de la persona fenecida.<sup>355</sup> Por otro lado, si las inclinaciones o pensamientos altruistas condujeran a la conclusión que por carecer de vida no debe existir reparo sobre el trato del cuerpo; entonces, estarían aceptando que el cuerpo es distinto de la persona. Precisamente, este es uno de los fundamentos de nuestra tesis que postula que el derecho civil patrimonial es de aplicación en el caso de materiales biológicos humanos.<sup>356</sup>

En España, según expresa el artículo 32 del Código Civil, la personalidad civil se extingue después de la muerte de las personas.<sup>357</sup> En ese momento desaparece la persona en cuanto tal con sus atributos y cualidades, cesando de ser centro de poder y de responsabilidad; se extinguen los derechos y relaciones personalísimas o vitalicias que le competían; y se abre la sucesión en los restantes, transformándose el

---

<sup>355</sup> La Ley de Investigación Biomédica de España incluye en su definición de sujeto fuente a la persona fallecida, por lo tanto, la remoción de materiales biológicos del cuerpo o cadáver requiere medie previo consentimiento.

<sup>356</sup> El enfoque de nuestra postura justifica ubicar los materiales biológicos humanos dentro del derecho civil patrimonial encuentra sus fundamentos en aquellos que son utilizados con fines investigativos o en el desarrollo de productos industrialmente comercializados. Es pertinente señalar que en el ámbito de trasplantes de órganos *inter vivos*, el ordenamiento español establece sus bases en el consentimiento presumido.

La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos para la cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos (BOE 266, de 6 de noviembre de 1979) con fines terapéuticos y que ha sido actualizada conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1723/2012 de 28 de diciembre, establece que la obtención de órganos del fenecido podrá llevarse a cabo a menos que media oposición expresa.

En lo pertinente, el artículo 9 del Real Decreto establece que la obtención de órganos de donantes fallecidos con fines terapéuticos podrá realizarse si la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, no hubiera dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos. Siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes, o la persona en quien delegue, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido.

<sup>357</sup> El artículo 32 del Código Civil de España declara que “La personalidad civil se extingue con la muerte de las personas.”

patrimonio en herencia y el cuerpo de la persona en una cosa: el cadáver.<sup>358</sup> Así, la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción desde el momento de la muerte del causante. En el caso de la sucesión del heredero, el ordenamiento civil confiere a éste un “*derecho a seguir poseyendo*” los bienes de la herencia como si los tuviera; de hecho, lo normal es que otro los tenga en su nombre, y por tanto que no haya que reclamar la posesión; pero si tales bienes hubieran sido sustraídos del caudal relicto, podrá hacer uso del interdicto, igual que si hubieran estado en su poder.<sup>359</sup>

### iii. La pérdida del material separado del cuerpo

Es pertinente añadir que el artículo 609 del Código Civil Español,<sup>360</sup> el cual establece los modos de adquirir la propiedad declara que:

La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, **por sucesión testada e intestada**, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. (Énfasis Nuestro)

En concordancia con la anterior posición, en el ordenamiento español podemos ubicar al cadáver como componente no vital ya separado de la persona humana en la que el heredero adviene titular del *ius possidendi* del mismo como bien

---

<sup>358</sup> LACRUZ BERDEJO, NOCIONES DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL E INTRODUCCIÓN AL DERECHO, *supra*, n. 240, p. 79-80.

<sup>359</sup> LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL DERECHOS REALES: POSESIÓN Y PROPIEDAD, *supra*, n. 180, p. 34.

<sup>360</sup> El lenguaje del artículo 549 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. §1931 similar al artículo 609 del Código Civil de España. Su tenor literal es como sigue:

“La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.”

que previamente pertenecía al causante. Dicho de otra manera, el estado biológico y jurídico del cuerpo se encuentra en el mismo rango que el resto de los elementos separados del cuerpo y, por lo tanto, su uso y disposición corresponde a la persona misma, mientras se encuentre en vida, como a los familiares luego de acontecido su fallecimiento.

En cuanto al Derecho del dueño a reivindicar la cosa perdida o de la que hubiese sido privado ilegalmente, el ordenamiento español dispone en el artículo 464 del Código civil que:

La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea.

Un examen integrado de los artículos del Código Civil español antes mencionados nos permite concluir que si materiales biológicos son removidos de la masa corporal del fenecido, ausente previo consentimiento por parte del causante o de su sucesión, podrán iniciarse todas aquellas acciones que el derecho civil ofrece. A nuestro juicio esto incluye la reivindicación de la cosa (para fines de nuestro estudio, los elementos corporales o materiales biológicos), contra aquél que la posee indebidamente.<sup>361</sup> Sobre esto, el primer apartado del artículo 72 de la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica de España el cual dispone las infracciones, sanciones y compensaciones por daños causados por transgresiones a las disposiciones contenidas en la ley. Además de las posibles sanciones administrativas o penales, la norma destaca que dichos actos podrán estar sujetos a responsabilidades civiles.

---

<sup>361</sup> Artículo 72. *Disposiciones generales.*

1. Las infracciones que establece esta Ley relativas a la obtención y uso de células y tejidos de origen humano, a la utilización de procedimientos invasivos en la investigación biomédica, así como a los datos genéticos de carácter personal, serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, **sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.** (Énfasis Nuestro).

El reconocimiento por parte del ordenamiento del sujeto fuente, vivo o pasado el fallecimiento, como titular de los materiales biológicos procedentes de su cuerpo, ha de acreditarle la facultad, no tan solo de lograr que le sea restituida la cosa que naturalmente le pertenece de aquel que la posea indebidamente, sino que también habría de tener efecto sobre sus accesiones o frutos. Este último aspecto debe excepcionalmente excluir a los materiales biológicos que median en los trasplantes *inter vivos* o cuando su fuente sea el cuerpo físico de una persona fenecida.<sup>362</sup>

Consideramos que la política pública que busca otorgar seguridad al tráfico jurídico de materiales biológicos que proceden del cuerpo humano en lo que respecta a la investigación biomédica y sus usos industriales y comerciales, no debe admitir protecciones sesgadas del Derecho que dejan desprovistos de protección efectiva a la persona frente a otros que puedan abusar del sistema. La titularidad del sujeto fuente de los materiales o elementos corporales que proceden de su cuerpo debe estar respaldada no tan solo por un hecho natural sino por el amparo de una norma escrita que forme parte de un ordenamiento construido en atención de principios de justicia y equidad.

El enfoque metodológico sobre el tratamiento patrimonial que deben llevar los materiales biológicos que han sido separados del cuerpo humano puede ser organizado en tres fases. En la primera de ellas se concibe al cuerpo humano fuera de los objetos susceptibles del régimen patrimonial debido a la concomitancia entre la masa corporal y la persona natural viva. La segunda fase tiene origen durante la extracción o extirpación de las estructuras, fluidos o tejidos biológicos del componente físico del cuerpo. Finalmente, la tercera fase concibe la conversión de lo corpóreo a lo incorpóreo motivado por la sustracción del contenido genético que

---

<sup>362</sup> En el caso de trasplantes vivos, consideramos que la acción reivindicatoria debe estar limitada a la restitución de la posesión de la cosa; más el alcance de dicha acción civil no debe considerar de restitución de frutos que serían propios de este remedio en diferentes circunstancias. Esto es sin perjuicio de otros remedios civiles.

descansa en el componente celular del material biológico humano haciendo uso de técnicas aislamiento. Esta dinámica concibe al régimen jurídico como un gradiente que va aumentando la intensidad de clasificación de los elementos corporales como bien jurídico patrimonial según avanza en la dirección que lo distancia de la persona física. El cuerpo humano luego del fallecimiento de la persona debe ser tratado como un objeto físico al que se ajustan las fases dos y tres que hemos descrito anteriormente.

Por sus características singulares, la catalogación de los materiales biológicos humanos como objetos susceptibles de negocios jurídicos igualmente conlleva imprimirles un tratamiento extraordinario. Su trazabilidad a la persona fuente por motivo del contenido genético que relaciona las partes separadas con la persona natural requiere de medidas cautelares que justifican que los materiales biológicos humanos sean tratados bajo una nueva clasificación de bienes. En nada este vínculo debe servir como pretexto para descartar el régimen propuesto. A nuestro juicio esta condición natural de los organismos vivos le imprime el signo de quien en este caso es su titular y tenedor de las facultades de dominio.

En apretada síntesis, hemos podido apreciar que las descripciones de los materiales biológicos separados del cuerpo humano se ajustan a los criterios de las cosas que los catalogan como bienes que se encuentran en el tráfico jurídico. En el marco del Derecho civil, la persona física goza de la facultad titular de las partes de su cuerpo separadas del armazón corporal. Conforme a los preceptos de libertad, todo ser humano goza de la facultad para hacer determinaciones con consecuencia jurídica sobre sí mismo aun cuando por coincidencia entre persona y cuerpo, éste se encuentre al margen de la actividad patrimonial. Las partes constituyentes u órganos vitales, por motivo de las graves consecuencias cuando son causa de posibles mutilaciones irreversibles o disminución permanente de la capacidad funcional deberán estar excluidos de la actividad patrimonial. Esta postura queda condicionada al desarrollo de métodos menos invasivos que bien podrían no causar la disminución de la capacidad funcional o el grado de irreversibilidad que pueda ser provocado por la ablación de los elementos del cuerpo de la persona fuente. En virtud de la ausencia de

afecciones perjudiciales a la integridad corporal queda claro que no deben existir impedimentos para la enajenación remunerada de los materiales biológicos naturalmente regenerados. El tratamiento que merecen recibir coincide con el dado al pelo y la leche materna, entre otros.

Debido a la especialidad con la que se tratan estos asuntos en una diversidad de normas, conviene reducir las ambigüedades jurídicas en el ordenamiento español como puertorriqueño mediante la afirmación concreta en sus respectivos Código, que deje fuera de toda duda, la potestad dominical de la persona de quien los materiales biológicos son extraídos. Se requiere dejar atrás la noción que la solución simplemente descansa en la oferta a la persona fuente de consentir y mostrar tolerancia por actos de intervención por parte del Estado que producen ventajas a terceros y que le están impedidos a la persona de quien extraen los elementos corporales.

Son todas las anteriormente expuestas razones de peso para concluir que se trata de una contradicción jurídica el considerar que la prohibición de los negocios jurídicos con materiales biológicos humanos puede ser justificada ante la alegada preocupación por el trato de la persona natural como objeto, cuando las intervenciones estatales en los espacios que corresponden solo al fuero interno de la persona solo conducen a un trato que excluye su trato como ente racional.

Como expusiera BORREL MACIÁ, es indudable que el Derecho no puede petrificarse, permaneciendo al margen, estacionándose mientras la vida de la humanidad corre y se extingue mas allá de los caminos estrechos y bien señalados que espíritus de otras épocas le habían fijado; como corriente impetuosa de aguas, saltará por encima de los diques que pretenden aprisionarlos, corriendo, con libertad, hacia su destino.... Si las leyes no son lo suficientemente flexibles para regular racional y justamente un nuevo estado de cosas es necesario que se modifiquen. El Derecho

para tener fuerza y eficacia debe ser vivo y correr al compas de la sociedad que la ha de encausar.<sup>363</sup>

---

<sup>363</sup> ANTONIO BORRELL MACIÁ, LA PERSONA HUMANA, DERECHOS SOBRE SU PROPIO CUERPO VIVO Y MUERTO. DERECHOS SOBRE EL CUERPO VIVO Y MUERTO DE OTROS HOMBRES 6 (Bosch, 1ra ed. 1954).



## **CAPÍTULO V: EL USO Y GOCE DE LOS MATERIALES PROCEDENTES DEL CUERPO HUMANO DESDE LA PERSPECTIVA DE CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **1. La libertad de la persona y las zonas limítrofes del Derecho**

Si se examinan las líneas conformadoras del ordenamiento podrá comprobarse que éstas se rigen por principios que sirven para cristalizar los derechos de la persona y para delimitar dichas garantías en función del comportamiento de los hombres en sus relaciones con los demás. Y es que los derechos fundamentales, como todo derecho subjetivo, están sujetos a limitaciones: unas intrínsecas, que derivan del propio contenido del derecho; otras, extrínsecas, que derivan de la coexistencia y de los demás sujetos del derecho.<sup>364</sup> Desde esta perspectiva hemos de examinar el derecho de la persona al disfrute de las ventajas ofrecidas del uso de los materiales biológicos procedentes de su cuerpo. No es nuestra pretensión hacer una discusión exhaustiva de las pautas de aseguramiento de los derechos constitucionalmente reconocidos tales como el principio de contenido esencial y proporcionalidad. Mas bien nuestro análisis hace usos de estos principios para sostener lo que preceptuamos es el derecho de la persona al uso y goce de los materiales que proceden de su cuerpo.

En primera instancia, es de vital importancia poder definir las líneas limítrofes impuestas por el Estado sobre los derechos reconocidos por el ordenamiento a los individuos. Las restricciones impuestas por el Estado, de ordinario, no deben sobrepasar los límites que por su propia naturaleza gozan los derechos fundamentales que han sido reconocidos constitucionalmente. En consecuencia, las restricciones que establezcan las leyes sobre el ejercicio de los derechos fundamentales deben ser

---

<sup>364</sup> JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA 120-121 (Aranzadi, 2da ed. 2011).

fijadas en función de su contenido esencial,<sup>365</sup> de tal manera que el ejercicio del Derecho no resulte impracticable.

El Derecho de propiedad en España está contenido en el artículo 33 de la Constitución española. Al figurar en el Título 1 de la máxima Carta Nacional, el mismo comparte el recinto proporcionado a los derechos fundamentales. Sin embargo, al no figurar entre los derechos preceptuados en la sección 2 del mismo Título, su infracción no puede dar lugar a un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Dicho recurso ampara los derechos que están comprendidos en los artículos del 14 al 29 de la Constitución.<sup>366</sup> Sin perjuicio de esa exclusión, lo cierto es que el artículo 33 proclama un derecho fundamental (así se ha calificado expresamente en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, Fundamento Jurídico 5, quebrando la tradicional correspondencia entre los *derechos fundamentales* y los *derechos amparables*), esto es, oponibles frente al legislador, cuyo concurso ocurre con prácticamente todos los derechos fundamentales; para lograr desarrollar el derecho o para regular las condiciones de su ejercicio.<sup>367</sup> El Tribunal Constitucional en su sentencia STC 24/2004, de 18 de noviembre expresa sobre la garantía constitucional que debe ser prestada al Derecho de propiedad que:

---

<sup>365</sup> El concepto de contenido esencial de un derecho fue importado de la Ley Fundamental de Bonn y sobre el que se suscitó, a principios de los años ochenta, un gran debate doctrinal. El Tribunal Constitucional de España tuvo ocasión de pronunciarse tempranamente en la STC 11/1981, de 8 de abril, sobre este concepto el cual definió como "*aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga*". De ahí que el contenido esencial de un derecho se viole "*cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*".

<sup>366</sup> FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL 526 (Dykinson, 2004).

<sup>367</sup> Juan Luis Requejo Pagés, *La Propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, octubre 2009, disponible en TRIBUNALCONSTITUCIONALES.ES, <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/Trilateral2009Lisba.aspx>.

Al derecho a la propiedad privada le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. A este propósito es oportuno recordar sucintamente que sobre el concepto del contenido esencial de los derechos, a que se refiere el mencionado art. 53.1 CE, **este Tribunal tiene declarado que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo —y, por tanto, también de los derechos fundamentales de la persona—** viene marcada en cada caso por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocibles como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales”.<sup>368</sup> (Énfasis Nuestro)

Sobre cual es el contenido irrenunciable o mínimo del derecho de propiedad y, consiguientemente hasta donde pueden llegar las leyes que lo delimiten, existe una abundante, pero no siempre precisa, jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Debe, no obstante, destacarse la legitimidad de la diversificación de la institución dominical mediante una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas, que excluyen que los derechos y obligaciones tengan que ser siempre los mismos.<sup>369</sup>

El catálogo de derechos del Convenio Europeo para la Protección de Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales aprobado en el 1950,<sup>370</sup> incluye el derecho de propiedad que fue incorporado en el artículo 33 de la Constitución española de 1978 que reconoce el derecho a la propiedad. Según establece la STC

---

<sup>368</sup> En su sentencia el Tribunal Constitucional de España hace referencia a la STC 11/1981, de 8 de abril (Ponente Luis Díez Picazo), FJ 10 y la STC 37/1987, de 26 de marzo, (Ponente Jesús Leguina Villa), FJ 2.

<sup>369</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, *supra*, n. 366, p. 527.

<sup>370</sup> Ver Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, E.T.S. 005 [en adelante “Convenio de Roma”]. El Convenio fue ratificado por España según publicado en el BOE núm. 243, 10 de octubre de 1979. El derecho de propiedad queda incorporado en el citado Convenio mediante la aprobación el Protocolo Adicional Primero, el 20 de marzo de 1952 (E.T.S 009). En España, el Protocolo Adicional fue ratificado según publicado en el BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991.

204/2004, de 18 de noviembre, el derecho a la propiedad, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado una extraordinaria y profunda transformación en el último siglo que, según el mismo Tribunal ya había puesto de manifiesto al reconocer *“una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso.”*<sup>371</sup> De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial *“la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos.”*<sup>372</sup>

El derecho a la propiedad, entendido como el disfrute y potestad para disponer de lo propio, situado en el ámbito de la libertad y autonomía de la persona, interseca garantías del ámbito constitucional que van mas allá del derecho a la propiedad privada. De otra parte, la facultad de actuación del titular se encuentra delimitada por disposiciones de ley que procuran el orden social y la sana convivencia. Independiente de la posible imprecisión de las zonas limítrofes del derecho de propiedad, es indiscutible que el ordenamiento español llama a su observación y a evitar intervenciones excesivas conforme a lo dispuesto por el artículo 53.1 de la Constitución española. La legitimidad de la intervención estatal debe ser entendida en consideración de las variadas circunstancias históricas que provienen del cambio social y tecnológico.

Desde el punto de vista metodológico, las posibles restricciones a la garantía constitucional del disfrute de la propiedad requiere la determinación de *“aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*<sup>373</sup> El lenguaje utilizado en la construcción del artículo 33

---

<sup>371</sup> STC 204/2004, de 18 de noviembre (Ponente Vicente Conde Martín de Hijas), FJ 5.

<sup>372</sup> STC 37/1987, de 26 de marzo (Ponente Jesús Leguina Villa), FJ 2.

<sup>373</sup> STC 11/1981, 8 de abril (Ponente Luis Díez Picazo), FJ 8.

de la Constitución Española, demarca el contenido del derecho de propiedad entre las zonas de utilidad individual y la función social sobre cada categoría o tipo de bienes. Corresponde al legislador el contenido del derecho de propiedad en relación con cada bien, “*sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir mas allá de lo razonable.*”<sup>374</sup> Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente.<sup>375</sup>

Como ya hemos apuntado, en España, las garantías y niveles de protección que establece el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, consagra el derecho de propiedad y representa la configuración mínima de la garantía que el Estado debe conferir. Se encuentra vedada cualquier intervención que tienda a restringir los derechos reconocidos por el ordenamiento nacional hasta el nivel de protección alcanzado por el Convenio. El Protocolo Adicional Primero del 20 de marzo de 1952 que incorpora el derecho a la propiedad, define el derecho de propiedad en los siguientes términos:<sup>376</sup>

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes, Nadie puede ser privado de su propiedad mas que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios del Derecho Internacional.

---

<sup>374</sup> STC 37/1987, de 26 de marzo (Ponente Jesús Leguina Villa), FJ 2; 170/1989, de 19 de octubre (Ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), FJ 8.b; 89/1994, de 17 de marzo (Ponente Luis López Guerra), FJ 4; STC 204/2004, de 18 de noviembre (Ponente Vicente Conde Martín de Hijas), FJ 5; STC 112/2006, de 5 de abril, (Ponente Pablo Pérez Tremps) FJ 10; STC 141/2014, de 11 de septiembre (Ponente Fernando Valdes Dal-Ré), FJ 2.

<sup>375</sup> STC 227/1988, de 29 de noviembre (Ponente Jesús Leguina Villa), FJ 11.

<sup>376</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra*, n. 204, p. 23.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de multas.

El derecho de propiedad, recogido en el artículo 1 de Protocolo, tiene como aspecto fundamental la facultad al disfrute pacífico o de disposición de los bienes. Ante la ausencia de definición taxativa de tales facultades, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha conceptualizado ampliamente al bien jurídico, lo que en la práctica viene a extenderse a todas aquellas situaciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial.<sup>377</sup> A raíz de este posicionamiento, resulta claro que para el Tribunal, las facultades de goce y disposición de los propios bienes constituye el aspecto fundamental derecho de propiedad.<sup>378</sup> Así forzado es concluir que la delimitación del Derecho de propiedad no puede suponer intervenciones desmesuradas que lesionen la esencia del derecho. En la fijación de los límites del poder del propietario, el contenido del derecho debe marcarse, no positivamente, mediante la enumeración de las facultades que encierra, sino negativamente, mediante la indicación de aquello a que no alcanza.<sup>379</sup>

Todos estos aspectos en la administración del Derecho, deben ser entendidos en la Comunidad Europea y con ello en el Derecho español, a la luz del artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece que:

Cualquier limitación al ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el **contenido esencial** de dichos derechos y libertades. Dentro del **principio de proporcionalidad**, solo podrán introducirse

---

<sup>377</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra*, n. 204, p. 36, al hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 2005 – Caso *Draon* contra Francia.

<sup>378</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra*, n. 204, p. 45, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976 – Caso *Handsyde* contra Reino Unido.

<sup>379</sup> ALBALADEJO GARCÍA, DERECHO CIVIL: DERECHO DE BIENES, *supra*, n. 322, p. 243.

limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

En el ordenamiento español, la promulgación de la Constitución en el 1978 supuso un nuevo fundamento de legitimidad, lo que significó que las normas civiles pasaban a depender en cuanto a su eficacia, validez e interpretación de las disposiciones constitucionales. Provocó un cambio de paradigma del carácter absoluto de la propiedad previsto en el artículo 348 del Código Civil el cual data previo a la Constitución de la nación española. El artículo 33 de la Constitución de España posibilita delimitar el contenido del derecho de propiedad privada atendiendo su función social y siempre cuando se respete su contenido esencial.<sup>380</sup>

**(a) El derecho de propiedad y la función social según el ordenamiento español**

La Constitución Española, en los dos primeros párrafos reconoce el Derecho a la propiedad privada y apunta a que la función social delimitará su contenido con arreglo a las leyes. Este última se presenta como instrumento a través del cual una sociedad que reconoce la propiedad privada de los bienes, trata de dar composición a los intereses entre la comunidad y el particular. Su sentido en el texto constitucional sirve de criterio al legislador para modular el contenido del derecho contemplando al titular como miembro de la comunidad.<sup>381</sup> El texto constitucional español guarda cierta relación de similitud con lo dispuesto en los artículos 42 de la Constitución

---

<sup>380</sup> HÉCTOR SIMÓN MORENO, *El Ejercicio de los Derechos: influencia de la reforma del Título preliminar del Código de 1973-74 y la pervivencia de su ideología tras el proceso constitucional*, en TRATADO DE DERECHO CIVIL: NORMAS CIVILES Y DERECHO SUBJETIVO 451 (Joaquín J. Rams Albesa, dir., Ira ed. 2014).

<sup>381</sup> MONTÉS PENADÉS, *supra* n. 183, p. 184-185 (Civitas 1980).

italiana,<sup>382</sup> publicada el 27 de diciembre de 1947 y que entró en vigor en el 1948, así como la Ley Fundamental alemana o Constitución de Bonn<sup>383</sup>.

De este modo quedan contenidos en el ordenamiento constitucional español la proclamación del derecho a la propiedad privada, la delimitación del contenido de ese derecho por las leyes ordinarias, y la expropiación mediante indemnización en caso de sacrificio del derecho de propiedad.<sup>384</sup> El texto constitucional español aprobado en el 1978 reconoce que ninguna ley deberá desconocer la figura de la propiedad privada pues sería considerada inconstitucional. A su vez, el párrafo 2 del artículo 33 de la Constitución establece que podrá regularse el contenido del derecho de propiedad, pero igualmente establece que tendrá que respetarse dicho instituto.

Según el pensamiento de MONTÉS PENADÉS, sin un contenido mínimo y sin un contenido apriorístico, o sea, sin fundamentos sólidos y sistemático, el reconocimiento del artículo 33 de la Constitución queda en el terreno de concepciones abstractas que según éste pueden ser consideradas declaraciones platónicas o victorias pírricas. Explica el mismo jurista que la función social actúa como criterio definidor que sirve para delimitar el contenido, pero añade además que el precepto constitucional surge que la propiedad ha de tener contenido variable, que marca su

---

<sup>382</sup> El artículo 42 de la Constitución italiana lee: "*La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares. La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla asequible a todos. La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización. La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia.*"

<sup>383</sup> El artículo 14 de la Constitución alemana lee que: "(1) *La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.* (2) *La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.* (3) *La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.*"

<sup>384</sup> MONTÉS PENADÉS, *supra*, n. 183, p. 135.

característica pluralista.<sup>385</sup> Según también MONTES PENADÉS, el pluralismo es el efecto de la multiplicidad de normas especiales dictadas para remediar las consciencias del individualismo que caracterizo la idea liberal de la propiedad, a través de la intervención del Estado y, generalmente, en función de las especiales características de determinados tipos de bienes.<sup>386</sup> Ante el conglomerado de intereses en función de la propiedad, la imagen del dominio de la persona en el contexto actual del derecho de propiedad se presenta caracterizada por su concepción como derecho subjetivo y de las relaciones sociales.

En la esfera de protección de las facultades de la persona sobre la propiedad es una cuestión central la noción del bien protegido. Ante la manifiesta catalogación de los materiales biológicos de origen humano como bienes jurídicos y respaldar la exteriorización de las facultades del sujeto fuente se requiere ser crítico de posibles reglamentaciones irrazonables o desproporcionadas. Además, existe un deber general de respeto por la propiedad; lo que en términos prácticos, implica que ciertas reglamentaciones, aun siendo válidas, en su efecto práctico pueden representar el menoscabo de este derecho constitucional. En esta tensión de intereses se encuentran las garantías del derecho y sus correspondientes límites en virtud de planteamientos de política pública que promueven atender supuestos de necesidad colectiva tales como la expansión de la investigación y la disponibilidad de productos que procuren la salud general. La elasticidad de las zonas limítrofes del derecho de propiedad tienen justificación en el precepto de la función social; aspecto que introduce el elemento interpretativo del alcance de la misma.

La disyuntiva en cuanto al enfoque sobre la función social de la propiedad no radica tanto en la naturaleza de la propiedad, la cual debe preservar el núcleo de poder de satisfacción de interés del titular, sino mas bien en comprender aquello que mínimamente representa ante la concepción de una propiedad condicionada,

---

<sup>385</sup> MONTÉS PENADÉS, *supra*, n. 183, p. 154.

<sup>386</sup> MONTÉS PENADÉS, *supra*, n. 183, p. 91.

intervenida o controlada. No es ya una novedad que los derechos subjetivos no se dan en un estado puro, sino en el seno de las relaciones o de posiciones jurídicas, que precisamente adquieren carácter “jurídico” por cuanto el ordenamiento les tipifica partiendo de su realidad social.<sup>387</sup> Para nadie es un secreto que estas categorías de derechos subjetivos se presentan acompañados de cargas y deberes, en el seno de las posiciones jurídicas complejas. En cambio, podemos decir que la verdadera cuestión radica en comprender la posición del propietario, a los efectos de saber y determinar si éste, por esencia, aunque en el interior de un núcleo reducido, sigue caracterizado por el señorío, rodeado de un cerco de límites y de deberes personales, que dejan inalterados el núcleo. Y de este modo, el *contenido esencial* se identifica con la observación del núcleo de señorío o de libertad del propietario.<sup>388</sup>

La experiencia política de nuestros tiempos permite afirmar que en todos los países, aunque con intensidad y motivaciones muy diversas, se ha puesto el acento sobre la aptitud de los bienes para satisfacer no solamente las exigencias del propietario particular, sino también de la colectividad.<sup>389</sup> La llamada función social plantea, como ya conocemos, una doble cuestión: (1) la identificación de los intereses públicos y (2) quien es el sujeto o institución que debe ostentar en último término la facultad de decidir que intereses públicos son aptos para operar como función limitadora de la restricción del derecho de propiedad.<sup>390</sup> En la cadena transformadora en la que los materiales biológicos son utilizados en estudios científicos que sirven para el desarrollo de productos para el diagnóstico o tratamiento de condiciones de salud, coexisten una pluralidad intereses en los que no pueden dejarse fuera las salvaguardas de dignidad y el derecho de libre actuación por parte de la persona física que un mero acto consentimiento no alcanza atender. El ordenamiento está obligado a lograr unos delicados equilibrios, en ámbitos en los que es preciso armonizar la

---

<sup>387</sup> MONTÉS PENADÉS, *supra*, n. 183, p. 194.

<sup>388</sup> MONTÉS PENADÉS, *supra*, n. 183, p. 195.

<sup>389</sup> MONTÉS PENADÉS, *supra*, n. 183, p. 92.

<sup>390</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra*, n. 204, p. 141.

libertad de investigación, derecho que a menudo es formulado de manera *borrosa*,<sup>391</sup> poco explícita o insuficiente, y los derechos fundamentales de la persona los cuales pueden ser afectados por la actividad investigadora.

La normativa existente sobre el uso de materiales procedentes del cuerpo humano para usos investigativos, como lo es la Ley de Investigación Biomédica de España, destaca en su preámbulo la prudencia y el equilibrio que exige una dinámica tan compleja que afecta directamente a la identidad del ser humano.<sup>392</sup> En efecto, justamente cuando se han levantado límites a la libertad de investigación es cuando más se ha pensado invocar la libertad del individuo.<sup>393</sup> Efectivamente, la Ley de Investigación Biomédica procura señalar la importancia de garantizar la libertad de investigación y de producción científica en el ámbito de las ciencias biomédicas, mientras llama a ponderar y encontrar equilibrios entre los intereses individuales y colectivos. En cuanto a esto precisa distinguir el precepto de libertad de investigación contenido en el texto de la Constitución Española en el artículo 20 del imperativo estatal de promover la investigación científica dispuesto por el artículo 44 de la misma norma. El artículo 20<sup>394</sup> reconoce y defiende la producción intelectual, lo que se traduce en el derecho a la expresión científica y la capacidad en concreto para producir invenciones sin condicionamiento jurídico; mientras de otra parte, el artículo

---

<sup>391</sup> RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ, *Investigación y experimentación como objetos del derecho fundamental a la investigación científica*, en LOS NUEVOS HORIZONTES DE LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA 17 (Carlos María Romeo Casabona, ed., Comares 2011).

<sup>392</sup> Preámbulo de la Ley 14 de 3 de julio de 2007, de Investigación Biomédica.

<sup>393</sup> FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ PONTÓN, *la credibilidad de los resultados y la legitimidad de los procedimientos en la encrucijada del debate científico y jurídico* en INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, DERECHOS FUNDAMENTALES INTERESES GENERALES 22 (Publicacions i Universitat de Barcelona, 2012).

<sup>394</sup> Artículo 20, apartado 1, de la Constitución Española

1. Se reconocen y protegen los derechos:
  - a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. A la libertad de cátedra.
  - b. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

44, en un sentido amplio, destaca la promoción de la ciencia como instrumento para viabilizar el bienestar general.

Debe notarse que lo que posibilita el artículo 44 <sup>395</sup> es la participación activa del Estado en el establecimiento de vías de acceso al desarrollo científico que es traducida en políticas públicas. En el ejercicio del cometido de procurar el progreso científico, los organismos estatales encuentran intersección con partes activas del derecho, incluyendo algunos de dimensión individual tales como la voluntad de participación y de actuación individual en el proceso de investigación científica, no tan solo en la producción intelectual, sino como recurso o fuente de investigación.

En los posibles puntos de tensión que se aprecian en esta dinámica debe puntualizarse como aspecto umbral el poder de actuación que dimana de un derecho subjetivo como es la libertad para actuar de la persona para satisfacer sus intereses. Las razones individuales que mueven a la persona, digamos sobre los usos de materiales separados de su cuerpo, aun cuando pudieran estar motivados por el lucro y ser ubicados dentro del derecho al disfrute de la propiedad privada son merecedoras de las más altas protecciones constitucionales. El derecho a la actuación individual motivada por razones altruistas o por la mera indiferencia ya que de por sí encuentran garantías para su expresión; pues la construcción de la normativa española, en forma general, coincide con esta postura.

La prohibición de la exteriorización de los pensamientos provenientes de la persona natural por éstos no ser compatibles con interpretaciones prototípicas, podría

---

<sup>395</sup> Artículo 44, de la Constitución Española

1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.
2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

ser descrita como lo hiciera MILL, como una *tiranía de la mayoría*.<sup>396</sup> Este pensamiento concebido en cuanto al ordenamiento jurídico denota el efecto producido cuando grupos de interés con acceso al proceso legislativo imposibilitan la expresión del pensamiento de las minorías sin que medie legítima justificación. Estos aspectos vistos en atención del modelo español el cual proscribió al sujeto fuente el recibir beneficios económicos a cambio de los materiales extraídos de su cuerpo provocan que dicha prohibición quede sin defensa ante la notable importación en España de materiales biológicos humanos de otras jurisdicciones en las que estos son colectados de personas a cambio de compensación económica. Debe pensarse que si el pago a la persona fuente a cambio de la cesión de materiales biológicos es contrario al orden público en España, también así sería catalogado cuando tales son las condiciones en el lugar de donde son importadas. Esto pone al descubierto circunstancias que nos obligan a plantear que el juicio que corresponde a la esfera individual no puede ser sustituido por otros que bajo el pretexto de interés colectivo promueven posturas que favorecen desigualitariamente a algunos grupos de interés. El cálculo final de la fórmula que busque balancear los intereses posiblemente contrapuestos debe resultar en la concesión de garantías efectivas dirigidas al respeto que principalísimamente merece la libertad de actuación individual sobre aquello que es suyo y sin que ello represente perjuicio para otros.

No hay duda que los derechos de actuación no pueden ser de carácter ilimitado pues no pueden ser desconectados de las coordenadas sociales en que el derecho y su

---

<sup>396</sup> JOHN STUART MILL, *SOBRE LA LIBERTAD* 272-273, Edición en Español (Kindle 2012). El concepto de tiranía colectiva fue primeramente acuñado por Stuart Mill en su obra "*Sobre La Libertad*" (publicada en el 1859) en la que señala que al igual que las demás tiranías, también está la tiranía de la mayoría fue temida en un principio y todavía hoy (refiriéndose a su época) se le suele temer, sobre todo cuando obra medio de actos de autoridad pública. Según Mill, ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.

titular se desenvuelven,<sup>397</sup> pero del mismo modo las restricciones impuestas a las facultades de la persona están igualmente llamadas a respetar el contenido del derecho a disfrutar de lo propio, incluyendo las extracciones del cuerpo humano que alcanzan su culminación cuando el individuo libremente escoge actuar según sus valores y disponer de los suyos en beneficio de sí mismo o de aquellos a quienes desea favorecer.

Debe notarse que las disposiciones constitucionales que hemos citado reflejan la co-existencia de múltiples derechos y libertades que en su radio de acción encuentran tensión entre ellos, incluyendo el derecho a la propiedad privada. En esta dinámica precisa delimitar el núcleo definitorio del derecho de la persona física al uso y disfrute de sus bienes; lo que en nuestra tesis, según hemos sostenido, incluye el uso de los materiales que son extraídos de su cuerpo. La facultad delimitadora de la acción reguladora por parte del Estado en el ejercicio integrado de satisfacer el imperativo del orden social encuentra un límite demarcador que no puede exceder la característica nuclear que constituye la identidad propia de los derechos y libertades.

Los retos de hoy requieren de razonamientos jurídicos adecuados y parámetros interpretativos que procuren la expresión amplia de los derechos fundamentales. A nuestro parecer deben integrarse criterios que recojan preceptos a tenor con la dinámica actual. El activismo progresista que amplía los espacios de expresión de la voluntad individual encuentra en el mismo artículo que auspicia libertades de corte intelectual la ausencia de interferencias o intromisiones excesivas por las autoridades gubernamentales. En la praxis, lo anterior se traduce en la reconocida autoridad del Estado para regular actividades que se adentran en aspectos del Derecho no tradicionales y para los que no existe una definición única debido al carácter expansivo de las ciencias vivas. Así, ante la dificultad para deslindar los límites que enmarcan el derecho de investigación de los derechos que tiene la persona física sobre

---

<sup>397</sup> LASARTE ÁLVAREZ, PRINCIPIOS DEL DERECHO CIVIL: PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA, *supra* n. 119, p. 108.

sus tejidos, es imperativo hacer el análisis de la legitimidad de limitaciones en las actividades cuya potestad corresponden a la persona física. Ya hemos apuntado que la autoridad que descansa en el consentimiento que debe ser otorgado por la persona sobre posibles usos de tejidos que le son removidos es incompleta por limitarse a soportar, o no, las determinaciones de otros; mas no corresponde a la manifestación de la voluntad de la persona sobre el uso y disfruto de lo que incuestionablemente le pertenece.

El derecho de la voluntad en su forma positiva exige el reconocimiento de la facultad para actuar lo que excede el mero acto de consentir. Con ello se justifica entender el contenido del derecho a ejercer su facultad contenida en el derecho de propiedad a disfrutar de las ventajas o beneficios de los materiales extraídos de su cuerpo.

**(b) El contenido esencial del derecho de propiedad en relación con el uso de los materiales biológicos de la persona**

Ninguna limitación introducida por el legislador que desconozca o altere desmedidamente un derecho constitucionalmente reconocido por el Estado puede ser justificada. La fuerza garante que emana del reconocimiento del contenido esencial del derecho de la persona para llevar a cabo negocios jurídicos sobre los materiales biológicos de su procedencia constituye un detente a la intervención estatal. Aunque es cierto que las garantías constitucionales no integran definiciones específicas de los derechos de la persona, es posible reconocer el contenido de éstos en atención del radio de facultades del individuo para actuar sobre lo que ya hemos establecido representa un bien jurídico. Para tratar de aproximarnos de algún modo a la idea y alcance del contenido del derecho de propiedad sobre los materiales procedentes del cuerpo humano se requiere establecer relación entre el lenguaje que utiliza la norma que lo regula e identificar los interés jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Además, es preciso destacar que para que la fuerza contenida en el derecho de propiedad sea plena y eficaz, debe haber una reiteración garantista vinculada a las circunstancias y contextos históricos. De ahí, que se venga

reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en el existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos.<sup>398</sup>

Los límites impuestos a la acción de la persona sobre el uso de los materiales biológicos que proceden del cuerpo humano han sido encuadrados en posturas públicas que buscan principalmente fomentar el abastecimiento y alegados estándares de calidad; aunque en su aplicación el saldo tenga efectos desequilibrados. Notablemente, las normas que definen las condiciones de uso y disposición de los materiales biológicos procedentes de la persona física entrelazan aspectos de libertad y coacción cuyas consideraciones parecen depender de quien es el sujeto de derecho y su ubicación en la cadena transformadora del bien, entiéndase, los materiales obtenidos de la persona física.

Consistente con lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el Tribunal Constitucional de España en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril, ha destacado que para aproximarse a la concepción definitoria del contenido esencial reconocido en el artículo 53.1 de la Constitución Española, se requiere configurar la naturaleza jurídica del Derecho. Como hemos expresado reiteradamente, el punto focal de nuestro estudio reside en demostrar que la restricción, de acuerdo con la legislación vigente, a la persona física de llevar a cabo negocios jurídicos con los materiales biológicos que le son extraídos de su cuerpo, sin que ello atente contra su integridad física, puede considerarse una afección concreta al derecho constitucionalmente reconocido al goce, disfrute y uso de sus bienes, al transgredir la esencia del derecho de propiedad, entendido como la exteriorización de la voluntad individual, aspecto vinculado a la libertad y dignidad de la persona.

---

<sup>398</sup> STC 37/1987, 26 de marzo (Ponente Jesús Leguina Villa), FJ 2.

En la STC 11/1981, el Tribunal Constitucional español, expone dos vías<sup>399</sup> de análisis que pueden ser utilizadas, de forma individual o integradamente, en el examen sobre la legitimidad de las acciones estatales en cuanto a la regulación de derechos constitucionalmente reconocidos. El esquema de análisis permite el examen de la intervención estatal y las posibles transgresiones ante los lindes constitucionales provistos por el principio de contenido esencial. La primera vía se trata de concebir la naturaleza del Derecho y examinar la relación entre el contenido de las disposiciones normativas aplicables y las convicciones generalmente admitidas en la comunidad jurídica. Todo ello, según afirmara el Tribunal Constitucional conforme al “*momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas.*”<sup>400</sup> Según el Tribunal, el segundo posible camino, para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de identificar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y medida de los derechos subjetivos.

Haciendo uso de las reglas ofrecidas por el Tribunal Constitucional español, en primera instancia debemos notar que la principal norma sobre el manejo de los materiales biológicos humanos con fines investigativos, la Ley de Investigaciones Biomédicas, establece que la utilización de muestras biológicas humanas será gratuita y expresamente declara que la donación implica “*la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo.*”<sup>401</sup> El literal de esta disposición manifiestamente demanda la abdicación o renuncia de la persona física al disfrute, uso o beneficio económico que pueda ser obtenido del tejido o fluido corporal que le es extraído. Dicha restricción es únicamente impuesta a la persona natural quien es la fuente directa de lo que a todas luces es un objeto, cosa o bien con destacado valor económico. La norma así lo reconoce al impedir al cedente obtenga

---

<sup>399</sup> STC 11/1981, de 25 de abril (Ponente Luis Díez Picazo), FJ 8.

<sup>400</sup> STC 11/1981, de 25 de abril (Ponente Luis Díez Picazo), FJ 7.

<sup>401</sup> Artículo 7 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

beneficio directa o indirectamente de lo que denomina derecho de naturaleza económica.<sup>402</sup>

La consideración de restricción desmedida además debe verse ante el hecho que la sustancia extraída del cuerpo ya no forma parte de éste, y por lo tanto que “*ya no es parte del soporte físico de la personalidad.*”<sup>403</sup> Como debe resultar obvio, el criterio de justificación de restricción no reside en preservar la integridad corporal del sujeto fuente; pues la norma no impide su extracción, sino que prohíbe su uso únicamente a la persona quien es fuente. Debe notarse que en España, otras normas se han ocupado de manera similar el régimen donación de partes y sustancias corporales humanas que son utilizadas con diferentes finalidades, tales como la reproductiva, terapéuticas y trasplante.<sup>404</sup>

Las restricciones estatales impuestas a través de la normativa antes descrita merecen análisis siguiendo los rigores establecidos por el Tribunal Constitucional español,<sup>405</sup> a la luz de las características del contenido esencial del derecho de propiedad sobre los materiales biológicos humanos a tono con las convicciones

---

<sup>402</sup> Artículo 7 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

<sup>403</sup> Nicolás Jiménez, *supra* n. 256, p. 207, 218. Debe verse además, José Madrideojos Sarasola, *Los derechos personalísimos*. XLVI REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 270 (1962): “*las partes separadas del cuerpo no son ya, propiamente, partes del cuerpo humano*”.

<sup>404</sup> Nicolás Jiménez, *supra*, n. 256. En el ordenamiento español existe una normativa detallada que restringe el beneficio directo de la persona fuente sobre el material biológico que le es extraído de su cuerpo. Por ejemplo, la Ley 14/ 2006 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 30/1979, 27 de octubre, sobre extracción y trasplante órganos dice que no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos y el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Nótese que legislador español ha venido regulando de modo sectorial el uso de materiales biológicos humano, atendiendo a la naturaleza de material de que se trata o al fin al que está destinado. Sergio Romeo Malanda, *El régimen jurídico y utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica en el ordenamiento español*, ESTUDIOS DE DEUSTO, enero-junio 2011, p. 183-228, 186.

<sup>405</sup> Seguimos el análisis de dos vías establecidas por el Tribunal Constitucional español en la STC 11/1981, de 25 de abril, en el que primeramente evaluamos la legitimidad de las restricciones del Estado y luego examinamos.

jurídicas ajustadas al presente contexto histórico del ordenamiento español. Para aproximarnos más concretamente a la idea del contenido esencial del derecho de la persona a libremente disponer y llevar a cabo negocios con los materiales del propio cuerpo, corresponde en primer término entender la naturaleza jurídica del derecho de propiedad cuyo alcance como derecho subjetivo debe ser correlacionado con la definición dada por el legislador como el derecho a “*gozar y disponer de la cosa sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes*”,<sup>406</sup> como hemos establecido se encuentra amparada en el artículo 33 de la Constitución el cual reconoce “*el derecho a la propiedad privada*” y que “*nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada*”. Lo anteriormente expuesto obliga al planteamiento: ¿Cómo podemos concluir, ante las restricciones de actuación impuestas por el Estado al sujeto fuente, que el derecho de propiedad permanece reconocible cuando su exteriorización se encuentra expresamente prohibida por la letra de una norma? Indudablemente, la afección total de las facultades de la persona física sobre sus bienes acarrea la desnaturalización de su derecho al disfrute de la propiedad privada. En virtud de lo expresado por el Tribunal Constitucional español, de este modo, la proscripción al sujeto fuente de todo beneficio económico representa la transgresión del contenido esencial del derecho de propiedad de la persona al prohibir toda posibilidad de actuación necesaria para que tal derecho sea reconocible y con ello desnaturalizándose, por decirlo así.

El Estado no puede promover condiciones que acarreen la alteración de una garantía constitucional siguiendo un modelo que rechaza el derecho al disfrute de la propiedad, en este caso los materiales biológicos a la persona de quien procede, mientras reconoce licitud a negocios jurídicos en los que otros sean las parte. Al ser delimitada por su función social, la definición jurídica del contenido del derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución Española sobre el disfrute de la propiedad dibuja con claridad los intereses que en ella convergen. Así, la segunda vía

---

<sup>406</sup> Artículo 348, Código Civil de España.

establecida por el Tribunal Constitucional de España nos permite definir el contenido esencial del derecho de propiedad según la STC 11/1981, de 8 de abril, conlleva identificar los intereses jurídicamente protegidos. Para ello primeramente debemos entender aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos por el derecho español. Según esta fórmula de análisis se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que *lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*<sup>407</sup>

La fórmula que emplea el texto de la primera Norma Constitucional española protege el Derecho a la propiedad privada y lo enmarca en un contexto social delimitado por las leyes;<sup>408</sup> y sobre el cual se reconoce como garantía la indemnización ante el supuesto de privación por motivo de utilidad pública o interés social. Sin embargo, en cuanto al uso de los materiales biológicos humanos por el sujeto fuente, la normativa actual impone a la persona física la prohibición de recibir compensación económica de los tejidos removidos de su cuerpo; mientras hace compulsoria la gratuidad. La justificación para estas formulaciones normativas establecidas por el Estado descansa en concepciones e interpretaciones debatibles sobre los valores humanos que deben imperar, que al final conducen arbitrariamente a la prohibición selectiva del uso de las partes del cuerpo humano, en cuanto a tales, en actividades que respondan al ánimo de lucro.

El ímpetu de fomentar una política pública estatal no justifica el establecimiento de medidas absolutas o prohibitivas que se adentran en el marco de actuación subjetiva de los individuos fundamentándose en visiones paternalistas que

---

<sup>407</sup> STC 11/1981, de 25 de abril de 1981 (Ponente Luis Díez Picazo), FJ 8.

<sup>408</sup> El Derecho a la propiedad privada en España es configurado por el contenido en las disposiciones constitucionales de la Primera Norma del país en el apartado 1 del artículo 33 el cual expresamente reconoce el derecho a la propiedad, y por el apartado 2 del mismo artículo que establece que la función social de este derecho delimitará su contenido.

buscan invocar el interés colectivo. No se puede ignorar que la vida en sociedad supone, dada la naturaleza humana, la existencia de desigualdades, discrepancias y conflictos entre los hombres a causa de la diversidad de opiniones sobre la cosa pública, el bien común y el modo de conseguirlo. En el marco internacional, como en el seno de la sociedad española, cada vez más aumenta el reclamo de autonomía y facultad de actuación individual en los aspectos relacionados con el propio cuerpo, sin que ello se requiera intervención estatal; otra que no sea para lograr el balance de intereses en tensión que fomenten las condiciones de libertad para decidir. Claro está, se trata de la libertad para hacer ejercicio de las facultades que incluyen la ejecución de actos jurídicos que procuren beneficios directos o indirectos, según la voluntad individual y que la normativa española hasta ahora vigente proscriba.

Una de las tareas importantes de los Tribunales Constitucionales es extender la tutela a determinadas zonas del Derecho no expresamente consideradas en las Constituciones, cuando es necesario hacerlo para que no queden a la intemperie, sin techo jurídico, intereses esenciales de los ciudadanos.<sup>409</sup> Debe afirmarse que los nuevos contextos creados por los rápidos avances de las ciencias vivas llaman a que el ordenamiento reconozca nuevas dimensiones de exteriorización de los derechos fundamentales que se encuentran vinculados a las expresiones de libertad resguardadas por el artículo 10.1 de la Constitución Española sobre la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos que le son inherentes. Se requiere de una voluntad resuelta para lograr convergencias equilibradas en un sistema de Derecho en el que co-existen intereses y deberes que tanto corresponden al Estado como al individuo. Lo que no se puede, sin embargo, es concluir que el establecimiento de un estándar único que pretenda imponer un patrón de pensamiento sobre lo que es moral, decoroso o digno.

---

<sup>409</sup> LUIS JIMENA QUESADA, *Perfiles Constitucionales de la Investigación Biomédica, en INVESTIGACIÓN, GENÉTICA Y DERECHO 40* (Carmen Salcedo Beltrán, coord., 2008), al hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 290/2000, de 30 de noviembre (Ponente María Emilia Casas Baamonde) que versó sobre la protección de datos personales frente al uso de la informática.

Negar licitud a los actos individuales de la persona, que en manera alguna obran en perjuicio de otros, ni de sí mismo, ésto equivaldría a desconocer al derecho universal de libertad que está reconocido por los Estados democráticos. En concreto, la interpretación restrictiva de las normas que bien pueden hallar justificación en promover el bienestar general se traducen, en la praxis, en la desnaturalización de la esencia del derecho de libertad y al uso y disfrute de lo que le pertenece a cada quien que en fin representa el contenido nuclear del derecho de propiedad.

Los peligros que detentan las intervenciones estatales en su interés de auspiciar el desarrollo de la investigación y el avance de las ciencias no descansa en el favorecer que las personas cedan libre de compensación los tejidos o fluidos del cuerpo, sino mas bien en la restricción excesiva que impide el disfrute de beneficios directos o indirectos de aquellos que desean actuar libremente conforme a sus valores. Toda normativa que proscriba una acción que sólo corresponde a la persona hacer, representa la usurpación de un acto de carácter personalísimo. La obligación mediante legislación a la renuncia del derecho a hacer uso y disfrute de lo propio, sin que haya impedimento para su explotación por terceros, se acerca a colocar a la persona en condición de indefensión y debe ser entendido como contravención de lo que representa la esencia de un derecho fundamental.

Las proscripción estrictamente establecida por la legislación española a la persona de quien proceden los materiales biológicos de obtener beneficios económicos, directos e indirectos, como la imposición expresa al sujeto fuente de la gratuidad en la cesión de los tejidos provenientes de su cuerpo, hacen irreconocible un derecho que tiene por núcleo la voluntad individual y a su vez, desnaturaliza la esencialidad de su contenido. De conformidad con lo establecido lo expresado por el Tribunal Constitucional español:

Es obvio... que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas

individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”<sup>410</sup>

## **2. El concepto de proporcionalidad en la administración del BioDerecho**

Derecho y política son dos elementos constantes e inseparables de la vida social. Viven en una relación dialéctica, que por un lado es atracción y apoyo mutuo y, por otro, oposición y tensión. La cuestión de los fines del Estado, o lo que éste debe perseguir, es materia muy compleja, difícil de objetivar. No obstante la dificultad de tener una respuesta universalmente aceptada sobre los fines estatales, a lo largo de su ya dilatada historia han sido muy variables en función de la ideología imperante en cada sociedad y tiempo. No obstante lo anterior, si nos situamos en la perspectiva del vigente Estado democrático y de Derecho creemos que podemos esclarecer la cuestión con un doble orden de consideraciones. Por un lado, que la única realidad sustantiva es la de los individuos. Como expusiera SANTAOLALLA, la colectividad es una realidad derivada, en el sentido de que no es algo que existe como tal, pues carece de vida propia al margen de los individuos que la componen. Lo cual trae como consecuencia la primacía de los fines individuales sobre los colectivos, que aunque también pueden existir son de un valor intrínseco inferior. Por eso la protección de la libertad, la seguridad y la dignidad de los individuos son, o deben ser, fines indeclinables de la organización estatal.<sup>411</sup>

El Derecho es, ante todo un sistema de límites, y por tanto, de equilibrios. No hay derecho ni poder jurídico, que pueda recabar para sí carácter absoluto, porque frente a él, o junto a él, habrá siempre otro derecho, otro poder jurídico, reclamando su espacio propio.<sup>412</sup> De este modo podemos afirmar que el equilibrio depende de la

---

<sup>410</sup> STC 227/1988, de 29 de noviembre (Ponente Jesús Leguin Villa), FJ 11.

<sup>411</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, *supra*, n. 366, p. 33, 54-56.

<sup>412</sup> MARÍA LUISA FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, *El principio de proporcionalidad en la Administración Pública y sus Implicaciones Tributarias*, en ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR PEREZ DE AYALA 325 (César Albiñana García-Quintana, et al., coord., Dykinson, 2007).

convivencia ordenada que el Derecho intenta asegurar. Así, el ejercicio de las competencias estatales sobre los actos que inciden sobre el ámbito de lo subjetivo o de lo individual como son los actos de la persona sobre su propio cuerpo, pone de relieve la necesidad de determinar si las intervenciones por parte del Estado exceden o no lo necesario en cuanto a los fines del desarrollo científico y los avances de la industria de la salud.

Dada la posición preeminente de los derechos de la persona en el ordenamiento español, la modulación de los derechos en el ámbito individual por parte del Estado deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible que se asegure el respeto de aquellos. El principio de proporcionalidad sirve entonces como criterio para advertir si la actuación de los poderes públicos se desarrolla en garantía del respeto al contenido esencial de los derechos de la persona y con ello todo derecho subjetivo en el ámbito constitucional, en el que hemos ubicado el derecho de la persona fuente a llevar a cabo negocios jurídicos conforme a la voluntad personal.

El Tribunal Constitucional español ha manifestado que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.<sup>413</sup> Expresamente la más alta curia del país español ha manifestado que para comprobar si una medida supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; si es necesaria en el sentido de que no existe otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.<sup>414</sup>

---

<sup>413</sup> STC 186/2000, de 10 de julio (Ponente Fernando Garrido Falla), FJ 6. En este sentido, así lo expresa la STC 66/1995, de 8 de mayo (Ponente Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 5; STC 55/1996, de 28 de marzo (Ponente Carles Viver Pi-Sunyer), FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre (Ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, Ponente Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 8.

<sup>414</sup> STC 66/1995, de 8 de mayo (Ponente Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 5.

Ante nuestro planteamiento que la normativa española que impone al sujeto fuente la renuncia a todo beneficio, directo o indirecto, sobre los materiales biológicos que son extraídos de su cuerpo con fines científico-investigativos e industriales, acarrea la vulneración desmedida de los derechos reconocidos constitucionalmente; por lo que siguiendo los criterios observados por el ordenamiento constitucional español, habremos de confirmar su ausencia de proporcionalidad. Estimamos que el carácter prohibitivo de esta normativa contraviene el derecho de libertad de cada individuo por ser excesivamente restrictivo al negar a la persona el ejercicio de sus facultades personales, la manifestación de su voluntad individual sobre la cual se sustenta la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Sobre el principio de proporcionalidad debemos señalar que el mismo se encuentra reconocido, en el plano supranacional europeo y constituye, en consecuencia, Derecho aplicable en los respectivos Estados miembros conforme lo dispuesto por el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la cual se basa en los valores indivisibles y universales recogidos en los principios de la democracia y del Estado Derecho.<sup>415</sup> El principio de proporcionalidad opera entre los llamados principios generales del Derecho Comunitario junto a la igualdad, la prohibición de arbitrariedad, la seguridad jurídica, etc.<sup>416</sup> Representa un método habitualmente utilizado por los tribunales, constitucionales o no, y cuya importancia es capital por cuanto la proporcionalidad es

---

<sup>415</sup> En cuanto al rango atribuido al principio de proporcionalidad, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido al principio de proporcionalidad como norma vinculante, que puede alegar cualquier ciudadano ante un tribunal y que los tribunales deben esperar y aplicar. Diana-Urania Galetta, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano*, CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO, septiembre-diciembre 1998, p. 76.

<sup>416</sup> FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, *supra*, n. 412, p. 323. El preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirma que la Unión esta fundada sobre los valores indivisibles u universales de la dignidad humana, la igualdad, y la solidaridad... Esta Carta busca reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 364/01.

la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional.<sup>417</sup> Los ordenamientos nacionales, por su parte, aunque con distinto alcance y contenido según los casos, también lo han consagrado en su ámbito interno. En nuestros días, puede afirmarse que el principio de proporcionalidad es un principio vinculado a la dignidad de la persona e inherente al estado de Derecho, que impone a las autoridades estatales hacer uso moderado de su poder y, más en concreto, implica la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado; por ello, los poderes públicos habrán de adecuar el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizar a las circunstancias de cada caso concreto, recayendo sobre ellos la carga de justificar los medios empleados.<sup>418</sup>

El principio de proporcionalidad tiene origen en el Derecho alemán y ha logrado su expansión adentrándose en la jurisprudencia de la Unión Europea y el sistema norteamericano de derechos humanos.<sup>419</sup> Entre los presupuestos jurídicos y políticos que determinaron su nacimiento y formación con el perfil actual se destaca la concepción alumbrada por el Estado liberal a fines del Siglo XVIII, y a lo largo del XIX, tras el estallido de la Revolución Francesa, como función básica de la conservación de la paz y de la seguridad interna y externa, como instrumentos garantes del bienestar de sus ciudadanos.<sup>420</sup> En la Unión Europea, el principio de proporcionalidad es uno de los criterios de enjuiciamiento de la legitimidad de las injerencias en los derechos fundamentales, sin solapar ni desplazar a la técnica de la garantía del contenido esencial, con la que, antes bien, convive y se complementa.<sup>421</sup>

---

<sup>417</sup> Luis Prieto Sanchís, *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Núm. 23, 2000, p. 179.

<sup>418</sup> Ramón Ruiz Ruiz & Lourdes de la Torre Martínez, *Algunas Aplicaciones e Implicaciones del Principio de Proporcionalidad*, REVISTA TELEMÁTICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Núm. 14, 2011, p. 27.

<sup>419</sup> Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay & Francisco Zúñiga Urbina, *El Principio de la Proporcionalidad del Tribunal Constitucional*. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año 10, No. 1, 2012 p.65.

<sup>420</sup> Javier Barnés Vázquez, *El principio de la proporcionalidad*. CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO, septiembre-diciembre 1998, p. 24.

<sup>421</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra*, n. 204, p. 152.

El artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>422</sup> el cual dicta el alcance e interpretación de los derechos y principios que han de regir la Unión establece que:

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y **respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades**. Dentro del respeto del **principio de proporcionalidad**, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Justamente, el Protocolo Número 2 Sobre la Aplicación de los Principios de Subsidiariedad<sup>423</sup> y Proporcionalidad, establece que las partes contratantes de la Unión deberán velar de manera permanente por el respeto del principio de proporcionalidad contenido en el artículo 5.5<sup>424</sup> del Tratado de la Unión Europea. En virtud del principio de proporcionalidad, apuntamos a la interdicción de las acciones excesivas por parte del Estado que persiguen prohibir que los poderes públicos arbitrariamente excedan los límites necesarios para la materialización del

---

<sup>422</sup> Proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En virtud del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, del Tratado de la Unión Europea, la Carta proclamada en 2007 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Véase, Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 55 Volumen 1, 26 de octubre de 2012 (Versión consolidada 2012/C 326/01).

<sup>423</sup> En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

<sup>424</sup> El apartado número 4 del artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “*En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.*” Véase, Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 55 Volumen 391, de 26 de octubre de 2012 (2012/C 326/02).

objetivo de administración gubernamental. De este modo el ordenamiento logra moderar la tensión entre el individuo y el Estado.

El principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir o sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretación o aplicaciones de la legalidad que restrinja su ejercicio.<sup>425</sup> El fin elegido por la norma es el que señalará si el medio adoptado quiebra solamente los criterios. No obstante, el umbral para determinar cuando la medida limitadora excede alguna de las prohibiciones de forma evidente y manifiesta, lo implica la desproporción significativa y objetivable de tal modo que alcanza relevancia jurídica. Es un principio relacional en el sentido de que compara dos magnitudes; entiéndase, los medios a la luz de los fines. Se trata de un principio general que, aunque no escrito, está reconocido al máximo nivel, y por lo tanto, vincula a todas los poderes públicos.<sup>426</sup>

En un sentido amplio, el principio de proporcionalidad impone determinar en primer término si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; lo cual puede ser descrito como *adecuación o utilidad* de la medida cuestionada. Además, requiere determinar que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Esto se trata de la *indispensabilidad o necesidad* de la medida; entiéndase, que la misma incida en menor grado sobre el derecho que pueda ser afectado. Finalmente, si la misma es *ponderada o equilibrada* por derivarse

---

<sup>425</sup> Barnés Vázquez, *supra*, n. 420, p. 6.

<sup>426</sup> Barnés Vázquez, *supra*, n. 420, p. 17.

de ella mas beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.<sup>427</sup>

El triple ‘test’ para determinar si las autoridades públicas han actuado de manera desproporcionada es articulado en términos de comparación y sirve de autocontrol, en primer lugar, para el propio Tribunal Constitucional frente al propio legislador. Cada uno de los elementos que lo integran, requiere un juicio o análisis en su concreta aplicación e implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes.<sup>428</sup> En nuestro examen sobre la sujeción al principio de proporcionalidad de las medidas legislativas que proscriben al sujeto fuente llevar a cabo negocios jurídicos con los materiales de su propio cuerpo, haremos nuestra indagación inicial utilizando las primeras dos dimensiones. En cuanto al último de estos criterios, al cual también se le conoce como principio de proporcionalidad *en sentido estricto*, posteriormente habremos de exponer en mayor grado nuestra visión crítica sobre las limitaciones impuestas al sujeto fuente sobre los materiales de su propio cuerpo.

Al trazar la línea fronteriza de lo que le está o no permitido a la ley, desde la perspectiva de los medios utilizables para la consecución de sus fines, deslinda la línea divisoria a partir de la cual la acción del legislador deviene en inconstitucional por desproporcionada.<sup>429</sup> Manifestado en toda su amplitud ha sido utilizado para

---

<sup>427</sup> El Tribunal Constitucional español, en la STC 66/1995, de 8 de mayo de 1995 claramente enumera los tres requisitos o condiciones para determinar si una medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; si además, es necesaria en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución del propósito de la medida con igual eficacia; y si la misma es proporcionada, en sentido estricto. Dicho de otra manera, si es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Véase sobre el particular a Ignacio Villaverde Menéndez, *La Resolución de conflictos entre Derecho Fundamentales, El Principio de proporcionalidad*, en EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 129 (Miguel Carbonell, ed., Bogotá Colombia: Universidad del Externado, 2008).

<sup>428</sup> JOSEFA FERNÁNDEZ NIETO, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO PÚBLICO COMÚN EUROPEO 396 (Dykinson, 1ra ed. 2008).

<sup>429</sup> *Id.*, p. 395.

interpretar y preservar los límites definitorios de los derechos reconocidos constitucionalmente. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha hecho no pocos pronunciamientos<sup>430</sup> que forman una concepción sistemática y unitaria de la acción del Estado y de la dignidad de la persona; sobre lo que resueltamente afirman que el principio de la proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia según es proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución Española que lee:

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.<sup>431</sup>

Puede decirse que la construcción jurídica de la principal Norma española puede ser vista como un instrumento lleno de principios y derechos sustantivos que, aun cuando se propugnen como coherentes, producen inevitables tensiones en su aplicación y también en su proyección sobre la actividad legislativa.<sup>432</sup> Ante este señalamiento merece mención que por no ser absolutos los derechos de la persona, debe destacarse el valor inherente del principio de proporcionalidad que sin duda

---

<sup>430</sup> Para enumerar tan sólo algunas la STC 113/1989 señala que “*Cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionales protegidos y guardan proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcional de los valores recogidos en la Constitución.*”

En la STC 85/1992, de 8 de junio (Ponente Eugenio Díaz Eimil) el Tribunal expresa que el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que exige que “*toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos.*”

La STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996 señala que es “*...un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales ... y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales.*”

<sup>431</sup> STC 85/1992, FJ 4. La STC 111/1993, de 25 de marzo (Ponente Álvaro Rodríguez Eimil) FJ 9, señala que el principio “*es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configure (art. 1.1. CE)*” y en su fundamento jurídico 8 afirma que es “*inherente al principio de legalidad que es propio de un Estado de Derecho*”.

<sup>432</sup> PRIETO SANCHÍS, *supra*, n. 417, p. 120.

guarda estrecha relación al valor de justicia y se encuentra muy cercano al de la igualdad. Aunque los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución Española, según los casos, pueden servir de base a la jurisprudencia para proclamar el rango constitucional del principio de proporcionalidad, no obstante, la *ratio* última subyacente reside en el valor superior o fundamental de la justicia, inherente al Estado de Derecho (art. 1.1. Constitución Española). Cónsono con el principio de interdicción de la arbitrariedad<sup>433</sup>, el principio de proporcionalidad es la pieza central del nuevo constitucionalismo, esencial e inevitable en cualquier sistema constitucional,<sup>434</sup> cuyo empleo también mantiene relación con el imperativo de seguridad jurídica, la responsabilidad de los poderes públicos en su cometido de promover condiciones para la libertad del individuo y la remoción de obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y disfrute como asiento sobre el que descansa una vida digna.<sup>435</sup>

En cuanto a la comparación entre los medios utilizados y los fines de una medida, debemos destacar que el fin de la intervención pública es un dato ajeno y están fuera de consideración al principio de la proporcionalidad pues constituye una técnica de interpretación jurídica. Al discernir la proporcionalidad de las limitaciones establecidas por una medida, resulta primordial establecer que la finalidad perseguida por la medida limitadora del Derecho tenga carácter legítimo en términos constitucionales. Aun cuando la proporcionalidad sea también un control material, no absorbe la técnica del contenido esencial; pues este último determina la principal

---

<sup>433</sup> El artículo 9.3 de la Constitución Española establece la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>434</sup> Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Conferencia Trilateral: *Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española*, 24-27 octubre de 2013, p. 2. TRIBUNALCONSTITUCIONAL.ES, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>435</sup> El artículo 9 de la Constitución Española expresamente declara que La Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos al estar llamado a promover la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica del país de manera real y efectiva de forma plena.

garantía de un derecho constitucional. En todo caso, la medida limitadora ha de respetar el contenido esencial del derecho, lo que representa una garantía sin la cual el mismo sería irreconocible e ineludiblemente conllevaría al titular del derecho a su desamparo por quedar sometido a limitaciones que dificultan o le despojan de la protección necesaria. No obstante, por pequeña que sea la restricción de la libertad, si ésta resulta manifiestamente inútil, deviene absurda y carente de sentido en un Estado de Derecho.

Como puede apreciarse, la proporcionalidad se sitúa en los controles sustantivos o de fondo.<sup>436</sup> En su Sentencia STC 66/1991 de 22 de marzo, el Tribunal Constitucional hace admisión doctrinal del principio de proporcionalidad instrumento hábil para la delimitación de la intervención estatal en el ámbito de las garantías fundamentales. Expresa que “... *no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor.*” También el mismo Foro ha expresado que “*la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.*”<sup>437</sup>

Consideramos que la doctrina constitucional que se observa hoy día consagra un Estado interventor a través de un conjunto de disposiciones jurídicas destinadas a

---

<sup>436</sup> FERNÁNDEZ NIETO, *supra*, n. 428, p. 395.

<sup>437</sup> STC 169/2001, 16 de julio (Ponente Julio Diego González Campos), FJ 9.

establecer un orden económico y social equilibrado.<sup>438</sup> A su vez, procura diseñar un recuadro socio-económico que sostiene la consagración de valores como la igualdad y la libertad individual como instrumentos que procuran definir límites a la acción interventora estatal. Se trata de un ordenamiento constitucional llamado a procurar preceptos político-jurídicos que parten del respeto por las zonas limítrofes impuestas por los derechos individuales que son constitucionalmente reconocidos. Según FERNANDEZ NIETO, podríamos decir que la proporcionalidad adquiere pleno sentido entendido como criterio de lo razonable, en la actuación de los poderes públicos, en lo que supone un medio de tutela del ámbito fundamental para impedir que la actividad del Estado sobre pase límites exigibles para la consecución de los intereses legítimos de los individuos y de los grupos.<sup>439</sup>

Los instrumentos de intervención del Estado que inciden en la esfera privada tienen el menester constitucional de llevar a cabo gestión pública que corrija posibles desequilibrios o desigualdades sociales y económicas de modo que confieran sentido al orden democrático. La exigencia de que el Estado actúe proporcionalmente en su intervención sobre los ciudadanos, como hemos ya señalado, está íntimamente relacionada con la idea de justicia<sup>440</sup> con presencia histórica de un modo o de otro,

---

<sup>438</sup> FERNÁNDEZ NIETO, *supra*, n. 428, p. 321. La intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección de otro bien o de un interés de mayor peso, que entre los varios medios posibles hay que elegir el “más moderado”, que el medio empleado y los inconvenientes unidos a ellos para el interesado no pueden ser excesivos en relación con los fines justificados a que se aspira. Esta doctrina de origen alemán, se denomina “prohibición de la excesividad”. Rige en todos los campos del derecho y especialmente en el derecho de policía y en el derecho administrativo, así como en cada caso particular entre los derechos fundamentales y los derechos de personalidad que colisionen entre sí.

<sup>439</sup> FERNÁNDEZ NIETO, *supra*, n. 428, p. 317.

<sup>440</sup> En la STC 50/1995, de 23 febrero (Ponente Rafael Medizábal y Allende), el Tribunal Constitucional conecta el principio de proporcionalidad con el valor superior justicia (declarándolo “*muy cercano*” al de igualdad), entendiendo que la forma de que este quede incólume (y en que así quede también el contenido esencial de los derechos fundamentales) es el mantenimiento de una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido mientras, en la STC 173/1995, de 21 de noviembre (Ponente Enrique Ruiz Vadillo) el Tribunal Constitucional hace de nuevo alusión a aquella cierta tensión que en otras resoluciones ya había reconocido que existe entre diversos preceptos constitucionales, “*recurriendo al principio de proporcionalidad*”. Véase, FERNÁNDEZ NIETO, *supra*, n. 428, p. 319.

desde la antigüedad. De esta forma el ordenamiento reconoce la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal. No hay duda que se requiere vigilar su traslado de lo teórico a su observación práctica. Nos encontramos ante un método de interpretación jurídica cuyo objetivo responde a la tutela de los derechos constitucionales de la mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que los derechos sean compatibles entre ellos.<sup>441</sup> El legislador está vinculado al principio de proporcionalidad; mas al Tribunal Constitucional le corresponde su enjuiciamiento. Quedan a él sujetos, la administración y los jueces, en sus respectivos ámbitos, cuando aplican e interpretan el Derecho.<sup>442</sup>

La cuestión central es si las restricciones, o mas bien las prohibiciones, impuestas por el Estado sobre actos ligados a determinaciones que corresponden al ámbito de la autonomía de la voluntad y de libertad individual constituyen intervención estatal que hacen desaparecer equilibrios necesarios o impone limitaciones excesivas a derechos constitucionalmente reconocidos. El examen de proporcionalidad de las medidas utilizando los criterios de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en el sentido estricto, llama a la evaluación de las realidades fácticas como de las posibilidades jurídicas contenidas en la normativa española que rigen las cesiones de materiales biológicos humanos; particularmente, las disposiciones que prohíben actos de libre disposición a las personas físicas de quienes los materiales son extraídos.

Nos encontramos ante un discurso normativo en el que pueden estimarse disposiciones cuyo impacto sustantivo condicionan la actuación de las personas sujetas a ellas. Es cierto que las expectativas de actuación amparadas en un derecho fundamental en ocasiones solo pueden hacerse realidad a costa de otras expectativas

---

<sup>441</sup> MIGUEL CARBONELL, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL (Miguel Carbonell, ed., Bogotá Colombia: Universidad del Externado, 2008).

<sup>442</sup> Barnés Vázquez, *supra*, n. 420, p. 20.

de conducta; sin embargo, el reconocimiento constitucional de un derecho solo alcanza tal garantía cuando en el orden jerárquico prima su protección frente al interés general. Como puede apreciarse, la colectividad está formada por una densa red de relaciones interindividuales de muy diverso tipo, no visible pero no por ello inexistente. A pesar de sus limitaciones, los individuos pueden reconocer a un poder que establece pautas de conducta y vela por su observancia; no obstante, es legítimo establecer que el fin del Estado conlleva la protección de la libertad y la seguridad individual, considerando que esas libertades y seguridad son bienes que deben alcanzar en su mas pleno sentido a todos los integrantes de la comunidad.<sup>443</sup>

**(a) La proporcionalidad de la intervención estatal en la restricción de sobre los actos dispositivos de los elementos corporales de la persona**

Al trasladar estos conceptos al marco práctico, podemos apreciar que al procurar impulsar la actividad científica en los nuevos contextos que ofrece la investigación biomédica, la administración pública española ha impulsado legislación especial que reglamenta el uso de los materiales procedentes del cuerpo humano para solventar nuevas rutas en la administración de salud nacional. Así claramente puede apreciarse de la Ley de Investigación Biomédica, de 3 de julio, la cual representa normativa que apoya la infraestructura establecida para la promoción de la ciencia y de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, siguiendo el mandato constitucional consignado en el artículo 44 de la Constitución Española. No obstante, la conciencia democrática manifiesta en la letra de la Constitución española llama a un orden económico y social justo que demanda el respeto por la dignidad y la garantía de desarrollo de la personalidad mediante la formulación de leyes que libremente concedan a la persona la exteriorización de su voluntad en cuanto a su persona y su cuerpo.

---

<sup>443</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, *supra*, n. 366, p. 54.

Entonces, corresponde plantear si es posible alcanzar los fines de la política gubernamental mediante el empleo de medios distintos que no conlleven limitación o prohibición de conducta individual constitucionalmente protegida de disponer según la voluntad de la persona de su cuerpo cuando ello no representa peligro ni para la persona ni para terceros. El intérprete tiene no solamente que plantear formalmente las cuestiones de dudosa legitimidad de las normas, sino además promover una interpretación conforme a los principios constitucionales.<sup>444</sup>

El Tribunal Constitucional ha señalado que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere sean idóneas o útiles en relación al fin constitucionalmente legítimo; y que no obstruyan la garantía constitucional mas allá de lo razonable.<sup>445</sup> Ante la advertencia del límite impuesto a la intervención estatal, resulta cuestionable admitir el contrasentido que representa la legislación que prohíbe a la persona de quien se extraen materiales biológicos, realizar actos de disposición que a otras partes activas de la cadena de transformación y suplidos de los materiales biológicos humanos le están permitidos sobre los tejidos y estructuras que proceden de aquél.

Debe notarse que la normativa vigente en España, en específico la Ley de Investigación Biomédica según lo dispone el artículo 7, no tan sólo restringe la potestad de la persona sobre el destino de los materiales que son extraídos de su cuerpo sino que además impone la renuncia a cualquier posible ventaja económica. El segundo párrafo del artículo lee:

La donación implica, asimismo, **la renuncia** por parte de los donantes a **cualquier derecho de naturaleza económica** o de otro tipo sobre

---

<sup>444</sup> PIETRO PERLIENGIERI, EL DERECHO CIVIL EN LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL SEGÚN EL SISTEMA ITALO-COMUNITARIO DE LAS FUENTES 50, (Agustín Luna Serrano & Carlos Maluquer de Motes Bernet, trads., Dykinson, 2008).

<sup>445</sup> STC 53/1986, de 5 de mayo (Ponente Luis López Guerra) FJ 3.

los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas. (Énfasis Nuestro)

No debe existir duda que las circunstancias que presenta la normativa actual provocan cuestionar y demandan un análisis ponderado que sin duda nos lleva a concluir la ausencia de razonabilidad o extralimitación del poder estatal que incide sobre un derecho fundamental cuyo tenedor es la persona física. La razón de Estado que justifica esta ley especial según se desprende de la misma norma, se encuentra basada en garantizar la acción investigadora y producción científica en los términos del artículo 20 de la Constitución Española. La construcción de la norma refleja el objetivo de la administración pública de establecer y regular los mecanismos de fomento y promoción dirigidos a favorecer que los resultados de la investigación científica resulten en terapias para combatir posibles patologías. El preámbulo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica señala al respecto que:

Desde el punto de vista de la acción investigadora, la Ley garantiza la libertad de investigación y de producción científica en los términos del artículo 20 de nuestra Constitución. Además, un marco legal tan ambicioso sobre investigaciones avanzadas en el ámbito de la biomedicina no podía dejar de tener presente el contexto humano, científico, estructural y social en el que ha de desenvolverse en la práctica diaria, por lo que la **Ley regula los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación biomédica** a partir de los principios de calidad, eficacia e igualdad de oportunidades y **con el fin de favorecer que los resultados de la investigación se transformen en terapias eficaces para combatir distintas patologías**. De manera destacada se facilita la implantación de la investigación en los centros de salud como una práctica cotidiana, se incentiva la colaboración entre los centros de investigación biomédica básica y los hospitales y demás centros del Sistema Nacional de Salud y **se estimulan los vínculos entre el sector público y el privado mediante la investigación en red y la movilidad de los investigadores y los facultativos**.

La utilidad de la norma a esos fines resulta notablemente favorecedora de un interés que atiende la necesidad del pueblo español de procurar la protección de las condiciones de salubridad colectiva. Las disposiciones normativas aunque buscan

adecuar las intervenciones y la utilización de las muestras de origen humano mediante la convalidación del consentimiento informado, deja fuera toda posibilidad de participación en negocios jurídicos que puedan representar ventaja económica al sujeto fuente pues le impone a éste la gratuidad en la donación de sus tejidos corporales.

**i. La finalidad de la intervención estatal sobre los abastos de materiales biológicos; la patrimonialidad como alternativa más efectiva**

Aunque el espíritu y diseño de la Ley de Investigación Biomédica recoge principios<sup>446</sup> que merecen destacado mérito sobre la regulación de las actividades relacionadas con la obtención y uso de células, tejidos u órganos, el mandato de prohibición económica basado en dogmas sobre el tratamiento del cuerpo y la dignidad del ser humano parecen perder su justificación cuando, como cuestión de hecho, la administración pública admite la importación de materiales biológicos de otras jurisdicciones que han sido obtenidos de personas a cambio de metálico. Si por otro lado, la razón para esta prohibición se tratase de procurar la calidad del suplido por posibles consideraciones que apunten a que los sujetos fuente que optan ceder sus materiales corporales a cambio de pago padezcan de anomalías patológicas posiblemente infecciosas, el mismo hecho de su procedencia de territorios donde el pago es una practica aceptada, derrota la idoneidad para alcanzar la utilidad o fin pretendido.

Hay quienes señalan que el suministro de materiales biológicos requeridos para el fomento de la actividad científica sería adversamente afectado si hubiera

---

<sup>446</sup> Los principios que gobiernan la normativa relacionada con la investigación biomédica se encuentran en las disposiciones generales del Título I, las cuales marcan el eje rector y vertebrador de la Ley. Se define el objeto y ámbito de aplicación de la Ley y se establece un catálogo de principios y garantías para la protección de los derechos de las personas y de los bienes jurídicos implicados en la investigación biomédica.

cambios a la plataforma de recolección la cual está basada en el principio de gratuidad. Sin embargo, esta postura igualmente adolece por falta de idoneidad pues como ya hemos señalado la administración gubernamental ha acudido a la importación de los materiales biológicos ante su insuficiencia e incapacidad del presente modelo para lograr el suplido necesario. Por el contrario, hay quienes postulan que de mediar el pago la escasez de los abastos podría ser resuelta.

Precisamente, esta es la postura del Doctor en Economía Gary S. Becker, aunque en el contexto de suplido y disponibilidad de los órganos para ser trasplantados, señala que su escasez es producto de obstáculos que provocan desequilibrio del mercado. Puntualiza que entre los más obvios se destaca el que los Estados se inclinan a prohibir los incentivos monetarios para adquirir órganos.<sup>447</sup> Ante estos planteamientos deja cuestionada la licitud de aquella norma estatal que coarta el derecho de la persona física a actuar libremente conforme a su voluntad sobre aspectos directamente relacionados con su propio cuerpo al imponer dogmas injustificados que arrebatan la potestad individual de decidir aquello que sea mejor para sí.

El mercado de los materiales de origen humano imperante en la jurisdicción española sufre similar condición de escasez a la de otros Estados de otras partes del mundo. Sobre este asunto los registros de la Organización Mundial de la Salud señalan que:

Siguen sin cubrirse las necesidades de células, tejidos y, sobre todo, órganos, en todo el mundo. Las carencias en materia de infraestructura y conocimientos clínicos; la falta de medios para financiar las intervenciones quirúrgicas y el tratamiento posterior; y la resistencia

---

<sup>447</sup> Gary S. Becker & Julio Jorge Elías, *Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations*, 21 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES, No. 3, p. 3 disponible en <https://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jep.21.3.3> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

opuesta a las donaciones post mortem debido a factores locales de índole jurídico, religiosa y cultural contribuyen a esa escasez.<sup>448</sup>

Ya hemos apuntado que para proteger un derecho fundamental como el derecho a la libertad personal es imprescindible que entre las posibles medidas restrictivas se acuda a la menos gravosa pero suficiente para ser idónea. Dicho de otra manera, el derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar la protección de aquellos otros derechos, bienes o intereses que lo limitan.<sup>449</sup> Las condiciones actuales generan situaciones en las que los individuos quedan disminuidos en su autonomía de estructuras económicas y sociales que son definidas desde centros a los que tienen acceso grupos de poder con intereses particulares. De esta manera se imposibilita a las personas sistemáticamente actos relativos a aspectos que atañen su derecho de libertad y con ello el desarrollo pleno de la personalidad.

En este mismo ámbito, otra normativa como la Ley 14/2006, de 27 mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,<sup>450</sup> articula un mecanismo institucional consistente con las pautas seguidas por el modelo español y su correspondiente impacto sobre el terreno jurídico que corresponde a cada persona. Esta misma norma señala que la donación no habrá de suponer incentivo económico o responder al interés de lucro o comercial de la persona cedente.<sup>451</sup> Similar enfoque

---

<sup>448</sup> Informe de Secretaría Asamblea 57ª Mundial de La Salud del 8 de abril de 2004.

<sup>449</sup> Villaverde Menéndez, *supra*, n. 427, p. 153.

<sup>450</sup> Ley 14/2006, de 27 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; última modificación 2 de agosto de 2011. La legislación española recoge varias leyes con las que progresivamente se ha regulado la reproducción asistida y la investigación biomédica con embriones humanos: Ley 35/1988 sobre *Técnicas de Reproducción Asistida*, la Ley 42/1988 sobre *Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos*, la Ley 45/2003 que modifica los artículos 4 y 11 de la Ley 35/88, la Ley 14/2006 sobre *Reproducción Humana Asistida* y, por último, Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

<sup>451</sup> La letra de la Ley 14 de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece que *“la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.”*

podemos apreciar en la normativa relacionada con las Hemodonaciones, según dispuesto por el Real Decreto 1088/2005, de 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. Sobre los incentivos económicos, el artículo 4 del Decreto establece que:

La persona dona sangre, plasma o componentes celulares por su propia voluntad y no recibe ningún pago por ello, ya sea en efectivo o en alguna especie que pueda ser considerada sustituto del dinero. Pequeños presentes como reconocimiento o el reembolso de los costes directos del desplazamiento son compatibles con una donación voluntaria no remunerada.

La escasez de órganos o estructuras corporales es un asunto de atención mundial, muy particularmente en la comunidad Europea de la cual España es parte. Los Estados continúan explorando alternativas para reducir la escasez e incrementar la disponibilidad de órganos para trasplantes, que en la actualidad apenas cubren el 50% de las necesidades, según reportara el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.<sup>452</sup>

Queda planteada la doble vertiente social y legal al definir a la donación como un acto voluntario que supone que la ausencia de incentivos económicos ha de aportar a la calidad del suplido lo que responde al desconocimiento de los sobrados controles y exigencias técnicas para determinar y asegurar la calidad del suplido. El argumento que las personas desventajadas y con cuestionables condiciones de salud acudirían a centros de recolección de materiales biológicos en respuesta a incentivos económicos, lo que perjudicaría la calidad del material biológico, parecen desconocer que solo

---

<sup>452</sup> Nota de Prensa emitido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de 31 de mayo de 2012, ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES, disponible en <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/31%20Mayo%202012%20%20LA%20ONT%20LIDERA%20PROGRAMA%20EUROPEO%20ACCORD.pdf> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

calificarían para los mismos aquellos que satisfagan los criterios técnicos establecidos por las normas sanitarias.

## **ii. Sobre la política pública basada en altruismo frente al derecho a la autodeterminación**

Para aquellos que procuren justificar el modelo basado en principios de compasión y altruismo que conlleva la imposición de renuncia a toda ventaja económica al sujeto fuente, les debe ser evidente que en la cadena transformadora de los materiales biológicos corporales existen intereses que procuran ganancias o beneficios. Con esto tratamos de disipar el misticismo atribuido al esquema definido por la normativa española la cual, a pesar de sus bondades, representa intervención lesiva grave al despojar de su potestad determinante a la persona física de quien se obtienen los materiales corporales y que a todas luces alcanzan gran utilidad por terceros.

De otra parte las críticas hechas al modelo que procura aumentar los abastos de materiales biológicos humanos mediante el uso de incentivos económicos, reconoce el valor de los mismos y rechaza la imposición de argumentos morales y de valores sociales que le corresponden a cada quien dirimir. Debe igualmente entenderse con ello que el medio utilizado por la administración estatal para alcanzar su objetivo de fomentar la investigación científica y la disponibilidad de recursos sanitarios implica la elección de medios lesivos que atentan contra el derecho de la libertad y el desarrollo de la personalidad; y que manifiestamente quebrantan la dignidad de cada ser humano reflejada en la potestad de decidir conforme a su conciencia.

Coincidimos con la postura que todos los poderes públicos vienen sujetos al respeto de la dignidad humana por lo que no podrán promulgar normas, dictar actos

imperativos, emitir juicios, imponer condiciones a la actividad humana que, de cualquier forma, supongan desconocimiento, atentado y menoscabo de su calidad humana.<sup>453</sup> No obstante, en los actos de administración gubernamental los poderes públicos no tan solo están llamados a respetar la dignidad humana sino también activamente a protegerla. Si la dignidad es un derecho, también es un deber.<sup>454</sup> El Estado no puede ser neutral; se requiere que el Estado actúe y vea la imposición de normativa cuyas formulaciones imposibiliten la plenitud de la dignidad de la persona. La actuación estatal se encuentra llamada a poner en su radio de acción métodos alternativos evidentemente menos lesivos conforme al criterio de necesidad contenido en el principio de proporcionalidad.

Hemos visto que la privación del derecho de la persona a llevar a cabo negocios jurídicos con los materiales extraídos de su cuerpo es impuesta a la persona física como instrumento para atender el fin estatal de adelantar el progreso de las ciencias vivas. En la praxis, conforme a lo dispuesto en el lenguaje de la normativa española relacionada con la investigación biomédica y de otros materiales biológicos tales como los hemoderivados,<sup>455</sup> la administración gubernamental presta énfasis sobre la investigación científica y con ello actúa con arbitrariedad pues el lenguaje de la legislación vigente que proscribe al sujeto fuente llevar a cabo negocios jurídicos con los materiales procedentes de su cuerpo, constituye desequilibrio en la relación

---

<sup>453</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *supra*, n. 364, p. 79.

<sup>454</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *supra*, n. 364. p. 78.

<sup>455</sup> Las normas principales que tratan sobre los materiales biológicos humanos que son utilizados con fines científicos y/o industriales (a pesar que algunos pueden ser utilizados para trasplantes inter vivos) son: la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007), la Ley 14/ 2006 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 3 de enero de 2006), la Ley 30/1979, 27 de octubre, sobre extracción y trasplante órganos dice que no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 2007); el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014); el Real Decreto 1088/2005, de 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. 222, de 16 de septiembre de 2005).

de poder estatal frente al interés individual. El lenguaje de la normativa escoge vedar tan solo al individuo de la participación de beneficios directos que otros les están permitidos. Se requiere de un modelo que conciba a la persona física como un ser valioso que y que para ello los poderes públicos promuevan modelos que atiendan el interés colectivo en condiciones en las que la libertad del individuo sean reales y objetivas.

No encontramos razones para que una medida estatal límite el ejercicio de un derecho personalísimo cuando para todo propósito práctico, el fin que busca la administración estatal de suplir materiales biológicos con propósitos investigativos o ha ser utilizados en atención a necesidades salubristas, es de hecho atendido mediante su importación. Claramente, este recurso representa un medio alternativo que satisface adecuadamente un interés de la comunidad general. Podría decirse que ante la realidad enfrentada por el país, en el que se ve obligado a acudir a recursos fuera de la jurisdicción española para aumentar sus abastos, es otra muestra que la medida que afecta el disfrute del derecho de la persona ni siquiera fomenta o atiende la necesidad que justifica la intervención estatal. Si el afectado tiene que soportar una restricción, por lo menos, se espera que el medio pueda fomentar el logro del fin. De lo contrario su justificación se desvanece desde el punto de vista empírico.<sup>456</sup> Recordemos que debemos ver al principio de proporcionalidad quizás como el más conocido y el más recurrente "*limite de los limites*" a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.<sup>457</sup>

La legitimidad de los medios empleados en función de la necesidad de promover la actividad investigativa que sirva de impulso en el desarrollo de productos

---

<sup>456</sup> LAURA CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 129 (Miguel Carbonell, ed. Bogotá Colombia: Universidad del Externado, 1ra ed. 2008).

<sup>457</sup> CARBONELL, *supra*, n. 441, p. 10.

para el tratamiento de la salud general no alcanzan justificación y demanda la consideración del empleo de medios menos lesivos o gravosos para la persona.

### **3. La razonabilidad de la norma que trata de los materiales biológicos humanos y los límites impuestos al sujeto fuente**

#### **(a) Examen de la idoneidad y necesidad de la legislación vigente**

Además de la exigencia de utilidad o indispensabilidad que debe tener toda intervención estatal sobre actos que competen a los derechos constitucionalmente reconocidos, aquélla debe también gozar de razonabilidad en adecuada relación con el derecho que es objeto de intervención. Este último criterio, conocido como principio de *proporcionalidad en sentido estricto*, busca ponderar la razonabilidad de la intervención por parte del Estado, en cuanto a sus ventajas y los sacrificios que esa implica.

Ante este criterio queda planteado si el derecho a la autonomía de la persona sobre su cuerpo y la libertad individual puede ser limitada por el Estado, en tanto y en cuanto, aspira proteger y fomentar el derecho a la libertad de investigación con el propósito de aumentar la salud pública, amén de los matices que inspiran los preceptos religiosos imperantes en el orden español sobre el cuerpo humano. Si comparamos el interés de promover la investigación y la salud pública con el derecho fundamental de autonomía y libertad, nos encontramos ante un objetivo estatal de carácter dogmático frente a una garantía reconocida constitucionalmente.

Un medio idóneo y necesario para el fomento de un fin no debe ser implementado, si los perjuicios para los derechos fundamentales de los afectados que se derivan del medio son mayores que la importancia del fomento del fin, en modo tal que el medio escogido aparece como desproporcionado. Además, para “una evaluación plena entre la gravedad de la intervención y el peso y profundidad de los

fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición”.<sup>458</sup>

Ya hemos apuntado, como cuestión central que el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 10 de la Constitución española, mientras de otra parte, el derecho a la libertad de la persona es reconocido en el artículo 17 como derecho fundamental, lo que en cuanto al uso y disfrute de los materiales del cuerpo humano, encuentra su posible exteriorización en el derecho a la propiedad se encuentra contenido en el artículo 33 de la misma. Esta colección de protecciones constitucionales reconocida a la persona natural se enfrenta al interés estatal de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general según dispuesto por el artículo 44, contenido en el título tercero de la Primera Norma del País. Propiamente definido, el conflicto planteado se trata de poder establecer hasta cuanto la política social y económica por parte del Estado pueden incidir sobre el derecho de la persona a manifestar su voluntad libremente sobre el uso y disposición sobre extracciones de su propio cuerpo.

Como hemos establecido, el apartado 2 del artículo 33<sup>459</sup> de la Constitución establece límites a la libertad individual sobre el ejercicio de los derechos propietarios en razón de la función social de acuerdo con las leyes. Esta delimitación también está contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>460</sup> en el que se reconoce la

---

<sup>458</sup> Clérico, *supra*, n. 456, p. 156. En referencia a la sentencia del tribunal alemán BVerfGE 90, 145. (185). Cfr. Además, BVerfGE 78, 77 (86).

<sup>459</sup> El apartado 2 del Artículo 22 de la Constitución española lee “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.”

<sup>460</sup> El derecho de propiedad se encuentra contenido en el artículo 1 del Protocolo Adicional Convenio de Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales, 20 de marzo de 1952 (E.T.S. 009). El mismo lee: “*Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés*”.

protección a la persona física o jurídica al disfrute de sus bienes. El Derecho a la libertad de la persona es de orden superior pues en él descansa la base de la democracia. Negar su posibilidad representa alterar la esencia misma de la razón de gobierno que según constituido procura garantizar justicia, la libertad y la seguridad y fomentar el bienestar de aquellos que la integran.

En observación del principio de proporcionalidad deben entenderse la forma y los objetivos que justifican la autoridad limitativa por parte del Estado frente a la obligación tutelar de los derechos fundamentales. La importancia del objetivo de la administración pública de procurar condiciones de salubridad a los miembros de la comunidad general cuenta con sobrado mérito. No obstante, el fomentar las condiciones y calidad de vida mediante normativa selectivamente prohibitiva repercute en la extralimitación del poder gubernamental. Aun en el caso de que pueda reconocerse legitimidad de la normativa existente, queda ponderar si el grado de intervención estatal sobre el derecho de autonomía de la persona en cuanto a actos de disposición de partes de su cuerpo es proporcional en sentido estricto. En las relaciones jurídicas, políticas y sociales se desenvuelven condiciones de tensión resultantes de las estrategias que buscan potenciar los recursos disponibles incluyendo aquellas resultantes del saber científico. Esta dinámica requiere de la existencia de equilibrio entre el fin perseguido y los bienes jurídicos que potencialmente sean afectados o intervenidos; y además de que guarden compatibilidad con el ordenamiento constitucional.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto presupone que la intervención en los derechos fundamentales para que ostente legitimidad constitucional debe tener un objetivo de satisfacción por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En este sentido, ALEXY señala que la proporcionalidad en sentido estricto hace alusión a una técnica de ponderación que debe ser entendida de la manera siguiente:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.<sup>461</sup>

Esta técnica es identificada, por el mismo autor, como “*ley de la ponderación*” y tiene como finalidad la optimización de las posibilidades jurídicas, a diferencia de la idoneidad y necesidad que tienen como propósito la optimización de las posibilidades fácticas, las cuales ya hemos reseñado.<sup>462</sup>

Abundando sobre el método que debe ser empleado para deliberar si la medida interventora del poder estatal es proporcional o razonable, BERNAL PULIDO, siguiendo la estructura de la ponderación de tres pasos que identifica ALEXY nos señala, que en primer lugar se requiere determinar la importancia de la intervención en el derecho fundamental frente a la importancia del fin perseguido; entonces, dirimir si la importancia de la intervención legislativa es mayor que la importancia del derecho fundamental. Y finalmente establecer la relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental o el fin legislativo.<sup>463</sup>

En cuanto a la intervención estatal sostenida por la normativa española que prohíbe a la persona natural ceder sus partes corporales cuando esto es motivado por el lucro, es propio concluir que al sopesar el fin perseguido por el Estado frente a la dignidad y autonomía individual, esta última habrá de superar en cuanto al valor que le es constitucionalmente reconocido por el ordenamiento. A la vista, se destaca la fuerza propia del derecho fundamental de libertad individual reflejado en el respeto

---

<sup>461</sup> ROBERT ALEXY, *La fórmula del peso*, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 16 (Miguel Carbonell, ed. Bogotá Colombia: Universidad del Externado, 2008). Alexy lo denominó principio de ponderación.

<sup>462</sup> Resumen de artículo Orlando Becerra Suárez, El principio de la proporcionalidad, ARTÍCULOS SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE CIENCIAS POLÍTICA, en disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>463</sup> CARLOS BERNAL PULIDO, *La Racionalidad de la Ponderación*, en EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 55 (Miguel Carbonell, ed., Bogotá Colombia: Universidad del Externado, 2008).

por las determinaciones de cada persona corresponde. Es preciso notar que si oponemos el interés estatal de promover la investigación y la salud pública frente al derecho fundamental de autonomía y libertad, ahora nos encontramos ante un objetivo estatal de naturaleza pragmática frente a una garantía constitucionalmente reconocida. Este enfoque está conectado con la postura que ubica a la libertad personal como derecho cuyo valor jurídico concibe su eficacia de la Constitución como norma suprema directamente vinculante.

En consideración de lo anterior precisa evaluar el choque de intereses que surge cuando manifiestamente la administración gubernamental justifica la imposición de restricciones sobre derechos constitucionalmente reconocidos a la persona natural en un conjunto de condiciones contenidas en normativa cuyas características adquieren forma de una antinomia. Se trata de un sistema jurídico en el que un mismo supuesto de hecho tiene diferentes consecuencias. El método de administración pública de promover un estado de seguridad en cuanto a la salud de las personas contrasta con el valor propio del rol del individuo dentro de ese esquema. Las medidas vigentes protegen la investigación científica como herramienta en aras de mejores condiciones salubres en oposición al derecho de libertad del individuo imponiendo restricciones a su participación en el tráfico jurídico de materiales corporales. Se requiere considerar sistema jurídico en el que coinciden situaciones conflictivas que surgen ante necesidades colectivas, cuyo ámbito incluye nuevas valoraciones individuales dadas por las ciencias vivas y el progreso tecnológico. Esto conlleva admitir un marco jurídico en el que valoraciones tradicionales no siempre dan respuesta adecuada a las nuevas situaciones sociales.

El reconocimiento político y jurídico, formal y solemne ha sido y seguirá siendo el primer paso del camino que conduce hasta el pleno disfrute de los derechos fundamentales de la persona. Frente a la habitual reducción del problema de la eficacia de los derechos humanos a la cuestión de su efectiva protección jurídica, se viene insistiendo en llamar la atención sobre el dato de que la efectividad de los derechos depende en gran parte de la adopción de múltiples y variadas medidas complementarias en todos los campos de acción incluyendo el político, jurídico

social, económico, científico, tecnológico, etc. Paralelamente, y por otra parte, el concepto de derechos humanos engloba en la actualidad un elenco muy variado de derechos que han ido consolidándose en diferentes etapas de forma progresiva, a través de un complejo proceso de reconocimiento. De modo que su propia circunstancia histórico-genética obliga a explicarlos como realidad dinámica cuya existencia se va consolidando lentamente en un deslizamiento secuencial de fases o generaciones y en un continuo crecimiento que ha ido incorporando de forma sucesiva diferentes tipos básicos de derechos (civiles, políticos, sociales, de grupo, colectivos, solidarios, ...) Así que son considerados como tales, no sólo los que pueden ser vinculados de forma inmediata a una pretendida naturaleza común de todos los hombres, sino también todos aquellos otros que, aunque dependientes de las circunstancias en que los seres humanos realizan su concreta existencia, pueden actuar como medio necesario para el logro del pleno desarrollo de su dignidad y libertad personal.<sup>464</sup>

Según el mismo Tribunal Constitucional español, la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas y jurídicas de muy diverso signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a dichas opciones, imponiendo autoritariamente una de ellas.<sup>465</sup> La interacción de las partes activas en la dinámica propiciada por las ciencias vivas ha provocado la apreciación de nuevas dimensiones que no pueden ser descartadas de plano.

Corresponde a cada momento histórico hacer un juicio amplio de las condiciones del ejercicio al derecho de acuerdo con las políticas administrativas siempre y cuando no sobrepasen los límites establecidos por las normas

---

<sup>464</sup> BENITO DE CASTRO CID, *Derechos Humanos*, en ENCICLOPEDIA DE BIODERECHO Y BIOÉTICA 612 (Comares, 2011).

<sup>465</sup> STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (Ponente Luis Díez Picazo), FJ7 y reiterado por STC 55/1996 (Ponente Carles Viver Pi-Sunyer), FJ6 y STC 88/1996 (Ponente José Gabaldón López), FJ4.

constitucionales concretamente. La metamorfosis traída por el conocimiento científico ha sido transformadora del ámbito social. La revolución de patrones de pensamientos no puede ser excluida sin probada justificación. De otra parte, en la manera en la que las personas participan en la actividad de construcción o mantenimiento de la organización social descansa dentro del marco de adaptabilidad de la Constitución del país como Norma Suprema, la cual lejos de ser una mera declaración estática, inequívocamente se trata de normativa predicada en el presente. La Constitución actúa como instrumento que garantiza y permite un marco de posibilidades que reconoce la “permeabilidad” de las expectativas sociales.<sup>466</sup> No hay soluciones definitivas de una vez y para siempre.<sup>467</sup>

Reconduciendo los esquemas sobre la naturaleza y función de la Primera Norma del Estado, puede afirmarse que la Constitución Española cuenta con las características de una norma abierta. Además, no hay duda de su carácter vinculante pues conforme a lo establecido en el artículo 53, los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo, “vinculan a todos los poderes públicos”. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles conforme al artículo 14 de la Constitución Española. La función garante de los derechos individuales que reconoce la norma constitucional llama a no rebasar las exigencias de racionalidad de las actuaciones de las personas para exteriorizar actos conformes a su voluntad. Así, el caracterizar el ánimo de lucro como un objetivo que obra en perjuicio de los intereses de la persona o del interés general queda sin fundamento cuando las motivaciones o posible beneficio económico de transacciones correspondientes al uso de los materiales biológicos humanos por parte de un tercero. Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución. Sin embargo, la positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es

---

<sup>466</sup> IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, LA FUNCIÓN DE GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 70 (Universidad de Oviedo, 1ra ed. 2002).

<sup>467</sup> JAIME CÁRDENAS GRACIA, *La Interpretación de los Principios Antinómicos*, en LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO 151 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2da ed. 2007).

decir, su lado real o fáctico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal.<sup>468</sup> La amplitud del ámbito constitucional trae de forma concatenada la diversidad de posturas que representan la exteriorización de la voluntad individual de conformidad con la aspiración al pleno desarrollo de la personalidad.

**(b) Las transformaciones sociales demandan ajuste en los parámetros utilizados en la proscripción de beneficios al sujeto fuente**

De forma acoplada con las transformaciones sociales y económicas traídas por las ciencias y la tecnología, también han acontecido transformaciones del pensamiento y la forma de actuación individual. Esto puede apreciarse en la relación de los pacientes que visitan los centros de prestación de servicios de salud. Aunque en un contexto diferente, puede apreciarse el cambio experimentado en la relación medico-paciente la cual era concebida para eso del siglo XIX como vertical y paternalista pues se basaba en la desigualdad de planos ante el conocimiento del medico y la ignorancia del paciente. Actualmente, ha cobrado importancia la amplitud del derecho de autodeterminación personal y con ello ha desaparecido la desigualdad de planos entre las partes activas de esta relación, tornándose horizontal. Dentro del ámbito constitucional, ya desde el siglo XX, se considera que el paciente no es un sujeto pasivo, sino ante todo persona, sujeto de derechos y con una autonomía derivada de su dignidad humana.<sup>469</sup> Sobre esto, según ha expuesto XIOL, actualmente estamos ante una sociedad individualista, cuyos miembros exigen una eficacia general de sus derechos frente al Estado.<sup>470</sup>

---

<sup>468</sup> ALEXY, *supra*, n. 461, p. 24.

<sup>469</sup> FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO, *El derecho a la Autonomía del Paciente como Contenido de Derechos Fundamentales*, en AUTONOMÍA DEL PACIENTE, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES, en 144-147 (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 1ra ed. 2012).

<sup>470</sup> *Id.*

Traída al contexto del presente trabajo, debemos señalar que en su dimensión objetiva, el derecho de libertad de la persona incluye la manifestación de su voluntad para ejecutar actos de disposición que le beneficien personalmente o a aquellos que desee proteger; lo que según nuestra tesis incluye los materiales procedentes de su cuerpo. Aunque esto pueda acarrear tensión entre los intereses individuales frente a los mecanismos escogidos por el Estado para adelantar elementos de la salud general mediante normativa dirigida a fomentar la actividad científica, la singularidad de la prohibición de actuación impuesta tan solo al sujeto fuente, es arbitraria y con ello excesiva. En cuanto a los actos de disposición de los materiales biológicos humanos, debe notarse que la legislación española que prohíbe el interés de lucro no persigue proteger la integridad corporal sino mas bien impone la gratuidad o renuncia de cualquier beneficio económico al sujeto fuente. Como debe quedar claro, lo que pretende la legislación es fomentar la recolección de materiales biológicos de origen humano, mas no salvaguardar la integridad corporal de la persona. La imposición de gratuidad, no obstante, como ya hemos planteado, ni siquiera logra materializar el fin de la administración gubernamental de hacer acopio suficiente de materiales biológicos, tales como la sangre o el plasma, y así atender adecuadamente a la necesidad de estos abastos.

La arbitrariedad de las limitaciones impuestas por el Estado son absolutas pues no distinguen la naturaleza o impacto sobre aspectos que pueden estar ligados a la integridad corporal de la persona. Con ello significamos las distinciones claramente apreciables cuando tratamos de materiales biológicos que son regenerados naturalmente por el cuerpo humano frente aquellos que puedan ser irreversibles. Sin embargo, de otra parte la legislación vigente permite el pago a cambio de materiales como el semen pero procura representar este acto de manera decorosa como una compensación por las posibles molestias e inconvenientes. Evidentemente hallamos en la configuración de la normativa española dos proposiciones que enfrentadas la una ante a la otra demuestran ser excluyentes; entiéndase, la ausencia de gradación de posible afección a la integridad corporal mientras permite compensación económica en la cesión de materiales como el fluido seminal. Mientras el Estado plantea su singular justificación de aumento de los abastos de materiales biológicos humanos,

diseña mecanismos excluyentes de relevantes consideraciones como posibles perjuicios sobre aspectos físicos de la persona y prefiere usar calificativos que buscan disipar la posibilidad jurídica a un acto cuya potestad corresponde a la persona. Todo esto derrota la justificación de la normativa que prohíbe al sujeto fuente disfrutar de beneficios económicos directos y con ello convierte la intervención estatal manifiestamente restrictiva y arbitraria.

Sobre la postura traída por algunos que justifican las medidas legislativas que imponen gratuidad a la cesión de materiales biológicos corporales representando que el pago en metálico podría conllevar la explotación de los económicamente desventajados debe señalarse que un arreglo en el que la persona pueda reclamar su compensación representa mas bien un recurso para aquel que hasta ahora le ha sido privado del mismo. Por el contrario, existen informes que afirman que la pobreza es un factor relevante que favorece el comercio ilegal de materiales biológicos de procedencia humana.<sup>471</sup> Se afirma que en países como China, el cual ocupa el segundo lugar entre los países con mayor cantidad de trasplantes, órganos son obtenidos de convictos o sentenciados a muerte.<sup>472</sup> La disponibilidad de incentivos económicos en favor de la cesión de materiales procedentes del cuerpo humano es un vehículo que puede resultar en la reducción del trasiego ilegal de partes anatómicas y de condiciones potencialmente perjudiciales, tanto para el cedente como para su posible receptor. Aunque los operadores del Derecho están llamado a abstenerse de fomentar posturas propendan políticas de administración gubernamental en particular por estas pertenecer esto al recinto del legislativo y del ejecutivo, el examen ponderado de los planteamientos anteriormente trazados impone el deber de proteger

---

<sup>471</sup> JAIRO JAVIER VANEGAS LÓPEZ, CLAUDIO A. MÉNDEZ & EDUARDO WELCH, *Reflexión ética sobre los incentivos o comercialización para la consecución de órganos y tejidos humanos para trasplantes*, BIO ETICA WEB, 17 de abril 2012, disponible en el <http://www.bioeticaweb.com/reflexiasn-actica-sobre-los-incentivos-o-comercializaciasn-para-la-consecuciasn-de-asrganos-humanos> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>472</sup> Se estima en más de 5,000 los órganos que son removidos de lo que genera cerca de un billón de dólares en ingresos producidos de esta manera. G. Novelli, M. Rossi, L. Poli, V. Morabito, S. Ferretti, A. Bussotti, *Is legalizing the Organ Market Possible?*, 39 TRANSPLANTATION PROCEEDINGS, July-August 2007, p.1743-1745.

los mas altas garantías de libertad conforme a los mejores intereses de cada uno de los miembros de la comunidad.

Lo antes expuesto comprueba que las restricciones impuestas sobre el derecho de autodeterminación exceden los parámetros de razonabilidad al quebrantar el derecho de libertad para actuar dentro del ámbito individual que se encuentra protegido por el orden constitucional. La Norma Suprema de la nación demanda que el poder estatal se mantenga al margen de intervenciones vinculadas con la personalidad y dignidad individual por lo que debe abstenerse de restringir la dimensión interna de la persona, muy particularmente, sobre aquello que procede de sí mismo. Los derechos solo existen si son validos.<sup>473</sup> Para que alcancen carácter real se requiere su defensa en conexión con principios de igualdad, vida y propiedad, así como de libertad. Son innegables las tensiones entre los derechos fundamentales y los posibles intereses colectivos, por lo que al ponderar objetivamente los mismos debemos enmarcar su concepción dentro del carácter abierto de las sociedades.

Siguiendo las pautas de análisis correspondientes al principio de proporcionalidad que permiten pasar juicio sobre la razonabilidad de la normativa que prohíbe al sujeto fuente el ánimo de lucro durante la cesión de materiales biológicos procedentes de su cuerpo, debemos hacer interpretaciones conforme al valor concedido a la libertad del ser humano para decidir según su pensamiento. El valor fundamental de justicia que es inherente de un estado de Derecho que descansa en el pleno desarrollo de la personalidad y la expresión de los derechos constitucionalmente protegidos, requiere de la interdicción de los poderes públicos para prevenir sus efectos lesivos desmedidos. Este análisis no puede ser reducido a la discusión de aspectos estrictamente económicos o a su mera caracterización como transacciones a cambio de metálico; pues se trata de expresiones de libertad de actuación del individuo sobre aquello que naturalmente le pertenece. Debe notarse que por tratarse

---

<sup>473</sup> ALEXY, *supra*, n. 449, p. 167.

de tejidos, fluidos o estructuras humanas se exige un tratamiento especial por encontrarse dotados genéticamente de las características individuales de la persona de quien proceden. En consideración de esto, la disposición o usos de los mismos debe ser propiamente entendida como una determinación personalísima y merecedora de la más alta protección.

Ante los planteamientos recogidos podemos concluir que la gratuidad impuesta al sujeto fuente con el pretendido fin de fomentar la investigación científica, acompañado de razonamientos paternalistas que reemplazan la aptitud individual para decidir, ponen de manifiesto la ausencia de justificación de las medidas de intromisión o restricción estatal en este campo del Derecho. Consistente con la fórmula del peso de ALEXY,<sup>474</sup> recordemos que el fundamento jurídico en el que descansa la acción de Estado debe ser tanto más fuerte, cuanto mas intensa es la intromisión para que la misma satisfaga el estándar de proporcionalidad. Para resolver las tensiones entre la actividad estatal en favor del progreso científico con potencial industrial frente a su función garante de las libertades individuales se requiere optimizar la realidad jurídica ante un nuevo contexto que ofrece nuevas posibilidades fácticas.

**(c) El progreso científico como agente transformador que requiere readaptación de preceptos de los organismos públicos**

El progreso científico ha sido causa de un proceso transformador del contexto socio-económico-político en el que se encuentra ligado el Derecho. Con ello existe una nueva configuración en la exteriorización de la voluntad del individuo en consideración del reconocimiento del ordenamiento a la autonomía de la persona. Por ello, el llamado a la observación de los juristas a prestar importancia a la relevancia

---

<sup>474</sup> ALEXY, *supra*, n. 449, p. 16.

constitucional de este derecho cuya expresión representa el máximo principio contenido que permite plenitud del desarrollo de la persona la cual se trata de libertad. Se requiere en ello establecer la evidente conexión entre el derecho de libertad y aspectos concretos ligados a la facultad natural de la persona para obrar de una manera, o de otra, en lo que se refiere al destino de las partes de su cuerpo. Ello excede la configuración normativa que pone acento únicamente en el consentimiento para conceder o limitar a terceros el uso sobre lo que a la persona le pertenece. Esto se queda corto de conceder eficacia a la autonomía de la voluntad pues similar libertad de acción o prerrogativa le está vedada a la persona natural de quien se obtiene el material biológico.

Siguiendo en sentido estricto el principio de proporcionalidad como herramienta para acreditar si el grado de intromisión por parte del Estado excede los límites permitidos, podemos concluir que no obstante la importancia del fin gubernamental de promover la salud general, el auspicio de la investigación científica valiéndose de la negación a la persona natural de actuar en igualdad de circunstancias, en beneficio de sí, sobrepasa los límites de razonabilidad. Al hacer una comparación entre medios y fines, concluimos que la intensidad de la limitación o grado de restricción impuesto a la persona natural en la consecución del fin estatal es de magnitud tal que no guarda relación con el valor reconocido a la libertad de la persona según configurado por el ordenamiento constitucional español. La normativa sobrepasa los parámetros de razonabilidad en cuanto a las disposiciones que vedan a la persona ser colocada en igualdad de condiciones de obtener beneficios directos de los materiales que le son extraídos de su cuerpo.

Es preciso destacar que el valor del derecho a decidir según las prerrogativas individuales de cada persona descansa en la fuerza y libertad con la que pueda manifestar su voluntad. Dicho de otro modo, se trata de la facultad para hacer valoraciones en el ámbito individual y la potestad para actuar conforme a las prerrogativas de aquello que cada quien entiende mejor. Reducir el valor de exteriorización y ejercicio del pleno derecho de actuación conforme a los valores individuales no puede ser confundido con espejismos de libertad suscritos bajo el

acápites del consentimiento. El contenido del derecho a libremente decidir para que sea real y eficaz se extiende en la dimensión de prestaciones y contraprestaciones. La tutela judicial de derechos fundamentales como el de libertad debe ser especialmente rigurosa; muy particularmente en el presente contexto por estar vinculado a aspectos asociados con la integridad corporal y la dignidad de la persona.

En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que “los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades publicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que mas allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico.”<sup>475</sup> El grado en el que un derecho es afectado frente a otro llama a ponderar si la intervención de uno sobre otro se encuentra justificada por la importancia del fin perseguido mediante la intervención legislativa.<sup>476</sup> En cuanto al derecho de la autonomía de la persona, su figura alcanza presencia constitucional contenida en el valor de libertad y dignidad por lo que la desde esta óptica intervención estatal que vulnera su contenido representa “*un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.*”<sup>477</sup> En concreto, el gobierno tiene la obligación expresa de proteger el derecho de la persona a realizar su propia decisión y exige que no se le sustituya sin justificación en el acto de tomar decisiones sobre su cuerpo y a su vez de las estructuras, tejidos o fluidos que se desprenden de su cuerpo. El esquema normativo español paradójicamente adopta la postura que una persona no cuenta con la capacidad decisoria para ceder sus materiales corporales cuando media ventaja o beneficio económico directo; mientras dicha facultad es reconocible si la misma persona los cede gratuitamente. El mecanismo de garantía efectiva del principio de la autonomía de la voluntad de la

---

<sup>475</sup> BASTIDA FREIJEDO, *supra*, n. 469, p. 193. En su nota al calce número 30 hace referencia a la STC 212/1996 (Ponente Pedro Cruz Villalón), FJ 3, 116/1999 (Ponente Pablo García Manzano), FJ 5, 37/2011 (Ponente Elisa Pérez Vera), FJ 4.

<sup>476</sup> CÁRDENAS GRACIA, *supra* n. 467.

<sup>477</sup> STC 120/1990 (Ponente Fernando García-Mon y González-Regueral, Eugenio Díaz Eimil y José Vicente Gimeno Sendra), FJ 4.

persona no es tangencial al contenido del derecho de libertad de la persona, sino mas bien forma parte de su contenido. Con esto, forzado es concluir que la magnitud de la intervención estatal no equipara a la importancia prestada por el ordenamiento al derecho de autonomía y libertad para alcanzar el pleno desarrollo de la persona.

Visto de manera integrada, la restricción impuesta por el Estado resulta contraria al llamado de libertad contenido en la Norma Suprema de la nación española. La actuación estatal mediante la normativa vigente veda la potestad de la persona y causa menoscabo de bienes jurídicos e impide la realización y el digno desarrollo de la persona. Falla al desconocer el progresivo desvanecimiento del concepto estático de la dignidad humana.<sup>478</sup> Como BASTIDA FREIJEDO expusiera, en un mundo tan heterogéneo y cambiante, el consenso sobre lo que es digno o no, es complejo y el absoluto abstracto de una dignidad con mayúsculas se acaba relativizando en un estudio caso a caso.<sup>479</sup> La dignidad, siendo algo esencial de la persona dista de ser un concepto que pueda establecerse como un concepto general. Según expusiera el mismo jurista, precisamente porque los derechos fundamentales son, ante todo, derechos subjetivos y porque la diversidad cultural es mayor, lo que es la dignidad está cada vez mas próxima al respeto y a la garantía de la libertad personal; y más lejos de lo que abstractamente se pueda considerar como digno o no. Al utilizar como método la hermenéutica jurídica en la interpretación de norma constitucionales, debemos ser capaces de brindar fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el

---

<sup>478</sup> BASTIDA FREIJEDO, *supra*, n. 469, p. 271.

<sup>479</sup> FRANCISCO JOSÉ BASTIDA FREIJEDO, *El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente*, en AUTONOMÍA PERSONAL, CUIDADOS PALIATIVOS Y DERECHO A LA VIDA 52-77, 73 (Miguel Ángel Presno Linera, coord., Universidad de Oviedo, 2011), disponible en <http://usuaris.tinet.org/aduspyma/rincon%20del%20abogado/derecho%20vida%20autonomia%20paciente+.pdf> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

contexto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.<sup>480</sup>

No basta con que una norma identifique el fin o disponga la idoneidad de la medida para alcanzar el mismo; se requiere además elevar el juicio de proporcionalidad para asegurar una concepción amplia del desarrollo de la personalidad individual recogido por la Constitución Española. El cuerpo humano con todos sus componentes, incluyendo la dotación genética, están directamente vinculados a la persona, por lo que el sistema jurídico debe expandir los espacios de efectividad de la voluntad individual como derecho de máximo rango. El andamiaje del Derecho debe contar como pilar con la autonomía de la persona ajustada al pensamiento moderno de la sociedad actual. Se requiere de la proclamación de un derecho cuyo preceptivo incluya el poder de la persona para ejercer sus facultades en cuanto a sí mismo y su cuerpo con el correspondiente amparo y protección constitucional de relaciones jurídicas ajustadas a la vida social presente.

La valoración ponderativa de posibles intereses contrapuestos, debe inclinarse en favor de la optimización de las posibilidades jurídicas que conectan directamente la autonomía individual con el precepto de dignidad humana. Como componente inherente de la naturaleza del ser y razón de libertad conlleva su máxima protección por parte de los poderes públicos. La dignidad de la persona se configura como el principio informador y la raíz de los derechos básicos del hombre reconocidos como fundamentales por la Constitución española, sobre los que se proyecta y constituye su filtro interpretativo, integrador y valorativo de aquéllos para los poderes públicos.<sup>481</sup>

---

<sup>480</sup> Rogelio López Sánchez, *El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional*, CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 321, Núm. 23 (2011), disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/760/476> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>481</sup> Carlos María Romeo Casabona, *La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*, VIII ACTA BIOETHICA 283-297 (2002).

La vinculación cada vez mas frecuente entre los avances de las ciencias con el Derecho demanda la tarea de nuevas construcciones de Derecho que logren su vigencia mediante la protección de sus manifestaciones y proclame su valor. Estos preceptos constitucionales constituyen las bases de la identidad, libre autonomía del individuo, dignidad y pertenencia del patrimonio genético por lo que constituyen un mínimo invulnerable. Un político y pensador, nacido en el seno de una familia española en la cuna del Nuevo Mundo llamado José MARTI expuso con pensamiento de vanguardia que *“El gobierno ha de nacer del país. El espíritu del gobierno ha de ser el del país. La forma del gobierno ha de avenirse a la constitución propia del país. El gobierno no es más que el equilibrio de los elementos naturales del país.”*<sup>482</sup> El mismo político de origen cubano afirmó que *“conocer el país, y gobernarlo conforme al conocimiento es el único modo de librarlo de tiranías.”*

El ámbito del Derecho es el de las relaciones sociales, por lo que sin sociedad no hay Derecho; pero la sociedad no se rige tan solo por el Derecho.<sup>483</sup> Como expresara Victoria CAMPS, “las palabras que nombran a los valores fundamentales, aun siendo siempre las mismas, adquieren matices distintos de acuerdo con cada época.”<sup>484</sup> La afirmación de que no hay libertad sin igualdad sigue vigente. El valor de la igualdad es una condición de la libertad. Pero está lejos de las mentes de nuestro tiempo el igualitarismo sin matices. La justicia distributiva ha de tener como objetivo el igual acceso de todos a los bienes más básicos. A eso le llamamos “igualdad de oportunidades”, “igualdad de capacidades” o, sencillamente, “equidad”. No se trata de suprimir las diferencias, sino de conseguir que estas no sean discriminatorias ni excluyentes. Se trata de pensar una igualdad compatible con las necesidades particulares de los distintos grupos. Se trata de señalar a aquellos grupos que

---

<sup>482</sup> José Martí, *Nuestra América*. Ensayo político publicado en La Revista Ilustrada de Nueva York, Estados Unidos, el 10 de enero de 1891, y en El Partido Liberal, México, el 30 de enero de 1891.

<sup>483</sup> MARÍA LACALLE NORIEGA, LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO 73 (Dykinson, 2013).

<sup>484</sup> Victoria Camps, *Anteproyecto de la CDHE: Los Valores de los Derechos emergentes* (Institut de Drets Humans de Catalunya), YUMPU.ES, disponible en <https://www.yumpu.com/es/document/view/30999319/anteproyecto-de-la-cdhe-los-valores-de-los-derechos-emergentes> - (Recuperado el 30 de julio de 2015).

históricamente han sufrido más discriminaciones y actuar positivamente a su favor. El individuo es merecedor de la misma dignidad, ésta debe entenderse hoy como un derecho y, a la vez, como una obligación: el derecho a ver reconocida la libertad y la obligación de ejercer la libertad responsablemente y sin menosprecio de la libertad de los demás.

#### **4. Conjugación Intercontinental sobre Proporcionalidad, el Derecho Sustantivo y el Balance de Intereses sobre los Materiales Biológicos Corporales**

##### **(a) El balance de intereses; perspectiva gubernamental angloamericana de la intervención gubernamental**

Los derechos humanos son componente esencial de la democracia; su mera existencia presupone un régimen democrático. Manifiestamente, la existencia de una sociedad democrática y de derechos humanos se encuentra interrelacionada. Para que haya democracia, se requiere garantizar los derechos humanos; y para garantizar los derechos humanos, se requiere de la democracia. La democracia está basada en el respeto mutuo entre los derechos individuales y el interés público.<sup>485</sup> Se trata de una relación recíproca que conduce al planteamiento de las condiciones que justifican la intervención estatal sobre la vida y la actividad individual.

Como hemos antes establecido, el uso y vigencia del principio de proporcionalidad excede al ámbito europeo. Baste pensar, en su invocación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano o en su reconocimiento en diversos documentos y Tratados Internacionales, como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo

---

<sup>485</sup> AHARON BARAK, *PROPORTIONALITY, CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS* 163 (Cambridge University Press, 2013). Barak hace referencia a una opinión emitida por la Corte Suprema Israelí por el Juez Itzhak Zamir en el 1998.

contemplan de forma reiterada y condicionan la licitud de los límites sobre las libertades a la absoluta necesidad de dichos límites en la consecución del interés general.<sup>486</sup> Se trata de la respuesta a un problema jurídico universal para resolver conflictos entre los objetivos del Estado y los derechos de los ciudadanos. Además de Alemania, en el que tuvo su origen,<sup>487</sup> el principio de proporcionalidad ha tenido arraigo en el sistema de derecho de países como Canadá, Sur África, Nueva Zelanda; así como en América Central y Sur América.<sup>488</sup> A finales de la década de los noventa, casi cada sistema de justicia constitucional del mundo, con excepción de los Estados Unidos había adoptado el principio de proporcionalidad como doctrina formal de interpretación constitucional. No obstante, su uso en los EE.UU. no es uniforme en la adjudicación de controversias constitucionales; es más bien discreto en algunas áreas del Derecho.

La proporcionalidad no es el único canon de constitucionalidad; la jurisprudencia constitucional, con el tiempo, ha ido desarrollando una variedad de criterios y reglas específicas para determinar en distintos casos, en qué condiciones son legítimas las intervenciones estatales sobre los derechos.<sup>489</sup> Sin embargo, en el sistema norteamericano de derecho, el principio de proporcionalidad es escasamente utilizado; el enfoque de la revisión judicial descansa primordialmente en el balance de los intereses contenido en la doctrina del debido proceso sustantivo. Cabe destacar que el estándar de revisión en los EE.UU. tiene un origen distinto al que dio partida al

---

<sup>486</sup> Javier Barnés Vázquez, *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Núm. 135, p. 495, 499.

<sup>487</sup> Las raíces del concepto de proporcionalidad como estándar se encuentran en el derecho administrativo alemán del siglo XVIII. Se señala que Carl Gottlieb Svarez (1746-1798) contribuyó al desarrollo moderno del concepto de proporcionalidad. Véase, BARAK *supra*, n. 473, p. 177.

<sup>488</sup> Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 73 (2008).

<sup>489</sup> Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Conferencia Trilateral: *Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española*, 24-27 octubre de 2013, p. 10. TRIBUNALCONSTITUCIONAL.ES, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

principio de proporcionalidad en Alemania. El arreglo seguido en la adjudicación de posibles tensiones entre el gobierno y los ciudadanos del país norteamericano viene respaldado por una Norma Suprema cuyo texto promueve el resguardo de los derechos de la persona y contiene escasa referencia a la limitación de dichos derechos. Bajo estas condiciones el balance de intereses adquirió relevancia como instrumento de protección de los derechos frente al absolutismo; y llevó a que los derechos fueran contrapuestos ante otros posibles intereses.<sup>490</sup> El Juez de la Corte Suprema de los EE.UU., Stephen BREYER quien ha sido reconocido por sus posturas en torno a las premisas que deben regir el derecho constitucional en un sistema democrático, ha expresado que los Estados Unidos de Norteamérica es una nación construida sobre principios de libertad. Esa libertad no tan solo se trata de la libertad de coerción gubernamental sino también de libertad de participación ciudadana en el gobierno mismo.<sup>491</sup> Precisamente, en una conferencia que ofreciera sobre estudio y desarrollo de los valores humanos llevada a cabo en la Universidad de Harvard, BREYER<sup>492</sup> expresó:

*My Tanner lectures are about this ancient liberty as embodied in our more modern Constitution. My thesis is that courts should take greater account of the Constitution's democratic nature when they make both constitutional and statutory decisions. That thesis encompasses well-known arguments for judicial modesty: the judge's comparative lack of expertise; the importance of assuring that "the people" themselves develop "the political experience and the moral education that come ... from correcting their own errors;" an understanding of that doubt, caution, and prudence, that not being "too sure" of oneself, which Learned Hand described as "the spirit of liberty" itself. But my thesis goes beyond these traditional arguments. It finds in the Constitution's*

---

<sup>490</sup> MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE 32-33 (Cambridge University Press, 2013).

<sup>491</sup> STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION 3 (First Vintage Books Edition, 2006).

<sup>492</sup> Discurso impartido por el Juez Breyer de la Corte Suprema de los Estados Unidos titulado "Our Democratic Constitution", HARVARD TENNER LECTURES ON HUMAN VALUES, November 17-19, 2004, SUPREMECOURT.GOV, disponible en [http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/view speeches.aspx?Filename=sp\\_11-17-04.html](http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/view speeches.aspx?Filename=sp_11-17-04.html) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

*democratic objective not simply a restraint on judicial power or a counterweight to its protection of individual liberty but also a source of judicial power and an interpretive aid to making protection of that freedom more effective.*

Mi discurso trata sobre la libertad ancestral que se encuentra encerrada en nuestra Constitución mas moderna. Mi tesis es que las Cortes deben tener mayor consideración de la naturaleza democrática de la Constitución cuando toman decisiones tanto constitucionales como estatutarias. Esa tesis incluye argumentos bastante reconocidos de modestia en la justicia: el análisis comparativo de la falta de pericia de los jueces; la importancia de asegurar que “el pueblo” mismo desarrolle “la experiencia política y la educación moral que viene... de corregir sus propios errores;” el conocer esa incertidumbre, la precaución, y la prudencia, el no estar sobre confiado de uno mismo, lo que Learned HAND describió como “el espíritu de libertad” mismo. Pero mi tesis va mas allá de los argumentos tradicionales. Encuentra en la Constitución democrática el objetivo no tan solo de control del poder judicial o un contrapeso de su protección de la libertad individual pero también como fuente del poder judicial y como instrumento de interpretación para lograr la protección de esa libertad de forma más efectiva.

La tesis de BREYER apunta a que un sistema democrático de derecho requiere de criterios jurídicos constantemente renovados para ajustarse a las realidades sociales y desarrollo científico sin que ello conlleve trastocar sus propias fuentes de inspiración. En contraposición a los principios históricos, el análisis jurídico debe procurar establecer los límites y alcance del radio de acción estatal reconociendo la fuerza transformadora del pensamiento potenciada por cambios sociales que reconforman el Derecho. En los EE.UU. el uso de los materiales procedentes del cuerpo humano es propulsado por múltiples leyes especiales que regulan la actuación de las partes activas que se ven concatenadas en el ámbito de la salud, las ciencias y la industria.

Por razones históricas, en la formulación de la Constitución norteamericana, cuya redacción data del 1787, los padres fundadores no contemplaban los avances y retos tecnológicos de hoy. Propiamente, la Primera Norma de la nación buscaba trazar formas de gobierno y su Carta de Derechos procuraba proteger a la persona de intromisiones indebidas y de teorías específicas para el bienestar individual. En esto

podemos apreciar que la autonomía de la persona como institución basada en el principio de libertad tiene claros cimientos filosóficos propios del pensamiento liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX que fueron incorporados en la Constitución norteamericana y que fueron traducidos en el afirmación que los individuos libres e iguales gozan de la capacidad de velar por sus mejores intereses.

Las intervenciones externas ajenas a la voluntad de la persona, tales como políticas legislativas o la revisión judicial amenazan al equilibrio en la interrelación de las partes activas en el sistema de derecho lo que requiere de cautelosa ponderación. Los pensamientos profundos y extraordinarios de los padres fundadores de la Constitución norteamericana, en su génesis, estuvieron concentrados en el poder del pueblo y de su gente para establecer su destino. No existe una fórmula con certeza matemática que se ajuste a todos los ámbitos de la actividad jurídica. El principio de autonomía de la voluntad formulado en estas consideraciones sirve como punto de partida para proteger el criterio individual. Para que ello tenga plena eficacia, las políticas normativas del gobierno requieren ser readaptadas y apartarse de un estado de derecho que en la praxis se traduce en mecanismos compulsorios que restringen el poder de actuación de la persona en aspectos fundamentales de la vida que en ocasiones afectan a muchos mas que a unos pocos.

La construcción del esquema de derecho norteamericano que procura resguardar los derechos de las personas a la vida, la libertad y la propiedad lo que busca es delimitar las acciones por parte de las entidades gubernamentales<sup>493</sup> sobre la esfera individual. La doctrina judicial que examina la razonabilidad de las acciones por parte del Estado y que persigue prevenir posibles arbitrariedades de la intervención estatal en áreas de los derechos individuales protegidos por la

---

<sup>493</sup> NOWAK, *et al.*, *supra*, n. 139, p. 414.

Constitución de los EE.UU. es conocida como debido derecho sustantivo.<sup>494</sup> ,<sup>495</sup> Dicha doctrina es de aplicación a los estados que componen la nación norteamericana por razón de la decimocuarta Enmienda de la máxima Carta de la nación. El debido proceso requiere que las acciones de los estados y sus agencias sean consistentes con los principios fundamentales de libertad y justicia<sup>496</sup> recogidos por la Primera Norma del País. Como ya hemos apuntado, exige que toda medida legislativa esté carente de arbitrariedad o capricho, y de que haya relación sustantiva entre los medios utilizados y la finalidad que busca alcanzar.<sup>497</sup> Aunque no existe una medida exacta, se trata de encontrar aquello que materialmente se traduzca en los pensamientos de decencia y justicia que han sido tejidos sobre un canvas que representa los valores de aceptación general a tono con los tiempos.

La doctrina a seguir en el deslinde de la intervención por parte del Estado en zonas constitucionales ha sido formada por la historia, por la razón, y el curso de las decisiones pasadas. No se trata de un proceso inflexible que pueda ser utilizado de forma universal en cada posible situación imaginable; tampoco se trata de una concepción técnica de contenido fijo y ausente de relación con el tiempo, lugar o circunstancias.<sup>498</sup> El poder estatal nace del pueblo por lo que dicha delegación no

---

<sup>494</sup> El concepto de debido proceso de ley tiene un doble aspecto, el sustantivo y procesal de la cláusula del debido proceso de la Enmienda decimocuarta no sólo otorga garantías procesales a intereses protegidos constitucionalmente pero igualmente protege los aspectos sustantivos de la libertad contra restricciones inadmisibles de debido proceso procesal gubernamental. El debido procedimiento procesal garantiza que un proceso estatal garantiza que los procedimientos estatales que resultan en la privación de la propiedad es justa; mientras que el debido proceso sustantivo asegura que dicha acción estatal no es arbitraria y caprichosa. El debido proceso procesal y el sustantivo imponen diferentes limitaciones al poder gubernamental. *Howard v. Grinage*, 82 F.3d 1343, 1996 FED App. 0130P (6th Cir. 1996).

<sup>495</sup> Es pertinente distinguir que el *debido proceso* enfatiza la equidad entre el Estado y el individuo, independientemente del trato a otras personas en la misma situación; mientras, la garantía constitucional de "*igual protección de la leyes*" pone de relieve la disparidad en el trato dado por el Estado entre clases de individuos cuyas situaciones son posiblemente indistinguibles. *Ross v. Moffitt*, 417 U.S. 600, 94 S. Ct. 2437, 41 L. Ed. 2d 341.

<sup>496</sup> *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 47 S. Ct. 103, 71 L. Ed. 270; y *Buchalter v. New York*, 319 U.S. 427, 63 S. Ct. 1129, 87 L. Ed. 1492.

<sup>497</sup> *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 54 S. Ct. 505, 78 L. Ed. 940.

<sup>498</sup> *Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy*, 367 U.S. 886, 81 S. Ct. 1743, 6 L. Ed. 2d 1230.

puede ser vista como un acto ausente de estándares discernibles.<sup>499</sup> En el examen de las acciones por parte de la autoridad gubernamental deben considerarse factores tales como los intereses privados que podrían ser afectados por la acción estatal frente al interés por parte del Estado.

Desde muy temprano en el desarrollo constitucional de la nación, los jueces de la Corte Suprema de los EE.UU. entendieron que estos gozaban de autoridad para evaluar el contenido sustantivo de la legislación aprobada por el Congreso o por los estados de la nación norteamericana.<sup>500</sup> Hoy día, en virtud de la Quinta<sup>501</sup> y Decimocuarta<sup>502</sup> Enmienda de la Constitución de los EE.UU., las Cortes han establecido que el gobierno se encuentra impedido de transgredir derechos que han sido identificados como fundamentales sin justa causa. Entiéndase como fundamental aquella libertad expresa o implícitamente incluida en la Constitución o la privación o condición irrazonable que requiere ser examinada utilizando un estándar de revisión (protección) más alto.<sup>503</sup> Así, con el paso del tiempo ante reclamos de violaciones del debido proceso sustantivo, la doctrina requiere sopesar el interés regulador del Estado frente de los derechos fundamentales de la persona. El desarrollo histórico jurisprudencial condujo al establecimiento de criterios adicionales que han servido para delimitar la discreción y el rigor con el cual la Corte debe entender reclamos constitucionales. Esto dio paso a una estructura de análisis que además ponderar el peso a ser impuesto sobre el Estado para justificar su intervención en áreas del Derecho constitucional destacó como primer paso la categorización de diferentes

---

<sup>499</sup> *City of Cuyahoga Falls v. Bueye Cmty. Hope Found.*, 538 U.S. 188, 123 S. Ct. 1389, 155 L.Ed. 2d 349.

<sup>500</sup> NOWAK, *et al.*, *supra*, n. 139, p. 425.

<sup>501</sup> El derecho al debido proceso de ley es de aplicación al gobierno federal.

<sup>502</sup> En virtud de la decimocuarta enmienda, el debido proceso de ley se entiende a los estados de la nación norteamericana. Mediante la doctrina de incorporación, casi todos los derechos individuales reconocidos por la Corte Federal ha sido determinados de ser aplicación a los estados. Las únicas dos garantías que no han sido incorporada a nivel estatal son el derecho a Gran Jurado en el proceso criminal y el derecho a juicio por jurado durante juicios civiles.

<sup>503</sup> KATHLEEN SULLIVAN & NOAH FELDMAN, *CONSTITUTIONAL LAW* (Foundation Press, 18va. ed. 2014).

niveles de escrutinio.<sup>504</sup> Con ello se estableció como doctrina que aquellos derechos enumerados por la Constitución y los reconocidos como fundamentales conllevará el más estricto de los niveles de revisión y mayor intensidad en el interés por parte del Estado como justificante para su intervención.

La selección del estándar utilizado en la adjudicación de controversias sobre la intervención estatal en el ámbito de los derechos constitucionales comienza con la determinación del grado de protección que el ordenamiento les reconoce. Ante el reclamo de vulneración de un derecho fundamental, se hará un escrutinio estricto de los asuntos en tensión y se entenderá que el derecho protegido sólo podrá ser afectado por la existencia de un interés apremiante<sup>505</sup> por parte del Estado. En este ámbito, el ordenamiento constitucional norteamericano ha entendido el derecho a la privacidad como una de las manifestaciones del derecho de libertad; por lo que goza de la más alta protección. Aunque este estándar puede ser motivo de algunas gradaciones, lo cierto es que representa la intensidad o grado de protección reconocido por el ordenamiento a cada persona para actuar libremente conforme a sus mejores intereses y valores. Se trata de la libertad para actuar sin la interferencia por el Estado reconocida por la Corte Suprema de los EE.UU. que libera a la persona de obstrucción de sus prerrogativas personales.<sup>506</sup> En este mismo espacio coinciden los principios de libertad amparados por el derecho constitucional norteamericano vinculados a la

---

<sup>504</sup> Son tres los niveles de escrutinio seguidos por parte del Tribunal Constitucional de los EE. UU. El escrutinio estricto requiere que la medida gubernamental se ajusten estrictamente y adelante un interés considerado apremiante. El escrutinio intermedio requiere que la medida promueva sustancialmente un interés importante para el Estado. El escrutinio mínimo, también conocido como racional requiere que las medidas estatales identifiquen un propósito estatal razonablemente legítimo. PAUL YOWELL, *Proportionality in United States Constitutional Law*, en REASONING RIGHTS: COMPARATIVE JUDICIAL ENGAGEMENT 95 (Liora Lazarus, Christopher McCrudden & Nige Bowles, eds., Oxford, 2014).

<sup>505</sup> Interés apremiante (“*compelling interest*”) es entendido por el ordenamiento norteamericano como motivo para la aprobación de una ley norma, regla o acción de tanto peso como para justificar la limitación a un individuo de sus derechos constitucionales. IGNACIO RIVERA GARCÍA, DICCIONARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS (Lexis Publishing, 3ra ed. 2000).

<sup>506</sup> *Thornburgh v. American College of Obstetricians*, 476 U.S. 747, 772 (1986) (La Constitución de los EE.UU. abraza la idea de una promesa de que ciertas libertades pertenecientes a la esfera privada estarán fuera del alcance de la intervención gubernamental.); *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977) (una definición de privacidad constitucional es la libertad de inferencia gubernamental).

dignidad de la persona que corresponden a la autonomía personal. La magnitud o intensidad de la protección o defensa de la interferencia estatal sobre determinaciones personales se ve claramente reflejada en la postura asumida por la Corte Suprema de los EEE.UU. en el caso de *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) en aspectos relacionados con la determinación de la persona sobre actos vinculados a la conducta sexual:

*These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life.... The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. 'It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter.*

Estas cuestiones, que involucran las decisiones más íntimas y personales que una persona puede hacer en su vida, las opciones centrales a la dignidad personal y la autonomía, son fundamentales para la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda. En el corazón de la libertad es el derecho a definir el propio concepto de la existencia, del significado, del universo y del misterio de la vida humana.... El Estado no puede degradar su existencia o controlar su destino haciendo de su conducta sexual privada un crimen. Su derecho a la libertad bajo la cláusula del debido proceso les da pleno derecho a participar en su conducta sin la intervención del gobierno." Es una promesa de la Constitución que hay un reino de la libertad personal que el gobierno no puede entrar.

El *quantum* que debe sobrepasar el Estado para justificar posibles intervenciones en áreas que corresponden al derecho privado es mayor al tratarse de determinaciones personales; muy particularmente en aspectos relacionados con el cuerpo de la persona. La justificación de intervención debe alcanzar lo que la doctrina califica como “interés apremiante”; entiéndase por ello que el Estado carga el peso de demostrar que no existe un medio menos oneroso para adelantar o alcanzar el

interés<sup>507</sup> perseguido. En el terreno de los derechos de la persona, la delimitación de la autoridad estatal para intervenir sobre la potestad individual para actuar sobre asuntos de su cuerpo ha sido ubicada en el espacio de libertades y derechos fundamentales<sup>508</sup> en el que también concurre el derecho a la privacidad. Con lo anterior queremos denotar la correspondencia que debe ser reconocida en el tratamiento jurídico constitucional tanto al derecho a la privacidad como al derecho a la autonomía personal en cuanto al cuerpo físico de la persona.

Como hemos apuntado, la reglamentación que incide sobre derechos constitucionalmente reconocidos como fundamentales sólo puede ser justificada por razón de un interés apremiante por parte del Estado;<sup>509</sup> y con ello un derecho fundamental no puede ser disminuido a meras coincidencias racionales entre el fin estatal y la legislación aprobada. En voz del Juez GOLDBERG, el Tribunal Supremo al respecto:

*[...] where fundamental personal liberties are involved, they may not be abridged by the States simply effectuation of a proper state purpose.*<sup>510</sup>

[...] cuando se trata de libertades fundamentales de la persona, estas no pueden no pueden ser abreviadas por los Estados simplemente en la consecución de un fin propio del Estado.

---

<sup>507</sup> Calo Morales v. Cartagena Calo, 129 D.P.R. 102, 133 (1991) y SERRANO-GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO, *supra*, n. 130, p. 1086.

<sup>508</sup> Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 153-154 (1973) (discute relación entre los derechos de privacidad de una mujer embarazada frente a los intereses del Estado de intervenir en el potencial de vida); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 485-86 (1965) (sostiene que el derecho de privada del matrimonio es superior que el interés del Estado de prohibir el uso de contraceptivos); NAACP v. Alabama, 377 U.S. 288, 307 (1958) (resolvió que las regulaciones de un estado no deben infringir libertades constitucionalmente protegidas).

<sup>509</sup> Rode v. Wade, 410 U.S. 113, 155 (1973).

<sup>510</sup> Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510 (1965). El Juez Goldberg emitió la opinión concurrente; a la que se unieron el Juez Presidente Warren y el Juez Brennan.

Como hemos podido precisar, la intervención gubernamental en el ámbito de los derechos reconocidos a la persona mediante actos pertenecientes al ejecutivo o al legislativo deben estar limitados a asuntos de estricto interés. En el caso de aquellos que consideren reducir el grado de protección constitucional que merece el derecho a pactar sobre usos que puedan ser concedidos a los materiales procedentes del cuerpo al renglón de derechos estrictamente económicos, ignoran que nuestra tesis igualmente sostiene el derecho de la persona a ceder las partes corporales como meros actos de liberalidad. Esta tesis también defiende el mismo tratamiento jurídico cuando una misma persona con similares facultades, aspire a ejercer con autonomía idénticos actos en condiciones que representen beneficio para sí o para los suyos. Adoptar una postura contraria representa un contrasentido que no alcanza justificación. El bien a proteger es tan sólo uno; consiste en el derecho a la libertad para decidir conforme a la voluntad individual de manera eficaz. La cesión de materiales procedentes del cuerpo debe ser entendido como un acto jurídico cuya reglamentación no justifica la sustitución del criterio individual por parte del Estado.

El disfrute del derecho de libertad para actuar bajo amparado por el debido proceso requiere determinar si la acción por parte del Estado contraviene las garantías reconocidas en la constitución haciendo un análisis del balance de los intereses contrapuestos; en un mismo ámbito se encuentran los individuales frente a los que el Estado ha ubicado como de importancia para el bienestar general. El gobierno norteamericano ha prestado destacada importancia a las iniciativas que responde a políticas que promueven el desarrollo científico y tecnológico general que intersecan componentes de la vida de las personas.

**(b) El balance de intereses de la intervención gubernamental sobre los actos sobre el propio cuerpo**

La actividad gubernamental en el campo de las ciencias vivas en las que se utilizan materiales biológicos de origen humano, la finalidad, como la de otros tantos países, consiste en promover el bienestar general. El alcance de la intervención estatal en ver atendido un asunto de tal interés público, no obstante, requiere de

consideraciones adicionales sobre las que la ciudadanía desde hace ya algún tiempo busca una ajustada solución. Desde la óptica constitucional, se requiere un análisis jurídico ponderado que permita deslindar y examinar equilibradamente los intereses contrapuestos. Sobre la determinación de la tenencia o potestad de la persona sobre los materiales procedentes del cuerpo humano puede apreciarse inconsistencia en la legislación de los estados de la nación. Los retos a la constitucionalidad, como debe anticiparse se encuentra en aquella legislación que constituye menoscabo de las facultades de la persona natural de quien se originan los materiales corporales, de sus familiares cercanos o de sus sucesores. Lo cierto es que existe inconsistencia en el trato y restricciones dadas por el Estado sobre el uso de materiales biológicos de procedencia humana en la legislación federal norteamericana. El esquema legislativo de los EE.UU. que reglamenta las cesiones anatómicas humanas está definido por la Ley Nacional de Trasplantes de Órganos (NOTA<sup>511</sup>, por sus siglas en inglés) y la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas (UAGA). El alcance de la primera de las normas citadas contiene disposiciones que prohíben las cesiones de materiales biológicos humanos u órganos según definidos por la propia ley tales como riñones, hígados, páncreas, médula ósea, corneas, ojos, piel y partes de cualquier otro órgano humano a cambio de consideraciones económicas (“*valuable considerations*”). No obstante, el texto literal de Ley Nacional de Trasplantes de Órganos excluye de estas restricciones órganos con utilidad científico-investigativa y la cesión de fluidos y gametos humanos tales como la sangre, ovocitos y el semen.

La Ley Nacional de Trasplantes de Órganos define con especial particularidad el término “*órgano humano*” y con ello especifica las partes anatómicas sobre las que la norma impone la prohibición de compensaciones económicas:

*For purposes of subsection (a) of this section: (1) The term “**human organ**” means the human (including fetal) kidney, liver, heart, lung, pancreas, bone marrow, cornea, eye, bone, and skin or any subpart*

---

<sup>511</sup> National Organ Transplant Act, 42 USC § 273 et seq. Esta ley fue aprobada por el Congreso de los EE.UU. en el 1984.

*thereof and any other human organ (or any subpart thereof, including that derived from a fetus) specified by the Secretary of Health and Human Services by regulation.*

Para los fines de la subsección (a) de esta sección: (1) El término “**órgano humano**” significa que el ser humano (incluyendo fetal) riñón, hígado, corazón, pulmón, páncreas, médula ósea, córnea, ojo, el hueso y la piel o cualquier sub-parte del mismo y cualquier otro órgano humano (o cualquier sub-parte del mismo, incluyendo los derivados de un feto) especificados por el Secretario de Salud y Servicios Humanos mediante regulación.

La prohibición dispuesta por el legislador sobre la prestaciones económicas a cambio de la cesión de elementos corporales corresponde a los órganos del cuerpo humano taxativamente enumerados en su definición. El apartado la norma que delimita el alcance de la prohibición y que debe ser interpretada conjuntamente dada por la norma estable que:

*It shall be unlawful for any person to knowingly acquire, receive, or otherwise transfer **any human organ** for valuable consideration for use in human transplantation if the transfer affects interstate commerce. The preceding sentence does not apply with respect to human organ paired donation.<sup>512</sup> (Énfasis Nuestro)*

Será ilegal que cualquier persona adquiera a sabiendas, recibir o transferir **cualquier órgano humano** a título oneroso para su uso en trasplantes humanos si la transferencia afecta el comercio interestatal. La frase anterior no se aplica con respecto a la donación de órganos emparejados humana. (Énfasis Nuestro)

De entrada, puede apreciarse que la política gubernamental reflejada en la norma es inconsistente en sí misma por establecer prohibiciones sobre ciertos materiales biológicos mientras la misma pieza legislativa exime de restricciones otros materiales sin fundamentos o justificación.

---

<sup>512</sup> 42 U.S.C. § 274e(a) - Prohibition of organ purchases [Prohibición de compra de órganos].

La evidente arbitrariedad de la normativa obliga a cuestionar la legitimidad de la intervención estatal. Incontrovertiblemente quedan también derrotados los argumentos sostenidos por algunos que alegan que por ser componentes propios de la persona, los materiales biológicos separados del cuerpo humano se encuentran impedidos de ser objetos de negocios jurídicos con posible valoración económica. La normativa vigente en los EE.UU. es manifiestamente contraria a esta postura lo que queda evidenciado cuando la administración gubernamental escoge materiales corporales sobre los que no impone dicha limitación. Las contradicciones contenidas en las normas nacionales norteamericanas sugieren intereses específicos posiblemente vinculados a la actividad científica-tecnológica-industrial con apreciadas ventajas económicas.

Mediante la gestión gubernamental traducida en legislación, el Estado busca dar respuesta a su obligación de procurar la salud pública general y de allegar los recursos requeridos que catalicen el avance científico-tecnológico. Las posturas adoptadas por las normas modelo del sistema federal de los EE.UU. no han sido consistentemente seguidas por los estados de la nación. Por ejemplo, la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas (UAGA) que fue aprobada en el 1968, ya para el año 1973 había sido adoptada por los cincuenta estados norteamericanos. El texto original de la UAGA no imponía limitaciones a transacciones que incluyeran el intercambio de las partes provenientes del cuerpo humano. Inclusive, como parte de historial legislativo se destacan las expresiones por parte de uno de sus autores, E.B. Stason,<sup>513</sup> quien sugería que el asunto de la compensación económica de posibles transacciones debía ser dejado a la discreción de cada persona. La UAGA fue enmendada en el 1987 (luego de la aprobación de la Ley Nacional de Trasplantes, antes citada) y en su texto introdujo una disposición que restringía transacciones de compraventa de partes del cuerpo humano para ser trasplantadas a terceros luego del fallecimiento de una persona. Interesantemente, luego de esta enmienda, tan

---

<sup>513</sup> E. Blythe Stason, *The Uniform Anatomical Gift Act*, 23 BUSINESS LAW 1968, p. 919 (1968). Stason presidió el Comité a cargo de la redacción de la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas (UAGA).

solamente veintiséis estados americanos adoptaron la ley enmendada. Todo esto representa la diversidad de pensamiento como también la ausencia de justificación de la intervención estatal desproporcionada que palpablemente se traduce en el arrebato de las facultades básicas de cada persona para decidir y actuar conforme a lo que supone son sus intereses.

La extensión de la intervención estatal se encuentra segmentada en renglones en los que existen reglas de considerable especialidad que imparten un tratamiento diferenciado por las características anatómicas de los materiales procedentes del cuerpo humano. El negocio jurídico que conlleva pago a cambio de tejidos o estructuras que no son regeneradas naturalmente por el cuerpo tales como el corazón, el hígado y los riñones están generalmente proscritos. De otra parte, el andamiaje normativo norteamericano confiere legitimidad al pago a cambio de tejidos que son reproducidos de forma natural tales como la sangre, ovocitos y los fluidos seminales. Cuando menos, la legislación especial no lo proscribire pues la norma vigente; mas bien los exime de tal prohibición. Como es de esperar ante la complejidad de estos asuntos es difícil que iniciativas de individuos que buscan amparo en el sistema judicial para ejercer el derecho de ver satisfechas las prerrogativas personales quedan ahogadas por tecnicismos que aun a los intérpretes del derecho les resulta difícil comprender.

La gestión gubernamental ha promovido el desarrollo de la actividad industrial en el área de la biotecnología; lo que en los EE.UU. ha tenido notable aumento desde la década de los noventa. Aunque la legislación federal y estatal prohíbe la compraventa de órganos para ser trasplantados, dicha prohibición no se extiende a los materiales biológicos humanos o estructuras anatómicas destinadas a la actividad científica, la educación o actividades comerciales; todas las cuales implican consideraciones económicas.<sup>514</sup> Como puede apreciarse las características anatómicas

---

<sup>514</sup> Brian G. Hanneman, *Body Parts and Property Rights: A New Commodity for the 1990s*, 22 Sw. U.L. REV. 399, p. 404-405 (1993).

no son el único criterio seguido por el Estado para determinar la legitimidad de negocios jurídicos que involucren la cesión a cambio de pago de los materiales biológicos humanos. Nótese que el uso al que los materiales biológicos son destinados son parte de los elementos que forman parte del diseño mantenido por el Estado en abierto apoyo de la industria de las ciencias vivas y la economía del saber.

Además de la inherente complejidad técnica, en ocasiones, la fuerza de los argumentos de derecho se ve disminuida ante señalamientos de política pública que sostienen que la gestión gubernamental, aunque en abstracto, atiende los mejores intereses de los individuos. La competencia del Estado en este renglón es incuestionable y sería insensato esperar que las normas aprobadas deban atender toda posible situación de hechos. El mundo moderno se caracteriza por la gran complejidad en las relaciones sociales y económicas de las personas, conjuntamente con la progresiva supervisión gubernamental sobre la conducta individual, y ello implica que la legislatura está imposibilitada de anticipar legislativamente, en forma detallada, minuciosa o específica, la multiplicidad de situaciones que puedan surgir de esas relaciones complejas, siendo suficiente en que la ley en cuestión señale o establezca normas amplias y generales que sirvan de guía o dirección a entidades administrativas expertas, para que éstas, con sus experiencias y conocimientos especiales, apliquen esas normas concretamente a los hechos que puedan surgir y ultimen los detalles que implementen la política general legislativa.<sup>515</sup>

No obstante todas estas consideraciones, aquel que tiene ante sí la obligación de impartir justicia debe también conocer las implicaciones y los efectos que el Derecho tiene sobre la sociedad. Debe trascenderse de meras discusiones abstractas y reconocer que el Derecho configura posibilidades reales al interior de la vida de las personas que después de todo son quienes lo padecen y lo viven. En el pensamiento

---

<sup>515</sup> Domínguez Castro v. Estado Libre Asociado, 178 D.P.R. 1 (2010).

del Juez de la Corte Suprema CARDOZO<sup>516</sup> el determinar la intención del legislador representa el menor de los retos que enfrenta el juzgador que busca significado en una norma. Señala que como intérprete de la ley debe suplementar las omisiones, corregir las incertidumbres, y armonizar los resultados con los que imparte justicia. Destaca que las Cortes deben buscar claridad entre los elementos sociales que cobran fuerza detrás de los hechos que tiene ante sí.<sup>517</sup> Su postura en cuanto a la interpretación del Derecho reconoce que la Constitución cobra significado que varía de época en época. Su método de razonamiento jurídico ayuda a concebir la forma en la que se mezclan los múltiples aspectos que deben ser considerados en la demarcación de las fronteras coinciden la acción estatal y los derechos individuales.

El Tribunal Supremo de los EE.UU. se ha abstenido de ofrecer una definición exacta de las fronteras del poder de reglamentación reconocido a cada uno de los estados que componen la nación norteamericana. Ante posibles objeciones constitucionales<sup>518</sup> ha optado por adjudicar las controversias conforme a los hechos de cada caso. La doctrina del poder de reglamentación originalmente comprendía la facultad de dictar reglas para proteger la salud, la seguridad y la moral pública, según las tradiciones del derecho común. Posteriormente, el Tribunal Supremo norteamericano añadió la frase, aún más amplia, de “bienestar general” la cual ha mantenido como criterio hasta el presente.<sup>519</sup> De esta manera queda admitido que “*toda comunidad políticamente organizada tiene lo que ha sido llamado el poder público del estado para salvaguardar el bienestar de sus habitantes*”.<sup>520</sup> Se trata del poder inherente del Estado para reglamentar aquellas actividades que tienen como presupuesto para su intervención el bienestar colectivo. Las pautas establecidas en la

---

<sup>516</sup> BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 15-16 (Yale University Press, 1921).

<sup>517</sup> El Juez Cardozo hace referencia al escrito del jurista francés Francois GENY (1861-1959) “*Methode d’Interpretation et Sources en droit*”.

<sup>518</sup> CARDOZO, *supra* n. 504, p. 191.

<sup>519</sup> Bordas & Co. v. Srio. de Agricultura, 87 D.P.R. 534, 547-548 (1963).

<sup>520</sup> Torres Solano v. P.R.T.C., 127 D.P.R. 499 (1990).

consecución de dicha finalidad desde un marco teórico pueden contar con sobrada justificación. Desde el punto de vista de sus consecuencias prácticas la esfera de actuación del Estado penetra en el ámbito de actuación individual; situación que demanda ponderar de forma equilibrada los intereses individuales frente a los colectivos.

### **i. Jurisprudencia Constitucional sobre el balance de intereses: legislación en el ámbito de salubridad**

En la esfera de la salud pública, estas discusiones no son nuevas según lo refleja el historial jurisprudencial de los EE.UU. Hace más de un siglo, el Tribunal Supremo en *Jacobson v. Massachusetts*<sup>521</sup> tuvo ante sí un recurso de apelación que reclamaba la extralimitación del poder de reglamentación por parte de la autoridad gubernamental al aprobar e imponer legislación que requería la vacunación compulsoria para prevenir el contagio con la enfermedad de la viruela. Los hechos del caso acontecen después de un brote de viruela en el área de Boston de estado de Massachusetts en el que se reportaron 1,596 casos de los cuales 270 resultaron en fatalidades.<sup>522</sup> A pesar de la amenaza que representaba la enfermedad, la comunidad albergaba cuando menos similar temor por los efectos de la vacuna.<sup>523</sup> Ante el reclamo de Jacobson de que la inoculación compulsoria constituía acción que extralimitaba el poder de Estado, la decisión mayoritaria entendió que no era irrazonable tomar medidas cuando la salud y seguridad se encuentran bajo amenaza

---

<sup>521</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. (1905). Jacobson fue encarcelado luego de haber sido encontrado culpable criminalmente por resistir ser vacunado contra la viruela. Su libertad dependía del pago de una multa de \$5 dólares por rehusarse a cumplir una ordenanza que obligaba a los miembros de la comunidad a ser vacunados contra la viruela. En sus alegaciones, Jacobson aludía los peligros de la administración de la vacuna sobre la salud de su persona. Debe notarse que debido a los riesgos que la misma implicaba, la norma eximía de vacunación a los menores de edad que los médicos hubieran certificado la vacuna contra la viruela les fuera perjudicial. La vacuna era compulsoria para toda persona mayor de 21 años.

<sup>522</sup> Michael R. Albert, M.D., Kristen G. Ostheimer, M.A., and Joel G. Breman, *The last smallpox epidemic in Boston and the vaccination controversy, 1901-1903*, 344 N. ENGL. J. MED. 375 (2001).

<sup>523</sup> LYNNE CURRY, *THE HUMAN BODY ON TRIAL: A HANDBOOK WITH CASES, LAWS AND DOCUMENTS* 17-18 (ABC-Clio Inc, 2002).

como es el caso de una peligrosa epidemia.

En el balance de los intereses, la Corte Suprema opina que en situaciones extremas, el Estado está llamado a tomar medidas para salvaguardar la seguridad de la comunidad general. El máximo foro, no obstante, dejó establecido que la legislación estatal aprobada al amparo del poder estatal deberá estar libre de arbitrariedad y no podrá contravenir los principios contenidos en la Constitución. En la voz del Juez Harlan, la Corte Suprema expresó que:

*While a local regulation, even if based on the acknowledged police power of a State, must always yield in case of conflict with the exercise by the General Government of any power it possesses under the Constitution, the mode or manner of exercising its police power is wholly within the discretion of the State so long as the Constitution of the United States is not contravened, or any right granted or secured thereby is not infringed, or not exercised in such an arbitrary and oppressive manner as to justify the interference of the courts to prevent wrong and oppression.*

Mientras la reglamentación local, aun si estuviera basada en el poder de reglamentación reconocido al Estado, deberá siempre ceder en caso de conflicto con el ejercicio general del Gobierno de cualquiera de los poderes que posee bajo la Constitución, la forma y manera de ejercer su poder de reglamentación se encuentra totalmente de la discreción del Estado, siempre y cuando no contravenga la Constitución de los Estados Unidos, o cualquiera de los derechos otorgados o garantizados, o que no sean ejercido de forma arbitraria u opresiva que justifique la intervención de las Cortes para prevenir daño y opresión.

La norma de razonabilidad establecida por *Jacobson* sobre la acción gubernamental dirigida a la protección de la salud colectiva llama a que el poder estatal no relegue su obligación de defender los principios constitucionales de libertad personal a último término. Ya hemos apuntado, que la doctrina constitucional norteamericana sobre el poder de reglamentación estatal exige entender las circunstancias particulares de los intereses en pugna. En asuntos relacionados con la salud, la razonabilidad o proporcionalidad de los medios empleados depende significativamente de las condiciones que son motivo de la intervención estatal. El

mismo está sustancialmente matizado por las gradaciones de urgencia que conviertan las acciones tomadas por el Estado parte de su imperativo ministerial.

Como debemos notar, la tensión entre los principios de libertad e inviolabilidad de la dignidad humana ante el poder de reglamentación del Estado en aras de la salud pública además de tener importancia histórica representa asuntos de vigente relevancia. En la actualidad, ante la amenaza experimentada por el posible contagio del virus del ébola, el gobierno de algunos estados de los EE.UU. han tomado medidas que incluyen la privación de la libertad física por un término no menor de veintiún días de personas que hayan estado en contacto con otras contagiadas con el virus del ébola o hayan visitado regiones de conocido foco endémico.<sup>524</sup> Cabe destacar que la autoridad gubernamental justifica las acciones cautelares al presumir su posible contagio con el virus de reconocida mortalidad<sup>525</sup> El contexto tanto en el caso de *Jacobson* como en la presente situación de amenaza del virus del ébola incluye el palpable peligro de una epidemia con potencial devastador. Estos aspectos contrastan con medidas restrictivas que puedan ser impuestas por el Estado sobre asuntos de salud pública que responden a políticas dirigidas al desarrollo y mejoramiento futuro de la calidad de vida colectiva; frente a acciones estatales tomadas ante inminentes condiciones con potencial catastrófico. Se requiere entender estos particulares y distinguirlos del contexto a ser considerado en el examen de razonabilidad de legislación que imponga limitaciones a la autonomía de la persona sobre partes de su propio cuerpo.

---

<sup>524</sup> Informes noticiosos publicados en la página cibernética del *Wall Street Journal* el día 27 de octubre de 2014 sostienen que el gobierno central de los EE.UU. no necesariamente respalda las medidas de cuarentena mandatoria impuestas por estados como el de New York y New Jersey. Colleen *Mccain Nelson, Melanie Grayce West & Betsy Mckay*, White House Pushes Back on State Ebola Quarantines, THE WALL STREET JOURNAL, October 27, 2014, <http://online.wsj.com/articles/christie-defends-mandatory-ebola-quarantine-for-health-care-workers-1414335046> (Recuperado el 30 de julio de 2015) y *Are Mandatory Ebola Quarantines Legal?*, THEDAILYBEAST.COM, October 18, 2014, <http://www.thedailybeast.com/articles/2014/10/28/are-mandatory-ebola-quarantines-legal.html> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>525</sup> Informes indican que la mortalidad de los pacientes contagiados con el virus es cerca de 90 por ciento.

Aunque resulta evidente que las medidas intervencionistas por parte del Estado en pro del interés general han encontrado respaldo en la doctrina norteamericana en situaciones apremiantes, por otro lado, el sistema de revisión constitucional de los EE.UU. confiere protección tanto a los derechos fundamentales que son enumerados en la Constitución como a aquellos que sin enumerar cuentan con arraigo en las tradiciones nacionales o representan expectativas propiamente establecidas por el pueblo.<sup>526</sup> Se trata de la observación del espíritu y los principios contenidos en la Norma Constitucional como lo enunciado en el año 1819 por el Juez Presidente John Marshall en *Sturges v. Crowninshield*:

[...] *the spirit of an instrument, especially of a constitution, is to be respected not less than its letter, yet the spirit is to be collected chiefly from its words.*<sup>527</sup>

[...] el espíritu de un instrumento, especialmente de una constitución, debe ser respetado no menos que su letra, no obstante su espíritu debe ser principalmente obtenido de sus palabras.

El examen de razonabilidad de las acciones del Estado debe guardar concordancia con los valores que encierra la Constitución; de conformidad con el sistema democrático de gobierno. La intervención sobre espacios que corresponden a la autonomía individual sobre el cuerpo humano no se encuentran prescritas en el literal de la Constitución. No debe ser esto interpretado como que no exista protección bajo el palio de libertad de la persona. Es más, debe reconocerse que la Carta de Derechos norteamericana busca establecer restricciones al poder gubernamental y no constituye la enumeración taxativa de las libertades reconocidas por el ordenamiento. Esto fue precisamente punto de discusión durante la aprobación de la Constitución

---

<sup>526</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720-21 (1997).

<sup>527</sup> En la opinión de Jacobson, la Corte Suprema se refiere a la decisión del Juez Presidente John Marshall de la Corte Suprema de los EE.UU. en *Sturges v. Crowninshield*, 4 Wheat. 122, 17 U.S. 202.

del país por algunos<sup>528</sup> entender que su enumeración no era necesaria porque el pueblo retenía los poderes que no le hubieran sido conferidos al estado según fuera recogido en la Enmienda IX la cual señala que:

*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*

La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no será interpretado como una negación o menosprecio de otros derechos retenidos por el pueblo.

En una controversia recientemente traída ante el Tribunal de Distrito del estado de California por una mujer lesbiana que radicó un recurso solicitando sentencia declaratoria e interdicto en contra la Administración de Drogas y Alimentos (FDA, por sus siglas en ingles) para evitar que la reglamentación impuesta por la agencia federal actuara en violación del derecho constitucional a la privacidad y libertad de las mujeres que deseaban concebir hijos y comenzar una familia. La querellada buscaba concebir un hijo sin que ello conllevara encuentro carnal con una pareja heterosexual. La mujer deseaba quedar embarazada mediante inseminación artificial utilizando semen donado, libre de compensación, por parte de una persona privada, sin que para ello mediara intervención médica como sería el caso en un banco de semen. En las alegaciones señaló que la agencia federal prohibía a las

---

<sup>528</sup> La postura por parte de los federalistas (grupo que apoyaba la aprobación de la Constitución y descentralización del gobierno por preocupación al posible abuso del poder) consistía en que la enumeración de los derechos de las personas era innecesaria; lo que llevó al gran debate para lograr la aprobación de la Constitución norteamericana. El argumento desfavoraba la inclusión de una Carta de Derechos en la Constitución estaba basado en que la omisión de alguno de éstos pudiera ser interpretada como la falta de su reconocimiento. Madison, uno de los padres fundadores señaló: “*It has been objected also against a bill of rights, that, by enumerating particular exceptions to the grant of power, it would disparage those rights which were not placed in that enumeration; and it might follow, by implication, that those rights which were not singled out, were intended to be assigned into the hands of the General Government, and were consequently insecure.*” [Se ha objetado contra un proyecto de ley sobre la Carta de Derechos, al sostener que mediante la enumeración de excepciones particulares, podrían menospreciarse aquellos derechos que no fueron incluidos en dicha enumeración; y que podría entenderse, implícitamente, que los derechos que no fueron incluidos, fueron destinados a las manos del gobierno general, y consiguientemente desprotegidos.] 1 ANNALS OF CONG. 452, 456 (June 8, 1789) (Gales Comp. 1834 "History of Debates in Congress").

personas privadas el acto de donación de semen para ser inseminado de forma libre y voluntaria; y que para realizar la donación se requería cumplir con una multiplicidad de requisitos los cuales además conllevaban el pago de importes. Añadió que dichos requisitos eran impuestos hasta un varón quien donaba semen directamente a mujeres que aquel consideraba su pareja por lo que la intervención de la agencia violaba los derechos de la querellante y de otras mujeres y varones que deseaban obtener gametos libremente donados. Las alegaciones de la querellante estaban centradas en que la reglamentación por parte del Estado intervenía en actividades no comerciales protegidas por la constitución como el derecho a la privacidad, la integridad corporal, libertad, la vida, debido proceso e igual protección de las leyes bajo el amparo de la primera, quinta, novena y décima enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos.

Los hechos específicos que fueron causa para la radicación del recurso judicial están ligados a una inspección que condujera la FDA del domicilio del donante de semen de nombre Trent Arsenault y luego le apercibiera que ausente cumplimiento con la reglamentación federal y de no desistir de operar como “manufacturero” de fluidos seminales podría ser sujeto de encarcelamiento y una multa de hasta \$100,000. Algunas publicaciones señalan que Arsenault había donado semen a aproximadamente a cincuenta personas que así se lo solicitaron.<sup>529</sup> Utilizando la página cibernética <sup>530</sup> suscrita por Arsenault las personas interesadas establecían contacto inicial y luego procedían a firmar un acuerdo en el que, entre otros, le eximía de responsabilidades paterno-filiales. Atendidos los asuntos procesales, Arsenault hacía arreglos para la entrega física o mediante correo postal hacía llegar el material

---

<sup>529</sup> Jacqueline M. Acker, *The Case for an Unregulated Private Sperm Donation Market*, 20 UCLA WOMEN’S L. J. 1, p. 1. (2013).

<sup>530</sup> El sitio cibernético utilizado por las personas interesadas en las donaciones directas de semen se encuentra en TRENT ARSENAULT FACEBOOK disponible en [www.trentdonor.com](http://www.trentdonor.com). En cuanto a la orden de cese y desista emitida por el gobierno federal de los EE.UU., véase, Food & Drug Administration, *Order to Cease Manufacturing of HCT/Ps - Trent Arsenault*, FDA.GOV., November 1, 2010, <http://www.fda.gov/BiologicsBloodVaccines/SafetyAvailability/TissueSafety/ucm232852.htm> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

biológico. A pesar que las donaciones directas eran hechas libres de compensación económica, la FDA emitió una orden<sup>531</sup> para que Arsenault desistiera de “manufacturar” y distribuir el fluido seminal por entender que el mismo constituía un producto reglamentado por la agencia y que Arsenault incumplía con requisitos de salubridad establecidos para la manufactura del mismo.

Las redes sociales son una nueva opción utilizada por mujeres para contactar posibles donantes de semen que les puedan asistir en su deseo de concebir un hijo.<sup>532</sup> Esta práctica se torna más común ya que lograr el embarazo mediante inseminación artificial utilizando instituciones privadas puede resultar significativamente oneroso. El costo de tan solo un vial de fluido seminal puede alcanzar hasta \$715 dólares, esto sin considerar que no hay garantías de éxito de un primer intento.<sup>533</sup> En forma práctica, los costos elevados de la inseminación artificial se traducen en la imposibilidad de acceso institucional de personas que desean tener familia y que de otra manera les estaría prohibido. La disponibilidad de medios electrónicos de comunicación ha transformado la manera en que las personas se relacionan en áreas tradicionalmente ubicadas dentro del espacio privado de las parejas. El motivo para el establecimiento de reglamentación por parte del Estado se encuentra relacionado con la preocupación de un posible contagio de enfermedades transmisibles a través del fluido seminal. Aunque la presente tesis no busca conducir un análisis de derecho a la reproducción asistida mediante recursos no tradicionales, lo antes expuesto sirve para denotar que la intervención estatal se encuentra sesgada en favor de un sector

---

<sup>531</sup> La orden fue entregada a la mano a Trent Arsenault estaba fechada el 10 de noviembre de 2010.

<sup>532</sup> Artículo titulado “*Women are searching online forums for free sperm*” [Las mujeres están buscando semen gratis en los foros en línea], publicado el 14 de julio de 2014, disponible en [http://www.salon.com/2014/07/14/women\\_are\\_searching\\_online\\_forums\\_for\\_free\\_sperm](http://www.salon.com/2014/07/14/women_are_searching_online_forums_for_free_sperm) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>533</sup> A modo de ejemplo, el California Cryobank pública en su portal cibernético, CRYOBANK.COM, <http://www.cryobank.com/Services/Pricing> (Recuperado el 30 de julio de 2015), los precios por una serie de programas que incluyen la oportunidad de seleccionar las características del donante. Además, prestan servicios de almacenamiento de las unidades que fluctúan entre \$275 por seis meses hasta \$2,680 por un término de diez años. Según información disponible en las redes cibernéticas el *California Cryobank* es un establecimiento registrado con el FDA en operación desde el 1977.

industrial; y que posibles extralimitaciones de la autoridad interventora tienen efectos contrarios a los motivos que justifican su intervención.

A pesar que no puede adscribirse un significado específico al concepto de libertad por razón de sus múltiples manifestaciones, ésta es una de las consideraciones principales en la delimitación de la autoridad estatal en cuanto a los derechos de la persona. Cabe entonces preguntarnos si ¿Resulta ajustado el que mediante disposición legislativa se prohíba actos de libertad a las personas naturales mientras no existe similar impedimento a un grupo o clase respaldada por la capacidad económica? Los supuestos de actuación por parte del Estado según reflejados en la normativa que busca regular el intercambio y uso de materiales biológicos de procedencia humana deben procurar un ordenamiento basado en la igualdad. No debe existir motivo por el que el desarrollo científico sea entendido como excluyente del pleno ejercicio de libertades de la persona conforme a sus valores individuales. Puede apreciarse que la tensión de intereses se encuentra vinculada a la actividad interventora por parte de la autoridad gubernamental que incide sobre la autonomía personal la cual reduce la posibilidad de los sujetos a adoptar decisiones libres y conscientes sobre su persona y bienes.

El poder interventor que responde a la razón de Estado en asuntos relacionados con la protección de la salud comunitaria encuentra aceptación general. Aunque la tradición jurídica norteamericana provee bases sólidas que confieren sustancial reconocimiento a la autonomía corporal, las complejidades históricas que han acompañado esta tradición también han traído consigo considerables inquietudes sobre su definición cuando el mismo ha sido invocado.<sup>534</sup> Inclusive, estudiosos del derecho han descrito las leyes relacionadas con la potestad individual sobre el cuerpo humano y posibles consideraciones patrimoniales sobre el mismo como caóticas.<sup>535</sup> En parte, esto es atribuido a las inconsistencias durante la formulación de legislación

---

<sup>534</sup> CURRY, et al., *supra*, n. 523, p. 23.

<sup>535</sup> Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B.U. L. REV. 360, 365 (2000).

representativa de variadas corrientes de pensamiento sobre la delimitación entre el derecho a la autonomía personal y la aspiración de preservar condiciones de salubridad aceptables para los miembros componentes de la sociedad.

Esta pugna de trascendencia centenaria y que todavía ocupa espacios de vital importancia contiene nociones que corresponden al cúmulo de interpretaciones judiciales posteriores a la ratificación de la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de los EE.UU.<sup>536</sup>

## ii. Los derechos humanos frente al interés público

La conexión entre discusiones actuales y la evolución del ordenamiento jurídico respecto a la delimitación de la acción interventora del Estado en terrenos de la autonomía de la persona pueden ser apreciados en escritos de hace más de una década; en momentos posteriores al ataque de las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001:<sup>537</sup>

*Many Americans believe that their country has been fundamentally changed by the events of September 11, 2001. In the months following*

---

<sup>536</sup> La Enmienda XIV de la Constitución de los EE.UU. fue ratificada el 9 de Julio de 1868. Esta enmienda trajo consigo, además del reconocimiento de la ciudadanía norteamericana, garantiza a los ciudadanos su protección de su derecho frente a los estados. En el Siglo XIX, las decisiones del Tribunal Supremo tendían a hacer interpretación de la enmienda de forma conservadora. Durante el curso del Siglo XX, las enmiendas del debido proceso sustantivo y de igual trato de las leyes ocuparon un espacio central en el desarrollo de doctrinas legales que se derivaron del derecho a la privacidad y al ejercicio de las libertades individuales sobre el cuerpo humano.

El texto de la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana establece que: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.”

<sup>537</sup> El 11 de septiembre de 2001, las torres que albergaban el *Wall Trade Center* en el estado de New York fueron derribadas por grupos terroristas causando la muerte a sobre 3,000 personas. Pasada esta tragedia, las medidas tomadas por el gobierno estuvieron principalmente dirigidas a la garantía de seguridad nacional; lo que puso en entredicho el ejercicio de las libertades individuales.

*the attack, they considered threats to the health and safety of the general public in an entirely different way. As in past crises, they have looked to their government to fulfill its duty in protecting them from bodily harm. And yet, twenty-first century Americans are also the heirs to a well-established legal doctrine of bodily autonomy. They have come to regard the freedom to make choices concerning their own bodies as a fundamental- and highly valued- right. In fact these beliefs have become so central to the American sense of citizenship that they have entered into policy discussion about national security.*<sup>538</sup> (Énfasis Nuestro).

Muchos americanos tienen la creencia que su país fue fundamentalmente transformado por los eventos del 11 de septiembre de 2001. En los meses siguientes a los ataques, estos consideraron amenazas a la salud y seguridad del público general en una manera completamente diferente. Como en las crisis pasadas, han esperado que el gobierno atienda su obligación de proteger su seguridad física. Aun así, en el siglo veintiuno los americanos también **han heredado la bien fundada doctrina autonomía corporal. Han aprendido a apreciar la libertad de tomar decisiones sobre su cuerpo como derecho fundamental-y como un derecho altamente apreciado.** De hecho, estas creencias han sido centrales en el sentido de ciudadanía norteamericana y son parte componente de la discusión política de seguridad nacional. (Énfasis Nuestro)

La relación entre los derechos humanos y el interés público representa una relación interdependiente en la que con claridad puede apreciarse que los derechos humanos son esenciales para la democracia; y al mismo tiempo su mera existencia presupone un régimen democrático.<sup>539</sup> Indiscutiblemente, ambos tienen origen común. El equilibrio que demanda la dependencia recíproca de los intereses públicos y los individuales encuentra intersección en las actividades vinculadas al derecho de la persona para actuar sobre su propio cuerpo. De una parte, el derecho a la integridad corporal es uno de los más antiguos derechos fundamentales reconocidos por el

---

<sup>538</sup> CURRY, *supra*, n. 523, p. 95.

<sup>539</sup> BARAK, *supra*, n. 485, p. 176.

ordenamiento;<sup>540</sup> por otro lado obedece a los fines para los que el sistema de gobierno fue organizado. Las tensiones propias del ordenamiento jurídico-social sirven para introducir el concepto acuñado por el Juez del Tribunal Supremo BREYER de “libertad activa” en el que se comparte la autoridad soberana del Estado con los ciudadanos. Partiendo de estos conceptos podemos identificar la coincidencia de intereses; lo que nos conduce a la búsqueda del equilibrio y definición de las fronteras delimitadoras de la intervención estatal sobre el radio de actuación individual. No hay duda que en la medida que aumenta actividad reguladora por parte del Estado correspondientemente aumentan las tensiones respecto a la protección de los derechos de la persona. No obstante, en un ordenamiento constitucional democrático el pensamiento y las creencias del pueblo conllevan la mas alta estima y respeto. Así lo expresa BREYER al integrar determinaciones históricas hechas por el máximo foro judicial.<sup>541</sup>

Lo anterior supone una relación específica que permite la participación democrática y la defensa activa de los derechos fundamentales por parte de la ciudadanía. La idea de Estado Constitucional ha sido desarrollada principalmente para dar cabida dentro de los constantemente renovados criterios jurídicos a las nuevas demandas sociales y complejas realidades que desde distintas vertientes se elevan al derecho, esto a su turno no podía darse sin subvertir y revolucionar sus propias fuentes y materiales de inspiración.<sup>542</sup> Nos parece claro que esto derrota la postura que pueda considerar que por sí solo el interés general justifica la intervención por parte del Estado; particularmente cuando dicha acción acontece en terrenos que la tradición jurídica norteamericana ha defendido con destacado ímpetu; como son los

---

<sup>540</sup> *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach*, 445 F.3d 470, 480 (D.C. Cir. 2006), citando 1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES 125 -130, (“A right of control over one’s body has deep roots in the common law.”), rev’d en banc, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007).

<sup>541</sup> BREYER, *supra*, n. 491, p. 17.

<sup>542</sup> Daniel E. Florez Muñoz, *Los Límites de la Democracia en el Estado Constitucional. Constitución, Pueblo y Tribunal*, REVISTA TELEMÁTICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Núm. 13, 89-126 (2010).

asuntos vinculados a la libertad sobre actos relacionados con el cuerpo de cada persona. Conforme al pensamiento de John Stuart Mill<sup>543</sup>:

*There is a circle around every individual human being, which no government, be it that of one, of a few, or of the many, ought to be permitted to overstep; there is a part of the life of every person who has come to years of discretion, within which the individuality of that person ought to reign, uncontrolled either by any other individual or by the public collectively. That there is, or ought to be, some space in human existence thus entrenched around and sacred from authoritative intrusion, no one who professes the smallest regard to human freedom or dignity will call in question.*<sup>544</sup>

Hay un círculo alrededor de cada ser humano individual, que ningún gobierno, ya sea la de uno, de unos pocos, o de muchos, debe ser permitido sobrepasar; hay una parte de la vida de cada persona que ha llegado a edad de la razón, en el que la individualidad de esa persona debe reinar, no controlada, ya sea por cualquier otra persona o por el público de forma colectiva. Que no es, o debería ser, un poco de espacio en la existencia humana por lo tanto atrincherado alrededor y sagrado de la intrusión de autoridad, nadie que profese el más mínimo respeto por la libertad o dignidad humana debe cuestionarla.

El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha reiteradamente establecido que las determinaciones judiciales no deben estar fundadas en consideraciones particulares

---

<sup>543</sup> John Stuart Mill (1806-1873) fue un filósofo inglés, economista y exponente del utilitarismo. Fue un miembro influyente de la teoría social, la teoría política y la economía política. Mill era un proponente de la de la libertad individual frente o en oposición al control estatal ilimitado.

John Stuart Mill temía que la "voluntad del pueblo" fuera con frecuencia la "voluntad de la mayoría." Esto podría amenazar la libertad y el desarrollo individual si la mayoría actuaba oprimiendo los puntos de vista. Mill sostuvo que la democracia podría fácilmente convertirse en una "tiranía de la mayoría". Para sobrellevar esta amenaza, Mill propuso lo que hoy se conoce como el "principio del daño." Escribió que "el único propósito por el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar el daño a otros. Puede verse, Constitutional Rights Foundation, *Bill of Rights in Action*, Spring 2009, CRF-USA.ORG, disponible en <http://www.crf-usa.org/bill-of-rights-in-action/bria-24-4-john-stuart-mill-and-individual-liberty.html> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>544</sup> JOHN STUART MILL, *PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY WITH SOME OF THEIR APPLICATIONS TO SOCIAL PHILOSOPHY* 560-561 (London: Forgotten Books, Original work published 1848). También puede verse la versión en línea publicada por Library of Economics and Liberty, editada por William J. Ashley, disponible en <http://www.econlib.org/library/Mill/mlP73.html#V.11.4> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

del juzgador sino más bien en “*las tradiciones y la consciencia del pueblo*”<sup>545</sup>. De otra parte el máximo foro judicial ha reconocido que los intereses públicos y la acción democrática se encuentran marcadamente enfocados en atender como mejor proteger la dignidad de la persona ante los cambios en la legislaciones estatales y los cambios de pensamiento que reflejan las leyes.<sup>546</sup> Lo anterior se encuentra enmarcado por una Constitución norteamericana que demanda que el gobierno sea claro en sus propósitos e intereses; lo que lo hace objeto de escrutinio cuando sus acciones inciden sobre los derechos de las personas.<sup>547</sup> Esta construcción del método jurídico coincide con el pensamiento de Franklin Roosevelt cuando en el año 1937 en momentos en el que el país se encontraba en el vórtice de cambios políticos y sociales dijera:

*We have . . . reached the point as a Nation where we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution itself. We want a Supreme Court, which will do justice under the Constitution – not over it.*

*A Court under fire may first respond by denying responsibility, by placing blame elsewhere -- such as on the Constitution or the nature of the judicial role. When it becomes clear, however, that what is demanded is not an explanation for the bad news but rather a change in outcomes, the Court may start searching for new methods of interpretation.*

Hemos llegado como Nación a ese punto en el que debemos tomar acción para salvar la Constitución de la Corte y a la Corte de si misma. Debemos encontrar el camino para que la Corte Suprema se acerque a la Constitución. Queremos una Corte Suprema que haga justicia según la Constitución y por encima de esta.

Una Corte debe determinada debe responder al llamado sin negar su responsabilidad, sin culpar a otros—como a la Constitución o la naturaleza del rol judicial. Cuando resulta evidente, sin embargo, lo que se necesita no es ser el portavoz de malas noticias sino un cambio

---

<sup>545</sup> Rochin v. California, 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952).

<sup>546</sup> Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 716, 720, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772 (1997).

<sup>547</sup> Newman v. Sathyavaglswaran, 287 F.3d 786 (9<sup>th</sup> 2002).

en los resultados, la Corte puede comenzar su búsqueda de nuevos métodos de interpretación

Los derechos, principios y preceptos que gobiernan la sociedad como valores centrales del ordenamiento jurídico, político y social alcanzan eficacia solo en tanto y cuanto el medio ordenador permite su exteriorización. Ya hemos reconocido que no existe una solución única o método de razonamiento jurídico para el análisis deliberativo sobre las tensiones naturales del conglomerado de intereses que coexisten. Aun así cualquier método de análisis debe estar basado en parámetros que confirieran legitimidad al proceso de adjudicación.

El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha invocado la prueba del balance de intereses en múltiples casos del derecho sustantivo en los que la autonomía corporal ha sido punto central de la controversia.<sup>548</sup> El balance de intereses como método seguido por el sistema de derecho constitucional de los EE.UU. y cuyo origen es posterior a la hoja constitucional de la nación norteamericana y que aparece en la mayoría de las opiniones en las postrimerías de la década de los 30 y principios de los 40, es el resultado de la postura judicial que rechaza el análisis jurisprudencial mecánico sin que ello constituya el darle la espalda a la ley.<sup>549</sup> Esta postura concibe que la ley no es un fin en sí misma y que las normas escritas no reducen el trabajo del juzgador a meras superficialidades carentes de estudio. Sin duda los espacios sin respuestas concretas y ajustadas a la realidad que inspira al Derecho requieren del intérprete de la ley sopesar las necesidades colectivas y las individuales en atención de la naturaleza de los intereses y los fines pretendidos en función del ordenamiento.

---

<sup>548</sup> *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.D. 261 (1990), *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

<sup>549</sup> Thomas Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943 (1987). Aleinikoff señala que los Jueces del Tribunal Supremo de los EE.UU. no dieron explicación que justificara la metodología de balance de intereses fuera la forma apropiada de construcción constitucional, como tampoco hicieron alusión de que ésta presentara una forma de razonamiento o interpretación jurídica novel. Aun así, el balance de intereses pasó a ser un instrumento de análisis jurídico de avanzada que, entre otros, respondió a la necesidad de cambio.

En términos generales el juzgador deberá determinar si para fines prácticos o mediante legislación ha habido transgresión de los derechos acogidos por el ordenamiento constitucional para luego estimar si las posibles interferencias encuentran justificación legítima y equilibrada en vista de los intereses coexistentes. De forma amplia y muy simple esto resume casi de manera elemental cualquier método de análisis jurídico que busca establecer razonabilidad de las acciones estatales que inciden sobre las libertades individuales.

En suma, en el proceso de razonamiento sobre cuestiones jurídicas debemos evitar la rigidez y el uso de etiquetas que reduzcan la importancia que merece el conducir un análisis centrado en los valores de libertad que unifican y conforman el orden social, político y económico. El debido proceso en la resolución de controversias exige identificar la naturaleza del derecho amenazado y definir el grado de protección que según las tradiciones jurídicas le ha sido conferido. Conforme a los principios de libertad recogidos por la Constitución del pueblo norteamericano el derecho a la privacidad ha alcanzado el lugar de las más altas protecciones y es catalogado como derecho fundamental. La autonomía de las personas a decidir sobre cuerpo representa la manifestación más personal de un individuo según ha sido sostenido por el máximo foro de la nación norteamericana. El ordenamiento está llamado a defender la potestad de la persona para ejercer libre albedrío de actuación como ser con facultades para entender y procurar aquello que represente su bienestar personal. El ordenamiento debe rechazar que mediante legislación el Estado despoje a la persona de determinaciones correspondientes a la esfera de lo personal por un supuesto déficit respecto al orden y la moral; sobre todo, si una misma actuación por parte de la persona, entiéndase la cesión de materiales provenientes de su cuerpo, goza de licitud solamente si ésta implica la renuncia a su beneficio personal.

La respuesta que pudiera encontrarse en componentes de moralidad que en la tradición norteamericana utilizada por las teorías de adjudicación por en el ordenamiento norteamericano reconocen la cualidad de la Constitución para adaptarse a nuevos tiempos para atender las transformación naturales que agencian las ciencias y los avances tecnológicos. El debido proceso de ley contenido en el texto de la

Primera Carta de la nación que defiende a la persona de intervenciones por parte del Estado que le priven de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso coloca al individuo al centro de la democracia. Enfrentados los intereses individuales por el interés colectivo de bienestar social precisa recordar que el “*el valor de un Estado, equivale al valor de los individuos que la componen.*” Cuando el ejercicio de libertad individual no amenaza al Estado ni a los miembros que le dan razón de ser por existir recursos menos gravosos sobre la libertad individual no se justifica su transgresión. *Para determinar si un derecho sustantivo protegido por la cláusula del debido proceso ha sido violado, es necesario equilibrar la libertad de la persona y las exigencias de la sociedad organizada.* En el campo de los materiales procedentes del cuerpo humano para usos ulteriores, la legislación aprobada demuestra inconsistencia en los principios rectores que le motivan; queriendo decir introduce excepciones que causan interrogantes de las prohibiciones impuestas cuando existen similares condiciones. Con ello causan confusión en la adjudicación de normas y en la administración del Derecho.

Los criterios de Derecho seguidos en la adjudicación de controversias de intereses que implican las libertades individuales frente a las acciones estatales aunque quizás no están ensamblados en un método formal seguido por otras jurisdicciones como es el principio de proporcionalidad llevan a equilibrar la libertad y las exigencias de una sociedad organizada<sup>550</sup> y ello represente un resultado único. Inclusive, como ya hemos apuntado, aun cuando el principio de proporcionalidad ha sido admitido por múltiples jurisdicciones en la adjudicación de controversias jurídicas, el mismo no asegura un resultado único en cuanto a los derechos sustantivos<sup>551</sup> se refiere. Todo parece sostener que las posibles variables en la concepción de la adjudicación del derecho encuentran coincidencias en el

---

<sup>550</sup> Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

<sup>551</sup> MARTIN LUTERAN, *The Lost of Meaning of Proportionality*, PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 2 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Weber, eds., Cambridge University Press, 2014).

pensamiento y en la práctica jurídica que a fin de cuentas están fundamentalmente llamadas a la protección de la dignidad y las libertades humanas como principios rectores universales.

## 5. Los límites de Constitucionalidad de la acción Estatal en el contexto del cuerpo humano en Puerto Rico

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico al igual que la de Constitución de Estados Unidos protege el derecho de las personas a hacer determinaciones sobre aspectos que atañen al cuerpo humano. La jurisprudencia local sobre usos de las partes anatómicas corporales en la isla es escasa. Tomando en consideración que el uso de los materiales biológicos corporales se encuentra estrechamente vinculado a la manifestación de la voluntad individual, a través del examen de algunas de las opiniones por el Tribunal Supremo de Puerto Rico que tocan tangencialmente este tema puede apreciarse la doctrina local. Por ejemplo, en una controversia recientemente traída ante el máximo foro judicial en la que mediante *certiorari* el Tribunal Supremo del país intervino para opinar sobre la validez de una *declaración previa*, que disponía que por razones religiosas se rechazaba la transfusión de sangre como tratamiento médico, sin sujeción a condición de salud, y aun cuando lo hubiera, ocasionara la muerte del mandante.<sup>552</sup>, <sup>553</sup> La parte promovente reclamaba la inconstitucionalidad de la "Ley de la Declaración de la Voluntad", Ley 160 de 17 de noviembre de 2001, 24 L.P.R.A. sec. 3651 *et seq.* por ésta imponer límites a la voluntad en cuanto a determinaciones relacionadas

---

<sup>552</sup> Se trató del caso *Lozada Tirado v. Tirado Flecha*, 177 D.P.R. 893 (2010).

<sup>553</sup> La *declaración previa* de la voluntad, también conocida como testamento vital o directrices anticipadas (en inglés *living wills* o *advance directives*) son comúnmente utilizados como sinónimos para definir un documento a través del cual una persona expresa sus deseos sobre el curso de acción a seguir en cuanto a su tratamiento médico en caso de sobrevenirle una condición futura que le impida expresar su voluntad. El profesor Pedro Silva Ruiz, define esta figura jurídica como “*El testamento vital es una orden escrita dada por un individuo, mientras se encuentra en el ejercicio de sus facultades mentales, indicativa del tratamiento médico que quisiera recibir en el momento en que, como paciente se encuentre incapacitado. para tomar decisiones.*” Véase, Pedro F. Silva Ruiz, *El Derecho a morir con dignidad y el testamento vital*, 592-593 REVISTA GENERAL DE DERECHO, 425 (1994).

tratamiento médico de una persona. El Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que la ley era inconstitucional en tanto y en cuanto imponía límite a la voluntad válidamente expresada por un ciudadano y sujetaba su eficacia solamente a circunstancias dispuestas por la ley.<sup>554</sup>

En la opinión del Tribunal Supremo, la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico consagra el principio cardinal de la inviolabilidad de la dignidad del ser humano. A base de ello, reconoce como “*derechos fundamentales la intimidad y la protección contra ataques abusivos a la honra, la reputación y la vida privada o familiar*” según lo dispuesto por el artículo II de la sección 1 y 8 de la Constitución. Destaca que estos derechos tienen especial preeminencia en el esquema constitucional del país por lo que ha resuelto que el Estado tiene una función dual de proteger los derechos constitucionales: “*abstenerse de actuar de manera tal que no se viole el ámbito de autonomía e intimidad individual y actuar en beneficio del individuo*”.<sup>555</sup> Al examinar la jurisprudencia estatal como lo de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo de la isla declara que “*el derecho de intimidad consagrado en la Constitución de Puerto Rico protege la inviolabilidad del cuerpo humano y el derecho de las personas a tomar decisiones respecto a éste.*”<sup>556</sup>

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha reconocido, aunque en el contexto del consentimiento informado del paciente, que el saldo del balance de un interés gubernamental frente al derecho constitucional de un paciente deberá favorecer la

---

<sup>554</sup> El artículo 6 de la Ley 160 de 17 de noviembre de 2001 limitaba el derecho del paciente a rehusar tratamiento ante la existencia de una condición terminal o estado vegetativo irreversible.

<sup>555</sup> El Tribunal hace referencia a la decisión por parte del mismo foro en *Sociedad de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*, 145 D.P.R. 178, 201 (1998).

<sup>556</sup> *Lozada Tirado v. Tirado Flecha*, 177 D.P.R. 893 (2010) y *Santiago Otero v. Méndez*, 135 D.P.R. 540 (1994).

voluntad de la persona.<sup>557</sup> El Tribunal parte de la premisa que ningún derecho es absoluto, lo que a su vez coincide con la existencia de presunción de constitucionalidad de las leyes según resuelto en *E.L.A. v Aguayo*.<sup>558</sup> Añade que al tratarse de limitar o anular un derecho constitucional, el análisis de los intereses del Estado no puede ser tomado livianamente. Recordemos que el derecho de la persona a tomar decisiones sobre el tratamiento médico sobre su cuerpo es reconocida como parte de la doctrina del derecho de intimidad, el cual ha sido reconocido como una de las libertades fundamentales protegidas por el ordenamiento constitucional. El balance de los intereses del Estado no puede basarse en un juicio subjetivo sobre dicha conducta, sino en el respeto a la dignidad humana y a la libertad individual, la cual solo podría verse limitada por un interés estatal legítimamente considerado como apremiante. En consideración del historial jurisprudencial de los EE.UU. y de Puerto Rico puede concluirse que el derecho de la persona a tomar decisiones sobre su cuerpo no debe estimarse limitado a aquellos asuntos relacionados con tratamientos médicos. A tenor con el derecho de intimidad consagrado en la Constitución y del interés libertario protegido por el debido proceso de ley, el Tribunal reconoce que según lo refleja el historial legislativo de la Ley 160, antes citada, la legislatura del país a buscado integrar en el ordenamiento el reclamo del derecho a la intimidad y al reconocimiento de la autonomía del individuo a decidir libremente que hacer con su cuerpo. Como cuestión lógica, la protección concedida por parte del Tribunal desde el punto de vista del tratamiento médico notablemente admite ser enunciada en diferentes manifestaciones que por razón de las ciencias se ven transformadas.

El mismo Tribunal destaca la forma en que los adelantos científicos y tecnológicos de las últimas décadas han posibilitado cambios sorprendentes que inclusive han dado extensión cuasi artificial a la vida misma. Precisamente esos

---

<sup>557</sup> El Tribunal Supremo de Puerto Rico en su resolución ante el *certiorari* en el caso *Lozada Tirado v. Tirado Flecha*, 177 D.P.R. 893 (2010) hace referencia a decisiones previas tales como *Santiago Otero v. Méndez*, 135 D.P.R. 540, 557 n. 24 (1994), y *Montes v. Fondo del Seguro del Estado*, 87 D.P.R. 199, 203-04 (1968).

<sup>558</sup> *ELA v. Aguayo*, 80 D.P.R. 52 (1958).

desarrollos tecnológicos han creado un nuevo escenario que da origen a las renovadas formas de administrar el Derecho. El manejo de las dimensiones introducidas por las ciencias aunque complejas por motivo de la especialidad de algunos de sus aspectos, no obstante, encuentra una solución ajustada en los valores jurídicos que se entrelazan en el ámbito de la intimidad y la potestad de autodeterminación de la persona. El significado dado a la autonomía de la persona para tomar decisiones no es otro sino la exteriorización del derecho a la intimidad que distinto a la Constitución norteamericana, se encuentra expresamente reconocida por la Constitución de Puerto Rico. Existe consenso en el ordenamiento de la isla que cuando no compromete a terceros, el cuidado de la salud propia se recluye en el ámbito de la privacidad<sup>559</sup> o intimidad. Este valor de importantísima consideración encuentra refuerzo en la determinación por parte del Tribunal Supremo que inclusive ha concedido a una persona impartir instrucciones específicas sobre el tratamiento de su cuerpo y con ello hacer valer su voluntad libre de intervenciones.

Indispensable es recordar que, contrario a la Constitución de los Estados Unidos que no establece en textos claros el derecho a la intimidad; y de ahí las variadas interpretaciones judiciales buscándole “*autor o encasillado jurídico*”, la de Puerto Rico lo consagra expresamente. De conformidad, “...[L]a intromisión en la vida privada solo ha de tolerarse cuando así lo requieran factores superantes de salud y seguridad pública o el derecho a la vida y a la felicidad del ser humano afectado...”<sup>560</sup> No obstante, quizás aquello que representa el derecho a la intimidad no lo sepa nadie con exactitud;<sup>561</sup> sin embargo, no debe existir tal vacilación si

---

<sup>559</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, *Interacción del Derecho de Familia con otras Áreas del Derecho: Las Voluntades Anticipadas: Una Apertura a favor del Reconocimiento de la Autonomía de la Voluntad para Expresar Decisiones Bioéticas*, 41 REV. JUR. U.I.P.R. 135, 157 (2006).

<sup>560</sup> Pedro F. Silva-Ruiz, *Desarrollos recientes y tendencias del Derecho civil para el Siglo XXI en Puerto Rico*, 1 REVISTA ACADEMIA PUERTORRIQUEÑA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, Núm. 1, 85, 99 (1989). En este sentido, véase, *García v. Acosta*, 104 D.P.R. 321, 324 (1975) el cual a su vez cita a *Figueroa Ferrer v. ELA*, 107 D.P.R. 250, 261 (1978).

<sup>561</sup> Ramón Antonio Guzmán, *La tutela del domicilio como derecho de intimidad en la Constitución Española de 1978 -Acercamiento Comparativo-*, 1 REVISTA ACADEMIA PUERTORRIQUEÑA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, Núm. 1, 115 (1989).

reflexionamos en torno a éste desde la perspectiva de lo que una persona prefiera hacer con su propio cuerpo. Como tal, posiblemente no se encuentra enumerado en la Carta de Derechos el que la persona goza de la potestad para actuar sobre su cuerpo según mejor juzgue; pero no hay duda que la libertad deja de ser un bien abstracto sólo cuando revela la voluntad de la persona.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha desaprovechado la oportunidad para formular los criterios que permitan concretar la amplitud del derecho de la persona para disponer de su cuerpo y de las partes anatómicas; y en su lugar ha optado por adjudicar controversias conforme al literal normativo por falta que fuera el mismo. En el año 2001, el Juez Rebollo López emitió una sentencia que tuvo el efecto de desestimar una demanda por daños incoada por los parientes sobrevivientes de una persona de cuyo cadáver habían sido removidas las córneas de los ojos sin que para ello mediara consentimiento *ante mortem* o de sus sucesores. El auto de certiorari fue presentado en el caso *Sucesión de Rafael Gilberto Concepcion v. Banco de Ojos del Leonismo Puertorriqueño*<sup>562</sup> en el cual el Tribunal resolvió que la Ley de Donaciones Anatómicas de Puerto Rico,<sup>563</sup> según redactada, no requería que los familiares de un occiso prestaran su consentimiento para que el Instituto de Ciencias Forenses como instrumentalidad del Estado<sup>564</sup>, procediera a la remoción de las córneas a aquellos cadáveres a los que le practicara una autopsia por disposición de ley.<sup>565</sup> La premisa de este razonamiento parece descansar que por el Estado tener autoridad en ley para

---

<sup>562</sup> *Sucesión Rafael Gilberto Concepción v. Banco de Ojos del Leonismo Puertorriqueño*, 2001 T.S.P.R. 24.

<sup>563</sup> Ley de donaciones anatómicas de Puerto Rico, Ley 296 de 25 de diciembre de 2002, según enmendada.

<sup>564</sup> De conformidad con lo establecido por la norma, el Tribunal Supremo establece que el Estado no goza de autoridad para remover el tejido ocular sin previo consentimiento en aquellos casos en los que la autopsia del cadáver no es requerida.

<sup>565</sup> La Ley del Instituto de Ciencias Forenses de Puerto Rico, Ley Número 13 de 24 de julio de 1985, según enmendada, establece que la autopsia será mandatoria con el objeto de determinar la causa y manera de muerte cuando el fallecimiento es el resultado de actos delictivos, de accidente autos, envenenamiento, relacionados al empleo de la persona, suicidio o la muerte fuera repentina cuando la persona gozaba de salud, entre otros. (34 L.P.R.A. § 11, 12).

practicar una autopsia se subrogará en posición de los sucesores del occiso con potestad para ceder el tejido ocular.

El Juez Rebollo López entendió que el legislador llevó a cabo “*un balance entre el interés público de lograr la donación de córneas y la protección de la integridad del cadáver.*” (Énfasis Nuestro). Añadió dicho balance se logra “*al prohibir la remoción [de las corneas] cuando esto altere la apariencia física del finado más allá de lo que, obviamente, ocurrirá durante la autopsia.*” Es como si nos advirtiera que el bien jurídico a proteger se tratara del aspecto exterior del fenecido; y con ello obviara, al así entenderlo, que la ley atenta contra la dignidad de los que le sobreviven por faltar a la reverencia del fenecido conforme a la realidad cultural local. En el análisis del balance de intereses, el Tribunal examina el historial de la ley y destaca el fin gubernamental de aumentar los abastos de tejidos (glándulas, hueso, piel, etc.), órganos (riñón, corazón, etc.) o parte de ellos (córneas) para que puedan ser utilizados efectivamente en trasplantes o investigaciones científicas.<sup>566</sup> Según expresa el Tribunal, el Estado actúa como ente autorizado y destaca la celeridad requerida por el procedimiento ablación para lograr efectivamente su trasplante.<sup>567</sup> Justifica su conclusión del análisis de los intereses contrapuestos en favor del Estado siguiendo las señales dadas por el legislador en el historial de la norma que sugiere que de requerir el consentimiento de los familiares se experimentarían retrasos en la entrega del cuerpo y de la ablación. Enuncia el Tribunal que su función “*no es establecer política pública*” sino más bien “*interpretar la ley y no juzgar su bondad o sabiduría.*”<sup>568</sup> Añade y concluye que por la claridad del historial de la Ley de Donaciones Anatómicas, como Tribunal Supremo no puede más que hacerla cumplir dejando a un lado las “*particulares visiones utópicas de cómo quisiéramos que fuese el planeta.*”

---

<sup>566</sup> Exposición de motivos de la Ley Número 33 de 29 de mayo de 1984.

<sup>567</sup> La ablación del tejido ocular debe llevarse a cabo entre 6 a 8 horas a partir de la muerte.

<sup>568</sup> En su exposición, el Tribunal cita *Famania v. Corp. Azucarera*, 113 D.P.R. 654, 657-658 (1982).

Esta actitud judicial indiferente deja a un lado posibles consideraciones de inconstitucionalidad que el Juez Fuster Berlingeri expusiera en su opinión disidente. En la misma puntualiza que el acto de apropiación de un cadáver o sus partes anatómicas previo a la anuencia de los familiares inmediatos del finado es contrario al orden constitucional. Añade que lo dispuesto es un “proceder ofensivo” y contrario a las “sensibilidades humanas” protegidas por el derecho constitucional a la intimidad del cuerpo familiar. Una mirada crítica a la postura adoptada por los Jueces Rebollo y Naveira de Rodón no puede llevarnos a pensar que existe licitud en el acto de apropiación del Estado puesto que su análisis tan sólo se limita a la interpretación de la letra de la norma escrita y no a su contenido jurídico o constitucionalidad. Con esto, los intérpretes del Derecho de la más alta Curia desafortunadamente dejaron escapar la oportunidad de fortalecer el estado de derecho y garantizar derechos y libertades de la ciudadanía del país. Como hubiéramos apuntado, la interpretación mecánica de la norma no representa en sí misma una solución única y como método de razonamiento podría estar falto de la conciencia sobre las circunstancias que producen la ley, el mal social que ha querido curar y la eficacia del remedio.<sup>569</sup> Como expresara RECASENS en voz de MANUEL RODRIGUEZ RAMOS:

El juez, cuando interpreta las leyes del legislador de tal manera que la individualización de esas leyes en los casos singulares resulte lo mas acorde posible con la justicia, es mucho mas fiel a la voluntad del legislador y mas fiel a la finalidad que este propone, que cuando las interpreta de una manera literal, lo cual es un desvarío, o mejor dicho, algo peor, un absurdo, porque interpretación literal es una expresión tan absurda como la de un cuadrado redondo; si es interpretación, no puede ser literal, no constituirá interpretación.<sup>570</sup>

Provoca preocupación un panorama que proyecta a intelectuales del Derecho adentrarse en un análisis literal de contenido de normas faltas de legalidad sin que ello

---

<sup>569</sup> TRÍAS MONGE, *supra*, n. 45, p. 4.

<sup>570</sup> El Profesor Rodríguez Ramos cita a Recasens Siches, en su artículo *La Equidad en el Derecho Civil*. 33 REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS, Núm. 1, pp. 57-64, 32 (1972). (RECASENS SICHES, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO 246 ( México: Ed. Porrúa, 1970).

cause sobresalto y necesidad de responder al principio rector de justicia. Aun cuando la voluntad del legislador hubiera sido instituir medidas que favorecieran el bienestar de un grupo de personas (en este caso no videntes) dichas razones de política pública atentan contra el objetivo de dispensar justicia conforme al mandato dado por el pueblo en su Constitución. De ahí que nos corresponda destacar la importancia que los juristas seamos centinelas del derecho particularmente en un renglón del mismo cuya plataforma se encuentra en desarrollo. Interesantemente, la Juez Naveira de Rodón, a pesar de emitir una opinión de conformidad, apunta en contraste con su propia opinión que:

Las visiones sociales y preceptos legales en torno a la donación de órganos se han ido transformando a medida que pasan los años. Los avances médicos han contribuido a esta constante evolución social y estatutaria. **La perspectiva socio-legal está en un punto que, si bien persigue facilitar la obtención de órganos, tejidos o alguna otra parte de un cuerpo humano, podría estar al filo de violentar el delicado balance que existe en el campo bioético y moral.** En la lucha para impedir que se trastoque este balance, se utilizan conceptos y términos como autonomía, beneficencia, muerte clínica y consentimiento informado. Éstos se han convertido en elementos constantes en el discurso socio-legal de la donación de órganos. (Énfasis Nuestro).

Las expresiones de la Juez Naveira de Rodón, al contextualizar la actividad de cesión de órganos o tejidos para ser trasplantados, sirven puntalmente para destacar la necesidad de aumentar la intensidad en el diálogo en torno a estos asuntos. El contenido de sus expresiones esgrime el llamado a que los procesos legislativos procuren la conceptualización coherente entre las normas y la tecnología y los avances científicos. En este mismo sentido debe entenderse que esa transformación continua del pensamiento social demanda reconocer, tal como nos advirtiera GONZALEZ TEJERA, al señalar que la conciencia de las personas no puede ser legislada. Como expusiera el mismo jurista, al calor de las nuevas tecnologías médicas, nuestra sociedad industrial ha inventado necesidades que antes eran

impensables; tanto así, que hemos pasado de la conceptualización del cuerpo humano como objeto separable en sus partes para análisis y tratamiento, a la separación física de sus partes constitutivas.<sup>571</sup>

Se requiere hacer un re-examen de los supuestos que configuran el derecho tomando en consideración los preceptos desarrollados por las transformaciones experimentadas con el tiempo. Urge que en dicho modo o en otros análogos nos enfrentemos a la inaplazable tarea de renovar nuestro Derecho.<sup>572</sup> En el ámbito de los derechos fundamentales es en donde estas reflexiones se hacen más evidentes en la medida en que el alcance de su contenido se configura no sólo a través del texto constitucional ni en las leyes orgánicas que los desarrollen, sino en la forma que finalmente adopten en cada caso y, especialmente, cuando se tienen que articular con otros derechos fundamentales.<sup>573</sup>

El deber del Estado consiste en “*propiciar la libertad integral del ciudadano*”<sup>574</sup> según expresado por el pueblo durante el proceso constitucional de la

---

<sup>571</sup> Efraín González Tejera, *Contestación al Discurso del Hon. Jean-Louis Baudouin*, V REVISTA ACADEMIA PUERTORRIQUEÑA DE JURISPRUDENCIA (1998), disponible en [http://issuu.com/academiajurisprudenciapr.org/docs/revista\\_volumen\\_v\\_ce57d5e7ce32b3/17?e=0](http://issuu.com/academiajurisprudenciapr.org/docs/revista_volumen_v_ce57d5e7ce32b3/17?e=0) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>572</sup> José Trías Monge, *Consideraciones Sobre Nuestra Justicia*, 33 REV. COL. ABOG. P.R., Núm. 1, 1972, p. 57, 59.

<sup>573</sup> Mercedes Galán Juárez, *La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional*, ISEGORÍA, Núm. 3, julio-diciembre 2006, p. 42.

<sup>574</sup> El Congreso de los EE.UU. eliminó la sección 20 de la Carta de Derechos que disponía que disponía que “*En su deber de propiciar la libertad integral del ciudadano, el pueblo y el gobierno de Puerto Rico se esforzarán por promover la mayor expansión posible de su sistema productivo, asegurar la más justa distribución de sus resultados económicos, y lograr el mejor entendimiento entre la iniciativa individual y la cooperación colectiva. El Poder Ejecutivo y el Poder Judicial tendrán presente este deber y considerarán las leyes que tiendan a cumplirlo en la manera más favorable posible.*”

El Gobernador de entonces, Luis Muñoz Marín, restó importancia a la eliminación de la sección 20, pues a su juicio solo tenía significado moral y no legal, representando la expresión de lo deseable y dijo que “*si en algún momento las condiciones del país lo permitieran, las Cámaras (de Puerto Rico) podrían aprobar leyes para poner en práctica, hasta donde fuera posible, muchas de las disposiciones contenidas en la sección sin que tuvieran que figurar en la Constitución*”.

isla. Esta es la máxima expresión del pueblo puertorriqueño sobre los derechos humanos. Cuando se encuentren confrontados los intereses individuales y los colectivos en asuntos relacionados con la persona y las ciencias que tratan sobre el cuerpo humano, la respuesta debe favorecer el interés que materializa en forma palpable las libertades humanas. La intensidad requerida para justificar la intervención estatal sobre la esfera individual es definida con claridad por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Colón v. Romero Barceló*:<sup>575</sup>

Los intereses contrapuestos deben ser recíprocamente compulsados, en todos los casos de antagonismo, según principios racionales. La infracción estará justificada únicamente cuando, atendiendo a consideraciones objetivas, el interés del agente público o privado sea de mayor valor o rango. Ha de atenderse al interés mas alto cuando la infracción aparece objetivamente como necesaria e inevitable y según las circunstancias, contenido y forma aparece como el medio mas indicado y adecuado para obtener, por medio del ataque llevado a cabo, una finalidad licita y jurídica.<sup>576</sup>

El más alto Tribunal del país expresa sin ambages que las restricciones al derecho a la intimidad solo deben tolerarse cuando no existan medios menos drásticos para la protección de intereses apremiantes del Estado, y sólo cuando estén presentes **garantías adecuadas**, de forma tal que esta invasión se limite a lo que sea **estrictamente necesario**. Añade que los intereses apremiantes del Estado son aquellos objetivos de la más alta jerarquía cuya atención es inaplazable, como en el caso de circunstancias especiales de amenaza real a la seguridad nacional o un grave peligro para el orden social.<sup>577</sup> El método de análisis constitucional de Puerto Rico

---

Mundo Hispánico, *La Constitución del Nuevo Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, Conferencia leída el 10 de octubre de 1952, Instituto de Derecho Político, Constitucional y de la Administración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en acto presidido por el Director de este Instituto, professor Faustino J. Legón. La versión de archivo se encuentra disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129434&orden=0&info=link> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>575</sup> *Colón v. Romero Barceló*, 112 D.P.R. 573 (1982).

<sup>576</sup> En su opinión, el Tribunal hace referencia a SANTOS BRIZ, DERECHOS DE DAÑOS 165 (Edersa 1963).

<sup>577</sup> El Tribunal reitera la doctrina que estableciera en el caso *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 D.P.R. 35 (1986).

encuentra coincidencia con el modelo observado por los EE.UU. Las causas para dichas coincidencias descansan en el vínculo histórico compartido por ambas jurisdicciones. No obstante el evidente concurso en el método de interpretación jurídica, la defensa de los derechos de libertad de la persona en Puerto Rico, históricamente han mostrado matices propios de las instituciones consagradas en su Constitución. Recordemos que la Constitución de Puerto Rico, al igual que los estados de la unión norteamericana puede ampliar el grado de protección<sup>578</sup> ofrecida a sus constituyentes. La tradición jurídica, sin embargo, en los tiempos actuales se encuentra necesitada de atender las nuevas formas de vida. Debe tenerse en cuenta que el acento puesto en el método de interpretación no debe desplazar el contenido o dimensión activa del individuo que reclama participación en el entramado que forma el ordenamiento social, político, económico y jurídico.

El orden democrático debe reconocer que la voluntad personal es la piedra angular en la que descansa la libertad. A fin de cuentas, la voluntad de la persona se transforma en la idea que conforma la libertad real. La sociedad civilizada impone compromisos entre la libertad individual y el interés social. Cuando la sociedad desarrolla su economía nace el interés individual en asegurar lo adquirido<sup>579</sup> y todo aquello que le pertenece. Aun cuando pueda estar moderado por el interés general y avance de la ingeniería social se encuentra llamado al respeto de su unidad constitutiva, la persona.

Los valores e intereses generales subyacen a los valores individuales muy particularmente en los aspectos de libertad. El historial jurisprudencial de Puerto Rico, cónsono con el norteamericano, ubica la potestad del individuo para actuar sobre su propio cuerpo en el derecho a la intimidad el cual está expresamente consagrado en la Constitución del país<sup>580</sup> y ha sido interpretado por el Tribunal

---

<sup>578</sup> Esto se conoce como “factura mas ancha”.

<sup>579</sup> A.P.R. v. Tribunal Superior, 103 D.P.R. 903, 907 (1975).

<sup>580</sup> Constitución de Puerto Rico, Art. II, sec. 8.

Supremo de Puerto Rico como un derecho de particular preeminencia en el esquema constitucional de la isla.<sup>581</sup> Su envergadura es tal que opera *ex proprio vigore* e impone el deber de no inmiscuirse en la vida privada o familiar de las personas”. La protección opera tanto frente al Estado como ante personas particulares. De esta manera el ordenamiento, aun carente de jurisprudencia sobre el particular, claramente ubica la facultad para disponer del propio cuerpo y los materiales biológicos procedentes del mismo como potestad inherente de la persona la cual está contenida en la expresión de libertad individual que junto al derecho a la intimidad alcanza la más alta de las protecciones constitucionales. Con ello, el ordenamiento vela y protege contra la intrusión estatal en áreas cuya potestad decisoria propiamente corresponde al ciudadano. La intensidad de la protección concedida por el orden constitucional de la isla, en virtud del carácter de factura mas ancha, al ser comparada con los derechos concedidos por el ordenamiento norteamericano, conlleva que el derecho a la libertad para expresar la voluntad personal sea considerado consustancial a la dignidad humana.<sup>582</sup>

Como imperativo democrático en la protección de tales derechos, según expresara el pasado Juez Hernández Denton en *Pueblo v. Díaz Medina*,<sup>583</sup> no puede concedérsele un cheque en blanco al Estado para que realicen intromisiones sin justificación. Por ello su advertencia de que el razonamiento automático representa un peligro y sienta las bases para justificar intervenciones totalitarias ajenas a los principios fundamentales que emanan de la Carta de Derechos.

Ya hemos visto que para delimitar el alcance de la intervención estatal en el ámbito de la libertad individual sobre el propio cuerpo, en primera instancia, es

---

<sup>581</sup> *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de PR*, 145 D.P.R. 178, 201 (1998) al citar *Colón v. Romero Barceló*, 112 D.P.R. 573 (1982); *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*, 107 D.P.R. 250 (1978); *E.L.A. v. Hermandad de Empleados*, 104 D.P.R. 436 (1975).

<sup>582</sup> *Rexach v. Benítez*, 162 D.P.R. 130 143 (2004).

<sup>583</sup> *Pueblo v. Díaz Medina*, 2009 T.S.P.R. 138 (2009). El Juez Hernández Denton disintió de la opinión mayoritaria.

necesario reconocer la intensidad de la protección que le otorga el orden constitucional. Siguiendo el esquema de análisis jurídico norteamericano, cuya aplicación se extiende al de la isla, al tratarse de un derecho constitucional fundamental comparable al derecho a la intimidad, su valoración conlleva los rigores propios del escrutinio estricto. Sólo un interés entendido como apremiante logra el *quantum* que podría justificar que el Estado interfiera en el ámbito de los valores personales; la libertad de poder, como señorío de los bienes; y potestad para autodeterminar los intereses individuales.<sup>584</sup>

Conviene que los operadores del derecho tengan presente que la protección de los derechos humanos es la línea básica del razonamiento moral y jurídico.<sup>585</sup> Interpretar el alcance de las garantías constitucionales frente a los intereses estatales conlleva que el orden democrático reconozca la facultad de la persona para actuar en beneficio de sus propios intereses y con ello lograr certeza seguridad fundamentada en los principios que acoge la Carta de Derechos. La protección constitucional en el recinto de la autonomía personal viabiliza que la persona pueda ceder materiales biológicos procedentes de su cuerpo según su voluntad. Lo cierto es que el Estado promueve su cesión mediante legislación especial. En el área de la salud, el Estado demanda la disponibilidad de materiales biológicos humanos con fines terapéuticos o adelantos científicos lo que por motivos de una política pública confusa y legislación

---

<sup>584</sup> MARIANO ALONSO PÉREZ, *La Autonomía Privada y su Expresión Fundamental, el Negocio Jurídico*, en TRATADO DE DERECHO CIVIL: NORMAS CIVILES Y DERECHO SUBJETIVO 239-375, 242, 243 (Joaquín J. Rams Albesa, dir., 1ra ed. 2014). El Profesor Alonso describe con amplitud el concepto de la autonomía privada y plantea estos componentes en la conformación de la autonomía privada. Expone que la autonomía privada constituye la esencia del Derecho civil y que se ha configurado por la doctrina en general como "manifestación o expresión de la libertad individual. Viene a ser sinónimo de libertad, o autorregulación jurídica, manifestación, en definitiva, del reconocimiento de la soberanía del individuo en la conformación de las relaciones jurídicas.

<sup>585</sup> María Casado González, *Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*. Universitat de Barcelona. Departament de Sociologia i Metodologia de les Ciències Socials., 53 PAPERS REVISTA DE SOCIOLOGÍA 37-44 (1997) disponible en <http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/25478/25312> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

inconsistente ha desembocado en la marcada tensión entre los intereses individuales y los públicos.

La doctrina del balance de los intereses en pro de los fines estatales conlleva nuevas importantes consideraciones a la luz del orden constitucional de Puerto Rico. La Carta de Derechos contiene los espacios para lograr protecciones requeridas para tener un gobierno balanceado en consideración de los derechos fundamentales. También se requiere de importantes distinciones; los derechos que puedan recaer sobre el cuerpo humano son distintos a los pueden recaer una vez convertido en cadáver o sobre las partes separadas de aquel. Asignarle valor a la autonomía privada eficacia en la realización de negocios jurídicos sobre materiales del propio cuerpo provoca tensiones naturales cuya solución requieren aceptar a la persona como ente racional dotado de poder autodecisor que proviene de su propia condición humana. Dentro de los grandes principios y quizás a la cabeza de todos se encuentra el poder de la persona para configurar y disciplinar su propia esfera jurídica en virtud de la soberanía de la persona. Esta es la línea de pensamiento que debe ser consagrada como disciplina jurídica en la adjudicación de posibles conflictos de interés sobre los materiales procedentes del cuerpo humano.

En la defensa de las libertades individuales y de la protección de posturas arbitrarias que ignoran la evolución histórica del derecho, no pueden permitirse razonamientos que tomen giros y den vuelta atrás a los logros alcanzados de luchas centenarias. Con ello no deben entenderse derrotados los contenidos básicos de la estructura de gobierno que con el tiempo irán cobrando mayor claridad y fortaleciendo los límites infranqueables del derecho cuyas afirmaciones atemperadas a la realidad de hoy son cónsonas con un Estado social y democrático de Derecho.

## **CAPITULO VI: EL ALCANCE DE LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE LOS MATERIALES CORPORALES HUMANOS**

### **1. Mirada al desarrollo de legislación a favor del reconocimiento de la persona sobre los materiales de su cuerpo y la data genética.**

#### **(a) Aproximaciones sobre el concepto de dominio de la persona sobre los materiales que son removidos de su cuerpo**

El Derecho demanda la búsqueda continua de nuevas instituciones de orden jurídico que logre ofrecer soluciones prácticas que permitan el justo equilibrio en la administración del ordenamiento. No se trata de cambiar la conciencia social; sino de configurar nuevas instituciones o figuras jurídicas atemperadas a las realidades políticas, sociales y económicas reconfiguradas por el avance de las ciencias y el desarrollo tecnológico. La historia del Derecho civil y su concepción moderna nos sitúan, en primer término, ante una dimensión fundamental de la persona, su libertad. Esta, por sí sola, explica gran parte de su contenido institucional que ha sido fraguado con el correr del tiempo. Libertad que es tanto como supremacía del individuo y su autodeterminación, reconocimiento de su dignidad, de facultades y responsabilidades. Nos encontramos frente a una parte del ordenamiento que se apoya fundamentalmente en la libertad de la persona, y esta libertad en el Derecho civil.<sup>586</sup>

La actividad humana claramente refleja más de una dimensión sobre los actos que lleva a cabo la persona natural sobre su propio cuerpo. El alcance de dichas manifestaciones permiten, por un lado, repeler transgresiones sobre su cuerpo; y por otro lado, disponer lícitamente de las partes separables del propio cuerpo con fines jurídicamente válidos. Existe diversidad en las posturas doctrinales sobre los derechos

---

<sup>586</sup> ALONSO PÉREZ, *supra*, n. 584.

que tiene la persona sobre su cuerpo físico; algunas con inclinaciones matizadas por tendencias de carácter moral o religioso. La respuesta a la interrogante de si la persona es dueño de su cuerpo y con ello puede hacer con él lo que quiera ha sido resumida por estudiosos de este campo del Derecho en tres tesis principales, a saber: el *dominio imperfecto*, el *dominio privado* y el *dominio público* del cuerpo.<sup>587</sup> La primera prohíbe cualquier tipo de manipulación del hombre sobre el cuerpo, puesto que es inmoral en razón de que éste es una concesión divina, y por tanto el hombre no tiene dominio absoluto del cuerpo. En cuanto a la segunda, la misma se enmarca en una base antropocentrista<sup>588</sup> que otorga al hombre la posesión y disposición sobre el cuerpo, considerándose éste una “propiedad individual”. Finalmente, la tercera tesis plantea que el cuerpo del individuo es parte de un cuerpo social global, considerando el acto de donación como un deber, y que por ello debe contribuir al beneficio de otros; por lo tanto media subordinación de lo individual a lo colectivo.<sup>589</sup>

Las anteriores tesis reflejan diferentes gradaciones de intensidad participativa de la persona sobre su propio cuerpo, visto como una sola unidad; entiéndase, la coincidencia entre la persona y la estructura corporal. Propiamente examinadas, las mismas no están reñidas o excluyen de plano que el derecho reconozca afirmativamente al sujeto fuente la potestad de llevar a cabo negocios jurídicos con las partes anatómicas o materiales biológicos ya separados del cuerpo humano. Las mismas recogen pensamientos generalizados que tienden a ser confundidos con el tratamiento que debe ser dado a los materiales extraídos del cuerpo que se encuentran en un estado físicamente independiente del armazón corporal.

Al manejar los conceptos generales apoyados por la tesis antes enunciadas

---

<sup>587</sup> Yolanda M. Guerra García & Álvaro Márquez Cárdenas, *Bioética, Trasplante de Órganos y Derecho Penal en Colombia*, REVISTA PRINCIPIA A IURIS, Núm. 15, enero-junio 2011, 207-224, 213. En este sentido véase, FABIO ALBERTO GARZÓN DÍAZ, *BIOÉTICA: MANUAL INTERACTIVO* (3R Editores, Ira. ed. 2000).

<sup>588</sup> Supone al hombre al centro de las cosas.

<sup>589</sup> Guerra García, *supra*, n. 587, p. 219.

debemos señalar la importancia de entender que el contenido del Derecho favorezca la plenitud del orden público en atención del respeto por la diversidad de las voluntades individuales. El Derecho en concreto procura tutelar preceptos que están situados en el marco amplio que otorga libertad a las personas para entablar las relaciones con las que persiguen tener efecto jurídico. La postura descrita como *dominio imperfecto* y que prohíbe cualquier intervención del cuerpo humano por razón de su concepción como ente divino debe ser circunscrita al terreno de lo privado. Representa lo que hemos descrito como la dimensión negativa del derecho a la integridad corporal la cual le protege de amenazas y de atentados en contra de ésta. En cuanto a su exteriorización, como voluntad individual, el ordenamiento ya salvaguarda, con algunos límites, su posible perturbación.

Referente a la tesis que postula el *dominio privado* es evidente que su enfoque recoge el aspecto positivo de la autonomía personal y privada. Por sí sola, esta tesis explica gran parte del contenido institucional formado a través de los tiempos. Representa la expresión positiva del derecho a la integridad corporal en cuanto la persona realiza actos de dominio; salvo las condiciones limitativas propias del orden público. Esta es una postura que puede entenderse como una concepción equilibrada que corrige el extremo postulado por la tercera tesis la cual estrictamente subordina los intereses individuales frente a los intereses colectivos.

Desde la óptica de la tesis central del presente estudio consideramos que la autonomía individual coloca a la persona en un lugar preferente para hacer ejercicio de sus facultades y regular sus propios intereses. Con ello el ordenamiento debe dar reconocimiento positivo a la potestad de la persona para ejercer actos de dominio sobre las partes procedentes de su cuerpo; siempre que no represente daño irreversible para sí y no represente riesgos a terceros. Puntualmente, el contenido del derecho que trata sobre las facultades de la persona para realizar actos jurídicos con los materiales biológicos separados del propio cuerpo implica el respeto por la autonomía y la

autodeterminación de la persona, la no maleficencia que involucra no perjudicar a otros o a sí mismo, la beneficencia y la justicia.<sup>590</sup>

El poder de la persona para ejercer su potestad sobre su cuerpo tampoco puede ser predicado de manera absoluta pues el ordenamiento procura evitar consecuencias impermisibles como la mutilación irreversible, la ablación de órganos vitales, y dar final a la vida. Una vez desprendidas de su fuente, los materiales corporales ya son cosas susceptibles de dominación jurídica de tipo real.<sup>591</sup> Son las circunstancias religiosas, morales y sociales que concurren las que parecen impedir que el derecho positivo reconozca su naturaleza. Debe tenerse claro los conceptos que dan margen a la posibilidad jurídica de los materiales biológicos corporales muy particularmente cuando la realidad actual manifiestamente evidencia su tráfico jurídico generalizado.

Tanto en España como en los EE.UU. y Puerto Rico se aprecia una tendencia por la aprobación de legislación especial orientada a reglamentar aspectos específicos de la colección y uso de materiales biológicos procedentes del cuerpo humanos. El

---

<sup>590</sup> R. Guillón plantea la metodología de los cuatro principios provee una alternativa simple, accesible y culturalmente neutral de evaluar aspectos relacionados con el trasplante de órganos humanos. Esta metodología, desarrollada en los EE.UU. es basada en cuatro compromisos morales, a saber: el respeto a la autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. A pesar de no ofrecer unas reglas ordenadas, estos principios sirven para ayudar en la toma de decisiones sobre cuestiones morales relacionadas con el trato de la persona en aspectos de su salud. Estos principios fueron suscritos por Tom. L. Beauchamp y James F. Childress quienes postulaban que los mismos eran de aplicación más allá del campo de la ética de la biomedicina por los mismos gozar de universalidad. Véase, Mette Ebbesen, *Cross Cultural Principles for Bioethics*, ADVANCED BIOMEDICAL ENGINEERING August 23, 2011, disponible en INTECHOPEN.COM, <http://www.intechopen.com/download/pdf/18390> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

Guillón plantea el fenómeno del “comercio de órganos” como salida a la escasez de recursos, por lo cual establece que aunque muchos países han prohibido su comercialización, hay otros que verían en este una salida moralmente aceptable, desde la perspectiva de los donantes/ vendedores, siempre y cuando, se cuente con un sistema controlado de comercio de órganos, puesto que este favorecería y promulgaría aspectos como el respeto por la autonomía del donante y la transacción en términos de justicia distributiva. (Guerra García, *supra*, n. 575). R Guillo, *Four scenarios*, 29 J. MED. ETHICS Num. 29, p. 267. (2003).

<sup>591</sup> JOSÉ LÓPEZ BERENQUER, NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO SOBRE EL PROPIO CUERPO 305 (Universidad de Murcia, 1951). disponible en <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6459/1/N%2015%20Naturaleza%20y%20contenido%20del%20derecho%20sobre%20el%20propio%20cuerpo.pdf> (Recuperado el 30 de julio de 2015)

derecho positivo en España no cuenta con disposiciones normativas que enuncien expresamente los derechos de las personas sobre su propio cuerpo. Con notable consistencia, se aprecia que las múltiples leyes especiales españolas incluyen disposiciones que concretamente excluyen el lucro como causa para la cesión de la persona natural o de sus elementos corporales. Otras jurisdicciones, como es el caso de Italia, han adoptado normativa que dispone principios que reconocen la facultad de la persona para llevar a cabo actos sobre su cuerpo. En específico, el artículo 5 del Código Civil de Italia <sup>592</sup> establece que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos si ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. La letra del artículo sirve para establecer los límites de la facultad que solo puede ser regulada partiendo de su existencia. Aun cuando no enuncia la potestad dominical de la persona fuente de los materiales biológicos, el artículo 5 del Código Civil de Italia interesantemente utiliza lenguaje similar del articulado del Código Civil de España y de Puerto Rico sobre las cláusulas y condiciones permisibles de los contratos. <sup>593</sup>

**(b) El avance en el desarrollo de legislación que reconoce la titularidad de la persona sobre los materiales biológicos y el ADN en los EE.UU**

En los estados de los EE.UU. se ha observado, aunque inconsistentemente, la aprobación de legislación especial asociada con los derechos propietarios de la persona sobre los tejidos que le son extraídos de su cuerpo. El estado de Oregón fue el primero de la nación norteamericana en aprobar legislación en el que se confiere

---

<sup>592</sup> El artículo 5: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en forma a la ley, al orden público o las buenas costumbres”.

<sup>593</sup> El artículo 1207 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. §1207 establece que “[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.” El Artículo 1255 del Código Civil de España incluye una disposición análoga que lee Artículo 1255 “[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

titularidad de la información genética obtenida de muestras colectadas de pacientes.<sup>594</sup> Su aprobación respondió principalmente a las preocupaciones manifestadas por grupos de interés asociadas con el uso potencial de pruebas genéticas con reconocida capacidad para predecir condiciones de salud que otros métodos convencionales no son capaces de diagnosticar. Uno de los propósitos principales para la aprobación del estatuto lo fue el eliminar la posibilidad que las aseguradoras de salud utilizaran los resultados de las pruebas genéticas para discriminar en contra de posibles asegurados debido al conocimiento anticipado de un padecimiento de salud.<sup>595</sup>

El *Genectic Privacy Act*<sup>596</sup> del estado de Oregón fue aprobado en el 1995. El mismo incluyó disposiciones expresas en las que confería titularidad de la información genética a las personas de quien la misma era obtenida. La legislatura del estado entendió que el reconocimiento de estos derechos era fundamental para proteger la privacidad de los ciudadanos. En el 2001, la disposición que reconocía derechos propietarios a los pacientes fue enmendada ante los reparos presentados por la comunidad científica que señalaba que extender dichos derechos de propiedad incidía adversamente sobre la investigación biomédica. De este modo, las disposiciones reconociendo derechos propietarios a los pacientes o sujetos de investigación fueron eliminadas; lo que trajo como consecuencia que el estado de Oregón causara la reducción de las protecciones de derecho que habían sido conferidos a sus ciudadanos.<sup>597</sup>

---

<sup>594</sup> Oregon Genetic Privacy Act (US), 1995, as amended.

<sup>595</sup> Public Health Oregon, *History of Oregon Genetic Privacy Act*, disponible en [http://public.health.oregon.gov/DiseasesConditions/GeneticConditions/Documents/LAW\\_ORHxPrivacy.pdf](http://public.health.oregon.gov/DiseasesConditions/GeneticConditions/Documents/LAW_ORHxPrivacy.pdf) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>596</sup> Oregon Genetic Privacy Act (US), 1995 as amended.

<sup>597</sup> Richard A. Spinello, *Property Rights in Genetic Information*, 6 ETHICS AND INFORMATION TECHNOLOGY, Issue 1 March 2004, pp. 29-42 y Deborah L. Mclochlin, *Whose Genetic Information Is It Anyway? A Legal Analysis of the Effects That Mapping the Human Genome Will Have on Privacy Rights and Genetic Discrimination*, 19 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 609 (2001).

La aprobación de la primera pieza legislativa en el estado de Oregón reconociendo la titularidad de la información genética a la persona física aunque posterior fue cercana a esfuerzos llevados a cabo a nivel federal de la nación norteamericana. En el 1993,<sup>598</sup> a instancia del Departamento de Energía de los EE.UU., surgió una iniciativa para el desarrollo de guías a ser seguidas en el almacenaje del ADN que comenzó con el propósito de proteger la privacidad de la data genética de las personas. Este esfuerzo dio paso a un proyecto de mayor amplitud y produjo una propuesta legislativa a nivel federal que serviría de norma modelo para el desarrollo de reglamentación y legislación estatal sobre la colección, almacenaje y análisis de las muestras de ADN.<sup>599</sup> La premisa básica de la legislación que fue redactada consistía en que ninguna persona extraña debía tener control sobre las muestras de ADN o información genética de otra persona, a menos que hubiese sido autorizado. Nos llama la atención que el borrador de ley expresamente señalaba que las muestras de ADN eran propiedad de la persona de quien procedían. El grupo de trabajo a cargo de la redacción de la pieza legislativa ya anticipaba que la descodificación de la data genética traería cambios profundos en la manera en que los individuos se verían a sí mismo como a los demás. Tras trece años de debate, la legislación fue aprobada bajo el nombre de Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)<sup>600</sup> en el 2008 por el Presidente George W. Bush con un lenguaje que prohíbe el uso de la data genética en el discrimin en razón de los seguros médicos o empleo.

Actualmente, cuatro estados de la nación norteamericana han aprobado legislación que reconocen expresamente derechos propietarios sobre la data de las personas obtenidas de sus muestras. Estos estados son: Alaska, Colorado, Florida, y

---

<sup>598</sup> Patricia (Winnie) Roche, Leonard H. Glantz and George J. Annas, *The Genetic Privacy Act: A Proposal for National Legislation*, 37 JURIMETRICS, No. 1, Fall 1996, p. 1-11.

<sup>599</sup> En el transcurso del primer año de investigación la Comisión llegó a la conclusión que era necesario ampliar el alcance del proyecto. El primer borrador de la Ley de Privacidad Genética se completó a finales de septiembre de 1994.

<sup>600</sup> Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, Public Law 110-233, 122 STAT. 881, prohíbe el discrimin en las cubiertas de los seguros y empleo basado en información genética.

Georgia. La mayoría de los estados cuenta con legislación que trata la información genética como confidencial y requieren la autorización por parte del sujeto fuente para la colección, retención, uso y divulgación de la información genética de un individuo. A pesar que la legislación de la mayoría de los estados aun no cataloga expresamente la información genética como propiedad exclusiva de la persona de quien proceden, un número significativo<sup>601</sup> de ellos la describen como personal, confidencial o privilegiada.<sup>602</sup> La legislación del estado de Alaska es particularmente específica pues reconoce derechos propietarios no tan solo sobre la información genética sino que extiende los mismos a las muestras físicas recolectadas de las personas o pacientes. La sección 18.13(a)(2) del *Genetic Privacy Act* de Alaska lee como sigue:

*A DNA sample and the results of a DNA analysis performed on the sample are the exclusive **property of the person** sampled or analyzed.*

Una muestra de ADN y los resultados de un análisis de ADN llevados a cabo en una muestra son **propiedad exclusiva de la persona** de que quien son removidos o analizados.<sup>603</sup> (Énfasis Nuestro).

Resulta evidente la intención de la legislatura del estado de Alaska de no dejar a la interpretación quien es el titular tanto de la data como del material biológico que le sirve de sustrato. Esta legislación sienta las bases para que el sujeto o persona fuente pueda llevar a cabo actos de dominio sobre los materiales biológicos una vez separados del cuerpo humano; lo cual bien podría incluir la participación de alguna ventaja económica derivada de ellos. La letra de la legislación aprobada por los otros

---

<sup>601</sup> Entre los estados que dan reconocimiento particular especial a la información genética, además, de Alaska, Colorado Florida y Georgia (cuyas legislaciones reconocen derechos propietarios sobre la información y/o muestra biológica) se encuentran Alabama, Arizona, Illinois, Louisiana, Minnesota, Missouri, Nebraska, New Hampshire, New York, Oklahoma, Oregon, California, Texas, Utah, Wisconsin y Wyoming. Ver, información de encuesta de los estados publicada en Scott Smith, Platte S. Nielson, and Beth Kennedy, *Genetic Privacy Laws: 50 State Survey*, 5 J. HEALTH & LIFE SCI. L. (University of Utah), No. 1, October 2011, p. 75.

<sup>602</sup> Según el *Black's Law Dictionary*, el término privilegio se refiere a beneficio especial reconocido a por una persona, corporación o clase más allá de las ventajas dadas a otros. BLACK'S LAW DICTIONARY 1197 (6th ed. 1990).

<sup>603</sup> Alaska Stat. § 18.13.010(a)(2) (US), 2007.

estados que igualmente reconocen derechos de propiedad sobre los datos genéticos al sujeto fuente lo expresan con significativa claridad.<sup>604</sup> A saber:

Florida: Fla. Stat. Ann. § 760.40(2)(a)

*[...] DNA analysis may be performed only with the informed consent of the person to be tested, and the results of such DNA analysis, whether held by a public or private entity, **are the exclusive property of the person tested**, are confidential, and may not be disclosed without the consent of the person tested.*

[...] los resultados de los análisis de DNA, retenidos por entidades públicas o privadas, **son propiedad exclusiva de la persona**, son confidenciales, y no podrán ser divulgados sin su previo consentimiento.” (Énfasis Nuestro).

Colorado: Colo. Rev. Stat. Ann. § 10-3-1104.7(1)(a)

*Genetic information is the property of the individual to whom it pertains. Release of genetic information that identifies the person tested for purposes other than diagnosis, treatment and therapy requires specific written consent.*

La información genética es **propiedad única del individuo** a quien le pertenece. La divulgación de información genética que identifica la persona examinada para fines distintos al diagnóstico, tratamiento y terapia requiere el consentimiento por escrito específico. (Énfasis Nuestro)

Georgia: Ga. Code Ann. § 33-54-1(1)

*Genetic information is **the property of the individual tested**. Prior written authorization is required for genetic testing and release of results to anyone other than the person tested.*

La información genética es la **propiedad de la persona examinada**.

---

<sup>604</sup> Seth Axelrad, *State Statutes Declaring Genetic Information to be Personal Property*, American Society of Law, Medicine & Ethics, (2005) disponible en [http://www.aslme.org/DNA\\_ELSI\\_Grant\\_ASME\\_Reports](http://www.aslme.org/DNA_ELSI_Grant_ASME_Reports),

Se requiere previa autorización por escrito de las pruebas genéticas y divulgación de los resultados a nadie más que la persona examinada. (Énfasis Nuestro).

La legislación aprobada por los estados de Georgia y Colorado se encuentra incluida en el Código de Seguros del estado; mientras que la legislación en Florida, es de carácter general y está orientada al resguardo de derechos civiles tales como la protección contra el discrimen en el empleo. Por otro lado, la legislación de Colorado y Georgia ofrecen remedios civiles tales como interdictos (*injuctions*) y otros que conllevan compensación monetaria por usos no autorizados de la información genética.<sup>605</sup>

A pesar que la información genética no representa un bien corporal pues consiste en un bien intangible, debemos destacar que en la construcción de estas disposiciones, el legislador de estos estados otorga de forma expresa potestad sobre el uso último de la data a la persona de quien se obtiene el material biológico con dotación genética. Nos parece que podemos concluir que la construcción de las disposiciones de ley permiten cómodamente reconocer que tanto la estructura física separada del cuerpo como el producto derivado de la misma pertenecen a la persona fuente. Razonablemente allanan el terreno que sostiene la tesis que los materiales biológicos al igual que la data que se deriva de los mismos constituyen objetos o bienes susceptibles de los negocios jurídicos.

La **Tabla I** lista los estados de la nación norteamericana que han aprobado legislación relacionada al manejo de datos resultantes de estudios genéticos. Nótese que al menos 30 de los estados han aprobado legislación en la que se requiere consentimiento por parte de las personas requiriendo autorización para conducir estudios y/o para hacer divulgación de la información genética. Lo anterior es una

---

<sup>605</sup> Seth Axelrad, *supra* n. 604.

demostración que la sociedad americana ha iniciado un proceso de evolución que a su vez ha abierto la brecha a nuevas instituciones de derecho a tono con los avances tecnológicos; los cuales a su vez son causa de cambios en el orden social y jurídico.

**Tabla I** – Resumen de Legislación de los EE.UU. de Norteamérica Estableciendo Requisitos de Consentimiento y de Derechos de Propiedad sobre Materiales Biológicos de Origen Humano<sup>606</sup>

Estado	Requieren Consentimiento Informado	Definen Como Propiedad	
	Requerir/Divulgar Información	Información Genética	Muestras de ADN
ALABAMA			
ALASKA	X	X	X
ARIZONA	X		
ARKANSAS	X		
CALIFORNIA	X		
COLORADO	X	X	
CONNECTICUT			
DELAWARE	X		
FLORIDA	X	X	
GEORGIA	X	X	
HAWAII	X		
IDAHO	X		
ILLINOIS	X		
INDIANA			
IOWA			
KANSAS			
KENTUCKY			
LOUISIANA	X		
MAINE			
MARYLAND	X		
MASSACHUSETTS	X		
MICHIGAN	X		
MINNESOTA	X		
MISSISSIPPI			
MISSOURI			
MONTANA			

---

<sup>606</sup> Genetic Privacy Laws, National Conference of State Legislatures, disponible en <http://www.ncsl.org/research/health/genetic-privacy-laws.aspx> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

Estado	Requieren Consentimiento Informado	Definen Como Propiedad	
	Requerir/Divulgar Información	Información Genética	Muestras de ADN
NEBRASKA	X		
NEVADA	X		
NEW HAMPSHIRE	X		
NEW JERSEY	X		
NEW MEXICO	X		
NEW YORK	X		
NORTH CAROLINA			
NORTH DAKOTA			
OHIO			
OKLAHOMA			
OREGON	X		
PENNSYLVANIA			
RHODE ISLAND	X		
SOUTH CAROLINA	X		
SOUTH DAKOTA	X		
TENNESSEE			
TEXAS	X		
UTAH			
VERMONT	X		
VIRGINIA	X		
WASHINGTON	X		
WEST VIRGINIA			
WISCONSIN			
WYOMING			
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>4</b>	<b>1</b>

El texto de la legislación de los estados de los EE.UU. confirma que el derecho de libertad de la persona sobre la dotación genética contenida en las partes de su cuerpo, no tan solo es negativa; también es positiva. Según la tecnología sigue avanzando, las pruebas de ADN se tornan más accesibles y su uso mas prevalente e ineludiblemente incrementan los grupos de acción que buscan libertad para ejercer los derechos sobre su propio cuerpo. La tendencia de los estados de la nación norteamericana de forma notable muestra una corriente de pensamiento que seguramente irá en incremento.

La noción de propiedad contenida en la normativa de los estados de los EE.UU. responde a la tradición y refleja en la Enmienda V y XIV de la Constitución de los EE.UU. que establece que “*ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*”.<sup>607</sup> La doctrina seguida por los estados norteamericanos manifiestamente coincide con el pensamiento de los padres fundadores de la Constitución y sobre el que marcaron el debido respeto por la propiedad de sus ciudadanos. De esta manera adquiere certeza y estabilidad la convivencia social; en virtud de lo cual el Estado está llamado a refrenar posibles intentos de vulnerar el derecho de las personas al disfrute de lo que es suyo. Ya hemos manifestado que no ha de existir mayor sentido de pertenencia o propiedad sobre una cosa que aquella que nace de uno mismo. Como expresara el jurista constitucionalista de origen puertorriqueño SERRANO GEYLS, el derecho a la propiedad privada es uno de los “derechos naturales” que los forjadores de la Constitución federal interesaban proteger.<sup>608</sup> En su obra Derecho Constitucional, SERRANO GEYLS haciendo referencia a la decisión Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. General Motors Corp.*, 323 U.S. 373 (1945) además señala lo siguiente sobre el significado de la figura de propiedad:

Denota el grupo de derechos inherentes a la relación de los ciudadanos con los objetos físicos, como el derecho a poseer, usar y disponer de esta. La disposición constitucional se refiere a **cada posible interés que tenga el ciudadano de poseer**. (Énfasis Nuestro).

Esta opinión expresa la amplitud del concepto de propiedad contenido en estas disposiciones constitucionales y les confiere carácter ilimitado. La interpretación dada por la Corte Suprema permite la evolución de la figura en su aplicación práctica y concede espacio para que el derecho de propiedad pueda ser adaptado a los cambios que surgen con el paso del tiempo. De conformidad con esta perspectiva, coincidimos con lo expresado por

---

<sup>607</sup> U.S. CONSTITUTION, Enmienda XIV.

<sup>608</sup> SERRANO GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO, *supra* n. 130, p. 881.

MORALES LEBRON <sup>609</sup> quien al sintetizar el concepto de propiedad y haciendo referencia a jurisprudencia federal, destaca que la propiedad entraña múltiples manifestaciones que viven en competencia, de importancia cambiante y en ocasiones crecientes. Esto sustenta la anchura de las disposiciones constitucionales, así permitiendo el dinamismo y la capacidad del derecho constitucional federal para adecuarse a un sistema que reconozca la aplicabilidad del derecho de propiedad a materiales cuya fuente es el ser humano.

Estas posturas no son exclusivas de los EE.UU. Temprano en el 2014, en España, decenas de mujeres acudieron a los registros de bienes muebles a instancia de la activista Yolanda Domínguez en un acto para reclamar sus derechos reproductivos autónomamente. Expresado en las palabras de la líder del movimiento, este grupo de mujeres reclamaba que:

El cuerpo de las mujeres no pertenece a ningún órgano eclesiástico ni partido político, pues la capacidad de decisión recae única y exclusivamente sobre nosotras mismas, las mujeres.

Esta acción colectiva se observó en múltiples ciudades españolas, en donde grupos de mujeres acudieron a los registros a reclamar "*la posesión y libre uso*" de sus cuerpos, "*reconquistando el poder sobre ellos*" y haciendo constar que nadie sino ellas mismas podrá tomar decisiones al respecto. El lenguaje utilizado en este discurso dan significado a la nueva construcción de identidades y subjetividades que aportan en la transformación del tejido social. Con ello se demuestra que se requiere de una mirada integral a la legislación positiva y la jurisprudencia como componentes del sistema jurídico adaptable a los cambios. Los componentes políticos y jurídicos del sistema de gobierno comienzan a capturar las tendencias progresistas en el que las personas adoptan un rol formulador y decisivo en el ejercicio de sus derechos. El sistema jurídico debe ofrecer soluciones a los problemas que surgen en estos ámbitos,

---

<sup>609</sup> MARIANO MORALES LEBRÓN, DICCIONARIO JURÍDICO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO, Vol. IIA (1994).

que de forma inequívoca van generando nuevas demandas. Esto es lo que imprime al orden jurídico su naturaleza evolutiva propia de las sociedades dinámicas. Los mecanismos de protección directa del derecho sobre el cuerpo se encuentra en la persona misma. El lenguaje correcto de las normas positivas debe fortalecer la capacidad de la persona a reivindicar su derecho en caso de la trasgresión de su potestad dominical.

## **2. El Espectro de consideraciones históricas en la normativa relacionada con los negocios jurídicos de los materiales biológicos que proceden del cuerpo**

### **(a) Algunos apuntes adicionales sobre los hemoderivados en el espectro de consideraciones sobre los negocios jurídicos**

El perfeccionamiento de la normativa que define el tratamiento que deben llevar los materiales biológicos de origen humano requiere reconocer la complejidad de factores e intereses que conjuntamente forman el entramado jurídico que le da origen. Esto conlleva identificar los elementos comúnmente encontrados en los cuerpos de normas especiales en este ámbito de variada confección. Con ello habrá de notarse la concurrencia de principios contenidos en las políticas nacionales y de otros aspectos entre los que se encuentran el interés por la autosuficiencia, la protección de la salud general, el resguardo de la integridad corporal individual, los avances en la tecnología, y las cualidades y usos de los materiales biológicos. Evidentemente habrá de apreciarse como estos aspectos intervienen en el ordenamiento jurídico prevalente y sirven de justificación en la composición de la normativa imperante. Además, el estudio de los regímenes actuales sobre el trato impartido al cuerpo humano y sus partes estaría incompleto si no tomáramos en consideración los sucesos históricos y elementos dogmáticos que justifican la personalidad social y la respuesta proporcionada por el Estado.

Por su influencia en la construcción de la normativa actual debemos reseñar algunos precedentes históricos que ayudan a comprender las tendencias en desarrollo de nuevos parámetros sobre la obtención, uso y disposición de los materiales obtenidos del

cuerpo humano. Como hemos apuntado anteriormente, aunque hoy rutinarios y vistos con alto sentido de humanidad, es importante denotar que la transfusión de sangre en masa tiene sus orígenes en la defensa nacional. Los métodos para la transfusión de sangre fueron primeramente desarrollados en Barcelona, España durante la guerra civil española<sup>610</sup> y fue perfeccionada por los EE.UU., Reino Unido y África del Norte durante la segunda guerra mundial.<sup>611, 612</sup>

Visto de forma objetiva, la génesis del método de colección y cesión de este fluido humano parece apuntar a intereses motivados por el dominio y el poder; mas no así por la dádiva o actitud solidaria que procura el bienestar de otros. Sin embargo, a pesar de estar impulsado por el interés de apoyo a las fuerzas armadas de los respectivos países participantes del escenario bélico, pasada la guerra mundial, el desarrollo de métodos de transfusión y almacenaje de sangre dieron paso al esquema utilizado actualmente, que en forma general, persigue la autosuficiencia nacional del preciado fluido humano.

La expansión del modelo que promueve el deber de generosidad a favor de aquellos que necesitan encuentra su justificación en la obra que publicara en el 1970 Richard M. Titmus, Profesor de Economía de la Universidad de Londres “*The Gift Relationship*”. En la misma mediante un estudio comparativo del sistema de acopio de hemoderivados seguido por los Estados Unidos y Reino Unido, TITMUS argumenta a favor del altruismo y critica fuertemente el trato de la sangre como materia prima en el libre mercado.<sup>613</sup> Sobre esto, WALDY y MITCHELL en su publicación sobre las economías del tejido, señalan que el arraigo del espíritu de solidaridad desarrollado luego de la segunda guerra mundial puede observarse claramente, en tiempos mas recientemente, en el ánimo de los estadounidenses a

---

<sup>610</sup> Aunque la transfusión de sangre fue esporádicamente practicada desde el Siglo XVII en Europa, su uso médico se convierte rutinario luego del desarrollo de los métodos de confirmación de compatibilidad y de anticoagulantes los cuales permitieron las transfusiones fueran seguras.

<sup>611</sup> WALDY, *supra*, n. 216, p. 2-3.

<sup>612</sup> No fue hasta los tiempos de la Guerra Civil Española que se originan métodos de almacenamiento de sangre.

<sup>613</sup> RICHARD M. TITMUS, *THE GIFT RELATIONSHIP FROM HUMAN BLOOD TO SOCIAL POLICY* (Ann Oakley & John Ashton, eds. 1997).

hacer filas interminables para donar sangre luego de los ataques a las torres gemelas en los EE.UU.<sup>614</sup> Sin embargo, debe notarse que el modelo seguido por este país, duramente criticado por TITMUS es operado principalmente por empresas que responden al interés de lucro y por lo tanto se diferencia de la cualidad altruista que TITMUS postulaba como necesaria casi de forma exclusiva para lograr la salud de los abastos del fluido biológico. Así dejamos establecido que a pesar de las virtudes de los modelos que históricamente han procurado el voluntarismo no existe exclusividad ni debe entenderse como excluyente de otros modelos que de forman diferente atienden una misma finalidad. Estos datos históricos ayudan a descifrar los motivos que sirven en la construcción de las normas sobre el trato concedido al cuerpo humano y su evolución de conformidad con los cambios sociales.

**i. Inconsistencia en la legislación sobre incentivos económicos; argumento en favor de negocios jurídicos con materiales biológicos humanos.**

Inclusive, la caracterización de los materiales biológicos humanos como objeto de comercio aunque inconsistente entre las diversas jurisdicciones es reconocida mundialmente. Ejemplo de ello es la legislación vigente en el Reino Unido y los EE.UU. en forma general no permite a las personas naturales recibir pago económico por ceder sus tejidos;<sup>615</sup> sin embargo, los recipientes de estos materiales como es el caso de los hospitales, regularmente venden los tejidos a compañías privadas o son transformados en líneas celulares que pueden ser patentizadas.<sup>616</sup> Aunque de manera excepcional, los EE.UU. cuentan con legislación de aplicación a los estados de la nación americana y territorios, como Puerto Rico, la cual permite el

---

<sup>614</sup> Se dice que luego de los ataques perpetrados a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2002, cerca de 475,00 unidades de sangre fueron colectadas; solamente 258 unidades fueron transfundidas a las víctimas y la mayoría fueron descartadas. WALDY, *supra* n. 216.

<sup>615</sup> Con excepción del plasma, sangre y tejidos reproductivos en los EE.UU.

<sup>616</sup> WALDY, *supra*, n. 216, p. 21.

pago a la persona de quien se extrae plasma a título de donación.<sup>617</sup> Las guías del organismo administrativo del departamento de salud del país, conocida como la Administración de Drogas y Alimentos (FDA, por sus siglas en inglés) no prohíben el pago económico por donaciones de sangre; mas bien reglamentan su procesamiento.<sup>618</sup> Esta precaución responde a medidas salubristas pues estas unidades son últimamente transfundidas en su estado natural a pacientes cuya condición de salud se encuentra comprometida. Se trata de una transferencia de material biológico *inter vivos*. La compensación económica por este tipo de transacción puede ser variada; a modo de ejemplo, el pago por la donación de plasma, en los Estados Unidos es aproximadamente \$30.00 por donación y su frecuencia no debe exceder dos veces por semana.<sup>619</sup> El establecimiento de un límite en el número máximo de donaciones busca proteger la salud del sujeto fuente e igualmente reducir la posibilidad de explotación de las personas que acuden en busca de pago a cambio de las extracciones.

El modelo seguido por la nación norteamericana es de carácter mixto, pues fomenta el desprendimiento e interés de ayuda al prójimo, mientras que en algunas instancias permite el pago económico por algunos materiales biológicos, mientras establece límites en el número de extracciones de fluidos corporales de la persona. En la red cibernética puede localizarse un portal que publica un listado de centros en el territorio norteamericano en los cuales se realizan donaciones de plasma a cambio de pago. Debemos destacar que por razones de política pública el gobierno de los

---

<sup>617</sup> La cesión de tejidos llevada a cabo mediante pago económico es contrario al acto de liberalidad necesario para que el acto sea tipificado como donación.

<sup>618</sup> Mediante reglamentación la agencia gubernamental requiere que el inventario de unidades obtenidas mediante pago sean rotuladas de forma particular.

<sup>619</sup> Una persona puede donar plasma has dos veces en semana aunque algunas organizaciones como la Cruz Roja limitan las donaciones a no más de una vez mensual. Por otro lado, el máximo de donaciones de sangre permitido es de aproximadamente 56 días, disponible en *Donate Plasma for Money---Sell your Blood*, October 2, 2010, <http://benjimester.hubpages.com/hub/Donate-Plasma-For-Money> y Channel Adams, *How to Donate your Body to Science for Money*, EHOW.CO.UK, Money November 14, 2010, [http://www.ehow.co.uk/how\\_7498822\\_donate-body-science-money.html](http://www.ehow.co.uk/how_7498822_donate-body-science-money.html) (Recuperado el 15 de julio de 2015).

EE.UU. no promueve el pago por órganos corporales, sin embargo, el sistema impulsa la compensación económica a cambio de un hemoderivado como el plasma. Aunque las razones para la inconsistencia de estas transacciones no han sido explícitamente manifiestas por el estado, puede apreciarse una distinción evidente del esquema seguido en el ámbito de la integridad corporal. El modelo normativo seguido por los EE.UU., no es singular mas guarda consistencia con el modelo seguido y que mas países se inclinan a adoptar.

Recientemente, el Ministerio de Salud de Canadá adoptó como política pública el pago por las donaciones de plasma para ser utilizadas por la industria para propósitos distintos a las transfusiones directas a pacientes.<sup>620</sup> El sistema de colección de plasma que adoptó Canadá, por un lado promueve que el plasma recolectado para ser transfundido directamente a pacientes sea exclusivamente voluntario. Por otro lado, las extracciones destinadas a usos industriales y en las que puede mediar el pago son llevadas a cabo en facilidades destinadas únicamente para esos fines. En la infraestructura canadiense, las distinciones hechas por la normativa del país parecen estar motivadas por la utilidad o uso al cual el fluido corporal.

A grandes rasgos, la estructura de la normativa americana en cuanto a la cesión de hemoderivados cuenta con un enfoque pragmático y las restricciones a posibles contraprestaciones están centradas en el interés por proteger la integridad corporal. Nótese que promueve el pago a cambio de materiales que el cuerpo humano puede regenerar naturalmente. De otra parte, en lo que claramente puede apreciarse es la política pública, el gobierno canadiense muestra señales de incorporar en su normativa conceptos de enfoque utilitarista. Por un lado, auspicia el ánimo de voluntariedad, mientras por otro, utiliza la compensación económica como incentivo

---

<sup>620</sup> Health Canada, *Round Discussion on Payment of Plasma Donors in Canada- Summary Report*, April 13, 2013, disponible en <http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/consultation/biolog/plasma-eng.php> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

para aumentar la disponibilidad de fluidos humanos a ser utilizados en el desarrollo y manufactura de productos biológicos.

La finalidad en el uso de los materiales biológicos humanos también ha sido un factor en el trato normativo de los materiales biológicos humanos. Son notables las restricciones impuestas cuando estos son destinados a trasplantes entre personas vivas; sin embargo, se observa una tendencia permisiva cuando se trata de actividades de carácter investigativo. Un caso que logró notoriedad para los años setenta en los EE.UU. fue el de un paciente hemofílico<sup>621</sup> conocido como Ted Slavin, quien por motivos de las múltiples transfusiones de sangre que les fueran administradas durante el tratamiento de su condición, produjo cantidades extraordinarias de anticuerpos contra la Hepatitis como respuesta inmunológica a los antígenos<sup>622</sup> introducidos en su cuerpo. Slavin advino en conocimiento de esta condición al practicársele una prueba de sangre que detectó concentraciones extraordinarias de anticuerpos contra el virus del de Hepatitis B. Su doctor le advirtió de este hallazgo y del potencial económico que esto podría rendirle. Slavin tomó ventaja de esta condición y contactó múltiples compañías que mostraron interés en utilizar su sangre como materia prima en el desarrollo de lo que se convertiría en la primera vacuna en contra de la hepatitis. Slavin mercadeó pintas de sangre provenientes de su cuerpo por un valor de hasta \$10.00 el mililitro (\$6,000.00/pinta).<sup>623</sup> También creó una corporación cuya finalidad consistió en la recolección y venta de sangre de personas con características similares a la suya para usos investigativos.

Además de las actividades de carácter lucrativo, Slavin estableció vínculos con el Premio Nobel Baruch Blumberg a quien luego de suministrarle muestras<sup>624</sup> de

---

<sup>621</sup> La hemofilia es padecimiento cuya característica principal es la deficiencia en factores de coagulación. Usualmente tratados con la transfusión de sangre y/o plaquetas (hemoderivado).

<sup>622</sup> Se trata de elementos extraños al cuerpo humano que provocan una respuesta inmunológica. Debe notarse que el régimen de pruebas de monitoreo de la calidad de la sangre para la época era mínimo.

<sup>623</sup> ANTHONY DYSON & JOHN HARRIS, *ETHICS & BIOTECHNOLOGY* 176 (Routledge, 2003).

<sup>624</sup> Las muestras fueron suministradas por Slavin a Nobel Baruch gratuitamente.

su sangre fuera el responsable del desarrollo de la vacuna contra la Hepatitis B.<sup>625</sup> Slavin fue el primero en crear una corporación la cual llamó *Biological Essentials* y en convertir fluidos de su cuerpo en el activo principal de una entidad con fines lucrativos conforme a lo que consideró eran sus facultades como titular del material procedente de su cuerpo.<sup>626</sup> El caso de Slavin no es tan inusual hoy día, aunque en un modelo a menor escala, en la actualidad, cerca de dos millones de personas en los Estados Unidos venden su plasma regularmente.<sup>627</sup>

En cuanto a España, desde la publicación del Real Decreto del 9 de octubre 1985 número 1945/1985, la donación de sangre o hemodonación<sup>628</sup> constituye un acto voluntario, universal, anónimo, altruista y no remunerado. Consecuentemente, no media retribución económica en favor del donante. Esto responde a razones de política pública que principalmente persiguen la garantía de calidad del suministro de sangre y potenciar la autosuficiencia nacional. Como hemos apuntado, el modelo español descansa sobre una base conceptual altruista que a pesar de prevalecer en la mayoría de los países del mundo pudiera dar señales de cambio. Tan reciente como el año 2012, en España, atrajo la atención de la comunidad general el planteamiento hecho por líderes de la industria de la manufactura sobre nuevas consideraciones relacionadas al pago a cambio de hemodonaciones. La posibilidad de pago a las personas que acudieran a centros de recolección a proporcionar plasma fue planteada como alternativa a la falta de empleo y la crisis económica confrontada por el país.<sup>629</sup>

---

<sup>625</sup> SKLOOT, *supra*, n. 33, p. 202.

<sup>626</sup> Rebecca Skloot, *Taking the Least of You*, THE NEW YORK TIMES, April 16, 2006, disponible en [http://www.nytimes.com/2006/04/16/magazine/16tissue.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2006/04/16/magazine/16tissue.html?pagewanted=all&_r=0) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>627</sup> SKLOOT, *supra*, n. 33, p. 203.

<sup>628</sup> Real Decreto 1945/85, del 9 de octubre de 1985, por el que se regula la hemodonación y los Bancos de Sangre (BOE Número 255, 24 de octubre de 1985) fue derogado por el Real Decreto 1088/2005 de 16 de septiembre (BOE núm 16 de septiembre de 2005).

<sup>629</sup> En el año 2012, el industrial Víctor Grifols hizo el planteamiento público que su empresa podría pagar entre 6-60 euros a la semana por hemodonaciones. Señaló que esto podría constituir una alternativa viable a la situación de los parados (personas sin empleo), Efe/L.M.S., *La sangre de los parados*, 18 de abril de 2012, LNE.ES, <http://www.lne.es/sociedad-cultura/2012/04/18/sangre-parados/1229353.html> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

Algunos grupos presentaron preocupación que una medida de tal naturaleza pudiera tener sobre los abastos de sangre pues alegaban que podría reducir el número de donantes voluntarios. En forma general, las expresiones hechas por los opositores a este planteamiento estuvieron enmarcadas en concepciones de inalienabilidad del cuerpo humano. Sin embargo, esta postura parece ignorar que el ochenta por ciento (80%) de la demanda de plasma en España es suplido por unidades importadas de los Estados Unidos que son recolectadas en centros a cambio de pago en metálico.<sup>630</sup>

En un giro novedoso, con el propósito de auspiciar la colección y aumentar los abastos de sangre, recientemente la Comunidad de Madrid suscribió un convenio con la Cruz Roja que supone la privatización de los servicios de recolección de sangre. El acuerdo reconoce a la Cruz Roja como la autoridad para la colección de fluido sanguíneo que luego es suministrado al Estado a cambio del pago de 67 euros por cada unidad de sangre recolectada. Según cálculos publicados, esta actividad habrá de generar sobre 9 millones de euros al año.<sup>631</sup> Como es de conocimiento general la Cruz Roja es una entidad jurídica privada sin fines de lucro lo que desde el punto de vista fiscal significa que recibe incentivos y un tratamiento contributivo preferente sobre las explotaciones económicas que realicen y de los ingresos que obtengan. El Estado concede estos beneficios a entidades sumergidas en actividades de interés general. Este favor no alcanza al sujeto fuente quien no goza de ventajas a cambio del fluido sanguíneo que le es sustraído. Las medidas tomadas por la Comunidad Madrileña rompe con esquemas tradicionales de recolección y suministro de sangre. No es difícil anticipar que estamos en la antesala de cambios adicionales en los que la persona fuente tendrá participación activa en el esquema de beneficios de los materiales procedentes de su cuerpo.

---

<sup>630</sup> Según publicaciones en artículos en la red cibernética, el plasma utilizado en España es colectado en 147 centros de la farmacéutica tiene en Estados Unidos. Las proyecciones hechas estiman que los centros podrían radicarse en España y generar 5,000 a 6,000 puestos de trabajo y cerca de 500 o 600 millones de dólares en pagos a los donantes.

<sup>631</sup> Publicación electrónica *Las donaciones de sangre en Madrid ya cotizan a 67 euros*, 3 de marzo de 2014, ELDIARIO.ES [http://www.eldiario.es/sociedad/donaciones-sangre-privatizacion-madrid-cruz\\_roja\\_0\\_235176820.html](http://www.eldiario.es/sociedad/donaciones-sangre-privatizacion-madrid-cruz_roja_0_235176820.html) (Recuperado el 30 de julio de 2015).

Los ejemplos reseñados son modelos representativos de diversa naturaleza que son definatorios del extenso tratamiento impartido a los materiales de origen humano como objetos susceptibles de negocios jurídicos. Una vez separados del cuerpo, tanto las cualidades de los mismos como las potencialidades de su uso, los adecúa y transforma en bienes cuya clasificación es condicionada precisamente por estos criterios. Su consideración como objetos que pueden ser obtenidos a cambio de pago depende del modelo de administración gubernamental que, aunque diverso, tiene cabida en el ordenamiento de Estados cuyo sistema de gobierno se erige sobre el respeto individual y presta importancia al sentido comunitario de solidaridad.

Como hemos visto, hasta el presente los modelos de administración gubernamental procuran el bienestar colectivo utilizando arreglos normativos cuyos enfoques enervan conceptos culturales y sociales de naturaleza antropológica. A pesar que estos conceptos se encuentran revestidos por principios que responden al fuero interno o al respeto humano, al analizar el andamiaje legislativo de los distintos Estados resulta patente que indistinto del esquema observado, en la praxis, los mismos principalmente responden a propósitos utilitarios. Los entes gubernamentales encuentran provecho y utilizan componentes del cuerpo humano en pro del bienestar de otros distintos al sujeto de quienes son extraídos.

Sin duda, el uso de las partes del cuerpo humano requiere el manejo de preceptos con arraigo histórico. Este análisis debe considerar el pluralismo conceptual aunque es imprescindible reconocer las señales de postulan comienzan a despuntar proporcionalmente a la capacidad de explotación de los materiales biológicos que proveen los avances tecnológicos. Existen debates al respecto y estos aspectos han sido motivo de reflexiones críticas sobre los modelos de mercado de materiales como

la sangre, tejidos y órganos.<sup>632</sup> Precisamente, sobre este particular un estudio publicado por el Departamento de Ética e Historia de la Medicina de la Universidad de Goettingen en Alemania reveló que en Estados miembros de la Comunidad Europea, la comercialización indiscriminada del cuerpo humano no alcanza aceptación general, no obstante se confiere gran importancia a la autonomía personal y por el derecho a la libre determinación sobre el uso del cuerpo.<sup>633</sup> El estudio fue dirigido a entender las concepciones sobre el cuerpo humano y la actitud general sobre la donación de órganos y tuvo por muestra participantes provenientes de Chipre, Alemania, Suiza y Suecia. Las discusiones de los grupos focales que compusieron el estudio revelaron que la noción de autodeterminación es frecuentemente tratada en términos de propiedad como concepto de pertenencia. El estudio también reveló que aquellas personas que manifiestan importancia por la autonomía individual sobre el uso del cuerpo humano parecen correlacionar el derecho a la autodeterminación con los derechos sobre la propiedad privada en general.<sup>634</sup> Esto es clara demostración de las tendencias de cambio del pensamiento social el cual es producto natural de la actividad humana que como hemos significado anteriormente sirve de agente transformador de aquello que conforma el derecho civil patrimonial.

### **3. La Ley de Investigaciones Biomédicas de España - Un adelanto significativo que requiere nuevas consideraciones**

La legislación española sobre la investigación biomédica<sup>635</sup> busca proveer herramientas importantes para atender algunas incertidumbres éticas y jurídicas dentro del contexto de las ciencias dirigidas al desarrollo de instrumentos de

---

<sup>632</sup> Mark Schweda & Silke Schicktanz, *The "spare parts person"? Conceptions of the human body and their implications for public attitudes towards organ donation and organ sale*, 4 PHILOSOPHY, ETHICS, AND HUMANITIES IN MEDICINE 4, February 18, 2009, disponible en <http://www.peh-med.com/content/4/1/4> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>633</sup> *Id.*

<sup>634</sup> *Id.*

<sup>635</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

diagnóstico y tratamiento de salud. Los materiales biológicos humanos son componente básico en el campo de la investigación biomédica; la cual tiene como finalidad, a corto o a largo plazo, el desarrollar productos para el tratamiento y mejoramiento de la salud de la persona. Su aprobación representó un adelanto considerable en este campo del derecho pues dejó establecido un esquema elemental que confiere organización en el manejo de avances científicos en un nuevo contexto histórico.

La investigación biomédica constituye un proceso científico que por su naturaleza significativamente especializada se encuentra enmarcado por disposiciones reglamentarias y cuyo cumplimiento es cercanamente supervisado por el Estado. En España, la ley de Investigación Biomédica extiende su alcance no tan solo a tejidos o fluidos corporales que son recolectados y/o almacenados con propósitos de diagnóstico y tratamiento sino también a estructuras biológicas tales como gametos o embriones. En este marco de notada amplitud el gobierno español reconoce y confiere autoridad a entidades públicas o privadas para llevar a cabo investigaciones sobre estructuras biológicas a las cuales tradicionalmente se le imprime vida o potencial de la misma. En su preámbulo la Ley de Investigación Biomédica reconoce el interés del Estado en promover el avance de la investigación científica y de establecer límites sobre los usos y propósitos de los entes jurídicos que intervienen en esta actividad.

Más allá de los requisitos procesales y el interés de preservar la dignidad de los sujetos, las principales limitaciones establecidas por la ley están relacionadas con el requerimiento que los materiales biológicos sean donados por el sujeto fuente y la prohibición del interés de lucro impuesta al sujeto fuente. Estas restricciones, como ya hemos expuesto, primordialmente obedecen a políticas administrativas que a nuestro juicio habrán de evolucionar con el paso del tiempo. Aun cuando el modelo seguido que busca garantizar la calidad del suplido biológico mediante la gratuidad de las donaciones sea razonable; esto tiene mayor justificación sobre donaciones de materiales biológicos que preservan su estado original para la eventual implantación directa a pacientes. Este cuadro, no obstante, no alcanza ser justificación en la cesión de tejidos o fluidos corporales naturalmente regenerables que son utilizados

estrictamente en ensayos científicos o en el desarrollo de pruebas de diagnóstico, tratamiento o eventual manufactura de productos médicos.

La postura gubernamental que niega beneficios económicos en favor de los donantes de tejidos o materiales biológicos evidentemente busca conferir estabilidad a los procesos de investigación científica como también a la industria de la manufactura a gran escala. Los gobiernos que adoptan esta postura como política pública y posiblemente la industria que en consecuencia opera cómodamente ante este ámbito no alcanzan a ver la realidad de importantes cambios que han alterar este escenario. Anticipamos que el ambiente de significativas limitaciones económicas y transformaciones generacionales habrán de provocar un cambio en la visión altruista en la donación de tejidos en la que los donantes buscarán sus respectivas contraprestaciones.

Por otro lado, nuestro análisis de la legislación española nos lleva a concluir que en la construcción de la norma, el gobierno español da señales favorables que ubican al sujeto fuente en una posición relativamente activa en la determinación del uso y disposición de las muestras que son recolectadas pero que aun se queda corta. La Ley de Investigación Biomédica precisa las zonas limítrofes entre el interés del poder público de promover el principio de libertad de investigación y las ciencias<sup>636</sup> frente a la defensa de la dignidad e identidad del ser humano.<sup>637</sup> Entre otros, la ley regula de manera específica el derecho de los individuos sobre el consentimiento, la protección de datos personales, utilización de muestras biológicas, la garantía de la trazabilidad y la seguridad en el uso de las células, tejidos y cualquier material biológico de origen humano. Ante estas salvedades ¿Representa la Ley de Investigación Biomédica impedimento para que se establezca normativa que expresamente reconozca el material biológico como propiedad del sujeto donante? Entendemos que no. Como un primer paso, en su aplicación práctica, la misma

---

<sup>636</sup> Constitución Española 1978, artículos 20 y 44.

<sup>637</sup> *Id.* artículo 10.

otorga al sujeto fuente la autoridad para determinar el uso particular de sus tejidos e igualmente le confiere autoridad para su revocación. Sobre este particular su articulado lee como sigue:

**Artículo 60. Consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica.**

1. El consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de **forma específica para una investigación concreta.**
2. El consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera este el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento.
3. El **consentimiento podrá ser revocado, totalmente o para determinados fines, en cualquier momento.** Cuando la revocación se refiera a cualquier uso de la muestra, se procederá a su inmediata destrucción, sin perjuicio de la conservación de los datos resultantes de las investigaciones que se hubiesen realizado con carácter previo. (Énfasis Nuestro).

Implícitamente puede apreciarse que el sujeto fuente es dueño de la utilidad que ha de tener su material biológico; inclusive de su destrucción, si así lo deseara. Estas determinaciones son propias de quien es *titular de un bien*. La autoridad que goza el sujeto fuente lo posiciona en un lugar determinante sobre las transacciones que puedan darse sobre sus tejidos. La especificidad de los estudios en los que han de utilizarse sus materiales procedentes de su cuerpo son reconocimiento aun más concreto de la facultad del titular que tiene las características de un *continuum* jurídico. Entonces resulta en un contrasentido jurídico el que la norma reconozca la autonomía del sujeto fuente y al mismo tiempo impone la gratuidad de las muestras.

El artículo 7 de la ley prescribe la renuncia a cualquier derecho de naturaleza económica por parte del sujeto fuente. Ante la cesión del tejido la ley establece la posibilidad de una compensación por lo que identifica como molestias al donante. La

restricción impuesta por la ley al posible ánimo de lucro al sujeto fuente se extiende hasta su posible interés en los resultados de la investigación científica.<sup>638</sup> Sin embargo, la ley no contiene prohibición expresa que impida a una empresa o a un investigador convenir ventajas económicas que le beneficien de los resultados derivados de su proyecto investigativo utilizando los materiales biológicos humanos. Quizás, nos adentramos en la arena de contratos y obligaciones en la que nuevamente la autonomía de la voluntad de la persona ocupa un espacio central. Desde la óptica de la contratación, nada de esto atentaría contra la ley, la moral y el orden público por lo que al conjugarse con la manifestación de la voluntad del individuo sobre el destino de los materiales biológicos humanos hemos alcanzado satisfacer el umbral y adentrarnos en el derecho civil patrimonial.

El esquema diseñado por España, aunque tradicional por su evidente óptica altruista, representa un grado de avance al reconocer derechos al sujeto fuente. También es innegable que en la norma figura un contrasentido al prohibir la posibilidad de pago cuando la misma reconoce licitud a contraprestaciones de menor monta llamadas como compensación por molestias con el objetivo de no lastimar sensibilidades. Además, resultan ser contradictorio que los motivos para establecer la prohibición del ánimo de lucro no sean uniformemente impuestos a los participantes de la cadena de transformadora de los elementos corporales hasta ser convertidos en productos disponibles comercialmente.

Es evidente que aunque no logra ofrecer un trato igualitario, la Ley de Investigación Biomédica intenta reducir el desequilibrio entre los intereses individuales frente a entidades o conglomerados como la industria que a su vez conforman intereses que en ocasiones encuentran tensión ante el ánimo de lucro. Seguramente los casos que han de producir mayores controversias, han de surgir en circunstancias en las que el sujeto fuente posea características de particular interés

---

<sup>638</sup> Constitución Española 1978, artículo 7.

para el desarrollo de productos biológicos como fueron los casos de Herietta Lacks y John Moore.

Las disposiciones contenidas en esta ley imponen rigores que ayudan a prevenir la apropiación indebida y el uso no autorizado de los tejidos biológicos de origen humano. Esto de por sí, es plausible; pero aun insuficiente. Se requiere adecuar el derecho para que sea eficaz en atender un anticipado incremento en la conciencia general a querer ejercer plenamente el dominio sobre el material que lleva su huella genética. Además de las normas administrativas contenidas en la Ley de Investigación Biomédica sobre la colección, manejo y uso de los tejidos biológicos humanos, se requiere que el ordenamiento permita a cada persona a optar por actos de dominio de su propiedad. El imponer como limitación que la transmisión de materiales biológicos por parte del sujeto fuente ha de estar ausente de ánimo de lucro debe constituir opción y no imposición. La persona natural de quien se obtienen los materiales biológicos debe poder ejercer su potestad libre de restricciones basadas en patrones dogmáticos traducidos en legislación que hoy requieren ser replanteados ante nuevas realidades.

#### **i. Consideraciones aun más amplias sobre las prestaciones a cambio de materiales biológico humanos**

En los últimos cincuenta años, la donación de órganos, tejidos y células y su utilización en trasplantes ha avanzado acelerada aunque irregularmente, con lo cual se han generaron diferencias en el acceso a dichos procedimientos, así como el grado de su calidad, seguridad y eficacia. La Organización Panamericana de la Salud llevó a cabo un estudio<sup>639</sup> comparado sobre la legislación que trata sobre el trasplante de materiales biológicos de origen humano primordialmente de la región

---

<sup>639</sup> Organización Panamericana de la Salud, *Legislación sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células: compilación y análisis comparado*, Washington, DC 2013, disponible en [http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=21392&Itemid](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=21392&Itemid) (Recuperado el 30 de julio de 2015)..

latinoamericana. El trabajo recopiló y condujo un estudio de la legislación de 19 países de Latino América; a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. También tomó conocimiento de las regulaciones y protocolos existentes en Australia, Canadá, España, Estados Unidos y la Comunidad Europea acerca de temas relacionados.

El mismo reveló que el desarrollo normativo relacionado con donaciones y trasplantes varía significativamente de país a país. Por una parte, se encuentran legislaciones completas, actualizadas y recientes, y por otra, falta el desarrollo normativo específico y distinto a los enunciados plasmados en leyes generales de salud. El lenguaje de la mayoría de las legislaciones revela el espíritu de la donación de órganos; a pesar que la reglamentación aplicable es escasa en la región. En la mayoría de los casos, las normas sobre este tema son parte del marco normativo general y en pocos países han sido desarrolladas de manera específica. En Argentina y Uruguay existen leyes o decretos exclusivamente dedicados a regular el trasplante de células, mientras que en el Ecuador, la regulación es parte de la norma general. Esto contrasta con la Comunidad Europea la cual posee directrices al respecto, que han sido incluidas en la legislación española.

En nuestro análisis de algunos de los datos recopilados, observamos que de los 19 países latinoamericanos que fueron parte del estudio, 15 cuentan con normativa expresa que requiere la gratuidad de la donación de órganos; mientras tan sólo 5 países tienen legislación aprobada sobre la regulación de células y tejidos. Esta distinción, desde nuestro punto de vista, es relevante puesto que la ablación de órganos conlleva posibles perjuicios al donante (i.e. mutilaciones o disminución irreversible del sujeto fuente) como también al receptor, en caso de ausencia de calidad de los órganos a ser implantados. Como hemos apuntado esto es distinto en el caso de materiales biológicos regenerados naturalmente por el cuerpo humano y sobre los que postulamos la tesis son susceptibles de negocios jurídicos.

Sin extender nuestro análisis mas allá de unos apuntes generales, el perfeccionamiento de la normativa que gobierna el ámbito de los derechos sobre el propio cuerpo, requiere que los criterios para el trasplante de órganos entre vivos sea clara e independiente de los que son utilizados en donaciones cadavéricas.<sup>640</sup> Además, es necesario que la normativa marque adecuadamente las distinciones específicas y el tratamiento que deben llevar los materiales destinados a la investigación biomédica particularmente aquellos que la ciencia ha probado que son regenerados por el cuerpo naturalmente. Los avances científicos han relegado las normatividades, abriéndose paso de manera amplia, sin regulaciones o restricciones que limiten las actividades relacionadas al respecto.

Es pertinente destacar que algunos países miembros de la región europea, tales como Inglaterra, evalúan si la falta de incentivos económicos sobre la donación de tejidos humanos, por ejemplo de óvulos, provoca el efecto inverso al deseado y en su lugar causan su escasez. Según publicaciones, desde hace algún un tiempo expertos británicos en fertilidad han advertido que la falta de donantes ha llevado a mujeres a importar semen del extranjero o emplear “kits de inseminación caseros” comprados en el internet.<sup>641</sup> De esta manera, la prohibición de incentivos económicos a posibles sujetos fuentes incrementa el riesgo de tornarse en un estímulo al suplido de materiales mediante métodos ilícitos. Existen denuncias que destacan actividad de trasiego de materiales biológicos en países europeos, lo que para todos los fines prácticos resulta contrario al interés del Estado de garantizar un suplido seguro. Estas preocupaciones se aprecian ya desde hace ya algún tiempo. Sobre esto, el Diario Oficial de Sesiones del Parlamento de la Unión Europea del 23 de octubre de 2003<sup>642</sup> manifiesta sus preocupaciones sobre el frecuente tráfico y trasiego de órganos y

---

<sup>640</sup> Sobre esto coincide el estudio de legislación que llevó a cabo la Organización Panamericana de la Salud.

<sup>641</sup> *Reino Unido Busca Ideas para Impulsar la Donación de Óvulos*. EL MUNDO.ES, 17 de enero de 2011, <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2011/01/17/mujer/1295286210.html> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>642</sup> DIARIO OFICIAL DE SESIONES, PARLAMENTO EUROPEO, C 8 2 E/580 ES 1.4.2004.

tejidos humanos. En esta resolución, el Parlamento Europeo refleja como el tráfico ilegal guarda relación con la ausencia de equilibrio razonable de incentivos en la donación de órganos y tejidos humanos. De forma integrada, los aspectos que hemos reseñado son elementos significativos que hasta el momento han conformado la legislación sobre los derechos del propio cuerpo y que deberán servir de base para el perfeccionamiento de legislación futura.

#### **4. La Propuesta del Código Civil de Puerto Rico - Un paso en la dirección correcta aun por completar**

El Código Civil es el principal cuerpo de normas en Puerto Rico que rige las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas en el ámbito público y privado. Aunque ha sido objeto de algunas enmiendas, el Código no ha sido revisado de forma integral desde el 1930. Por su particular relevancia en el quehacer diario del pueblo y por la necesidad de atemperarlo a los tiempos modernos, la Asamblea Legislativa en el 1997 creó una Comisión Conjunta Permanente a cargo de su revisión. El producto de esta iniciativa representó el estudio detallado por parte de estudiosos del derecho e instituciones profesionales que aun aguardan la evaluación legislativa y su implantación final.

Nuestro examen del borrador publicado por la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión del Código Civil de Puerto Rico nos revela que el mismo incluye elementos relacionados sobre el uso y disposición de tejidos humanos. Los artículos relevantes del borrador están contenidos en la segunda sección del Código propuesto, particularmente los artículos 12 al 15. Algunos de estos no cuentan con precedente legislativo en isla. En la redacción del articulado propuesto, los miembros de la Comisión legislativa se inspiraron, entre otros, en la legislación sobre donaciones anatómicas como también en similares disposiciones contenidas en el Código Civil de Perú, Méjico y el Proyecto del Código Civil de Argentina. Los artículos que fueron propuestos por la Comisión Revisora cuyo contenido se refiere a los derechos de la persona sobre su propio cuerpo son los siguientes:

## **Artículo 12: Prácticas Eugenésicas Prohibidas**

Se prohíbe la clonación y las prácticas eugenésicas dirigidas a la selección de genes, sexo o caracteres físicos de los seres humanos.

**Se permiten las investigaciones científicas dirigidas a la prevención y al tratamiento de enfermedades genéticas recurrentes o transmisibles.** La manipulación de los caracteres genéticos de un ser humano en gestión tendrá como objeto único evitar la transmisión de enfermedades hereditarias o degenerativas y la predisposición. (Énfasis Nuestro).

La Comisión reconoce el espacio de importancia que ya ocupan las ciencias vivas en el tratamiento de enfermedades y establece claramente la prohibición de la utilización de la manipulación genética en la selección de características de los individuos. La disposición propuesta, es cónsona en términos amplios con los principios rectores contenidos en la Declaración del Genoma Humano que establece que los Estados deben tomar medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano observando respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana.

Nos llama la atención que en la redacción propuesta del Artículo 12, la Comisión sanciona el uso de la manipulación genética con el propósito de atender condiciones hereditarias y su posible predisposición. Esta postura resulta sorprendente, pues sin más, esta disposición traducida como redactada significa que en Puerto Rico habría de permitirse el reordenamiento genético de modo tal que podría tener impacto sobre generaciones venideras. Si la anchura del pensamiento de la Comisión es de tal amplitud, entonces, debe resultar notablemente fácil aceptar un modelo de normas que permita negocios jurídicos de materiales biológicos; particularmente si son regenerados por el cuerpo humano.

## **Artículo 13: Inviolabilidad del Cuerpo Humano**

El cuerpo es inviolable y no puede ser objeto de contratación privada, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

La primera oración del artículo 13 representa una afirmación del principio de respeto y la preeminencia de la persona como sujeto del derecho. Esta afirmación está vinculada a preceptos constitucionales. Aun así, no resultan claras las razones por lo que la Comisión encontró la necesidad de incluir en este artículo una disposición expresa imponiendo particular límite sobre la contratación del cuerpo humano. A nuestro entender el valor elevado que le suscribe la afirmación sobre la inviolabilidad del cuerpo contenido en la primera parte de este artículo, hacen innecesario incluir la limitación sobre la contratación del cuerpo de las personas para luego culminar el mismo artículo exceptuando cuando dicha limitación ha de ser de aplicación.

Debemos añadir que la construcción de la limitación a la contratación privada del cuerpo en esta disposición goza de matices de inconstitucionalidad.<sup>643</sup> La restricción que le impone este artículo a la libertad de contratación del individuo es extremadamente amplia y puede tener repercusiones no deseadas. El efecto práctico de esta disposición según redactada sería impedir el ejercicio del derecho constitucional a la contratación; más aun sobre propiedad que ya hemos establecido pertenece a la persona fuente del tejido y que legislación especial ya reconoce el pago en metálico como contraprestación lícita.<sup>644</sup> Además, es propio destacar que ante la mermada disponibilidad de algunos materiales biológicos de interés general como con los óvulos viables y fluidos seminales se permite el pago de una “compensación” por las molestias o retribución por las cesiones del material biológico.

---

<sup>643</sup> La sección 7 del artículo II de la Constitución de Puerto Rico establece “*no se aprobarán leyes que menoscaben las obligaciones contractuales.*” Esta disposición constitucional va de la mano con el derecho fundamental a la propiedad que está reconocido precisamente en la sección 7 de la Constitución.

<sup>644</sup> Las leyes federales de los EE.UU. son de aplicación a los territorios que son de su posesión. Estos son Puerto Rico, Guam, islas Samoa americanas y las islas Vírgenes.

Este es el caso de España; así lo demuestran múltiples publicaciones sobre este tema.<sup>645</sup> A pesar del uso el eufemismo de “compensación”<sup>646</sup> que sirve como paliativo para atender sensibilidades en cuanto al trato que deben llevar las procedentes del cuerpo humano se trata de pagos en metálico que todos modos para el sujeto fuente pueden reпреntar ingresos monetarios.

Resulta incompatible destacar la inviolabilidad de la dignidad humana como valor comparable con el derecho fundamental a una vida digna; mientras se confina la dignidad del ser humano y se ignora que su respeto exige “*la manifestación consciente libremente expresada por la persona*”<sup>647</sup> de forma eficaz. En los comentarios incluidos en el borrador del Código propuesto, la Comisión busca demarcar la limitación de la contratación a los “actos admitidos” y “validados” por las normas de excepción contenidas en el mismo Código como lo son la donación altruista de órganos y la maternidad subrogada. Consideramos que reducir los actos de determinación de la persona a lo que en el tiempo el Código Civil reconozca como actos admitidos o validados, equivale a sentenciar la obsolescencia del Código el día de su aprobación.

---

<sup>645</sup> *Los Tratamientos de Fertilidad aumentaron en España un 14% durante el pasado año*, DIARIO DE CADIZ, 20 de enero de 2011, <http://www.diariodecadiz.es/article/salud/885392/los/tratamientos/fertilidad/aumentaron/espana/durant e/ano/pasado.html>.; *Británicos buscan en España donantes de óvulos y esperma*, ELDIA.ES, 13 de mayo de 2006, <http://eldia.es/vivir/2006-05-13/10-britanicos-vienen-Espana-busca-esperma-ovulos.htm>. ; *Las Clínicas de Fecundación de Óvulos y Semen de Todas las Razas*, ELPERIODICO.COM, 24 de junio de 2015, [http://www.masola.org/masola\\_020.php?noticia=053](http://www.masola.org/masola_020.php?noticia=053).; *Donación de Óvulos y Semen*, REPRODUCCIÓNASISTIDA.ORG, 30 de septiembre de 2011, <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/listas-espera-sanidad-publica> (Recuperado el 30 de julio de 2015).

<sup>646</sup> Artículo 5 de la Ley 14/2006 sobre la técnica de reproducción humana asistida.

<sup>647</sup> José Enrique Mora, *La Dignidad de la Persona Humana en la Jurisprudencia Constitucional Española en EL PRIMADO DE LA PERSONA EN LA MORAL CONTEMPORÁNEA*, XVII SIMPOSIO INTERNACIONAL DE TEOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA (Augusto Sarmiento, et al. ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 523-541 (1997).

#### **Artículo 14: Disposición de Órganos y Fluidos de Cuerpo**

**Se permite la donación, tejidos y fluidos del cuerpo humano, en vida o para surtir efectos luego de la muerte del donante, sujeto a lo dispuesto en el párrafo siguiente y en la ley.**

Los actos de disposición, mutilación, amputación o discapacidad forzada del propio cuerpo están prohibidos si ocasionan una disminución permanente de su integridad o sus funciones vitales o si son contrarios a la ley, la moral o el orden público.

**Ninguna persona puede recibir remuneración económica por la donación de sus órganos tejidos y fluido, salvadas las excepciones que establezca la ley. (Énfasis Nuestro).**

Debe apreciarse que al redactar este artículo, la Comisión expresa la tradicional política pública de no auspiciar la actividad económica ante las preocupaciones generales que la compensación económica puede tener en la calidad del suplido de tejidos humanos y que el grupo participante sea principalmente los económicamente desventajados. Ya hemos expresado nuestra postura al respecto y reiteramos que el Código Civil debe guardar correspondencia cercana con la realidad social. Desde nuestra óptica, esta disposición ira disminuyendo en su eficacia pues los adelantos tecnológicos para monitorear los atributos que suponen la calidad del suplido cada vez son más certeros como tambien los metodos de extracción cada vez son menos invasivos. De ser admitida esta disposición la misma debe ser limitada a los actos de trasplantes *inter vivos* y no a aquellos destinados a investigaciones de naturaleza científica.

Consistente con la postura de nuestra tesis, debemos destacar el comentario <sup>648</sup> sometido por la Procuradoría de las Mujeres de Puerto Rico a la propuesta del lenguaje del artículo 14 del borrador del Código Civil sobre las “*Las Relaciones Jurídicas (Personas, Bienes y Hechos y Actos Jurídicos)*”:

---

<sup>648</sup> Según reseñado por García Arango, *supra*, n. 214, p. 219.

En el artículo 14 sobre disposición de órganos y fluidos del cuerpo, estamos de acuerdo con que se reconozca la donación de órganos, tejidos y fluidos. Sin embargo **tenemos reparo a la prohibición de recibir remuneración en, como lo son la sangre, semen, plasma, plaquetas y óvulos**. Aunque el articulado reconoce que la prohibición no es absoluta, ya que indica "... salvadas las excepciones que establezca la ley", desconocemos cuáles son esas excepciones y tampoco surgen del comentario. Sugerimos que de estar contempladas en las excepciones los casos que señalamos se hagan formar parte del articulado de forma expresa. (Énfasis Nuestro).

Una mirada rápida del articulado que sirvió como fuente en la redacción de las disposiciones propuestas en el proyecto del Código Civil de Puerto Rico nos confirma que los códigos modelos de países como el de Argentina o Perú no contienen prohibición expresa a prestaciones económicas por razón de la donación de materiales biológicos. Por el contrario, parecen dejar espacio a la libre determinación de los individuos condicionado a que no le ocasione daño permanente. Veamos los artículos 6 y 7, contenidos en el Título II del Código Civil de Perú el cual incluye las siguientes disposiciones análogas a las propuestas por la Comisión a cargo de la revisión del Código Civil de Puerto Rico.

#### **Artículo 6.- Prohibición de actos de disposición del cuerpo humano**

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos **cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física** o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

#### **Artículo 7.- Limitaciones a la donación de órganos y tejidos**

La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos **que no se regeneran** no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está

sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante. (Énfasis Nuestra)

Intresantemente el Código Civil de Perú solamente limita las prohibiciones sobre la disposición del cuerpo a condiciones que puedan ocasionar disminución permanente a la integridad física. Puede apreciarse de forma evidente que la finalidad última de estas disposiciones responde a la política pública que busca evitar el que se ocasionen daños irreversibles a la persona que dispone de partes de su cuerpo mientras viva. No obstante, la última oración del artículo 6 parece exceptuar la donación independiente del criterio de reversibilidad cuando se trata de circunstancias extremas que el Código caracteriza como estado de necesidad o que responden a motivos humanitarios. Esta disposición parece ampliar aun más la autonomía de la persona para que pueda responder a situaciones que podrían considerarse extremas. La redacción del articulado que guarda concordancia en el borrador del Código Civil de Puerto Rico (artículo 14) es más conservadora que el artículo 6 del Código Civil de Perú pues refleja una prohibición de todo acto que provoque irreversibilidad de la integridad del cuerpo humano a pesar que exceptúa lo dispuesto por ley especial. Entendemos que esta excepción contenida en el borrador del Código Civil de Puerto Rico se refiere a la Ley de Donaciones Anatómicas.

Retomando nuestro análisis de la Comisión Conjunta de Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, debe notarse que atendiendo los puntos que hemos señalado en nuestro análisis, la construcción de los artículos propuestos por la Comisión, el Código habría de contar con la elasticidad necesaria que permitiría la arquitectura de un nuevo esquema de derecho consistente con lo que ya consideramos es una nueva realidad. A nuestro modo de ver se requiere esta flexibilidad dentro del Código pues el mismo debe ofrecer el espacio para ser complementado por leyes especiales. El Estado debe refrenarse de fomentar una visión particular basada en tradiciones o creencias religiosas sino más bien en principios que permitan la manifestación de libertad de sus ciudadanos. Se trata de procurar el dejar en manos de los ciudadanos el derecho a tener autoridad sobre su persona y de apartarnos de centrar toda autoridad en un solo ente que en un pasado se conociera como monarca y

hoy se conoce como Estado.

Podemos concluir que nos encontramos en medio de revoluciones culturales en las que la humanidad ha dado inicios a transformaciones sociales tanto en las ciencias como en el Derecho; Puerto Rico y España no son excepción. Sin embargo, la posible implantación de una reforma al Código Civil de Puerto Rico ha sido retrasada como resultado de discusiones por grupos de interés sobre asuntos particulares que no han permitido su avance y consecuentemente han causado la injustificada demora del desarrollo de esta área del Derecho.

Por su relevancia en el desarrollo del Derecho de Puerto Rico, expresamos nuestro apoyo al proceso de reforma del Código Civil y coincidimos con el Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, LUIS MUÑIZ ARGÜELLES quien expresara que nuestro ordenamiento demanda un: “Código Civil cónsono con las realidades jurídicas de un mundo moderno, industrial e integrado, donde las viejas distinciones de lo que es público y privado parecen desvanecerse, y donde nuevos valores suplantán los que sirvieron de base a un derecho todavía vigente.”<sup>649</sup>

## **5. Síntesis para un escenario humano y sus posibilidades a la luz del presente estudio**

En el ámbito de los derechos sobre el propio cuerpo, la autonomía de la voluntad tiene especial relevancia en cuanto la persona tiene que tomar decisiones sobre su propia vida e integridad física, decisiones que pueden alcanzar también a otros bienes de la personalidad, por lo que se ha señalado que dicha autonomía implica, en este ámbito, una esfera reservada a la voluntad del individuo, único legitimado para decidir que riesgos asume o que bienes renuncia, en relación a su vida

---

<sup>649</sup> Luis Muñiz Argüelles, *La Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico: Una Propuesta para Viabilizar un Sueño*, 59 REV. COL. ABOG. P.R. Núm. 3-4, 1998, p. 149-200.

e integridad, en ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital.<sup>650</sup> Las raíces de las instituciones jurídicas que presuponen el respeto y reciprocidad que cobra forma en la exteriorización de la autonomía están sostenidas en principios que exaltan el valor por la dignidad individual y las aspiraciones más altas del ser humano quien aspira a la vida buena y el bienestar común. Esto presupone que no existe una sola definición de los valores individuales ni una sola manera de manifestarlos.

Los negocios jurídicos nacen de la autonomía individual y del reconocimiento que le confiere el ordenamiento. En esta dinámica precisa reconocer el núcleo definitorio del derecho de la persona física al uso y disfrute de sus bienes que según hemos demostrado incluye el uso de los materiales que son extraídos de su cuerpo. En la cadena transformadora en la que los materiales biológicos son utilizados en estudios científicos que sirven para el desarrollo de productos para el diagnóstico o tratamiento de condiciones de salud, coexisten una pluralidad intereses que coinciden en relaciones jurídicas complejas que tienen un efecto valorativo en la formulación, interpretación y la adjudicación de controversias. Sobre este aspecto el ordenamiento está llamado a lograr delicados equilibrios, en ámbitos en los que es preciso armonizar la libertad de investigación y los derechos fundamentales de la persona.

La llamada función social o pública observada por el Estado plantea una doble cuestión en la que concommitan los intereses públicos y el sujeto quien ostenta en último término la facultad de decidir que intereses públicos son aptos para operar como función limitadora de sus derechos. El criterio individual no puede ser sustituido por otros que bajo el pretexto de interés colectivo promueven posturas que favorecen desigualitariamente grupos de interés. El cálculo final de la fórmula debe resultar en la concesión de una garantía principalísima que demanda respeto por la libertad y la autonomía individual para actuar como un derecho constitucionalmente

---

<sup>650</sup> MARIANO FERNÁNDEZ BERMEJO, *Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado II*, ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI, Núm. 13, 20 de enero de 1994, p.2.

protegido. No hay duda que los derechos de actuación no son de carácter ilimitado y que no pueden ser desconectados de las coordenadas sociales en que el derecho y su titular se desenvuelven. Los retos de hoy requieren de razonamientos jurídicos adecuados y parámetros interpretativos que procuren la expresión amplia de los derechos de la persona.

El trabajo de investigación que hemos realizado ha presentado de forma objetiva que las cualidades de los materiales biológicos que son removidos del cuerpo humano los conforma en bienes susceptibles de actos jurídicos que están sujetos a la voluntad y actos de dominio que en primera instancia corresponden a la persona de quien proceden. Cónsono con las facultades de quien ostenta la titularidad de un bien, el ordenamiento civil permite y debe reconocer afirmativamente la potestad de la persona natural a efectuar negocios jurídicos en los que medien los materiales biológicos que genera su cuerpo, siempre que con ello no lesione irreversiblemente su integridad y funcionalidad corporal. Por su construcción flexible, el régimen civil patrimonial admite el empleo de nuevas instituciones en las que los materiales procedentes del cuerpo separados de su armazón físico de la persona natural pueden comportar una nueva clasificación de bienes. Las transformaciones prácticas que surgen del interés individual como del colectivo traen consigo nuevas dimensiones que se transforman a su vez en negocios jurídicos de índole variada con cabida en el derecho civil patrimonial.

Ya ha ganado espacio la aceptación doctrinal y jurisprudencial que reconoce que el derecho de propiedad ha experimentado diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas con significado y alcance diverso. Hasta el momento ha existido un vacío legal en la jurisdicción española por la ausencia de normativa específica que precise los poderes dominicales sobre los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano. El marco social conformado por las grandes posibilidades científicas sobre el empleo de los materiales corporales humanos ha sido sin embargo reconocido en otras jurisdicciones y con ello han adoptado legislación expresa reconociendo a la persona fuente como titular del material genético contenido en los materiales biológicos extraídos de su cuerpo. No

hay duda que esto es un avance significativo que sirve de protección de los derechos de la persona contra posibles trasgresiones de la intimidad como en la libertad para llevar a cabo negocios jurídicos legítimos con los materiales procedentes de su cuerpo conforme a su soberanía individual.

El marco de legislaciones españolas de mas reciente cuño ha llevado al país a equipar modelos más avanzados al lado de países con pocos aspectos en común en otros ámbitos como Bélgica, Suecia y Reino Unido. Esto es clara demostración de un esfuerzo a favor del desarrollo de la tecnología y la industria biomédica como reacción frente al atraso científico experimentado en épocas anteriores. El aumento de esas posibilidades a su vez ha conllevado lograr eficazmente el desarrollo de aspectos centrales como las medidas cautelares y garantías a los derechos fundamentales. La evidente metamorfosis social resultante en gran parte por el avance de las ciencias vivas ha causado la transfiguración de aspectos del derecho basados estrictamente en posturas dogmáticas convertidas en legislación que inciden sobre la potestad de la persona física de actuar en favor de sus intereses conforme a sus valores individuales. Los espacios económicos y sociales en los que hasta ahora el hombre desarrollaba su existencia han sufrido un ensachamiento que ha sido apoyado por los logros de la revolución tecnológica. El Estado es el punto de referencia y el marco obligado donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y se expresan democráticamente los principios valorativos ordenadores de la convivencia.

La necesidad de integrar la nueva realidad socio-política-económica reconfigurada por las ciencias junto a la realidad jurídica no solo comporta un conjunto de normas emanadas del Estado, sino además, un conjunto de elementos que deben recomponer la nueva realidad constitucional y proteger nuevas manifestaciones en el espacio y tiempo actual. Al amparo de las protecciones de principal rango del ordenamiento democrático entonces habrá de lograrse la preservación de la dignidad humana como piedra angular sobre la que se erige el ordenamiento. El contenido del derecho de propiedad sobre las partes del cuerpo conlleva un arreglo que salvaguarde de transgresiones la voluntad individual cuya amplitud incluye la transferencia de un bien en ánimo de solidaridad o en

búsqueda del disfrute de su valor económico. Queda a la voluntad de la persona si aprovecha el valor de los bienes; en eso consiste su derecho. Se trata de la voluntad vinculada a la razón como seres libres y racionales.

Ante la catalogación de los materiales biológicos de origen humano como bienes jurídicos y el respaldo de las facultades del sujeto fuente requiere ser crítico de reglamentaciones irrazonables o desproporcionadas. Los instrumentos de intervención del Estado que inciden en la esfera privada tienen el menester constitucional de llevar a cabo gestión pública que prevenga desequilibrios o desigualdades sociales y económicas. El ímpetu de fomentar una política pública estatal en concepciones debatibles no justifica el establecimiento de medidas absolutas o prohibitivas que se adentran en el marco de actuación de los individuos fundadas en visiones paternalistas que invocan el interés colectivo. No puede ignorarse que la vida en sociedad supone, dada la naturaleza humana, la existencia de desigualdades, discrepancias y conflictos entre los hombres a causa de la diversidad de opiniones sobre la cosa pública, el bien común y el modo de conseguirlo. Cualquier limitación al ejercicio de los derechos y las libertades consignadas en la Carta Máxima de Derechos deberá respetar su contenido y equilibradamente responder al bien general.

Las consideraciones de política pública que presumen el posible perjuicio sobre el desarrollo científico o industrial que causaría el reconocimiento del régimen de propiedad sobre los materiales biológicos humanos o las preocupaciones sobre la calidad del suplido cuentan con respuestas concretas seguidas por otras jurisdicciones. Alternativas menos onerosas cuestionan la legitimidad de las prohibiciones impuestas por el Estado sobre actos ligados a determinaciones que corresponden al ámbito de la autonomía de la voluntad y que hacen desaparecer equilibrios necesarios al imponer limitaciones excesivas a derechos constitucionalmente reconocidos. La inconsistencia en legislación sobre el tratamiento de los elementos corporales derrotan las posturas extremas.

La premisa umbral en la catalogación de los materiales biológicos corporales como bienes susceptibles del tráfico jurídico consiste en que la persona natural, cuando coincide en el almacén físico, se encuentra excluido de la actividad

patrimonial. En cuanto a las partes constituyentes u órganos vitales, debido a las graves consecuencias cuando son causa de posibles mutilaciones irreversibles o disminución permanente de la capacidad funcional debe ser ubicada fuera del tráfico jurídico. En virtud de la ausencia de afecciones perjudiciales a la integridad corporal queda claro que no deben existir impedimentos para la enajenación remunerada de los materiales biológicos naturalmente regenerados. La tesis de reconocer licitud a los actos jurídicos que incluyen materiales de origen humano se circunscribe a aquellos que son regenerados naturalmente.

Debido a la especialidad con la que se tratan estos asuntos en una diversidad de normas, conviene reducir las ambigüedades jurídicas en el ordenamiento español como puertorriqueño mediante la afirmación concreta en sus respectivos Códigos, que deje fuera de toda duda, la potestad dominical de la persona de quien los materiales biológicos son extraídos. Debe replantearse la noción que la oferta de consentir e imponer al sujeto fuente la tolerancia a actos de intervención estatal representa una solución legítima por sí sola. Esto tan solamente constituye la protección parcial del derecho pues al final se permiten ventajas a terceros que le están impedidas al sujeto fuente.

Los innegables cambios históricos que hasta el momento hemos experimentado a nivel mundial como los cambios que aun debemos anticipar con el avance de las ciencias del conocimiento, estimamos que han de ser razón para transformaciones relevantes del Derecho. Estamos en tiempos en los que habremos de presenciar cambios en los modelos normativos sustentados únicamente por pensamientos estrictamente altruistas. Aunque reconocemos la importancia que los pueblos atesoren y cultiven preceptos de humanidad entre unos y otros, no resulta menos importante, el valor que debemos reconocer de mantener un sistema que respeta el valor individual. Resulta necesario mantener un equilibrio saludable en el sistema de derecho con la suficiente elasticidad de modo tal que suministre la flexibilidad requerida en tiempos de aceleradas transformaciones económicas políticas y sociales.

La economía global apunta hacia a un aumento del intercambio de materiales biológicos entre Estados, corporaciones, instituciones privadas o gubernamentales e individuos particulares. Este nuevo ambiente trae consigo exigencias comunes y principios de política pública que procuren la salud del sistema de suplido. Nuestra propuesta es la adopción de un modelo normativo que alcance un equilibrio adecuado de los intereses de todos los que ocupan un espacio en el encadenamiento de actividades jurídicas que van desde lo individual hasta el colectivo. Las sociedades avanzadas abren paso a nuevas ideas que se ajustan a los cambios en la función social que sirven al ordenamiento. El cambio de paradigmas causados por el desarrollo de los pueblos por el avance de las ciencias, exige procurar nuevos modo de mantener la justicia y equidad. Nuestra propuesta de demarcar los negocios jurídicos que involucran los tejidos y fluidos biológicos que son removidos de los humanos dentro del ámbito del derecho civil patrimonial demanda introspección y capacidad para aceptar las transformaciones que los avances de los tiempos habrán de imponernos.

Representa una contradicción jurídica la prohibición de negocios jurídicos con materiales biológicos humanos ante la alegada preocupación por el trato de la persona natural como objeto, cuando las intervenciones estatales en los espacios que corresponden solo al fuero interno de la persona solo conducen a un trato que lo excluye como ente racional. Para lograr maximizar posibles congruencias entre los distintos Estados y sectores activos que los componen, el modelo normativo debe arrojar claridad y estar fundamentado en el respeto por la dignidad de la persona. El propósito no debe ser la mera reducción de posibles polémicas; sino más bien procurar armonía entre la naturaleza y las libertades humanas con una visión amplia que debe coincidir con lo expresado por el exponente español JOSÉ ENRIQUE MORA en su escrito sobre la dignidad humana “*el cuerpo humano, su integridad, aparece como algo extrínseco a la persona y a su libertad. Algo que la persona «tiene», en vez de algo que la persona «es».*<sup>651</sup> “*Los cambios que se plantean son*

---

<sup>651</sup> Mora, *supra*, n. 647, p. 250.

*profundos y responden a visiones filosóficas, económicas y sociales distintas a las de antes. Como es de esperarse, estos cambios implican una nueva visión política que ha de reflejarse en el proceso de revisión jurídica.”* Como estudiosos del Derecho no podemos ignorar nuestra responsabilidad. Esta jornada quizás no resulte fácil pero *“la dificultad, no implica imposibilidad”* y el tiempo para hacerlo es hoy.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Existe un estrecho vínculo entre la persona, el Derecho y las ciencias, particularmente motivado por el aumento en el uso de materiales procedentes del cuerpo humano en el desarrollo de productos de la invención científica destinados al tratamiento de la salud. Esta relación requiere de esfuerzos integradores de valores sociales renovados en el ordenamiento jurídico que regula las nuevas formas de bienes resultantes de la innovación científica.

**SEGUNDA:** El Derecho se encuentra sumido en una dinámica que demanda que los instrumentos jurídicos tradicionales sean readaptados particularmente en el punto en el que coinciden intereses legítimos que corresponden al ámbito de la persona, los derechos sobre el propio cuerpo y los negocios jurídicos. Al encontrarnos inmersos en una época de inagotables transformaciones vinculadas a los avances experimentados en el campo de las ciencias vivas, el ordenamiento jurídico reclama de normativa que flexiblemente se ajusten a las nuevas concepciones de la persona humana como sujeto del Derecho. En este contexto, las jurisdicciones civilistas oportunamente deben atender mediante fórmulas preceptivas la nueva realidad de la persona natural y así dar paso a nuevos destinos y usos de los materiales procedentes del cuerpo humano. De esta manera alcanzará reconocimiento y relevancia la facultad de la persona y la exteriorización de su potestad en un ámbito en el que se aprecia la proliferación de los usos de los materiales y la data genética procedente del cuerpo humano.

**TERCERA:** El ímpetu traído por la tecnología y el deseo generalizado por el progreso científico en el área de la salud humana son razones fundadas que legitiman el que los Estados establezcan políticas de administración que posibiliten los productos de la invención científica. La razón de Estado que busca adelantar el desarrollo científico no puede imponer reservas injustificadas al derecho a la individualidad y a la exteriorización libre de los pensamientos de la persona en el

ámbito de los actos relacionados sobre el propio cuerpo.

**CUARTA:** El tratamiento hasta el presente dado a los materiales biológicos separados del cuerpo se encuentra en momentos de inflexión pues aquellos habrán de ser adscritos a una categoría distinta al de persona; muy particularmente cuando los elementos corporales son en última instancia destinados a fines comerciales.

**QUINTA:** Los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano configuran un nuevo bien jurídico conforme al uso al que han sido subordinados por constituir materia prima en el desarrollo de invenciones tecnológicas. Por su naturaleza única, su tratamiento requiere de concepciones distintas a las clasificaciones de bienes basadas en nociones tradicionales; sin que ello implique deshacer el ordenamiento que trata de los negocios jurídicos. Las circunstancias en las que los materiales biológicos humanos encuentran circulación a través de negocios jurídicos tienen cabida en el andamiaje en el que adviene el derecho civil patrimonial.

**SEXTA:** Los negocios jurídicos nacen y se fomentan en un ambiente en el que las manifestaciones del ingenio humano no encuentran reproche. Ello responde al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la persona como uno de los valores centrales en cualquier ordenamiento jurídico. La forma en que se ve manifiesta la voluntad de la persona como sujeto de derecho en los tiempos de hoy, entraña concepciones progresistas que han cobrado interés en la comunidad jurídica internacional que obligan a re-adaptar corrientes doctrinales sobre los materiales procedentes del cuerpo humano. Esto incluye su admisión en el ámbito de los negocios jurídicos.

**SÉPTIMA:** Las nuevas técnicas y avances científicos en campos, entre otros, de la reproducción y la salud han abierto inéditas posibilidades las cuales han dado ocasión a nuevas formas de inequidad que afectan al sujeto fuente en renglones en los que otros gozan de protección. Con ello encontramos justificación para que las nuevas formas de pensamiento social sean conjugadas en fórmulas de Derecho en las que concretamente se encamine el derecho de la libertad individual contenido en las

Constituciones nacionales de los Estados democráticos. En este escenario coinciden derechos fundamentales y de la personalidad que cubren múltiples ámbitos tales como el derecho a la intimidad y la igualdad en el trato ante las leyes. Sobre esto se erige la dignidad humana, el pluralismo ideológico, la garantía a la existencia, y la protección a la propiedad, entre otros.

**OCTAVA:** La normativa hasta ahora generalizada ha estado inmersa en importantes principios de solidaridad que auspician actos de desprendimiento que no dejan de tener relevancia aun frente a los cambios propuestos de naturaleza expansiva que entendemos habrían de otorgar equilibrio al arreglo jurídico existente. El espíritu solidario propio de la especie humana es producto de actos de voluntad y corresponden a la reflexión y determinación de una persona libre para actuar. En esto reside el axioma principal que llama a salvaguardar los derechos y libertades de la persona y que hoy que deben ser traducidos en su potestad para que pueda libremente actuar sobre los usos y disposición que deben llevar los materiales biológicos separados de su cuerpo.

**NOVENA:** Conforme a la doctrina universalmente admitida, el cuerpo humano debe ser excluido de la corriente del comercio. En cambio, en cuanto a las partes separadas, la respuesta no es, ni debe ser, necesariamente la misma. Las razones que apartan el cuerpo humano de su posible comercialización tienen un resultado distinto cuando examinamos las unidades físicamente separadas del armazón corporal. Es un asunto de hecho que las partes separadas de la unidad no representan a la persona; pues en ella de forma independiente, no radica el ser humano.

**DÉCIMA:** Desde siempre, el cuerpo humano ha gozado de gran importancia para la ciencia y para el Derecho. Es una nueva realidad el que los materiales biológicos humanos sirven a propósitos utilitaristas que han sido motivo de intereses económicos reflejados en actos jurídicos del acontecer diario. En momentos en que las luchas históricas de los pueblos han alcanzado el derecho de libertad, propiedad, igualdad legal y política, es tiempo de comprender que cada quien es dueño de su propia dignidad. El carácter universal de la dignidad humana descansa en su definición

individual. Precisa entonces destacar que los cambios trascendentales de la sociedad moderna demandan de soluciones abiertas; tolerantes y respetuosas de la diferencia en pensamientos. La dignidad de la persona como primer fundamento del orden político y la paz social, entre otros, marca los límites de los actos dispositivos sobre los elementos del cuerpo humano. Asimismo, la dignidad de la persona no excluye la posibilidad, dentro de ciertos parámetros y para determinados fines, el disfrute de beneficios económicos sobre ciertos productos corporales.

**DÉCIMO PRIMERA:** Por su naturaleza elástica los conceptos del orden público, buenas costumbres o la moral que fueron adoptados para evitar retornar a las concepciones de antiguos regímenes han replanteado los límites del Derecho en conexión con las formas reacomodadas a los nuevos usos de las partes anatómicas humanas físicamente separadas de su armazón. En este contexto, los cuerpos gubernamentales están llamados a instituir un orden público haciendo buen uso de los preceptos de prosperidad que atañen al avance de las ciencias y que igualmente llaman al efectivo resguardo del valor del ser humano.

**DÉCIMO SEGUNDA:** Por haber sido ampliados los renglones de la vida que pueden ser objeto de elección por parte de la persona, debe entenderse que el poder individual prima sobre la imposición de reglas que dejan fuera su facultad de actuar sobre aspectos que tratan sobre sí, sobre su cuerpo y sus partes. Las facultades dominicales de la persona de quien son extraídos los materiales biológicos deben estar encarnadas en su potestad para libremente disponer de éstos, con excepción de ciertas condiciones limitativas que responden al interés común de una sociedad civilizada.

**DÉCIMO TERCERA:** La imposición de renuncia a cualquier interés económico, directo o indirecto, sobre los materiales biológicos que son sustraídos de su cuerpo y que es únicamente impuesta al sujeto de quien proceden carece de elementos objetivos que justifiquen el trato desigualitario dado al titular natural de los materiales corporales. En atención de esto, toda normativa de orden civil deberá estar fundada en las premisas generales promulgadas por el ordenamiento que regula las relaciones civiles patrimoniales a cuya observación deberá estar llamada cualquier legislación

especial que trate sobre los derechos sobre el propio cuerpo.

**DÉCIMO CUARTA:** El modelo legislativo de porte altruista diseñado por el gobierno español niega a la persona natural ventajas económicas que por disposición legislativa le están concedidos a las partes que intervienen en su comercialización; al menos, en cuanto a estos no media prohibición. A pesar de los fines pretendidos, entre otros, de asegurar auto-suficiencia nacional de estos materiales y avances en la industria del conocimiento, el desequilibrio experimentado por el trato desigualitario, carece de justificación y rebasa toda proporcionalidad en su afección de los derechos de la persona.

**DÉCIMO QUINTA:** En la construcción de una nueva sociedad interconectada por una comunidad global, sólo habrá de imperar la certeza mediante el resguardo de circunspecciones fundadas en la facultad de la persona a decidir como componente cardinal del derecho de libertad. La seguridad jurídica a la que aspiran las partes activas en este ámbito será lograda mediante la tutela de principios de libertad e igualdad adaptados tanto en su exteriorización sobre renovados valores sociales como al irreductible perfeccionamiento de la innovación científica.

**DÉCIMO SEXTA:** Algunas jurisdicciones, incluyendo algunas de naturaleza civilista han establecido mediante disposiciones expresas las facultades dominicales de la persona natural sobre actos de disposición de su cuerpo y de sus partes. La importancia que ha cobrado la utilización de los materiales biológicos humanos y su dotación genética hacen imperativo el examen de estos modelos normativos. La transparencia sobre estas nuevas formulaciones también harían visibles las llamadas compensaciones por molestias hechas a cambio de elementos corporales que de forma decorosa describen lo que en efecto representa una contraprestación económica. No habría que procurar tal astucia idiomática, toda vez que la plataforma normativa respondería a un mismo conjunto de principios en los que favoreciendo el valor de la persona se obra a favor del bienestar general.

**DÉCIMO SÉPTIMA:** La conceptualización e interpretación de la normativa civil

patrimonial de futuro deberá tomar en cuenta como preceptos fundamentales que:

- 1) La clasificación de los materiales biológicos humanos como objetos susceptibles de negocios jurídicos debe estar basada en elementos objetivos tales como el grado de invasión sobre el cuerpo de la persona física, el posible menoscabo de la funcionalidad del sujeto fuente y la capacidad corporal de regenerar los materiales biológicos sustraídos.
- 2) Los límites de las facultades dominicales deben estar basadas en consideraciones sanitarias o posibles cargas al Estado por motivo de posibles perjuicios a la capacidad funcional del sujeto fuente.
- 3) Los negocios jurídicos que nacen de la voluntad de la persona y que son llevados a cabo sin perjuicio de terceros corresponden al ámbito de la libertad y la autonomía privada. Conforme con lo dispuesto por el Código Civil, las normas deben ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atendiendo la finalidad de las mismas.

**DÉCIMO OCTAVA:** Por ser fuente del ordenamiento jurídico español con bases en las costumbres y principios generales del Derecho consideramos necesario la revisión del Código Civil para incorporar disposiciones que claramente establezcan las facultades dominicales del sujeto fuente sobre los materiales biológicos humanos. La incorporación de una expresión clara en el texto del Código Civil dotará al ordenamiento español con un modelo inclusivo que en el fondo dará paso a una escena jurídica en el que se ubican los distintos caracteres en igualdad de planos. Esto servirá como criterio que librárá de posibles inconsistencias o de ambigüedades a toda norma que trate sobre los actos dispositivos de los elementos corporales de la persona. Con esta finalidad consignamos el siguiente texto para consideración por los formuladores del Derecho que a nuestro entender podrá ser incorporado en el Libro I de las Personas:

### **Actos de disposición sobre el cuerpo humano y sus partes**

Las materiales biológicos procedentes del cuerpo humano solo pueden ser dispuestos por su titular, entiéndase el sujeto fuente.

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen disminución permanente de su capacidad funcional natural; excepto que sean requeridos para la salud de la persona, y excepcionalmente de otra, de conformidad a lo dispuesto mediante ley especial.

Están exentos de esta prohibición los materiales corporales que son naturalmente regenerados por el cuerpo humano.

El articulado propuesto también encuentra espacio dentro del Libro IV del Código Civil que trata sobre las obligaciones y los contratos. La cesión de materiales biológicos separados del cuerpo humano a cambio de una prestación o más prestaciones alcanza ser preceptuado como un convenio entre partes cuyo andamiaje se erige sobre principios fundados en la dignidad de la persona; interpretada en su dimensión más amplia como la libertad para actuar conforme a nuevos modelos culturales en el que también concurren la ciencia y el Derecho.



## DEFINICIONES

**ADN (ÁCIDO DESOXIRRIBUNUCLEICO):** Molécula encargada de portar la información genética. Su composición química está formada por un grupo fosfato y una base nitrogenada que solo puede ser cuatro tipos: adenina, guanina, citosina, timina. La forma en la que se disponga las bases nitrogenadas determinan el funcionamiento de los seres vivos.

**ALOGÉNICO/A:** Proveniente de un donante genéticamente similar, pero no idéntico.

**ANONIMIZACIÓN:** Proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere. Es también aplicable a la muestra o material biológico.

**AUTOLÓGO/A:** Relativo a un tejido o estructura que se presenta de forma natural y deriva del mismo individuo.

**BIOBANCO O BANCO DE TEJIDOS:** Establecimiento público o privado, regulado por el gobierno que se dedica a la colección, monitoreo, análisis, procesamiento, almacenaje o distribución de tejidos.

**BIOMEDICINA:** Medicina basada en los principios de la ciencia naturaleza, como la biología, la biofísica, la bioquímica, etc.

**BIOTECNOLOGÍA:** Se entiende toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.

**CÉLULA:** Unidad mínima autónoma de un organismo capaz de actuar de manera autónoma.

**CÉLULAS MADRE:** Aquellas que dan lugar a la formación de todas las células en el cuerpo humano. Tienen la capacidad única de multiplicarse o convertirse en otro tipo de células.

**CÉLULA MADRE HEMATOPOYÉTICA:** Son recolectadas de la sangre del cordón umbilical.

**CIENCIAS VIVAS:** Se utiliza para agrupar o representar las ciencias relacionadas con los organismos vivos.

**DONACIÓN ANATOMICA:** Se refiere a una donación del cuerpo o parte del cuerpo humano para propósitos de trasplantar, terapia, investigación o educación. En ocasiones puede mediar pago por molestias e inconvenientes provocadas a la persona donante.

**HISTOCOMPATIBILIDAD:** Relaciones entre los tejidos de un donante y un receptor de materiales biológicos.

**FENOTIPO:** Las propiedades físicas observables de un organismo.

**INVESTIGACION BIOMÉDICA:** Investigación que abarca distintas disciplinas dedicadas al estudio de la biomedicina. La misma se centra areas tales como la inmunología, la biología molecular y otras.

**LINFOCITOS:** Célula presente en la sangre cuya función es la defensa inmunológica

**LINFOCITOS T:** Célula del sistema inmunológico que tiene la función principal de atacar la agentes extraños en el cuerpo humano como bacterias, hongos y otros.

**LINEA CELULAR:** Grupo de células que ha sido adaptadas a condiciones artificiales de laboratorio y que es capaz de reproducirse por tiempo indeterminado.

**LINFOQUINAS:** Grupo de proteínas que modulan la respuesta inmune en el cuerpo humano.

**MUESTRA BIOLÓGICA:** Cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona. Es soporte de datos genéticos que son mantenidos incluso después de la muerte. Sus características son: 1) es una parte del cuerpo; 2) está separada del mismo; 3) alberga la dotación genética característica de una persona. La muestra biológicas es: un soporte de datos y una parte del cuerpo.

**ÓRGANO:** una parte diferenciada y vital del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas.

**SUJETO FUENTE:** Individuo vivo de quien proviene una muestra biológica

**TEJIDO HUMANO:** todas las partes constituyentes del cuerpo humano, incluyendo los residuos quirúrgicos y las células. También se incluyen los productos que incorporen tejidos o células de origen humano o se deriven de ellos.

**TISULAR:** Perteneciente o relativo a los tejidos de los organismos.

**USO ALOGÉNICO:** Las células o los tejidos extraídos de una persona y aplicados a otra.

**USO AUTÓLOGO:** Las células o los tejidos extraídos y aplicados a la misma persona.



## BIBLIOGRAFÍA

ACKER, Jacqueline M.; *The case for an unregulated private sperm donation market*, UCLA Women's Law Journal (California) 20 (1), 2013.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis; *Cosas, bienes y derechos reales*, Derecho Civil II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 8va. ed., 2007.

AHARON, Barak; *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2013.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; *Derecho civil III, Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 11a ed., 2010.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; *Derecho civil introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 15a ed., 2002.

ALBERT, Michael R., M.D., OSTHEIMER, Kristen G., M.A., BREMAN, Joel G.; *The last smallpox epidemic in boston and the vaccination controversy*, New England Journal of Medicine 344 (5), 2001.

ALBERTO WARAT, Luis; *Lenguaje y definición jurídica, cooperadora de derecho y ciencias sociales*, Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.

ALENIKOFF, Thomas Alexander; *Constitutional law in the age of balancing*, Yale Law Journal 96 (5), 1987.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio; *Tratado de Derecho civil: parte preliminar y general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ra ed. 1998.

ALEXY, Robert; *La fórmula del peso*, en "El principio de proporcionalidad en el estado constitucional", Ed: Carbonell, Miguel, Universidad del Externado, Bogotá Colombia, 2008.

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel; *El código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, T. II, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1885.

ALONSO PÉREZ, Mariano; *La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico*, en Tratado de derecho civil, Normas civiles y derecho subjetivo, Tomo II, Dir. Joaquín Rams Albesa, Iustel, Madrid, 2014.

ANDREWS, Lori & NELKIN, Dorothy; *Body bazaar, the market for human tissue in the biotechnology age*, Crown Publishers, New York, 2001.

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor; *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos: problemática jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

ANDORNO, Roberto; *La Dignidad Humana como Fundamento de la Bioética y de los Derechos Humanos en la Declaración Universal*, en " Enciclopedia de Bioderecho y Bioética", Tomo I, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011.

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor; *Trasplante de órganos, tejidos y células (jurídico)*, en "Enciclopedia de Bioderecho y Bioética", Tomo II, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011.

ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio & ZÚÑIGA URBINA, Francisco; *El principio de la proporcionalidad del tribunal constitucional*, Estudios Constitucionales, 10 (1), 2012.

BARNES VÁZQUEZ, Javier; *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparados y Comunitario*, Revista de Administración Pública, núm. 35, 499, septiembre-diciembre, 1994.

BATISTA HERNANDEZ, Andrés, Bioderechos Internacional y Europeo; *Desafíos Actuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; *La función del derecho de propiedad*, en "Propiedad y derecho constitucional", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, J. San José, S.A., Madrid, 2005.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José; *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, en "Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", 29 de marzo, Madrid, 1976.

BENDA, Ernesto; *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en "Manual de derecho constitucional", Coord: Maihofer, Werner, & Vogel Hans-Jochen, Marcial Pons, Madrid, 2001.

BERGSTROM, Theodore C., GARRATT, Rodney J., SHEEHAN-CONNOR, Damien; *One chance in a million: altruism and bone marrow registry*, American Economics Review 99 (4), 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos; *La racionalidad de la ponderación*, en "El principio de proporcionalidad en el estado constitucional", en "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", Ed: Carbonell, Miguel, Universidad del Externado Colombia, 2008.

BOLADERAS CUCURELLA, Margarita; *Principio de Autonomía*, en "Enciclopedia de Bioderecho y Bioética", Tomo I, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011.

BONILLA SÁNCHEZ, Juan José; *Personas y derechos de la personalidad*, Madrid, 1a ed., 2010.

BORRELL MACIÁ, Antonio; *La persona humana, derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto*, en "Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres", Bosch, Barcelona, 1954.

BREYER, Stephen; *Active liberty: Interpreting our democratic constitution*, First Vintage Books, New York, 2006.

BUCHANAN, Alan, BROCK, Dan, DANIELS, Norman, WIKLER, Daniel; *Genética y justicia*, Trad: Piña, Cristina, 1st ed., 2000.

CANOSA USERA, Raúl; *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

CARBONEL, Miguel; *El principio de proporcionalidad en el estado constitucional*, Colombia, Universidad del Externado, Colombia, 2008.

CARBONNIER, Jean; *Derecho flexible para una sociología no rigurosa del derecho*, Tecnos, Madrid, 1974.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María; *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*, Bosch, Barcelona, 1995.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime; *La interpretación de los principios antinómicos*, en "La argumentación como derecho", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2a ed., 2007.

CARDOZO, Benjamin N.; *The nature of the judicial process*, Yale University Press, 1921.

CASTÁN TOBEÑAS, José; *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Volumen II, Reus, Madrid, 15a ed., 2007.

CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, "El principio de proporcionalidad en el estado constitucional", Ed: Carbonell, Miguel, Universidad del Externado, Colombia, 1a ed., 2008.

COHEN-ELIYA, Moshe & PORAT, Iddo; *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2013.

Comité de Ética del Instituto de Enfermedades Raras (CEIIR) Instituto de Salud Carlos III, Instituto de Salud Carlos III, *Recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2009.

CONDE CRUZ Concepción; *La protección de datos personales, un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo; *De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI (31) Valparaíso, Chile, 2008.

DALY, Erin; *Dignity: courts, constitutions, and the worth of the human person*, University of Pennsylvania Press, 2012.

DARÍO BERGEL, Salvador; *Aportes para un estatuto de las partes del cuerpo*, Revista de Derecho y Genoma Humano Núm. 25, 67-100, 2011.

DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo; *La protección de la personalidad en el derecho privado*, Revista de Derecho Notarial, enero-marzo, 1974.

DE CASTRO CID, Benito; *Derechos Humanos en "Enciclopedia de Bioderecho y Bioética"*, Tomo I, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso; *Jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia VI, 463-477, 1943.

DE SOUZA, Yvonne G., GREESPAN, John S., *Biobanking past, present and future: responsibilities and benefits*, AIDS 27 (3), London, England, 2013.

DEL VALLE ARAMBURU, Romina; *Análisis de la evolución de la reparación del daño moral en la injuria romana*, Anales-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P. 9 (42), Argentina, 2012.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier; *La constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y tecnologías de la información y la comunicación*, UNED Revista de Derecho Político 71-72, enero-agosto, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; *Fundamentos del derecho civil patrimonial I, Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Pamplona, 6a ed. 2007.

- DYSON, Anthony, HARRIS, John; *Ethic and biotechnology*, Routledge, London 2003.
- EDELMAN, BERNARD; *La Personne en Danger* (Presses Universitaires de France, 1999.
- EISEMAN, Elisa, HAGA, Susanne B.; *Handbook of human tissue sources: a national resource of human tissue samples*, RAND Corporation, Santa Mónica, California, 1999.
- ENCABO VERA, Miguel Ángel; *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ENNECCERUS, Ludwig, WOLFF, Martin & KIPP, Theodore; *Tratado de derecho civil: derecho civil: parte general*, Vol. I, Trad. esp.: Pérez González Blas & Alguer, José, 2a ed. Bosch, Barcelona, 1953.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano; *Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del estado II*, Actualidad Jurídica Aranzadi, IV (13), 20 de enero de 1994.
- FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, María Luisa; *El principio de proporcionalidad en la administración pública y sus implicaciones tributarias en "Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala"*, Coord.: César Albiñana García-Quintana, et al., Dykinson, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa; *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 1a ed., 2008.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; *La función de gobierno en la constitución española de 1978*, Universidad de Oviedo, Dykinson, 1a ed., 2002.
- FLOREZ MUÑOZ, Daniel E.; *Los límites de la democracia en el estado constitucional, constitución, pueblo y tribunal*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho (13), 2010.
- FUENTES, PEREZ, Gisela; *Evolución doctrinal legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España*, Revista de Derecho Privado, nueva época, III (8), mayo-agosto, 2004.
- GALETTA, Diana-Urania; *El principio de proporcionalidad en el derecho público Italiano*, Cuadernos de Derecho Público (5), septiembre-diciembre, 1998.
- GARCÍA ARANGO, Gustavo Adolfo; *Es mi cuerpo y el estado no lo administra: disposición sobre el propio cuerpo en la donación de órganos en Colombia*, Revista de Estudios de Derecho 68 (151), 2011.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, Jorge; *Un acercamiento a la patentabilidad de las invenciones biológicas*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 36 (04), 2006.

GARCÍA RUBIO, María Paz; *Los derechos de la personalidad*, en "Tratado de derecho de la persona física", Tomo II, Dir. María del Carmen Gete-Alonso & Coord. Judith Solé Resina, 2013.

GARCÍA RUBIO, María Paz; *Arte, Religión y Derecho Fundamentales, La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)*, Anuario Derecho Civil, Tomo LXVII, enero-marzo, 2014.

GARCIA VALDECASAS, Guillermo; *Parte general del derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1983.

GARZÓN DÍAZ, Fabio Alberto; *Bioética: manual interactivo*, 3R Editores Ltda., Bogotá, 1a ed., 2000.

GODREAU, Michel J.; *Un esquema para el análisis de problemas del derecho civil patrimonial*, Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico (55) 9, 1986.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; *La libertad de creación y producción científica en la ley de investigación biomédica: objeto, ámbito de aplicación y principios general de la ley*, en Sánchez-Caro, Javier & Abellán, Fernando, "Investigación Biomédica en España: Aspectos Bioéticos, Jurídicas y Científicas", Editorial Comares 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *La dignidad de la persona*, Aranzadi, Pamplona, 2a ed., 2011.

GONZÁLEZ TEJERA, Efraín; *Contestación al discurso del Hon. Jean-Louis Baudouin*, Revista Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación (5), 1998.

GORRÍN PERALTA, Carlos Iván; *Declaración universal de derechos humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico*, Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico 44 (1), 2010.

GOTTWEIS, Herbert & PETERSEN, Alan; *Biobanks: governance in comparative perspective*, Routledge, 1ra ed. 2008.

GUERRA GARCÍA, Yolanda M. & MÁRQUEZ CÁRDENAS, Alvaro; *Bioética, trasplante de órganos y derecho penal en Colombia*, Revista Principio A Iuris 15, enero-junio, 2011.

HANNEMAN, Brian G., *Body parts and property rights: a new commodity for the 1990s*, Southwestern University Law Review 22, 399-432, 1993.

- HERNÁNDEZ GIL, Antonio; *Saber jurídico y lenguaje*, Obras Completas, Tomo IV, Madrid, 1989.
- HERRANZ, Gonzalo; *Eutanasia y dignidad de morir*, en “Vivir y morir con dignidad: temas fundamentales de bioética en una sociedad plural”, Coord: Postigo Solana, Elena et. al., EUNSA, Pamplona, 2002.
- HOPPE, Nils; *Bioequity-property and the human body*, University of Hannover, Germany, Ashgate, 2009.
- HUSCROFT, Grant, Miller Bradley W. & WEBBER, Grégoire; *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier; *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 1a ed., 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; *Interacción del Derecho de Familia con otras áreas del Derecho: las voluntades anticipadas: una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas*, Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico XLI (1), 2006.
- LABANT, Mary Ann; *Biobank diversity facilitates drug & diagnostic development*, Genetic Engineering & Biotechnology News, 32 (2), 2012.
- LACALLE NORIEGA, María; *La persona como sujeto del derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.
- LACADENA CALERO, Juan Ramón, Embrión -Concepto Jurídico-legal de Embrión, en "Enciclopedia de Bioderecho y Genoma Humano", Tomo I, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Elementos de derecho civil*, Tomo I, *parte general de derecho civil*, Vol 2: *personas*, Bosch, Madrid, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Elementos de derecho civil*, Tomo III: *Derechos reales*, Vol. I: *La posesión y la propiedad*, Dykinson, Madrid, 2a ed., 2003.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, Dykinson, Madrid, 7a ed., 2012.
- LASARTE ALVAREZ Carlos; *Principios de derecho civil*, Tomo IV: *Propiedad y derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid, 4a ed., 2002.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos; *Principios de derecho civil*, Tomo I: *Parte general y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 19a ed., 2013.

- LLAMAZARES FERNÁNDEZ Dionisio; *Derecho de la libertad de conciencia I*, Civitas, Madrid, 2a ed. 2002.
- LOCKE, John; *Second treatise of government*, Kindle Edition, 2011.
- LÓPEZ QUETGLAS, Francisca; *El Derecho a la Propiedad Privada como Derecho Fundamental (breve reflexión)*, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXIX, 335-362, 2006.
- MANRESA Y NAVARRO, José María; *Comentarios al código civil español*, Tomo III, Reus, Madrid, 7a ed., 1952.
- MARTÍ, José; *Nuestra américa*, en "Revista Ilustrada de Nueva York, Estados Unidos", 10 de enero, 1891, y en el Partido Liberal, México", 30 de enero de 1891.
- MARUSYK, Randy W. and SWAIN, Margaret S.; *A Question of property rights in the human Body*, Ottawa Law Review, 21 (2), 1989.
- MCDOUGAL, Myres S., LASSWELL, Harold D., LUNG-CHU, Chen; *Human rights and world public order: human rights in comprehensive context*, 72, No. 2, Northwestern University Law Review, 72 (2), 1977.
- MCKELVEY, Marureen D., et al., *Stylized facts about innovation processes in modern biotechnology*, Ed.: McKelvey, Maureen D., et al. Edward Elgar Publishing, United Kingdom, 2004.
- MCLOCHLIN, Deborah I.; *Whose genetic information is it anyway? A legal analysis of the effects that mapping the human genome will have on privacy rights and genetic discrimination*, J. Marshall J. Computer & Info. L., 19 (4), 2001.
- MILL, John Stuart; *Principles of political economy*, Vol. 2, Forgotten Books, London, 1848.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L.; *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.
- MONTORO RUEDA, Rosa M.; *Sobre la idea de cosa en el Derecho: su significación y caracteres como objeto de los Derechos y Deberes del Hombre*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 11, 373- 402, 2010.
- MORA, José Enrique; *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española*, en "El primado de la persona en la moral contemporánea, XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra", Ed.: Sarmiento, Augusto, et al., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1997.
- MORALES LEBRÓN, Mariano; *Diccionario jurídico, según la jurisprudencia del tribunal supremo de puerto rico*, Vol. I, 1994.

- MORENO HIDALGO, Omar; *Genoma humano y derecho*, Palibrio, 2011.
- MUÑOZ ARGÜELLES, Luis; *La Revisión y reforma del código civil de puerto rico: Una propuesta para viabilizar un sueño*, Revista Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 59, 149-200, 1998.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar; *Los Derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales*, Revista de Derecho y Genoma Humano, Núm. 19, 207- 228, 2003.
- NOMBLEA CANO, César & SIMÓN VALLÉS, Carlos; *Células Madre*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2010.
- NOVELLI, G., NOVELLI, M., ROSSI, Poli L., MORABITO, V., MORABITO, S. & FERRETTI BUSSOTTI, A.; *Is legalizing the organ market possible?*, Transplantation Proceedings, 39 (6), 2007.
- NOVOA MONREAL, Eduardo; *La evolución del Derecho de Propiedad ante los actuales textos constitucionales latinoamericanos*, en “Estudios de Derecho Constitucional Panameño”, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1987.
- NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D., YOUNG, Nelson; *Handbook on constitutional law*, West, St. Paul, Minnesota, 2nd ed., 1978.
- NWABUEZE, Remigius, EBRARY, Inc.; *Biotechnology and challenge of property: property rights in dead bodies, body parts, and genetic information*, Ashgate, England, 2007.
- OLAYA GODOY VÁZQUEZ, María; *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material embrionario*, Dykinson, Madrid, 1a ed., 2014.
- ORTEGA Y GASSET José, *Historia como sistema*, Revista de Occidente, S.A., Madrid, 6a. ed., 1970.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador; *La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la u.e.*, Vol. 1, Editorial Comares, Granada, 1a ed., 2009.
- PERLIENGIERI, Pietro; *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, Trad. Esp.: Luna Serrano, Agustín, Maluquer de Motes Bernet, Carlos, Dykinson, Madrid, 2008.
- PHILBRICK, Francis S.; *Changing Conceptions of Property in Law*, University of Pennsylvania Law Review 86 (7), 1938.
- PRIETO SANCHÍS, Luis; *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 23, 161-195, 2000.

- PUIG BRUTAU, José; *Compendio de derecho civil*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1ra ed., 1987.
- PUIG BRUTAU, José; *Compendio de derecho civil*, Vol. III, Bosch, Barcelona, 1ra ed., 1989.
- PUIG BRUTAU, José; *Fundamentos de derecho civil*, Tomo III, Vol. I, Bosch, Barcelona, 4ta ed., 1994.
- PUIG PEÑA, Federico; *Tratado de derecho civil Español I*, Vol. 2., Madrid, 1958.
- QUESADA, Luis Jimena; *Perfiles constitucionales de la investigación biomédica*, en "Investigación, genética y derecho", Coord.: Salcedo Beltrán, Carmen, 2008.
- RAO, Neomi; *Dignity in Constitutional Law*, Columbia Journal of European Law, 14 (2), 2008.
- RAO, Radhika; *Property, privacy, and the human body*, Boston University Law Review 80 (2), 2000.
- RAWLS, John; *A theory of justice*, Oxford University Press, 1973.
- RESNIK, David B.; *The commoditization of human reproduction material*, Journal of Medical Ethics 24 (6), 1998.
- RIVERA GARCÍA, Ignacio, *Diccionario de términos jurídicos*, Lexis Publishing, 3rd ed. 2000.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; *La relación jurídica y el derecho subjetivo*, en Tratado de derecho civil, Normas civiles y derecho subjetivo, Tomo II, Dir. Joaquín Rams Albesa, Iustel, Madrid, 2014.
- ROCHE, Patricia, GLANTZ, Leonard H. and ANNAS, George J.; *The genetic privacy act: a proposal for national legislation*, American Bar Association, Jurimetrics 37 (1), 1996.
- RODOTÁ, Stefano, *La vida y las reglas, entre el derecho y no derecho*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1a ed., 2010.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José; *La credibilidad de los resultados y la legitimidad de los procedimientos en la encrucijada del debate científico y jurídico* en "Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales", Coord.: Rodríguez Pontón, Francisco José, Universitat de Barcelona, 2012.
- ROGEL VIDE Carlos; *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Studia Albornotiana, XLVI, 30-44, 1985.

ROGEL VIDE, Carlos; *Origen y actualidad de los Derechos de la Personalidad*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de la Puebla A.C. (Méjico), 20, 260-281, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María; *Implicaciones jurídicas de la utilización de muestras biológicas humanas y biobancos en Investigación científica*, en “La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro”, Publicaciones Deusto, Bilbao, 2006.

ROMEO CASABONA, Carlos María; *La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho*, Acta Bioethica, VIII (2), 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María; *Reflexiones sobre el tratamiento jurídico del genoma Humano*, Derecho, Genoma Humano y Biotecnología, 2004.

ROMEO MALANDA, Sergio; *El régimen jurídico y utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica en el ordenamiento español*, Estudios de Deusto, enero-junio, 183-228, 2011

ROSSEAU, Jean Jacques; *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, 1755.

RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, *El método de razonamiento jurídico*, XLIV (3), Revista Jurídica, Universidad Interamericana De Puerto Rico, 581-613, 2010.

RUIZ RUIZ, Ramón, DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes; *Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad*, Revista de Filosofía del Derecho, Núm. 14, 27- 44, 2011.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando; *El Código de Comercio y los Contratos Mercantiles, en Centenario del Código de Comercio*, Volumen I, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia Madrid, 1986.

SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando; *Derecho constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004.

SAX, Joseph L., *Takings and the Police Power*, Yale Law Journal 74 36, 1964.

SCHOROEDER Doris, LUCAS, Julie; *Benefit sharing from biodiversity to human genetics*, Centre for professional ethics, University of Centreal Lancashire, United Kingdom, 2013.

SERRANO ALONSO, Eduardo; *Introduccion al derecho civil*, Edisofer, Madrid 1999.

SERRANO-GEYLS, Raúl; *Derecho constitucional de estados unidos y puerto rico*, Vol. II, Colegio Abogados de P.R., San Juan, 1a ed., 1988.

SICHES, Recasens; *Introducción al estudio de derecho*, Porrúa, México, 1970.

SILVA RUIZ, Pedro F.; *El Derecho a morir con dignidad y el testamento vital*, Revista General de Derecho, Núm. 592-593, 425- 435, 1994.

SILVA RUIZ, Pedro F.; *Desarrollos recientes y tendencias del derecho civil para el siglo XXI en Puerto Rico*, Revista Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, 1 (1), 1989.

SIMÓN MORENO, Héctor; *El ejercicio de los derechos: influencia de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1973-74 y la pervivencia de su ideología tras el proceso constitucional*, en Tratado de derecho civil, Normas civiles y derecho subjetivo, Tomo II, Dir. Joaquín Rams Albesa, Iustel, Madrid, 2014.

SKLOOT, Rebecca; *The immortal life of henrietta lacks*, Broadways Paperbacks, 2011.

SMITH, George P.; *The new biology, law, ethics, and biotechnology*, Plenum Press, New York, 1989.

SMITH, Scott, NIELSON, Platte S. & KENNEDY, Beth; *Genetic privacy laws: 50 State Survey*, J. Health & Life Sci. L. (University of Utah) 50 (1), 2011.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José; *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). núm. 71 87-109, enero-marzo, 1991.

SPINELLO, Richard A.; *Property rights in genetic information*, Ethics and Information Technology, 6 (1), 2004.

SREENIVASULU, N. S., RAJU, C. B.; *Biotechnology and patent law*, 1a ed., 2008.

STASON, E. Blythe; *The uniform anatomical gift act*, Business Law, Business Law 23, 919–928, 1968.

STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud; *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law 47 (73), 2008.

STUART MILL, John; *Sobre la libertad*, Edición en Español, Kindle, 2012.

SULLIVAN, Kathleen & FELDMAN, Noah; *Constitutional law*, Foundation Press, 18th ed., 2014.

TITMUSS, Richard M.; *The gift relationship from human blood to social policy*, Ed.: OAKLEY, Ann & ASHTON, John, The New Press, 1997.

TRÍAS MONGE, José; *Consideraciones sobre nuestra justicia*, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 33(1), 1972.

- TRÍAS MONGE, José; *Sociedad derecho y justicia*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1a ed., 1986.
- TRÍAS MONGE, José; *Teoría de adjudicación*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 2000.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores; *Las garantías del Derecho de Propiedad en Europa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.
- VALERO HEREDIA, Ana; *Libertad de Conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de Laicidad*, Artegraf, 2008.
- VAUGHT, Jimmie, ROGERS, Joyce, CROLIN, Todc, COMPTON, Carolyn; *Biobankonomics: Developing a Sustainable Business Model Approach for the Formation of a Human Tissue Biobank*, Journal of the National Cancer Institute Monographs, Núm. 42, 24-31, 2011.
- VÁZQUEZ BOTÉ, Eduardo; *Derechos Reales, Tratado Teórico, Práctico y Crítico de Derecho Privado Puertorriqueño*, Tomo I, Equity Publishing Co. Oxford, New Hampshire, 1991.
- VELÁZQUEZ JORDANA, José Luis; *La fundamentación de la dignidad, en "Bioética: La cuestión de la dignidad"* Ed.: Feito Grande Lydia, Universidad Pontificia de Comilla, Madrid, 2004.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; *La resolución de conflictos entre derecho fundamentales, el principio de proporcionalidad*, en "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", Ed: Carbonell, Miguel, Universidad del Externado, Colombia 1a ed., 2008.
- VILLEY, Michel; *Lecons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1968.
- VOGT, Roy; *Whose property? Deepening conflict between private property and democracy in canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1999.
- WALDY, Catherine, MITCHEL, Robert; *Tissue economies*, Duke University Press, Durham and London, 2006.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, BASTIDA, Francisco J.; *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1ra ed., 2012.
- YANKOVIC NOLA, Bartolome; *El genoma humano al alcance de todos*, RIL Editores, 2007.
- ZIKA Eleni, et al., *Biobanks in Europe: prospects for harmonisation and networking*, EUR Scientific and Technical Reports, Publications Office of European Union, Luxemburg, 2010.



## **JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

### **España**

- STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (ponente Luis Díez Picazo)
- STC 37/1987, de 26 de marzo, (ponente Jesús Leguina Villa)
- STC 204/2004, de 18 de noviembre (ponente Vicente Conde Martín de Hijas)
- STC 141/2014, de 11 de septiembre (ponente Fernando Valdes Dal-Ré)
- STC 227/1988, de 29 de noviembre (ponente Jesús Leguina Villa)
- STC 290/2000, de 30 de noviembre (ponente María Emilia Casas Baamonde)
- STC 186/2000, de 10 de julio (ponente Fernando Garrido Falla)
- STC 66/1995, de 8 de mayo (ponente Carles Viver Pi-Sunyer)
- STC 37/1998, de 17 de febrero, ponente Carles Viver Pi-Sunyer
- STC 55/1996, de 28 de marzo (ponente Carles Viver Pi-Sunyer)
- STC 113/1989, de 22 de junio (ponente Eugenio Díaz Eimil)
- STC 85/1992, de 8 de junio (ponente Eugenio Díaz Eimil)
- STC 111/1993, de 25 de marzo (ponente Álvaro Rodríguez Bereijo)
- STC 169/2001, 16 de julio (ponente Julio Diego González Campos)
- STC 50/1995, de 23 febrero (ponente Rafael Medizábal y Allende)
- STC 173/1995, de 21 de noviembre (ponente Enrique Ruiz Vadillo)
- STC 53/1986, de 5 de mayo (ponente Luis López Guerra)
- STC 88/1996 (ponente José Gabaldón López)
- STC 212/1996 (ponente Pedro Cruz Villalón)
- STC 112/2006, de 5 de abril, (ponente Pablo Pérez Tremps)

STC 227/1988, de 29 de noviembre (ponente Jesús Leguina Villa)

STC 207/1996, de 16 de diciembre (ponente Vicente Gimeno Sendra)

STC 173/1995, de 21 de noviembre (ponente Enrique Ruiz Vadillo)

STC 120/1990 (ponente Fernando García-Mon y González-Regueral, Eugenio Díaz Eimil y José Vicente Gimeno Sendra)

## **Puerto Rico**

Arroyo V. Rattan Specialties, 11 D.P.R. 35 (1986).

A.P.R. v. Tribunal Superior, 103 D.P.R. 903 (1975).

Bordas & Co. v. Srio. De Agricultura, 87 D.P.R. 534 (1963).

Calo Morales v. Cartagena Calo, 129 D.P.R. 102, 133 (1991)

Carlos Weber Carrillo v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 2014 T.S.P.R. 46, 190 D.P.R. \_\_\_\_ (2014).

Colón v. Romero Barceló, 112 D.P.R. 573 (1982).

Colón Vélez v. Lebrón, 97 D.P.R. 154 (1969).

Díaz v. Alcalá, 140 D.P.R. 959 (1996).

Domínguez Castro v. Estado Libre Asociado, 178 D.P.R. 1 (2010).

E.L.A. v. Hermandad de Empleados, 104 D.P.R. 436 (1975).

E.L.A. v. Aguayo, 80 D.P.R. 52 (1958).

Famania v. Corp. Azucarera, 113 D.P.R. 654 (1982).

Figueroa Ferrer v. E.L.A., 107 D.P.R. 250 (1978).

Infante v. Leith, 85 D.P.R. 26 (1962).

Lozada Flecha v. Tirado Flecha, 177 D.P.R. 893 (2010).

Montes v. Fondo Del Seguro Del Estado, 87 D.P.R. 199 (1968).

Pueblo v. Díaz Medina, 2009 T.S.P.R. 138 (2009).

Rexach v. Benítez, 162 D.P.R. 130 143 (2004).

Santiago Otero v. Méndez, 135 D.P.R. 540 (1994)

Sociedad De Gananciales v. Royal Bank De P.R., 145 D.P.R. 178 (1998).

Sucesión Rafael Gilberto Concepción v. Banco De Ojos Del Leonismo Puertorriqueño, 2001 T.S.P.R. 24.

The Richards Group v. Junta De Planificación De Puerto Rico, 108 D.P.R. 23 (1978).

Torres Solano v. P.R.T.C., 127 D.P.R. 499 (1990).

Veray Molinary v. Marín, 26 D.P.R. 208 (1918).

### **Estados Unidos de América**

Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. Von Eschenbach, 445 F.3d 470, 480 (D.C. Cir. 2006).

Adams v. Tanner, 244 U.S. 590

Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525

Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578

Bearder v. Minnesota, No. A10-101, 2010 WI 3307066 (Minn. Ct. App. Aug. 24, 2010).

Butchers' Union Co. v. Crescent City Co., 111 U.S. 746

Cafeteria & Restaurant Workers Union V. Mcelroy, 367 U.S. 886, 81 S. Ct. 1743, 6 L. Ed. 2d 1230.

Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. V. Mcguire, 219 U.S. 549

City Of Cuyahiga Falls v. Bueye Cmty. Hope Found., 538 U.S. 188, 123 S. Ct. 1389, 155 L.Ed. 2d 349.

Cornelio v. Stanford Hospital, 717 A. 2d 140 (1998).

Cruzan v. Director, Missouri Department Of Health, 497 U.D. 261 (1990)

Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982), 644 F.2d 147.

Davis v. Davis, Case No E-14496 (Tenn. C.C., Blount Cty, Div. 1 1989).

Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980).

Doodeward v. Spence, 6 C.L.R. 496, 413 (1908).

Flynn v. Holder, 665 F.3d. 1048 (2011).

Greenberg v. Miami's Children's Hospital, 264 F. Supp 2d 1064 (S.D. Fla. 2003).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L.Ed.2d 510 (1965).

Herbert v. Louisiana, 272 U.S. 312, 47 S. Ct. 103, 71 L. Ed. 270

Buchalter V. New York, 319 U.S. 427, 63 S. Ct. 1129, 87 L. Ed. 1492.

Howard v. Grinage, 82 F.3d 1343, 1996 Fed App. 0130p (6th Cir. 1996).

In Re Yamashita, 327 U.S. 1, 29 (1946).

Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45

Margaret Cramer v. Commissioner Of Internal Revenue, 74 T.T.1229 (T.C. 1980).

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 43 S. Ct. 625, 67 L. Ed. 1042 (1923).

Minnesota v. Barber, 136 U.S. 313

Moore v. Regents Of University Of California, 51 Cal. D. 129: 271 Cal Rptr. 146: 793 P2d. 479 (Cal. 1991)

Naacp v. Alabama, 377 U.S. 288, 307 (1958).

Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 54 S. Ct. 505, 78 L. Ed. 940.

New York Life Ins. Co. v. Dodge, 246 U.S. 357

Newman v. Sathyavaglswaran, 287 F.3d 786 (9th 2002).

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 951 (1992).

Rochin v. California, 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Ross v. Moffitt, 417 U.S. 600, 94 S. Ct. 2437, 41 L. Ed. 2d 341.

Skinner v. Oklahoma, Ex. Rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).

Slaughter-House Cases, 16 Wall. 36

Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. 4 Wheat. 122 122 (1819).

Thornburgh v. American College Of Obstetricians, 476 U.S. 747, 772 (1986)

Truax v. Corrigan, 257 U.S. 312

Truax v. Raich, 239 U.S. 33

Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78

United States of America v. Prince Kumar Arora, 860 F. Supp. 1091 (1994).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 716, 720, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772 (1997).

Whalen v. Roe, 429 U.S. 589, 599-600 (1977).

Wyeth v. Cambridge Board Of Health, 200 Mass. 474.

Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356

York v. Jones, 717 F. Supp. 421 (E.D.Va.1989)

Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982), 644 F.2d 147.

### **Inglaterra**

Yearworth V North Bristol Nhs Trust [2009] Ewca Civ 37, [2010] Qb 1, [2009] 3 Wlr 118, [2009] 2 All Er 986 Ca.

### **Alemania**

Sentencia del Tribunal Alemán Bverfge 90, 145. (185). Cfr. Además, Bverfge 78, 77 (86).

### **Australia**

Doodeward v. Spence, 6 C.L.R. 496 (1908).



## **PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS\***

\*(Clasificadas por conceptos)

ADN; Uso comercial

<http://www.ama-assn.org/ama/pub/physician-resources/medical-ethics/code-medical-ethics/opinion208.page>

Análisis genético (Genetic Alliance - UK)

<http://www.geneticalliance.org.uk>

Bancos de plasma; Compraventa

[http://www.ehow.co.uk/how\\_7498822\\_donate-body-science-money.html](http://www.ehow.co.uk/how_7498822_donate-body-science-money.html)

Biobanco; CryoCell

[http://www.cryo-cell.com/espanol/services/features\\_benefits.asp](http://www.cryo-cell.com/espanol/services/features_benefits.asp)

Biobancos; Regulación de sus operaciones

[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/activities/10\\_biobanks/biobanks\\_for\\_europe](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/activities/10_biobanks/biobanks_for_europe)

Biobancos y las Muestras biológicas

<http://www.ehu.eus/es/web/ceid/ceish/inves#3>

BioBancos; Repositorio de Muestras Biológicas (Criobancos)

<http://www.cryobank.com/services/pricing>

Canavan; Fundación Enfermedad

[http://www.canavanfoundation.org/about\\_canavan\\_disease](http://www.canavanfoundation.org/about_canavan_disease)

Celulas Madres; Almacenaje

<http://www.todopapas.com/padres/por-lo-legal/congelar-celulas-madre-337>

Constitución de Puerto Rico; Artículo de revista

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=2129434&orden=0&info=link>

Constitución; Discurso por juez Breyer (EE.UU)

[http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewsspeech/sp\\_11-17-04](http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewsspeech/sp_11-17-04)

Cuerpo; Exhibiciones (Exhibición Body Worlds)

[http://www.bodyworlds.com/en/exhibitions/original\\_copycat.html](http://www.bodyworlds.com/en/exhibitions/original_copycat.html)

Cuerpo; Impuestos fiscales (Free Library)

[http://www.thefreelibrary.com/our+bodies,+our+\(tax\)+selves.-a0295942885](http://www.thefreelibrary.com/our+bodies,+our+(tax)+selves.-a0295942885)

Cuerpo humano; Mercado de Piezas Anatómicas

[http://www.wired.com/magazine/2011/01/ff\\_redmarkets/all/1](http://www.wired.com/magazine/2011/01/ff_redmarkets/all/1)

Cuerpo Humano; Valor en el Mercado

<http://www.datagenetics.com/blog/april12011/index.html>

Derecho Civil; Postura por Ernesto Abril sobre Ordenamiento Jurídico

<http://biblioteca.clacso.org.ar/Argentina/cijs-unc/20110806035731/sec5004b.pdf>

Derecho constitucional; John Locke (EE.UU.) - Historia de los EE.UU.

<http://www.ushistory.org/gov/2.asp>

Derecho de Propiedad. Constitución Española

<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/documents/ponencia%20trilateral%202009%20lisboa.pdf>

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/documents/xv%20trilateral/ponencia.pdf>

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/282>

Derecho Objetivo y Subjetivo; Francisco Puy Muñoz

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/468/13.pdf>

Derecho Sobre El Propio Cuerpo; Artículo José Lopez Berenge

<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6459/1/n%2015%20naturaleza%20y%20contenido%20del%20derecho%20sobre%20el%20propio%20cuerpo.pdf>

Derecho sobre el propio cuerpo (Autonomía del Paciente)

<http://usuarios.tinet.org/aduspyma/rincon%20del%20abogado/derecho%20vida%20autonomia%20paciente+.pdf>

Derecho y Cambio Social

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/12/teo/teo9.pdf>

Derechos de la Persona

<http://caribeña.eumed.net/derechos-humanos>

Derechos Emergentes; Ante proyecto de la CDHE

<https://www.yumpu.com/es/document/view/30999319/anteproyecto-de-la-cdhe-los-valores-de-los-derechos-emergentes->

Ebola; Cuarentena Compulsoria

<http://online.wsj.com/articles/christie-defends-mandatory-ebola-quarantine-for-health-care-workers-1414335046>

<http://www.thedailybeast.com/articles/2014/10/28/are-mandatory-ebola-quarantines-legal.html>

Eurobiobank

<http://www.eurobiobank.org/en/intranet/workflow/uploaddir/pdfmarcadoreseurobiobank-ing.pdf>

Gametos; Compensación por Donación  
<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2011/01/17/mujer/1295286210.html>

Gametos; Compraventa (Página - Trent Arsenault)  
[www.trentdonor.com](http://www.trentdonor.com)

Gametos; España fuente de ovulos y fluidos seminales  
<http://www.eluniversal.com.mx/articulos/31256.html>

Gametos; Mercado de Fluidos Seminales  
[http://www.salon.com/2014/07/14/women\\_are\\_searching\\_online\\_forums\\_for\\_free\\_sperm](http://www.salon.com/2014/07/14/women_are_searching_online_forums_for_free_sperm)

Gametos; Reproduccion Asistida  
<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/listas-espera-sanidad-publica>  
[http://www.masola.org/masola\\_020.php?Noticia=053](http://www.masola.org/masola_020.php?Noticia=053)

Genes; Patentes Biotecnológicas (Artículo New York Times)  
<http://www.nytimes.com/2013/06/19/opinion/our-genes-their-secrets.html>

Genoma Humano; Proyecto  
[www.genome.gov](http://www.genome.gov)

Genoma Humano; Laboratorios de Análisis  
[http://www.embl.de/aboutus/general\\_information/organisation/member\\_states/](http://www.embl.de/aboutus/general_information/organisation/member_states/)

Hemodonacion en España; Publicación Electrónica Eldiario.es  
[http://www.eldiario.es/sociedad/donaciones-sangre-privatizacion-madrid-cruz-roja\\_0\\_235176820.html](http://www.eldiario.es/sociedad/donaciones-sangre-privatizacion-madrid-cruz-roja_0_235176820.html)

Henrietta Lacks; Las Células Inmortales  
<http://www.nytimes.com/2013/03/24/opinion/sunday/the-immortal-life-of-henrietta-lacks-the-sequel.html>

Histocompatibilidad  
[http://www.portalesmedicos.com/diccionario\\_medico/index.php/histocompatibilidad](http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/histocompatibilidad)

Incentivos Económicos; Posturas Profesor Gary S. Becker  
<http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.21.3.3>

Incentivos Económicos; Comercialización de Órganos y Tejidos Humanos  
<http://www.bioeticaweb.com/reflexiasn-actica-sobre-los-incentivos-o-comercializaciasn-para-la-consecuciasn-de-asrganos-humanos>

Ingeniería Biomédica; Principios Culturales para la Bioética  
<http://www.intechopen.com/download/pdf/18390>

Leche materna; Comercio Mediante el Uso del Internet

<http://www.que.es/ultimas-noticias/espana/201408260800-bancos-leche-materna-espana-vende.html>

Leche Materna; Definición

<http://www.aeblh.org/que-es/>

Leche Materna; Mercado

<http://www.aeblh.org/noticias/7/la-aeblh-advierte-de-los-riesgos-derivados-del-uso-de-leche-materna-sin-control-sanitario>

Ley de privacidad genética; Estado de Oregon

[http://public.health.oregon.gov/diseasesconditions/geneticconditions/documents/law\\_orhxprivacy.pdf](http://public.health.oregon.gov/diseasesconditions/geneticconditions/documents/law_orhxprivacy.pdf)

Muestras biológicas; Análisis Comparado de Legislación

[http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=21392&Itemid](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=21392&Itemid)

Muestras biológicas; Uso de colecciones (Artículo Periódico El País)

[http://elpais.com/diario/2005/11/01/salud/1130799601\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/11/01/salud/1130799601_850215.html)

Muestras biológicas; Uso de colecciones (Artículo New York Times)

<http://www.nytimes.com/2006/04/16/magazine/16tissue.html?Pagewanted=all&r=0>

Muestras Biológicas; Valor de Piezas Anatómicas

<http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/05-ghosh.pdf>

Órganos Humano; European Journal of Medical Research

<http://www.peh-med.com/content/4/1/4>

Órganos Humanos; Nota de Prensa Ministerio de Salud de España

<http://www.ont.es/prensa/notasdeprensa/31%20mayo%202012%20%201a%20ont%20lidera%20programa%20europeo%20accord.pdf>

Plasma; Biobancos en Canada

<http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/consultation/biolog/plasma-eng.php>

Plasma; Compraventa

<http://benjimester.hubpages.com/hub/donate-plasma-for-money>

Principio de proporcionalidad; Concepto

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad>

Principio de Proporcionalidad; Artículo - Rogelio Sanchez

<https://ojs.uv.es/index.php/cefd/article/download/760/476>

Propiedad intelectual; Caso de Myriad Genetics

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/pmc4275833/pdf/nihms626011.pdf>

Reproducción asistida

<http://www.diariodecadiz.es/article/salud/885392/los/tratamientos/fertilidad/aumentaron/espana/durante/ano/pasado.html>

Reproducción Asistida; Clínicas en España

<http://www.diariodecadiz.es/article/salud/885392/los/tratamientos/fertilidad/aumentaron/espana/durante/ano/pasado.html>

Reproducción Asistida; Análisis por María Casado

<http://www.raco.cat/index.php/papers/article/download/25478/25312>



## LEGISLACIÓN CONSULTADA

### Tratados Internacionales

Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, 1760 U.N.T.S. 3.

Declaración de Helsinki, Principios Éticos para las Investigaciones Médicas en Seres Humanos, junio de 1964.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, A.G. res. 217 (III), ONU Doc. A/810 p.71 (1948).

Declaración de los Datos Genéticos Humanos, 16 de octubre de 2003, UNESCO, Resolución 15, aprobada por la Conferencia General de las Naciones Unidas, 32a reunión.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1998, GAOR, 3d Comm., 53 Sess., U.N. Doc A/RES/53/152.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976. (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

### Unión Europea

Convenio Europeo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, 12 de enero de 1999, C.E.T.S. 164 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999), conocido como "*El Convenio de Oviedo*".

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, E.T.S. 005, conocido como "*El Convenio de Roma*". (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991).

Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 55 Volumen 1, 26 de octubre de 2012 (Versión consolidada 2012/C 326/01).

Carta de Derechos de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 55 Volumen 391, de 26 de octubre de 2012 (2012/C 326/02).

Protocolo Adicional Primero, 20 de marzo de 1952 (E.T.S. 009) , ratificado por España el 20 de marzo de 1952 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991).

Directiva 98/44/CE del Parlamento y del Consejo de la Unión, Europea, 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

Directiva 95/46/CE Del Parlamento Europeo y Consejo, De 24 octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Núm. 1 281/32.

Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE.

Informe sobre la promoción por los Estados miembros de las donaciones voluntarias y no remuneradas, Bruselas 17.5.2006 COM (2006).

## **España**

Constitución Española, 1978.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; última modificación 2 de agosto de 2011. (BOE núm. 126, de 3 de enero de 2006).

Ley 30/1979, 27 de octubre, sobre extracción y trasplante órganos dice que no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 2007).

Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1979).

Ley 14/2007, de 3 de julio, ley de investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE núm. 131 de 2 de junio de 2011).

Real Decreto – ley 16 de 20 de abril de 2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012).

Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. (BOE núm. 163, 5 julio de 2014).

Real Decreto 1088/2005, de 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. 222, de 16 de septiembre de 2005).

Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2014).

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 (BOE núm. 290, 2 de diciembre de 2011).

Código Civil de España

### **Puerto Rico**

Constitución de Puerto Rico, 1952.

Ley de Declaración de Voluntad, Ley 160 de 17 de noviembre de 2001, según enmendada, 24 L.P.R.A. sec. 3651 *et seq.*

Ley de Donaciones Anatómicas de Puerto Rico, Ley 296 de 25 de diciembre de 2002, según enmendada, 24 L.P.R.A. sec. 3620. *et seq.*

Ley del instituto de ciencias forenses de Puerto Rico, Ley número 13 de 24 de julio de 1985, según enmendada, título 34 L.P.R.A. 3001. *et seq.*

Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A.

### **Estados Unidos**

Constitución de Estados Unidos de América, 1787.

Alaska Stat. § 18.13.010(a)(2) (us), 2007.

National Organ Transplant Act, 42 U.S.C. § 273 *et seq.*

Oregon Privacy Act

The Uniform Anatomical Gift Act (2006), last revised 2009.

U.S. Patent Act, 35 U.S.C. § 1, *et seq.*

U.S. Patent Act, 35 U.S.C. § 101 *et seq.*

### **Otros Países**

Alemania:

Constitución de Alemania, 1949.

Argentina:

Decreto 191/201, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación De Los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Ley N. 27.077, Código Civil y Comercial de la Nación, 1 de agosto de 2015. (Boletín Oficial 19 de octubre de 2014).

### **Otras Fuentes Consultadas:**

Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Puerto Rico, Equity Publishing, 1961.

## RESUMEN

Los avances científicos y tecnológicos han posibilitado que las estructuras, tejidos y fluidos procedentes del cuerpo humano sean regularmente utilizados en la investigación y desarrollo de productos para el tratamiento de padecimientos de la salud. Históricamente, las personas que son fuente de estos materiales, han sido impedidos de llevar a cabo negocios jurídicos en los que intervienen los materiales biológicos procedentes de su cuerpo. Como cuestión central, el presente estudio expone la tesis que por sus atributos, los materiales biológicos humanos, físicamente ya separados del almacén corporal, conforman bienes jurídicos cuyo titular natural es la persona de quien proceden. Sostiene que por su construcción flexible, el régimen civil patrimonial admite la catalogación de los materiales biológicos de origen humano dentro como una categoría especial de bienes. Esta postura supone que por estar íntimamente ligado a la autonomía individual, la persona goza de potestad para libremente disponer de los elementos corporales, siempre que con ello no perjudique a otros, ni lesione su integridad o funcionalidad corporal.

El uso de los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano ha pautado el prevaleciente debate sobre los derechos de la persona a participar en los negocios jurídicos en los que median materiales provenientes de su propio cuerpo. El actual esquema normativo español impone al sujeto fuente la obligación de liberalidad, siguiendo un modelo de porte altruista cuya construcción se sostiene en preceptos dogmáticos que rechazan la noción que las partes separadas del cuerpo humano sean tratadas como objetos susceptibles de ser comercializados. No obstante, las nuevas técnicas y avances científicos en campos, entre otros, de la reproducción y la salud han abierto inéditas posibilidades que han dado ocasión a nuevas formas de inequidad sobre la persona de quien proceden los materiales biológicos.

En este contexto, examinamos la evolución de los derechos humanos y de la personalidad en su dinámica relación con el desarrollo de los pueblos y causa fundamental de renovados modelos socio-culturales. Hacemos un estudio

comparativo de cuerpos constitucionales, reglamentación y jurisprudencia que atienden controversias que tratan sobre los materiales biológicos de origen humano. Inspirados en normativa de otras jurisdicciones de tradición civilista, proponemos la inclusión en el Código Civil Español de lenguaje que promulgue los principios a ser observados respecto a los actos sobre el propio cuerpo. Sostenemos que las facultades de la persona podrían ser circunscritas a aquellos actos que no conlleven disminución permanente de la capacidad funcional de la persona; además deben tomarse en cuenta posibles consideraciones de carácter sanitario. En fin, las facultades dominicales de la persona de quien son extraídos los materiales biológicos deben ser amplias con excepción de ciertas condiciones limitativas que responden al interés común de una sociedad civilizada.

La comunidad internacional ha dado señales de la necesidad de instaurar un orden inclusivo cuyos preceptos igualitarios conciban la participación de la persona en la distribución de beneficios resultantes de la explotación comercial de los materiales biológicos humanos. La ausencia de legislación libre de ambigüedades que puntualmente dispongan la titularidad de la persona natural sobre los elementos corporales de su propio cuerpo es causa de confusión en la administración de Derecho. Resulta necesario crear un puente en el que pueda trasladarse la realidad científica y tecnológica a conceptos jurídicos cuya permanencia consista en su adaptabilidad ante el paso del tiempo

## **ABSTRACT**

Scientific and technological advances have enabled structures, tissues and fluids removed from the human body to become subject of scientific research leading to the development of products for the treatment of human illnesses. Historically, there has been a ban to profitable transactions involving materials sourced from the human body. As a central point, this paper proposes that the attributes of biological materials, physically detached from the human body, conform goods whose natural entitlement belongs to the person from whom they are sourced. It maintains that the flexibility inherent of the property law framework allows for the classification of human biological materials as a special category of goods. The underlying premise of this argument resides in that because it is closely tied to the individual's autonomy, the person has the authority to freely dispose self-body elements; provided there is no harm to others, self-inflicted impairment or diminishment to the functionality of the human body.

Today's globalized world allows a fluid exchange of knowledge and technology; developments in one country affect others. For its wider significance, this issue involves the pressing task of performing a comparative review of models followed by multiple jurisdictions with special attention to Spain, the United States and Puerto Rico. Against this context, we examine the evolution of the human rights, resulting, among others, from the scientific advances that serve as foundation to new scheme of individual's participation on the benefits obtained from bodily materials. We conduct an extensive review of constitutional bodies, regulations, and intercontinental case law, in addition to institutions that steer the reshaping of property rights to adjust to a new social context.

The use of human biological materials have been cause for a debate regarding the individual's right to partake in legal transactions involving materials extracted from the human body that are later commercialized. At the center of this controversy is the person as a social being and who must define his or her self-corporeality. This

extends to the course that human biological materials should have without exclusion of commensurate entitlement to proceeds resulting from the commercialization of end products.

The position presented in this work may find tension with lines of thought that equate human dignity to the value of the body frame. In our view, the current egalitarian framework demands safeguarding the person's right to self-autonomy over the body elements as an undertaking genuinely ensued from human dignity. This signifies that no person should be subject to strict discretion of others as a mere instrument. As such a statutory imposition to the person to surrender any participation of such deeds, exceed the parameters of reasonableness. Current property institutions in States of civil tradition or common law system bear the inherent elasticity to straightforwardly adopt concepts to recognize the right of the person to dispose at will corporal elements that have been detached from his body. Other stakeholders in the supply chain already take fair but gainful advantage from their research and development of medications, at times, for the treatment of medical unmet needs.

This proposition does not negate the spirit of social solidarity that distinguishes the human species. The altruistic innate human nature far exceeds possible self-interests or personal gain of available legal recourses. The compassionate response of mankind has constantly surpassed any conceivable expectations as shown during recent history involving catastrophic events. Our reasoning is intended to achieve safekeeping of the legitimate expression of the autonomous decision making power of the natural owner of self-biological materials. Given that human dignity emerges from rational manifestations linked to individual values, it is imperative that legal assemblies bear respect for the plurality of thoughts.

This paper argues that the features of biological materials detached from the human body conform physically independent objects whose ownership correspond to the person from whom they are collected. This position suggests that the civil legal framework, as well as the common law allows, and should positively recognize, a person entitlement to engage in legal transactions involving materials generated by

the body while such transaction does not yield to self harm or to others. The pliable built of the property law regime supports the employment of its institutions on what we maintain should be considered a chattel of unique classification.

Accordingly, it is being proposed that States positively acknowledge the ownership of the source person of detached bodily materials; therefore, acknowledging the individual's decision-making power over their use. Such powers may only be delimited to naturally regenerated materials in the interest of the person's health and corporal self-sufficient abilities.

In formulating our position we purposely leave aside discussions of ethical and moral nature, without denying the contemptuous duty to recognize their meritorious relevance in a civilized society. Rather, we establish that fundamental precepts of human dignity cannot be abridged by legislative effectuation that takes away what belongs to realm of personal liberty.

Many international organizations have sought a sensible response to emerging conflicts resulting from the proliferation of the use of human biological materials. In addition, the international community has given clear signals of the importance of the enjoyment of equal treatment and of the individual's participation in the distribution of benefits derived from the commercial exploitation of human bodily materials. We contend that the absence of unambiguous State legislation punctually disposing the individual's property right to self bodily materials will clear possible confusion in the application of the law.