

NOTA INTRODUCTORIA

SEÑALABA célebremente Von Kirchmann en *La jurisprudencia no es ciencia* que: «... tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» (1). El objetivo de Kirchmann al pronunciar esa demoledora sentencia era desacreditar una cierta manera de entender la ciencia del Derecho; esa imagen de la mutabilidad de la doctrina jurídica nos viene a la memoria cuando pensamos en el vertiginoso avance que han experimentado las ciencias biomédicas –la tecnología en general– desde que Von Kirchmann pronunciara esa conferencia (1847), y cómo ese desarrollo hace no solo caducar en muy poco tiempo repertorios legislativos enteros, sino que cambia numerosas percepciones y trastoca la idea que veníamos teniendo sobre hechos o acontecimientos aparentemente configurados de modo inamovible por la biología: la fecundación humana; la maternidad biológica; la muerte. Consideren por un momento, como hitos ya célebres en el ámbito biomédico, simplemente los tres siguientes: el descubrimiento del ADN, el trasplante de órganos y la fecundación *in vitro*. Tales innovaciones, junto con otros muchos cambios de naturaleza cultural, moral o político-social –desde la modificación en la relación médico-paciente, o el factor de la diversidad religiosa y cultural, hasta la relativa pérdida del control que sobre la sexualidad femenina han ejercido secularmente los hombres, pasando por la creación de sistemas públicos de asistencia sanitaria– no solo tienen el efecto más obvio y trivial de arrumbar leyes específicas, sino que de modo aún más radical, arrasan también con la forma en que se conciben y se configuran un buen número de instituciones jurídicas básicas, cuyo relieve queda profundamente afectado

El tradicional carácter interdisciplinar del Anuario se adapta como un guante a la materia que este nuevo número aborda: el Derecho en sus diversas ramas y la Bioética presentan numerosas y muy variadas intersecciones con la biomedicina, y las aplicaciones más controvertidas de ésta suscitan problemas teóricos y prácticos de carácter transversal que son todo un reto para juristas, filósofos y científicos

(1) V. KIRSCHMANN, J. H., *La Jurisprudencia no es ciencia* (trad. A. Truyol Serra), 3.^a ed., Centro de Estudios constitucionales 1983, p. 29.

sociales. En la necesaria selección dentro del amplio campo de temas posibles a abordar, se ha elegido un puñado de cuestiones controvertidas del máximo interés, en nuestra opinión, que suponen novedades o cambios importantes y que plantean horizontes no siempre nítidos. A ello se enfrentan los autores cuyos trabajos se reúnen en este tomo, quienes desde distintas disciplinas y perspectivas y con enfoques también variados nos permiten ofrecer una pluralidad de puntos de vista que pretenden promover no solo la discusión multidisciplinar, sino también la reflexión no exenta de aristas polémicas sobre los conflictos planteados.

Además de la imagen del contorno de instituciones y regulaciones jurídicas sometidas a importantes cambios, hay un sentido mucho más inmediatamente topográfico de lo «fronterizo» que nos ha guiado a la hora de compendiar estas contribuciones. En efecto, en nuestro ánimo estaba también que hubiera espacio para pensar sobre algunas prácticas y realidades biosanitarias que trascienden fronteras geográficas, y sobre la naturaleza de los desafíos que representan esos problemas transfronterizos para el Derecho.

La internacionalización de la asistencia médica, el fenómeno también llamado de «turismo sanitario», es una realidad de dimensiones crecientes. En el trabajo con el que se abre el número Glenn Cohen da cuenta de ello tomando como referencia los datos relativos a los Estados Unidos –país en el que los costes de la asistencia sanitaria explican en muy buena medida el éxodo temporal de pacientes estadounidenses y de otras nacionalidades hacia lugares como Filipinas, Malasia o Tailandia– identificando el que constituye el mayor reto que el turismo sanitario plantea a los sistemas jurídicos nacionales: lo que Cohen denomina «turismo de circunvalación» (*circumvention tourism*), es decir, la obtención de un servicio sanitario que, estando prohibido en el país de origen, resulta permitido en el país de destino. Cohen se sirve de los supuestos de la reproducción asistida, el aborto y el suicidio asistido para mostrar bajo qué condiciones está justificado que un Estado utilice el instrumento de la coacción penal para disuadir y castigar esas conductas.

Acaso sea el «turismo de trasplantes» el ámbito en el que mayor consenso universal existe en cuanto a su repudio, particularmente cuando esa circunvalación transcurre hacia países de renta baja y el trasplante se realiza mediante la compraventa del órgano. En su artículo, Clara Moya disecciona el delito de tráfico de órganos tipificado en el artículo 156 bis del Código Penal, poniendo de manifiesto los problemas que surgen de la interpretación de dicho precepto (¿cuál es el bien jurídico protegido?; ¿Qué conductas cabe considerar típicas?; ¿Cuál es el objeto material del delito?) y analiza su distinción con respecto al delito de trata de personas con el fin de obtener sus órganos (artículo 177 bis.1.c CP), así como la relación con los delitos de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal. En su opinión, con la introducción del tipo del artículo 156 bis se protege la salud pública –la salud de los potenciales donantes y receptores del órgano mediante el correcto funcionamiento de un sistema de trasplantes basado en la gratitud–, siendo las conductas castigadas la promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad de la obtención o el tráfico ilegal de órganos o el trasplante de los mismos (medie o no contraprestación económica, lo cual sí es en cambio distintivo en las legislaciones de otros países), cuando con ello se ponga en peligro o se vulnere la salud pública. En el caso, sin embargo, de la trata de personas con el fin de obtener sus órganos, es la dignidad del donante –al que se considera víctima de explotación por la situación de violencia o por su vulnerabilidad– lo que está en juego.

Así pues, sorprende para Moya que el delito en cuestión no haya sido acogido bajo el ámbito del principio de justicia universal cuando se trata de comportamientos de evidente naturaleza transnacional.

El reproche jurídico y moral de la compraventa de órganos en países de renta baja por parte de individuos de países más ricos se sustenta, como razón principal, en lo que de explotación y aprovechamiento de la desventaja tienen esas prácticas, como acabamos de señalar. Ese es también el hilo justificador de la censura a los ensayos clínicos, o a la experimentación biomédica en general, que se realiza en países empobrecidos, asunto del que se ocupa Pablo de Lora en su contribución. En ella trata de determinar bajo qué condiciones esos estudios están moralmente justificados, y hasta qué punto son renunciables o modulables las exigencias que proclamamos y tratamos de imponer en el uso de seres humanos para la experimentación en países más desarrollados.

Desde otro ángulo, el proceso de construcción de una «ciudadanía sanitaria» europea se describe por Josefa Cantero y Nuria Garrido a partir de la aprobación de la Directiva 2011/24/UE y su incorporación a la legislación española mediante el Decreto 81/2014, de 7 de febrero. Se trata de un proceso complejo, vacilante, como tantas otras políticas de integración europeas, pero que viene a consagrar definitivamente el derecho a la asistencia transfronteriza en el seno de la Unión, lo cual tendrá indudables repercusiones en la organización y funcionamiento de los sistemas sanitarios estatales. Las autoras nos llaman también la atención sobre el hecho de que ese horizonte de un sistema europeo de salud se abre, paradójicamente, en un momento en el que en España se vive un claro retroceso, a su juicio, en la universalización de la protección de la salud.

Precisamente de la evaluación de los sistemas sanitarios se ocupa la contribución de Anna García-Altés, en la que se subraya la importancia que tienen las políticas de transparencia y transferencia del gobierno sanitario, así como de los resultados de la asistencia sanitaria, y se pone en evidencia cómo tal política influye de modo directo tanto en la mejora de esos resultados como en una mejor toma de decisiones. La experiencia del sistema sanitario catalán es pionera a este respecto y marca el camino que ha de seguirse en otras comunidades autónomas para alinearse en las tendencias más avanzadas de la necesaria política de transparencia y la rendición de cuentas de los gestores y responsables sanitarios.

En el resto de los ensayos están en juego, como se indicaba al inicio, un conjunto de instituciones jurídicas y sociales nucleares, y cómo estas resultan afectadas por las nuevas realidades y promesas abiertas por el desarrollo biotecnológico. Se trata, a nuestro juicio, de las siguientes: sujeto, autonomía, responsabilidad, familia y propiedad.

Comenzando por uno de los hitos científicos revolucionarios, el desciframiento del genoma humano abre un abanico de fabulosas oportunidades para el diagnóstico de enfermedades y la llamada «medicina regenerativa», así como para el desarrollo de la denominada «eugenesia positiva» o «mejoramiento genético» (*genetic enhancement*), cuyos desafíos éticos analiza Blanca Rodríguez López a partir de la exposición de las raíces históricas del movimiento eugenésico, tratando de disolver algunos mitos y confusiones conceptuales sobre tal movimiento, y aclarando cómo muchas de las censuras a la eugenesia positiva pueden responder a una reacción instintiva motivada por el peso de la historia.

Todos esos avances están en buena medida condicionados por la disponibilidad de ingentes recursos, para lo cual el mecanismo de la patente, se suele señalar, aparece como el instrumento adecuado. Si se trata de secuencias de genes, su eventual patentabilidad nos obliga a pensar, primeramente, en si se cumple el tradicional requisito de la «invención» o si estamos más bien ante la pretensión (ilegítima) de hacerse con derechos exclusivos de uso sobre puros fenómenos de la naturaleza (2). Esta pregunta acerca de lo que es o no apropiable resulta todavía más acuciante cuando nos enfrentamos con la posibilidad de patentar organismos vegetales o animales genéticamente modificados, o cuando la técnica que se pretende patentar, como estudian en su contribución Manuel Lobato y Fidel Porcuna a propósito de la sentencia Brüstle del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, implica la destrucción de embriones humanos.

En esa misma indagación sobre los contornos de la propiedad cabe interrogarse por otro tipo de fronteras: las que derivan del hecho de que la explotación del derecho de patente de un producto básico como es el medicamento se produce en circunstancias de previa y radical desigualdad entre Estados, lo cual genera dificultades de acceso para millones de seres humanos. En su exhaustivo e informativo estudio, Carmen Otero García-Castrillón nos brinda las claves jurídicas de esa tensión en el ámbito de los acuerdos de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPS o ADPIC en sus siglas en español) y los mecanismos y márgenes de actuación con que cuentan los países más empobrecidos para paliar los efectos de un sistema internacional de comercio asentado sobre relaciones de poder fuertemente asimétricas.

El respeto a la autonomía personal sigue siendo un presupuesto clave y principio nuclear en la regulación biosanitaria en muy distintos dominios, para muchos sin duda un elemento central de la legitimidad del Derecho médico o biosanitario. El valor de los avances neurocientíficos, su posible incidencia sobre nuestro entendimiento de las decisiones humanas, el comportamiento y la afirmación de responsabilidad moral o específicamente criminal o su ausencia, a pesar de sus importantes valedores, distan mucho de ser claros y sobre esa discusión tan apasionante, que se ha convertido en *trending topic* en los últimos años, nos habla en su trabajo Jaime Alonso Gallo, para mostrar las zonas oscuras que todavía requieren mucha más luz para trasladar esas nuevas evidencias neurocientíficas a las salas de los tribunales.

La discusión en torno a los límites en decisiones controvertidas, como la administración o retirada de un tratamiento es bien conocida, especialmente cuando la vida está en juego y se requiere la participación de terceros. Macario Alemany analiza, tomando como punto de partida el documental *Whole* de Melody Gilbert (2003), el supuesto extremo de quienes, por padecer el conocido como «trastorno de la identidad integral corporal» (*Body Identity Integrity Disorder*), solicitan la amputación de un miembro sano. En su estudio, Alemany dibuja el contexto en el que tales demandas pueden ser justificadamente atendidas a partir de una estrategia «coherentista», esto es, tomando como referencia otras actuacio-

(2) Véase a este respecto la reciente sentencia de la Corte Suprema estadounidense *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics* 569 US 12-398 (2013) anulando la patente que ostentaba Myriad Genetics sobre el diagnóstico del riesgo de padecer cáncer de pecho o de ovario mediante la identificación de los genes BRCA1 y BRCA2.

nes quirúrgicas ya plenamente asumidas (en particular la cirugía de reasignación de género) aunque al tiempo advierte de cómo, desde el punto de vista de la salud pública, debemos evitar transitar desde la excepción justificada, al otorgamiento de marchamo de «normalidad terapéutica» a intervenciones corporales que cercenan en tal grado a nuestro yo futuro.

La salud pública y los problemas ligados al alcance que ha de reconocerse a la autonomía personal están también presentes en los ensayos de Claudia Pecorella y de Yolanda García-Ruiz desde distintos ángulos. En el primero de ellos, y a partir de la experiencia italiana en torno a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, se procede a un detenido análisis de una de las facetas con mayores implicaciones –la de la objeción a toda intervención relacionada con la interrupción de la gestación– desde una perspectiva comparada, que atiende tanto a la legislación, a la práctica y a la Jurisprudencia italiana, española y de otros países europeos, como también a la norteamericana. El trabajo presta especial atención a las condiciones de legitimidad de las leyes sobre la objeción de conciencia que, a su vez, permiten evaluar la posible responsabilidad penal del sanitario que rechace una intervención debida fuera de los supuestos en que se autorice el ejercicio de la objeción, concluyendo que el Estado puede considerarse el principal responsable de situaciones de desprotección de los derechos de la mujer cuando no prevé la necesaria regulación de la objeción de conciencia, o cuando no impone el respeto de la legislación existente.

El siguiente estudio se plantea la eventual limitación en el ejercicio de ciertos aspectos de la libertad religiosa, propia de sociedades multiculturales del ámbito jurídico occidental, por razones de salud pública y, tras un detallado examen de Derecho comparado, se defiende una política de «acomodación» de las demandas multiculturales en materias tales como la inmunización infantil y el uso y sacrificio de animales para la alimentación.

Pasando ahora a la familia, la aparición y desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida han hecho tambalearse también algunos principios clásicos –el principio de verdad biológica y de indisponibilidad de estado– que articulaban la institución familiar, es decir, el haz de derechos y obligaciones en los que en definitiva se traduce la relación paterno o materno-filial. Por supuesto que esos principios estaban ya fuertemente modulados con la existencia de la filiación por adopción, pero la opción del legislador español en favor del anonimato del donante y su inmunidad frente a posibles reclamaciones de paternidad, así como la disociación entre maternidad genética y gestacional (que inhabilita para siempre el viejo aforismo romano *mater semper certa est*) obligan a repensar la cartografía de la institución familiar (3). La contribución de Luis Muñoz de Dios se ocupa de

(3) Y con mayor alcance todavía si tenemos en cuenta, por un lado, que el ADN mitocondrial puede provenir de una mujer distinta a la madre que aporta el óvulo (con lo que cabría la posibilidad de que hubieran intervenido tres madres en la procreación, una opción que ya se contempla en el Reino Unido y que estudia ahora la FDA estadounidense) o que ni siquiera haya madre genética, si tenemos en cuenta las posibilidades abiertas por la generación de gametos masculinos o femeninos a partir de células troncales embrionarias; véase en este sentido TESTA, GIUSEPPE y HARRIS, JOHN, «Ethical aspects of ES cell-derived gametes», *Science*, número 305, 2004, p. 1719, y MURPHY, TIMOTHY F., «The meaning of synthetic gametes for gay and lesbian people and bioethics too», *Journal of Medical Ethics*, published online first, 31 de enero de 2014 (doi 10.1136/medethics-2013-101699). Pero todavía hay más opciones abiertas, concretamente el «*multiplex parenting*» descrito por César Palacios-

ello al analizar la gestación por sustitución y los complejos problemas que plantea el reconocimiento en nuestro país de la filiación de hijos nacidos de mujeres gestantes en el extranjero.

Para Muñoz de Dios, las fronteras están claras: la gestación por sustitución esconde una adopción irregular, vulnera la dignidad de la gestante y del descendiente, y, en la medida en que la legislación española establece la nulidad de ese tipo de contrato y deja a salvo la acción de reclamación de la gestante, constituye una práctica prohibida y atentatoria del orden público internacional español. Todo ello imposibilita el reconocimiento automático de la filiación de quienes, siendo comitentes de la gestación subrogada celebrada en el extranjero, no tienen relación genética alguna con el nacido, si bien queda a salvo la posibilidad de una adopción que, para Muñoz de Dios, debe discurrir por los cauces legalmente previstos. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 presta sólidos apoyos a buena parte de ese argumentario, aunque, obvio es decirlo, la discusión sigue abierta en muchos aspectos.

En relación también con las técnicas de reproducción humana asistida, la posibilidad de criopreservar embriones ha planteado desde sus inicios un buen número de interrogantes y dilemas. Esos usos, por un lado, suscitan la pregunta relativa al estatuto del preembrión y su eventual protección jurídico-penal. La indagación es semejante a la que se abre con la interrupción voluntaria del embarazo, aunque con el muy importante matiz de que el destino –distinto al fin procreativo– o destrucción, en su caso, del preembrión se produce sin afectar la integridad corporal de la mujer, lo cual aumenta las posibilidades decisorias del progenitor masculino, y por ende, el conflicto. Con abundantes referencias a la literatura y la jurisprudencia española y extranjera, y teniendo como referencia el marco impuesto en España por la ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006, Esther Farnós estudia concretamente el modo de tratar el conflicto en torno al destino de los preembriones congelados resultantes de un proyecto parental, cuando este se frustra por separación o divorcio de las partes que lo iniciaron. Para la defensa de su propuesta –que se celebren acuerdos previos sobre el destino de los preembriones que, en circunstancias normales, habrán de ser ejecutados– Farnós se las tiene que ver con un asunto de tanto calado como el del alcance y límites del derecho mismo a ser padres o madres, inclinándose por privilegiar la dimensión positiva del derecho a la descendencia genética –esto es, la atribución de los preembriones a quien desea implantarlos para ser padre o madre– frente a la vertiente negativa –conceder su destrucción a quien no desea ser padre o madre genéticos– en ausencia de un acuerdo previo y siempre que concurra vínculo genético y sin que ello pueda implicar la aplicación de las reglas actualmente previstas en el Código Civil en materia

González, John Harris y Giuseppe Testa del siguiente modo: «Imaginemos que cuatro personas desean procrear un individuo con el que tener relación genética. La generación de gametos *in vitro* permite atisbar el siguiente escenario: primero se generarían dos embriones de cada una de las parejas mediante fecundación *in vitro* (de gametos producidos naturalmente o *in vitro*). A continuación se extraerían células troncales de esos embriones a partir de las cuales generar gametos que, en una segunda ronda, serían utilizados en una fecundación *in vitro*. El embrión o embriones resultantes estarían genéticamente relacionados con todos los individuos adultos, quienes, técnicamente, serían los abuelos genéticos»; véase «Multiplex parenting: IVG and the generations to come», *Journal of Medical Ethics*, published online first, 7 de marzo de 2014 (doi:10.1136/medethics-2013-101810).

de reclamación de paternidad, o que esta pueda presumirse a la parte que no deseaba que se constituyera el vínculo genético.

El desarrollo de las ciencias biológicas ha ampliado de modo formidable nuestro conocimiento del origen y desarrollo de la vida humana, lo cual ha tenido un destacado impacto en la controversia relativa a la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo, como antes señalábamos. En el fondo de ese debate subyace la cuestión de quiénes y desde qué momento pueden ser considerados sujetos de pleno derecho, un asunto al que se le ha prestado y se sigue prestando mucha atención, mucha más, al menos en el ámbito de la literatura en español, que al otro polo del debate, al del momento en el que cesa nuestra condición de personas por el fallecimiento. Y de nuevo aquí el imperativo de reflexión y análisis viene dado por un avance biomédico crucial acontecido a mediados de la década de los 60 del siglo pasado: la cirugía de trasplantes.

En su artículo David Rodríguez-Arias nos ilustra sobre el maridaje histórico entre el criterio de muerte neurológica y los avances en el trasplante de órganos, y cómo nuevas circunstancias —el progreso de la medicina intensiva que aumenta las posibilidades terapéuticas para los pacientes críticos, pero también la prolongación fútil del tratamiento— han resucitado (nunca mejor dicho en este contexto) el criterio de muerte cardiocirculatoria para optimizar el aprovechamiento de órganos. En este ámbito aparecen como dignas de escrutinio un buen número de sutiles y complejas fronteras. ¿Permite el protocolo de muerte por cese de la función cardiocirculatoria mantener que la donación de órganos en ese caso se produce en observancia de la llamada «regla del donante cadáver» o *dead donor rule*? Por otro lado, ¿cómo distinguir en ese contexto entre legítimas retiradas o limitaciones de soporte vital de actuaciones clínicas que, a los efectos de encauzar la muerte hacia una trayectoria clínica más propicia a la donación, pudieran ser consideradas reprochables por acelerar o precipitar la muerte? A la vista de algunas experiencias y casos recientes, Rodríguez-Arias se pregunta, y nos pregunta, si están suficientemente bien demarcadas las lindes que han de separar la actuación y actitudes de los profesionales sanitarios que cuidan al paciente-potencial donante al final de su vida, y las de los que están a la espera de poder extraer sus órganos para salvar otras vidas.

Para finalizar esta presentación, los editores queremos hacer constar nuestro agradecimiento al Consejo de redacción del Anuario de la Facultad, encabezado por el Decano, Fernando Molina y por su Directora en el momento en que se nos confió la tarea, Esther Gómez Calle, por el apoyo y la confianza depositada en nosotros para organizar las XVIII Jornadas del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, celebradas los días 21 y 22 de noviembre de 2013, y para compilar los trabajos de los ponentes en el presente tomo del Anuario, a los que se han sumado los de otros colaboradores científicos. A todos ellos también, ponentes invitados y autores queremos mostrar nuestra gratitud por su aceptación a contribuir con su valiosa aportación al interés de las Jornadas y del libro que resulta de las mismas. Por supuesto en este apartado de agradecimientos no podemos olvidar la inestimable ayuda que en todo momento nos prestó Rosa Fernández Egea como secretaria del Consejo de Redacción del Anuario, que nos permitió sortear gestiones y dificultades varias con su esfuerzo, y cuyo eficaz trabajo permitió que se celebraran las Jornadas y que vea la luz este nuevo número del AFDUAM. A ello ha contribuido, en el último periodo de la edición, el nuevo equipo directivo del Anuario, Ignacio Tirado y Maravillas Espín, a quienes también damos nuestras sinceras gracias.

NOTA INTRODUCTORIA

Ha de constar también el reconocimiento al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España por su generosa y continuada contribución para financiar la celebración de las Jornadas, así como la publicación de un número más del Anuario de nuestra Facultad, que cumple, con este volumen que nos alegra presentar al lector, los dieciocho años. Le auguramos y deseamos una larga y fructífera vida.

PABLO DE LORA Y BLANCA MENDOZA