

VENTA Y DONACIÓN DE ÓRGANOS EN LA LEY DE ABLACIÓN E IMPLANTES ARGENTINA: ALGUNOS PROBLEMAS BIOÉTICOS* *SALE AND ORGAN DONATION IN ARGENTINA'S LAW ABLATION AND IMPLANT: SOME BIOETHICAL ISSUES*

Juan Manuel MOCOROA**

RESUMEN: En primer lugar, se efectúan consideraciones generales sobre la influencia de la medicina sobre la ética. En segundo, se analizan dos argumentos respecto de la prohibición de la comercialización de órganos —“el argumento kantiano” y “el argumento de la explotación”—. Luego, se examinan dos normas de la legislación argentina sobre ablación e implante de órganos, respecto de las cuales se señala una interpretación de cuál podría ser su justificación. En efecto, se defiende que 1) la prohibición de la comercialización de órganos se apoya sobre la llamada *corruption objection*, y 2) que la donación de esos materiales está justificada si, y sólo si, no se entrega el control de esa decisión en otras personas. Finalmente, señala el artículo que la disposición normativa de la Ley de Ablación e Implantes argentina que limitan los sujetos habilitados para donar órganos, no está justificada.

ABSTRACT: *First, I do general observations about the influence of medicine on Ethics. Second, I analyze two arguments that have been given regarding the ban on the marketing of organ —i.e., “the Kantian argument” and “the argument from exploitation” —. Then, I examine two standards of Argentina’s Legislation on organ ablation and implantation. This paper propose to consider the reasons that should be found to support the sales ban organ; the called corruption objection (Sandel) and that the donation is justified provided that no control of this decision on other people (Seleme). Accepted this position, then it is argued that Argentina’s standards limiting qualified individuals to donate organs, are not justified.*

Palabras clave: bioética, venta de órganos, donación de órganos, justificación, prohibición. **Keywords:** *Bioethics, Sale of Organs, Organ Donation, Justification, Prohibitionism.*

* Artículo recibido el 9 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 28 de febrero de 2014.

** Abogado (UNC, Argentina); maestría en derecho y argumentación jurídica (UNC, Argentina); maestría en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova, Italia); docente en Derecho constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Argentina. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Agradezco los profundos comentarios y las valiosas observaciones realizadas por Rodolfo Vázquez a una versión anterior de este trabajo. También estoy en deuda, por sus precisas sugerencias para mejorar y aclarar el sentido del texto, con el evaluador anónimo designado por la dirección de esta publicación. Por supuesto, los errores y debilidades argumentativas subsistentes, son atribuibles a mi exclusiva responsabilidad.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 140, mayo-agosto de 2014, pp. 485-519.

SUMARIO: I. *Presentación y propósito*. II. *Bioética y derecho*. III. *Una práctica in crescendo de la que dependen muchas vidas: los trasplantes de órganos*. IV. *Argumentos en contra de la comercialización de órganos*. V. *Un caso de legislación prohibicionista; la Ley 24.193 de Ablación e Implantes de Órganos argentina*. VI. *Una restricción sin fundamento: standing exigido para la donación voluntaria*. VII. *Consideraciones finales*. VIII. *Bibliografía*.

I. PRESENTACIÓN Y PROPÓSITO

Los constantes avances tecnológicos de la medicina, son un desafío creciente para la ética. En este sentido, habría sido impensable hace algunos años preguntarse por la cualidad moral de actos que, en la actualidad, son cotidianos. Más aún cuando la vida de muchos de nosotros depende de ellos. De este modo, a los problemas “clásicos” –como el aborto o la eutanasia– deben adicionarse nuevos retos. Piénsese, por ejemplo, en los problemas éticos que los actuales desarrollos de la genética generan;¹ cómo la reproducción ha dejado de ser un “evento natural”, como dice Rivera López, para convertirse en un asunto gobernado por la actividad médica. Es así como cientos de miles de parejas que, hasta hace no mucho tiempo por razones naturales se veían imposibilitados de ser padres, el progreso de la medicina en la actualidad, sin embargo, les ofrece una salida.² A esto deben adicio-

¹ Como dice Eduardo Rivera López, “el desarrollo de la genética está comenzando a producir una evolución en muchas de las prácticas médicas y sociales contemporáneas. Existen al menos dos aspectos de esta revolución que plantean problemas éticos importantes. Uno es la modificación genética de seres humanos... El otro aspecto fundamental de la investigación genética es más cercano y, en alguna medida, ya existe. La genética actual, aún incapaz de modificar genomas humanos, es ya suficientemente avanzada como para *conocer*, en alguna medida el genoma de un individuo y su significado”. Rivera López, Eduardo, “Los desafíos éticos de la medicina y la genética contemporáneas”, en Rivera López, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, p. 24.

² Es que “la reproducción ha sido, por siglos, un evento en gran medida natural, en el cual la decisión humana ha sido un factor secundario. La gente simplemente tenía hijos”. *Cfr.* Rivera López, Eduardo, “Los desafíos éticos de la medicina y la genética contemporáneas”, *ibidem*, p. 29. Esto ya no ocurre en la actualidad. La ciencia permite que muchas disfuncionalidades reproductivas sean solucionadas. Para esto se puede recurrir a las llamadas “técnicas de reproducción asistida”. Los problemas bioéticos de esta actividad llegan al extremo en los casos de “maternidad subrogada”. Para un análisis de esta última técnica y por qué ella, desde un punto de vista moral y político, es incorrecta, véase Sele-

narse algunos asuntos que, en rigor, hoy son meramente especulativos pero que, quizás, en un futuro cercano serán moneda corriente. El caso más palmario, sin dudas, es la clonación con fines terapéuticos o reproductivos.³ También, piénsese en los problemas que emergen del tratamiento de la información a partir del desarrollo del mapa genético. Esto trae aparejado sus propios problemas particulares: ¿quién tiene derecho a acceder a esa información y usarla?; y, en todo caso, ¿bajo qué condiciones?⁴ Además, según los propósitos de este escrito, deberíamos analizar desde un punto de vista ético los trasplantes de órganos.⁵ En especial, por un lado, cuáles son las razones para prohibir que estos materiales anatómicos sean objeto de las leyes de mercado y, por tanto, estén en el comercio —*ie.*, puedan ser objeto de transacciones comerciales de compra y venta—. Por otro, quiénes deben ser los donantes vivos habilitados por el ordenamiento jurídico —*ie.*, quiénes deberían estar habilitados para donar órganos—.

me, Hugo, “La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”, *La Ley*, 18 de enero de 2013 y 21 de enero de 2013.

³ Según Rivera López la clonación es una técnica esencialmente simple, que no requiere manipulación genética. Se trataría “«simplemente» de transferir el núcleo de una célula somática a una célula sexual (habiéndole, previamente, extraído su núcleo). Dado que el núcleo es el que contiene (casi toda) la información genética, el clon tendrá (casi) las mismas características genotípicas que el individuo del que se extrajo el núcleo de la célula somática”. *Cfr.* Rivera López, Eduardo, “Los desafíos éticos de la medicina y la genética contemporáneas”, *cit.*, p. 32. Puede encontrarse una argumentación liberal para su defensa en Vázquez, Rodolfo, “Una justificación liberal de la clonación”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁴ Véase Malem, Jorge, “Privacidad y mapa genético”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales, idem.*; Rivera López, Eduardo, “Los desafíos éticos de la medicina y la genética contemporáneas”, *cit.*

⁵ El primer trasplante de órganos exitoso fue realizado en 1954. Se trató de un trasplante de riñón y fue realizado por Joseph Murray. *Cfr.* Munson, Ronald, “Organ Transplantation”, en Steinbock, Bonnie, *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 211. Se trata de “un elemento nuevo a la forma tradicional de tratamiento médico, en la cual todo lo necesario para curar (o intentar curar) a una persona pertenece al reino de las “cosas” (utensilios, drogas, etcétera), del trabajo (acciones tiempo), de personas (médicos, enfermeras) o, a lo sumo, de elementos regenerables de personas (sangre). Hoy en día, en algunos casos (todavía no generalizados, pero crecientes, en número e importancia) puede ser requerido, además, de todo ello, un órgano, un tejido o (más recientemente) un miembro de otra persona”. *Cfr.* Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, en Rivera López, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética, ibidem*, p. 157.

Es por todo esto que, quizás, se convirtió en un lugar común recordar las famosas palabras de Toulmin respecto de las relaciones entre la medicina y la ética. En este sentido, recuérdese, para él la medicina le ha salvado la vida a la ética.⁶ Pero, también, como dice Garzón Valdés, le ha puesto las cosas más difíciles.⁷ Los problemas sobre los que debe ocuparse son importantes y difíciles. En algún sentido, obligan a abandonar el campo de la metaética y, como suele decirse, imponen que “nos ensuciemos las manos”; que, en suma, las reflexiones se trasladen a situaciones concretas en las que se discute cuál es el accionar que se encuentra moralmente justificado. Por supuesto, el campo de los desacuerdos, de este modo, también se ensancha. Es que, a su respecto, existen un sinnúmero de concepciones que circundan estos temas y que originan aquellos disensos. Más aun cuando existen, en muchas circunstancias, concepciones religiosas que, en algunas ocasiones, nublan la racionalidad necesaria para el tratamiento de estas cuestiones. Ahora bien, un elemento esencial de la tarea que debiera ocupar la bioética, al momento de guiar nuestras decisiones colectivas públicas y privadas, es que ellas se asienten sobre la mayor racionalidad posible y la mejor argumentación disponible.

En lo que sigue me interesa hacer lo siguiente. En primer lugar, presentar, de modo esquemático, cuáles son las relaciones entre bioética y derecho. Para ello, utilizaré un fino y riguroso análisis provisto por Eduardo Rivera López.⁸ A partir de allí, y una vez que se determinen esas conexiones, analizaré una legislación específica. Me refiero a la normativa argentina sobre trasplante y ablación de órganos. La motivación última de esto no radica únicamente en consideraciones vinculadas a cuestiones

⁶ Esta aserción ha sido puesta en duda tanto respecto a su veracidad como a su corrección. Por ejemplo, para Rivera López la ética, en cuanto disciplina filosófica, nunca estuvo moribunda. De todos modos, y más allá de eso, debe reconocerse, como él lo hace, que el cúmulo de problemas éticos que la medicina le ha lanzado a “la sociedad contemporánea es tal, que la ética ha pasado a ser un elemento ineludible para la toma de muchas decisiones, públicas y privadas”. Rivera López, Eduardo, “Los desafíos éticos de la medicina y la genética contemporáneas”, en Rivera López, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, *ibidem*, p. 17.

⁷ Garzón Valdés, Ernesto, “¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?” y “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, en Rodolfo Vázquez (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, *cit.* p. 42 y p. 253.

⁸ Rivera López, Eduardo, “Derecho y bioética”, en Rivera López, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, *cit.*

geográficas del que escribe; aun cuando algo de esto existe. Sino que, antes bien, a mi criterio generan algunos problemas que ameritan su consideración desde el punto de vista bioético. En particular, me interesará analizar cuáles son las razones que podrían brindarse para sostener y fundamentar la prohibición de la comercialización de órganos para trasplante. En atención a que, en esa legislación, existe una norma específica que prohíbe la comercialización de esos materiales anatómicos. Asimismo, será mi interés relacionarla con otra norma que, en ese mismo conjunto normativo, prohíbe la donación de órganos a menos que entre donante y receptor exista una relación de parentesco. A mi parecer, y así lo sostendré, no pueden ofrecerse razones que respeten el valor de la integridad —coherencia— y que, a su vez, justifiquen ambas normas. Esto es, las razones que las fundamentan, o al menos en la presentación que haré en lo que sigue, no permiten considerar que ambas normas se asientan sobre un mismo principio normativo que las haga coherentes. A partir de esto, debería surgir el siguiente panorama: una de las normas no se encuentra justificada según principios de ética normativa adecuados. Identificar cuál de ellas está en esta situación, ocupará mi atención en este trabajo. Para saberlo, lamentablemente, se impone al lector la tarea de detenerse en la lectura de estas líneas.

II. BIOÉTICA Y DERECHO

La bioética, sin dudas, es parte de la ética normativa. En este sentido, se ocupa de la justificación de ciertos principios normativos que, en rigor, se aplican a un ámbito específico de acción. En tanto están relacionados a los aspectos médicos del accionar de los individuos. Es que, como se ha dicho,

La bioética es una rama de la ética normativa que se ocupa de problemas éticos que surgen en el contexto de la medicina y de las ciencias biomédicas. Algunos de las principales áreas de interés para la bioética son el aborto, la eutanasia, el trasplante de órganos, la manipulación genética, la clonación, la relación médico-paciente, la investigación biomédica con sujetos huma-

nos, los derechos de los animales y la justicia en la distribución de los servicios de salud.⁹

Adviértase que esta definición determina un ámbito de conocimiento concreto para la bioética. Se trata de lo que, comúnmente, se denomina *ética normativa*. Vale decir, en palabras de Carlos Nino, “determinar los principios básicos de justicia y moralidad y sus consecuencias específicas”.¹⁰ Ésta, por tanto, no se confunde ni con la metaética —*ie.*, el análisis de la racionalidad y estatus lógico de los juicios éticos— ni con la ética descriptiva —*ie.*, descripción de las creencias morales de una determinada comunidad y cuáles son los juicios de valor que, respecto de una práctica en particular, se sostiene—. En este sentido, le asiste razón a Rivera López, cuando expresa que:

Sostener que la bioética es una rama de la ética normativa implica diferenciarla tanto de metaética como de la ética descriptiva. Normalmente la bioética no trata con problemas semánticos, epistémicos u ontológicos de los juicios y creencias morales. Tampoco se limita a describir las creencias morales existentes o normas sociales existentes...

De este modo, en tanto ética normativa, se preocupa del establecimiento de aquellos principios morales que se consideran adecuados para justificar acciones e instituciones en el ámbito de la medicina. Vale decir, “busca ...prescribir qué acciones, normas e instituciones deberíamos respaldar o rechazar en el contexto de la biomedicina”.¹¹ Ahora bien, una vez que admitimos esto —*ie.*, cuál es el ámbito de esta disciplina— debemos pensar cuál es su relación con el derecho. Pues, adviértase, muchas de las instituciones que están en el núcleo del campo de conocimiento de la Bioética son formuladas o establecidas por normas jurídicas. De allí que, entonces, convenga preguntarse sobre cuáles son las relaciones que entre estos dos campos del conocimiento existen.

Rivera López, a mi criterio al menos, de un modo correcto estableció cuáles podían ser estas vinculaciones. Así, según él, es menester compren-

⁹ Rivera López, Eduardo, “Derecho y bioética”, *cit.*, p. 37.

¹⁰ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 354.

¹¹ *Cfr.* Rivera López, Eduardo, “Derecho y bioética”, *cit.*, p. 37.

der que, al menos, es posible que entre ellas se dé una conexión tripartita. De este modo, el vínculo puede ser *práctico*, *legislativo* o *interpretativo*.

Respecto de lo primero —*ie.*, *conexión práctica*—, parecería obvia esta vinculación. Es que, nótese, el estatus deóntico de una acción, desde un punto de vista jurídico, no es éticamente irrelevante. En este sentido, al menos para la consideración de qué curso de acción debe seguirse, desde un punto de vista ético, no es un elemento que no deba considerarse si la acción de que se trata está permitida, o no, por el ordenamiento jurídico.

La *conexión legislativa* no es menos importante. Repárese que, como dije, la bioética debe clasificarse dentro de la llamada ética normativa, por lo que su tarea consiste en la identificación de las razones correctas o plausibles para la defensa de ciertas consecuencias normativas. En este sentido, puede ser fuente de razones y argumentos para que los legisladores modifiquen las normas jurídicas existentes y/o creen nuevas normas. De este modo, de lo que se trata aquí no es identificar cuál es el derecho vigente —*ie.*, si la acción *p* está permitida (*Pp*) o prohibida (*Php*) por un determinado sistema normativo— sino que, antes bien, se trata de identificar las razones que apoyan esas soluciones y, más allá de eso, determinar si son correctas, deseables o plausibles. En palabras del autor citado, “la pregunta no es qué está jurídicamente permitido (o prohibido), sino qué permiso (o prohibición) jurídica es defendible o repudiable desde el punto de vista de la ética”.¹²

Finalmente, el último vínculo de que se trata, es la llamada *conexión interpretativa*. Una vez que admitimos que el derecho, en muchas circunstancias, es indeterminado deviene necesaria su interpretación. Por supuesto, la extensión de esta conexión depende de muchas cuestiones controvertidas en materia de teoría del derecho y de la interpretación. En particular, sobre cuán extensa es esa indeterminación que es predicable respecto del derecho. Más allá de eso, y por suerte, no necesito expedirme sobre esto para que quede en claro esta conexión. Pues, cualquiera sea la teoría que se admita —ya sea realista, hartiana o naturalista— debería aceptarse que, en determinados supuestos en los que el derecho se expide sobre cuestiones de ética médica, es menester recurrir a la interpretación. Y, si esta actividad consiste en la adscripción de significados a textos vagos y ambiguos, el intérprete debe recurrir a teorías que justifiquen las posicio-

¹² *Ibidem*, p. 41.

nes a las que arriba. Siempre, claro está, que se sostenga que es una necesidad la fundamentación de las decisiones que se adopten. La bioética, entonces, puede ser una importante herramienta para una mejor tarea al momento de interpretar el derecho existente. Y para, en suma, brindar las mejores razones en apoyo de un determinado curso de acción.¹³

Por último, y emparentado a esta última cuestión, es posible, de conformidad a las investigaciones desarrolladas por Manuel Atienza, identificar una conexión adicional. Según este autor, debería vincularse la bioética y el derecho desde un punto de vista metodológico. De este modo, sostiene, los desarrollos dogmáticos encarados por los juristas para la resolución de los casos de conflictos de derechos, podrían ser de utilidad para la resolución de casos bioéticos. Es así que, propone, los comités de bioética deberían utilizar el método de ponderación de los principios como un modelo de racionalidad práctica. Entonces, para la resolución de los casos que se presenten, deberían identificarse los problemas generales de la bioética; a qué principios primarios responden —o son identificados— para dar cuenta de aquellos; cuál es su justificación; cuáles son los principios secundarios aplicables, dadas determinadas circunstancias; y, también, la fijación de ciertas reglas, dados determinados casos controvertidos.¹⁴

En cualquier caso, de todos estos argumentos, debería concluirse que las relaciones entre la bioética y el derecho son muy estrechas. Y, en rigor, que ambas disciplinas pueden verse auxiliadas mutuamente. En lo que sigue, esos vínculos serán de utilidad para lograr mayor racionalidad y plausibilidad sobre un tema controvertido. En los próximos apartados, dedico mi atención a esta última cuestión.

¹³ Esta afirmación tiene un notable aire dworkiniano. Recuérdese que Ronald Dworkin sostuvo que el derecho constitucional no realizaría un verdadero avance hasta que se vinculara de un modo estrecho con la teoría ética. En esa tarea, para él, debía aislarse el problema de los derechos en contra del Estado. Conf. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta de Agostini, 1993, p. 233.

¹⁴ Conf. Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, en Vázquez, Rodolfo, *Bioética y Derecho*, *cit.*

III. UNA PRÁCTICA *IN CRESCENDO* DE LA QUE DEPENDEN MUCHAS VIDAS: LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

Desde el primer trasplante de órganos ocurrido en la historia de la medicina, su realización ha ido en aumento. Esto se debe a los constantes avances de la medicina. Ellos han hecho que, en muchas ocasiones, no sólo sea la salida más racional y menos costosa para un paciente que sufre una grave enfermedad sino que, antes bien, se ha convertido en la segura evitación de la muerte del doliente e, incluso, la única forma de evitar un doloroso tratamiento. Es posible identificar en este desarrollo una evolución: desde la realización de trasplantes y ablaciones de órganos de materiales cadavéricos hasta la actualidad, en la que las intervenciones entre vivos es moneda corriente. Además, desde un primer momento en que sólo eran objeto de trasplantes ciertos materiales orgánicos —como los riñones— hasta el día de hoy en que pueden trasplantarse porciones de órganos vitales —como el hígado— de un individuo para que puedan ser refuncionalizados en el cuerpo de otra persona enferma. La extensión de la práctica ya no alarma ni genera *per se*, perplejidad alguna. Por ejemplo, en Estados Unidos cada año unas cincuenta mil personas extienden sus vidas gracias a trasplantes de órganos entre vivos.¹⁵ En Argentina en el año 2012, según dan cuenta diversos medios periodísticos, 1,460 personas recibieron un trasplante de órganos; como así también, 1,021 recibieron un implante de córneas. Se trata, por cierto, de una cantidad de donaciones y trasplantes en ascenso. Dado que en el año 2011 ese número había trepado a 2,359, en 2010 2,236 y 2,115 en 2009.¹⁶ Es posible disociar esa información del siguiente modo: del total de trasplantes realizados durante 2012, “951 fueron renales, 345 hepáticos, 105 cardíacos, 30 pulmonares, 5 pancreáticos, 4 intestinales y 18 trasplantes combinados. Y

¹⁵ Munson, Ronald, “Organ Transplantation”, *cit.*, p. 211. Ernesto Garzón, por ejemplo, señala que en Alemania en 1990 fueron trasplantados 2,358 riñones, 485 corazones, 329 hígados y 34 pulmones. Asimismo, recuerda que, en España, en 1992 se realizaron 1,492 injertos renales, 468 hepáticos y 254 de corazón. Y, sostiene, “[l]os resultados obtenidos son verdaderamente alentadores: en el caso de los trasplantes de riñones, la cuota de éxito es del 80 al 90% después de un año, del 60 al 70% después de cinco años y del 50 al 60% después de 10 años”. Conf. Conf. Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, p. 214.

¹⁶ Véase <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/argentina-2012-marco-nuevo-record-donacion-trasplantes> (consultada el 29 de julio de 2013).

hubo 80 trasplantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH)¹⁷. Este creciente desarrollo hizo que el Ministro de Salud de la Nación, Dr. Juan Manzur, afirmara: “Se realiza un trasplante cada seis horas, y ese es un hecho que debemos celebrar”.¹⁸ Los trasplantes de órganos, en pocas palabras, salvan vidas.¹⁹ Y lo hacen a diario.

Más allá de este desarrollo, y de sus causas, debe destacarse un hecho notorio. Los órganos existentes y los trasplantes efectuados son, todavía, insuficientes. Cotidianamente, en Argentina al menos, fallecen personas a la espera de un órgano vital. Por ejemplo, a julio de 2013 existen 7,447 pacientes a la espera de un órgano que les permita continuar viviendo o mejorar notablemente su calidad de vida.²⁰ Los órganos, entonces, son escasos. Las causas de esta escasez son diversas. Como resaltó en su momento Garzón Valdés, pueden ser tanto naturales como psíquicas. Lo primero, porque la mayor demanda de órganos es un subproducto de los propios progresos de la técnica médica que determinan la mayor longevidad de las personas. Esto, en conjunción con “la menor disponibilidad de cadáveres aptos para la extracción de órganos como consecuencia de la disminución de la tasa de mortalidad”,²¹ implica la falta de órganos vitales suficientes para tratar a un número exponencialmente creciente de necesitados. Lo segundo, porque existe cierto resquemor de los individuos a proceder a la donación de órganos tanto *in vitam* como *post mortem*.

Debido a esta profunda escasez, quizás, sea que generalmente se aducen razones para *liberalizar* el mercado de órganos. En este sentido, se propone, como forma racional de reducir la creciente escasez de órganos, su sujeción a condiciones de mercado. Es que, se aduce, el mercado sería un buen método de equilibrar su oferta y demanda; al igual que lo hace con otros bienes que son deseados por los individuos. Richard Posner, por ejemplo, sostiene que las limitaciones a la libertad contractual respecto de ciertos órganos, los riñones por caso, no está justificada. Al menos, si como él hace, se considera que el fundamento moral del sistema de derecho en su conjunto debe identificarse en un principio que podría ser denominado

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Munson, Ronald, “Organ Transplantation”, *cit.*, p. 212.

²⁰ Véase. <http://www.incuca.gov.ar/home.do> (consultada el 29 de julio de 2013).

²¹ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, p. 243.

de “maximización de la riqueza”. Desde este punto de vista eficientista, sólo estará justificada la limitación a la libertad contractual cuando se apoye en razones referidas al engaño, la fuerza y las externalidades. Vale decir, dadas ciertas condiciones que deben exigirse para justificar todo tipo de contratos —*ie.*, libertad e igualdad— no habría ninguna razón para oponerse. Su punto, al menos, es que no existiría ninguna actividad inmoral en este ámbito, dado que los propios límites del mercado no son externos sino que, al contrario, surgen por la existencia de un principio normativo que lo justifica. La referida “maximización de la riqueza”. A partir de esto, concluye, la prohibición de un mercado libre de riñones no está justificada. Si, por el contrario, se liberalizara el mercado de órganos, algunas personas sanas venderían, por caso, sus riñones. A partir de eso, habría bastantes más riñones para trasplantar en relación a la disponibilidad actual. Entonces, si la venta estuviese permitida se maximizaría la riqueza; puesto que, aun cuando quienes venderían en primer lugar los riñones serían pobres, luego serían personas más ricas.²²

Sin embargo, en los distintos ordenamientos jurídicos modernos, existe una regulación específica de las condiciones en las que los individuos pueden disponer de sus órganos. Entre esas condiciones y regulaciones es posible identificar, notablemente, una prohibición extendida respecto de la posibilidad de comercializar órganos o materiales anatómicos —*ad vitam* y *post mortem*—. Como quedó dicho, para Posner no existirían razones morales para apoyar este tipo de regulación. La prohibición, entonces, estaría absolutamente injustificada. Ahora bien, sería un error pensar que esta conclusión es una consecuencia de las controvertidas posiciones políticas y jurídicas que, por lo general, apoya este autor. En efecto, también autores liberales y progresistas arribaron a esta misma solución; aunque por razones diferentes. Por ejemplo, para Ernesto Garzón, desde un punto de vista liberal, “no hay ningún argumento ético para prohibir la donación o hasta la venta de órganos para trasplantes siempre y cuando esta donación o venta hayan sido realizadas voluntariamente por una persona adulta en uso de sus facultades mentales y sin la coacción de circunstancias que obliguen la donación o venta de órganos”.²³

²² Posner, Richard, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 1, vol. 8, enero de 1979, pp. 103-140.

²³ Garzón Valdés, Ernesto, “¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?”, *cit.*, pp. 53 y 54.

No obstante, debo admitirlo, esta conclusión me genera una absoluta y profunda “inquietud moral”, en palabras de Rivera López.²⁴ Es que, intuitivamente, tiendo a pensar que la existencia de la prohibición jurídica de la comercialización de órganos es algo correcto moralmente. Ahora bien, explicar por qué esto es así, amerita un mayor desarrollo.

IV. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA COMERCIALIZACIÓN DE ÓRGANOS

Como dije, la mayoría de las legislaciones del mundo prohíben la venta de órganos. En general, se propicia que la obtención de estos materiales anatómicos, ya sea proveniente de personas vivas o *post mortem*, sea producto de donaciones voluntarias. Las razones que para ello se han brindado a lo largo de la historia son muchas y variadas. Sin embargo, no todas poseen la misma fuerza convictiva. En lo que sigue, será mi intención analizar algunas de esas argumentaciones. A modo de criterio analítico de clasificación las agruparé, en forma genérica, bajo el siguiente rótulo: “enfoque prohibicionista”. A esta posición, contrapondré el contrario. Esto es, un “enfoque permisivo”. De tal suerte, intentaré demostrar que no todas las razones sobre las que se asienta el *enfoque prohibicionista* son adecuadas éticamente. Una vez que haya hecho esto debería quedar en claro lo siguiente. Los argumentos que brindaré, no son suficientes para justificar el escozor moral que, según dije, me genera la venta de órganos. De ahí que, parecería, se trata de una posición absolutamente irracional y vinculada únicamente a mis preferencias personales. Ahora bien, en el próximo acápite, brindaré algunas razones adicionales que, a mi criterio, pueden ser suficientemente poderosas para i) justificar el enfoque prohibicionista, aunque no se apoye en las posturas que describiré en este acápite, y ii) demostrar que aquel resquemor no es irracional sino que tiene un notable trasfondo moral.

²⁴ Rivera López, Eduardo, “Venta de órganos e inquietud moral”, *Problemas de vida o muerte, cit.*.

1. *Enfoque prohibicionista*

La defensa más generalizada de la prohibición de la venta de órganos es, según se ha desarrollado el argumento, una posición kantiana. Para esta postura, se trata de un caso claro de falta de respeto a la humanidad. Es que la comercialización de estos materiales, “expresses disrespect for oneself and, as a consequence, disrespect for what it means to be human”.²⁵ De todos modos, el argumento kantiano es más radical. Para Kant no se justifica moralmente, en ningún caso, el trasplante de órganos. Ni siquiera la donación. Todo acto de este tipo estaría viciado de inmoralidad. Es decir, todo trasplante de órganos, más allá de cuál sea la forma de su obtención —gratuita o venal—, se trataría de un acto que carecería de valor moral alguno. Esto, *prima facie*, parece contraintuitivo. De todos modos, antes de justificar esta reacción, debo desarrollar un poco más su posición.

Para Kant se trata de un supuesto asimilable al suicidio; es más en su concepción se trataría de un “suicidio parcial”. Recuérdese que, para él, la muerte física por la privación de la vida propia podía hacerse tanto en “forma” total como “parcial”. Este segundo aspecto se trata de la amputación o mutilación; que, para él, podía subdividirse a su vez en i) “amputación material”, cuando uno se priva a sí mismo de ciertas partes integrantes de su cuerpo —tal el caso que ocurriría cuando un sujeto se desprende de sus órganos—; y, ii) “amputación formal”, cuando se priva de la capacidad del uso físico de sus fuerzas.²⁶ En el primer caso, según lo que interesa a los fines de este escrito, la extracción de un órgano para otorgárselo a otro individuo implicaría “disponer de sí mismo como un simple medio para cualquier fin (y esto) supone desvirtuar la humanidad en su propia persona”.²⁷ Entonces, sostiene:

Deshacerse de una parte integrante como órgano (mutilarse), por ejemplo, dar o vender un diente para implantarlo en la mandíbula de otro, o dejarse practicar la castración para poder vivir con mayor comodidad como cantante, etc., forman parte del suicidio parcial, pero dejarse quitar, amputándolo,

²⁵ Munson, Ronald, “Organ Transplantation”, *cit.*, p. 226.

²⁶ Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1996, pp. 280 y 281.

²⁷ *Ibidem*, pp. 282 y 283.

un órgano necrosado o que amenaza necrosis y que por ello es dañino para la vida, o dejarse quitar lo que sin duda es una parte del cuerpo, pero no es un órgano, por ejemplo, el cabello, no puede considerarse como un delito contra la propia persona, aunque el último caso no está totalmente exento de culpa cuando pretende una ganancia exterior.²⁸

Adviértase que el argumento rechaza, dos acciones: dar o vender. De ahí que, como sostuve, su objeción es más radical. Sin embargo, intuitivamente podríamos convenir en que no es lo mismo, incluso en una posición estrictamente kantiana, cuáles son los motivos que direccionan una acción. Vale decir, es relevante determinar si se trata de un acto altruista y que, por tanto, está dirigido a beneficiar a, por caso, un hijo que posee una severa enfermedad renal o bien si se trata de un accionar tendiente a la obtención de un rédito económico. Sin embargo, en este supuesto no tiene en consideración Kant los motivos o propósitos que dominan la acción. Es que, aquí, no vale aquello de que lo verdaderamente bueno es la “buena voluntad”. En este supuesto, según Ernesto Garzón Valdés, por ejemplo, dado que el argumento es parasitario de la posición de Kant sobre el suicidio, su prohibición se asemeja a las consideraciones que se refieren a los deberes para con uno mismo en tanto sujeto moral. Además, se produciría una alteración injustificada sobre la identidad personal y moral del donante. Y, por último, equivaldría a sostener que la personalidad es asimilable a una cosa. En este sentido, el argumento se orienta a la prohibición dado que, de lo contrario, “equivaldría a privar (a una persona, JMM) de su humanidad transformándola en una cosa”.²⁹ Entonces, su argumento i) tiende a rechazar cualquier tipo de comercialización; ii) es de carácter completamente general; iii) se refiere principalmente a la moralidad del acto mismo de vender órganos; y, iv) es de carácter puramente deontológico.³⁰ Es más, rectamente entendida, su posición objeta v) cualquier tipo de dación de órganos y, por tanto, es independiente de cuáles han sido los motivos, las razones y las consideraciones que incitaron al individuo a la entrega de un órgano.

²⁸ *Ibidem*, p. 283.

²⁹ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, p. 219.

³⁰ Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, *Problemas de vida o muerte*, *cit.* p. 160.

Sin embargo, no es tan claro que las consideraciones de Kant sean correctas. Me parece que la estrategia para objetar su argumentación puede ser doble. Por un lado, es posible, derechamente, rechazar la inmoralidad del suicidio. Y por otro, rechazar, en fin, la analogía entre un supuesto —suicidio— y el otro —trasplante de órganos—. Por supuesto, por cualquiera de las dos vías se entiende, si el argumento crítico fuera exitoso el enfoque prohibicionista kantiano estaría injustificado. La primera estrategia es, por ejemplo, empleada por Garzón Valdés.³¹ Para él, sólo si aceptásemos que la vida en sí misma es un bien absoluto y supremo podríamos concluir, y coincidir, con la propuesta kantiana. Sin embargo, parece ser contraituitiva dado que restaría valor moral a muchas acciones que, en rigor, tendemos a ver como de un valor moral encomiable. Por ejemplo, los actos del buen samaritano —aquellos que están dispuestos a dar la vida para salvar, en ciertas circunstancias, la de los demás—. En general, podríamos disentir con este tipo de acciones. Ahora, no sería plausible pensar que se trata de actos en sí mismo inmorales. Al contrario, nuestras intuiciones nos indican que se trata de actos valiosos y respetables. Por supuesto, de esto no se sigue que deban ser obligatorios según un determinado sistema normativo. En este sentido, por ejemplo, si se aplica la posición de Kant a aquellos individuos que arriesgan su vida y que la pierden en una catástrofe al intentar el rescate de otros que están en una situación gravosa, cometerían un acto inmoral. Esto es inaceptable.

Y lo es, más allá de cuál sea la posición que adoptemos, finalmente, sobre este problema. Lo que sí es cierto es que es de difícil aceptación. En primer lugar, respecto de la asimilación al suicidio, es difícil comprender la analogía en toda su significación. Es que, pensaríamos que el suicidio es uno de esos actos que, en rigor, no son cuantitativos. Vale decir, no podemos estar más o menos suicidados. En todo caso, este hecho ocurrió o no. Ahora bien, y al margen de esta consideración, intuitivamente pensaríamos que existe una diferencia moral entre, por ejemplo, la celebración de un contrato por el que se pone a disposición de otro individuo y la esclavitud. En efecto, como agudamente sostiene Rivera López,

Tal vez la principal dificultad para aceptar el argumento kantiano sea su propuesta de comprender la enajenación de un órgano o parte del cuerpo como

³¹ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*

un suicidio parcial y, por tanto, de someterlo a un tratamiento análogo. Las diferencias entre suicidarse y quitarse una parte del cuerpo son tan abismales como la diferencia que media entre venderse como esclavo y vender solo unas horas por día del propio trabajo.³²

Me parece que este argumento da en el centro de la posición kantiana y, en rigor, tiene la fuerza suficiente para derruirlo. En síntesis, demuestra que se trata de una analogía a todas luces insostenible. Se trata de dos actos que son conceptual y prácticamente disimiles.

A esto habría que adicionar, según creo, que tampoco es coherente. Es que, como dije, sostiene que sólo se justifica la amputación en aquellos casos en los que podría generar un beneficio para su titular. Ahora bien, el argumento es deficiente porque los ejemplos que brinda en su apoyo no son correctos. Adviértase que es sustancial y moralmente distinto actuar de un cierto modo para vivir más cómodamente, aunque ello no sea necesario, como sería vender un riñón para conocer París que hacerlo por razones sustantivamente de mayores credenciales de carácter moral; como puede ser, ayudar al prójimo. Pero, también, la consistencia interna del argumento es dificultosa. Se pregunta, por ejemplo Rivera López,

¿Qué diría Kant si la amputación del miembro (la pierna, por ejemplo) no es literalmente, para salvar la vida, sino solamente para aliviar un dolor permanente? Si se aceptara esa ablación, ¿por qué no podría considerar moralmente justificada la venta de un órgano por parte de una persona, si con ello alivia la miseria propia y de su familia?³³

Esto nos coloca ante un nuevo argumento prohibicionista, la explotación. A su tratamiento dirigiré las próximas líneas.

Esta última pregunta, abre un nuevo argumento en contra de la comercialización y venta de órganos para trasplante. Es más, me parece, sobre esta argumentación se asientan las posiciones liberales más interesantes que plantean reparos a la liberalización del mercado de materiales anatómicos. Específicamente, pone el acento en cuál es la posición en la que se encuentra el sujeto que se debe colocar en las *circunstancias de co-*

³² Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, *cit.* p. 162.

³³ *Idem.*

mercantilización, por llamarlas de algún modo. Según esta visión, la situación en la que se encuentra quien se ve obligado a recurrir a esta modalidad de obtención de recursos económicos determina su incorrección moral. Básicamente, porque se da un supuesto de explotación de parte de quien está en una situación de superioridad respecto de quien está en inferioridad; en manos de quien está en mejores condiciones relativas dada su posición económica. A partir de allí, se concluye en que no puede ser admitida jurídicamente la existencia de contratos por los cuales las partes establezcan derechos y obligaciones y recurran al dinero como contraprestación por la dación de un órgano o material anatómico. En palabras de Rivera López, puede decirse que la situación en la que se encuentra una persona que debe vender un riñón para “evitar que ella o su familia mueran de hambre o sufran privaciones extremas puede ser, sin duda, catalogada como una situación de explotación, al menos en un sentido amplio”.³⁴

Hace años esta situación había sido planteada por Víctor Hugo en *Los Miserables*. Allí da cuenta cómo uno de sus personajes, la bella *Fantine*, para proveer de alimentación a su hija *Cosette* vendió primero su pelo y, luego, llegó a comercializar sus propios dientes. Si bien es cierto que el novelista francés ni se refirió a la posibilidad de vender un riñón ni estaba en condiciones de imaginar una situación de este tipo dado el contexto de producción de su obra, no lo es menos que la situación en la que se piensa para objetar este punto es idéntica. De allí que, en su homenaje, denominaré a esta situación de explotación *situación Fantine*. El argumento, entonces, sostiene que se trata de “una de las formas más perversas de explotación ya que quien vende partes de su cuerpo se convierte en medio para la obtención de recursos accesibles mediante el pago de una determinada suma de dinero. Se viola así la autonomía del vendedor, es decir, se le impide actuar como sujeto moral”.³⁵

Más allá de esto, no es necesario en la actualidad recurrir a la literatura para ilustrar el punto. No hace mucho tiempo los periódicos argentinos daban cuenta de una verdadera *situación Fantine*. En efecto, el padre de dos niños que vivían en la provincia de Chaco, Argentina, no tenía los recursos necesarios para alimentar a su familia. Seguramente, sus necesidades

³⁴ *Ibidem*. p. 170.

³⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, p. 228.

básicas y la de sus hijos no podían ser satisfechas. El único recurso con el que disponía, parece, no era moneda de cambio suficiente para obtener los alimentos que necesitaba. Adviértase, no es que no eran suficientes para llevar a cabo una vida digna sino que, ni siquiera, alcanzaban para proveerse de la más mínima alimentación. En atención a esto, recurrió a algo que, pensaba, poseía y podía comercializar y, quizás, por la escasez en el medio podía obtener un precio en dinero que, para su fortuna, sería alto. Entonces, “le puso precio a un riñón”. Sacó un aviso clasificado en el que ofrecía un riñón por la suma de cincuenta mil pesos.³⁶ El motivo: cambiar la situación de miseria que atraviesa su familia. Según informaron los medios periodísticos, el hombre de 26 años ganaba unos doscientos cuarenta pesos argentinos por mes.³⁷ Había afirmado que ofrecía el órgano para “poder cambiar la vida de [sus] hijos, porque esta[ban] pasando muchísimas necesidades”.³⁸ Los diarios, por supuesto, se hicieron eco de esta situación. A tal fin, consultaron a especialistas en el área y todos ellos recurrieron, más o menos explícitamente, a alguna variante del “argumento de la explotación”. En este sentido, insistieron de algún modo que el consentimiento prestado en una *situación Fantine* no es válido. Está viciado y, entonces, no puede ser el fundamento jurídico y moral de un arreglo contractual. Por ejemplo, afirmó Beatriz Firmerich, “filósofa y especialista en bioética”, según el diario *Clarín* de Argentina: “La pobreza que enfrenta el hombre hace que su ofrecimiento no sea una decisión de ejercicio de autonomía plena. Se está violando el principio de dignidad. Por lo cual el Estado deberá buscar los medios adecuados para que se respeten sus derechos económicos y sociales”.³⁹

De la misma opinión habría sido Ignacio Maglio, abogado del Hospital Muñiz y de la Fundación Huésped y miembro del Comité de Bioética del INCUCAI (Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante). Este profesional opinó: “El cuerpo humano no puede ser objeto de un negocio. Cuando se acepta algún tipo de contraprestación por dar un órgano, se genera una inequidad: el dador, que debe ser some-

³⁶ Algo así como, en la actualidad, 5,000 dólares estadounidenses.

³⁷ Equivalente a unos 30 dólares estadounidenses.

³⁸ <http://edant.clarin.com/diario/2007/08/28/sociedad/s-03702.htm>

³⁹ *Idem*.

tido a una intervención quirúrgica, siempre es el más pobre. Los receptores son los más ricos”.

Más allá de algunas sutilezas que podrían denunciarse, como por ejemplo que de la premisa de la que parte este profesional no necesariamente se sigue la conclusión a la que arriba y que, en todo caso, serviría para justificar, incluso, la prohibición de la donación de órganos, ambas posturas son representativas del rechazo moral e intuitivo que nos genera considerar que una persona deba recurrir a la venta de órganos por encontrarse en una *situación Fantine*. En este sentido, Rivera López sostiene que “[l]a inquietud moral que nos produce la comercialización de órganos aparece, solamente, porque el motor del éxito de esa comercialización es la pobreza... De modo que lo que debe perturbarnos, en mi opinión, no es la venta en sí, sino únicamente la situación que causa la venta”.⁴⁰ De este modo, si se agudizaría la mirada, para esta posición al menos, no es el objeto que se comercializa lo que nos interpela moralmente cuando nos cuestionamos sobre la moralidad de este acto sino que, en todo caso, lo que nos inquieta son las condiciones de comercialización. Vale decir, no es tanto que lo que sea objeto de un contrato sea un riñón, por caso, sino que, antes bien, es la *situación Fantine* lo que consideramos irritante desde un punto de vista moral. Es que,

...lo indeseable no proviene de la comercialización de los órganos, ni de la instrumentalización de los seres humanos, ni de la transformación de las personas en mercancía, ni de ninguno de los argumentos antes analizados. Lo indeseable proviene única y exclusivamente de la situación en que se encuentran las personas dispuestas a vender sus órganos. La venta de órganos revela esa situación, pero, en sí misma, no la agrava.⁴¹

Entonces, es la situación de injusticia y de miseria en la que una persona está sitiada lo que nos provoca la perplejidad moral. Y no, insisto, el hecho de la comercialización de una parte de su cuerpo. De ahí que, se sostiene, la situación en la que se coloca el Estado prohibicionista es francamente “hipócrita”. Es que “...le prohibimos a la persona realizar una acción (que, en sí misma, no es objetable) pero no hacemos nada

⁴⁰ Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, *cit.* p. 172.

⁴¹ *Ibidem*, p. 174.

para evitar que esa persona se vea en la situación de tener que realizar esa acción”.⁴² En todo caso, lo intolerable moralmente es que aceptemos y naturalicemos la situación de precariedad y miseria en la que se encuentra la persona. De tal suerte, que el ejercicio de su autonomía la lleve a aceptar, necesariamente, recurrir a la venta de parte de sus órganos para intentar salir de la precariedad en la que está inmersa. Por eso, insiste Rivera López,

...resulta algo hipócrita que, siendo el Estado responsable de un estado de cosas (como la pobreza), luego (por razones morales) prohíba conductas (que no dañan a terceros) que son la consecuencia natural de ese estado de cosas... Si nos preguntáramos qué es exactamente lo malo en la venta de órganos, deberíamos respondernos, precisamente, que *lo malo no está en la venta en sí misma (o en la mera permisión jurídica de ella), sino en las condiciones que la genera*.⁴³

De la misma posición es, parece, Garzón Valdés.⁴⁴ En efecto, para este autor, si el problema es la explotación de personas que se encuentran en una situación tal que sus alternativas de elección se ven disminuidas a tal punto que deben elegir entre o vender sus órganos o morir de hambre, el problema no radica en la comercialización de los órganos “sino en la comercialización impuesta por las circunstancias socioeconómicas imperantes”. Nuevamente, es la *situación Fanline* la que nos debe provocar rechazo moral; no, por el contrario, que sea el ejercicio de la autonomía de un individuo, todas las cosas consideradas, la que influya en la conducta a seguir. Aun cuando, en ejercicio de ésta, se adopte un curso de acción que consideramos reprochable. Porque son “las condiciones en las que se encuentran estas personas que se ven obligadas a vender sus recursos corporales, renovables o no” las que ofenderían nuestra conciencia moral. De ahí que, para el autor citado, deba distinguirse para analizar la moralidad del acto, si el “abastecedor mercantil de órganos” se encuentra en un estado de indigencia o si no lo está. En el primer caso, la venta de un órgano puede ser una consecuencia de una situación de explotación mayor y temporalmente anterior. Y es ésta la que debería ser eliminada. Ahora bien, “reducir la situación de explotación a la venta de órganos

⁴² *Ibidem*, p. 172.

⁴³ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁴ *Ibidem*, (el énfasis me pertenece).

puede ser una forma perversa y más o menos sutil de ocultar el problema real”.⁴⁵ En el segundo caso, “si no se dan condiciones de explotación, la única diferencia que existe entre la donación voluntaria y la venta de órganos es el componente mercantil”, reconoce este autor. Ahora bien, “...a menos que se tenga una aversión moral a toda operación mercantil, no veo por qué si se acepta la permisión moral de la donación ha de prohibirse la venta cuando se dan las mismas condiciones de voluntariedad y no explotación”.⁴⁶

Pero, ¿es esto realmente así? ¿Es una interpretación adecuada de nuestro discurso del moral sobre estas acciones? ¿Realmente, para rechazar la admisibilidad jurídica del “abastecedor mercantil” debemos recurrir a una “aversión moral a toda operación” comercial? ¿No existen razones que sean independientes de este argumento y que, sin embargo, puedan reconstruir cómo discutimos y deliberamos sobre asuntos de la moralidad que nos brinde una respuesta que coincida con nuestras intuiciones morales sobre este tema? Pienso que existen respuestas para todas estas preguntas; no obstante, antes de ocuparme de ellas, debo decir algo más sobre el “enfoque permisivo”.⁴⁷

⁴⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, pp. 228 y 229.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Argumentos alternativos, en procura de sostener la infundabilidad del rechazo a la comercialización de los órganos, véase Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*; Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, *cit.* pp. 167 y 168. A tales fines, en especial el último autor mencionado, reconstruye lo que denomina la posición i) “paternalista”, el argumento de ii) la “pendiente resbaladiza” y, por último, iii) el “argumento de la distribución injusta”. Según, ii) se sostiene que si bien “vender un riñón no es objetable en sí mismo, [permitirlo] puede llevar causalmente a que, en el futuro, se vendan seres humanos completos, (bebés, a uno mismo, por ejemplo), lo cual sí es objetable”. En virtud de iii), se defiende que quien tiene acceso a los órganos en un mercado, únicamente serán “...aquellos que poseen los recursos para comprar órganos [y que, por tanto,] ten[drán] una ventaja relativa para acceder a los órganos en relación con los demás. En cambio, un sistema de donación garantiza el acceso igual a los órganos disponibles”. Si bien considero que son posiciones importantes y que tienen su fundamento, no son centrales para el argumento que desarrollaré en las próximas secciones. Entonces, me permito obviarlos en mis consideraciones.

2. *Enfoque permisivo*

Correcta y analíticamente, Rivera López entiende que son básicamente de dos tipos los argumentos sobre los que se asienta una posición permisiva sobre la venta de órganos.⁴⁸ Por un lado, i) un enfoque consecuencialista y, por otro, ii) un enfoque deontológico. Según el primero, la escasez de órganos existente podría paliarse si se recurriese al mercado como forma de generar incentivos para que las demandas, en este sentido, sean satisfechas. Una posición clara, de esta forma de pensar, es lo que se ha dicho sobre el análisis de Richard Posner.⁴⁹ En todo momento, lo que se asegura con este enfoque permisivo es generar incentivos adecuados para que el mercado funcione en términos de equilibrio y se aseguren condiciones de elasticidad respecto de un objeto determinado: los órganos y materiales anatómicos necesarios para los trasplantes.

El segundo, –*ie.*, el enfoque deontológico– pone el acento en dos aspectos. Por un lado, sobre la idea de que existe un “derecho de propiedad” sobre el propio cuerpo. Así, sostendría, si se acepta que somos dueños de nuestros cuerpos, existiría el derecho a hacer con él lo que queramos; por supuesto, esto incluye la posibilidad de disponer del propio cuerpo a cambio de una suma en dinero. Se trata este de un argumento, por ejemplo, que es extensamente utilizado por el discurso feminista para oponerse a las extendidas prohibiciones en los ordenamientos jurídicos contemporáneos sobre el aborto.⁵⁰ No me parece un argumento particularmente poderoso. Es más, tiendo a pensar que es más elocuente que persuasivo. Es que con concepciones de este tipo sobre el derecho de propiedad y sobre las posibilidades que existen para la acción es inevitable caer en algunas situaciones contraintuitivas desde un punto de vista moral. En particular, si el argumento se lleva hasta el extremo, por razones de coherencia, debería aceptar que es indiferente el propósito de salvar las vidas de los (poten-

⁴⁸ Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, *ibidem*, p. 159.

⁴⁹ Posner, Richard, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *cit.*

⁵⁰ Véase Casas Becerra, Lidia, “Mi cuerpo no es realmente mío”, en Bergallo, Paola (comp.), *Derecho y propiedad*, Buenos Aires, SELA-Libraría, 2008, p. 88. Esta autora, por caso y notablemente, sostiene “La discriminación contra la mujer es más evidente en el ámbito de la reproducción humana, lugar en que a las mujeres aún se les puede expropiar el derecho a decidir sobre su propio cuerpo”

ciales) compradores. E, incluso, que se produzcan consecuencias gravosas sobre la persona del donante como daños irreparables y perjudiciales más allá de lo que es tolerable en una situación que es de por sí riesgosa. Es que si uno es el dueño de su propio cuerpo, es indiferente si con su empleo se salvan vidas o si pone en riesgo la suya vendiendo ambos riñones o incluso su corazón.⁵¹ Dado que si el punto es el derecho de propiedad, no es concebible que, por ejemplo, se sostenga que tiene derecho a la venta de uno de ellos, pero no al otro. Esto equivaldría a afirmar que es dueño de uno, pero no del restante.⁵² En todo caso, con posiciones extremas como ésta, es dificultosa la aceptación de medidas paternalistas destinadas a la protección del ejercicio de ese derecho.

Una segunda estrategia consiste en enfatizar el valor de la autonomía. Según esta posición, “si una persona se encuentra en una situación crítica, en la cual su mejor opción es la de vender un órgano, la prohibición de hacerlo representa una restricción todavía mayor a su autonomía”.⁵³ En este sentido, se exige que la autonomía deba ser protegida; y a eso está destinado, por ejemplo, el énfasis que se pone en el llamado consentimiento informado. Se trata de un modo de reducir que las posibles decisiones a adoptar en este marco sean producto de engaño, explotación, manipulación o presión. En todo momento, entonces, tiende a proteger el ejercicio de la autonomía que podría verse violada de lo contrario. Es que, adviértase, si se produce una violación importante de la autonomía de un individuo, la decisión resultante no es, en un sentido real, de ese individuo.⁵⁴ Por eso, todos los autores liberales que analizan este tema refuerzan la necesidad de la obtención del consentimiento del sujeto de que se trate. Y esto porque

... la lesión a la identidad que implica la pérdida de un órgano importante del cuerpo es subsanada por un acto de voluntad del sujeto, que restablece el equilibrio entre continuidad psíquica y la física. La desintegración del sujeto que se produce por la pérdida de un órgano fundamental se ve compensada

⁵¹ Sandel, Michael, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, p. 86.

⁵² *Idem.*

⁵³ Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, *cit.* p. 159.

⁵⁴ Munson, Ronald, “Organ Transplantation”, *cit.*, p. 217.

por la continuidad psíquica implicada en la intención de acceder a esa pérdida de conformidad con cierto sistema de valores.⁵⁵

No obstante, este ejercicio de la autonomía no podría fundarse sobre una posición absolutista de ella. Es que, como sostiene Ronald Munson, si esta posición fuera llevada al extremo, debería aceptar algo absolutamente implausible. Por ejemplo, desoír los consejos del médico tratante respecto de la compatibilidad de sus propios órganos con aquel que los recibirá. En sus propias palabras:

If A has an absolute right to do D, we must permit A to do D whatever the circumstances or consequences. But it is unreasonable to believe that a heroic volunteer is asserting anything so strong. A volunteer who insists on donating against the “best judgment” of his physician is merely rejecting the advice of his physician. He is not claiming that no consideration will alter his decision and that he must be allowed to do D just because that is what he wants to do. He would, presumably, drop his demand if he learned that his blood type is incompatible with his child’s so that if his child received a lobe of his liver, the child would die. It is, furthermore, doubtful that anyone holds that we have any absolute rights in [this] sense.⁵⁶

Me parece que de la conjunción de lo que se ha dicho aquí y en la anterior sección debería concluirse lo siguiente. Para una posición liberal, que sea *autonomy centered*, debería considerarse que no existen razones poderosas para prohibir la comercialización de los órganos en ejercicio de un acto de, verdadera, autonomía. En todo caso, daría mayores razones para objetar un determinado *status quo* que es absolutamente injusto y que, entonces, conmina a un individuo a comercializar sus propios órganos para, de este modo, escapar de la miseria. Vale decir, la *situación Fantine* es injustificable, no obstante esto en sí mismo es diferenciable de cuál es el valor moral que deberíamos predicar del acto de vender órganos. Este se trataría, si es ejercido en circunstancias de autonomía plena, de un acto sin hendidura moral. Y, por ende, las legislaciones jurídicas modernas que lo prohíben estarían injustificadas. Lo único que puede aceptarse es que “los mejores argumentos no permiten justificar una prohibición lisa y llana de

⁵⁵ Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, pp. 250 y 251.

⁵⁶ Munson, Ronald, “Organ Transplantation”, *cit.*, p. 220.

la venta de órganos de personas vivas, sino, como máximo, un control estricto por parte del Estado”.⁵⁷

En lo que sigue, voy a testear estas consideraciones, nuestras intuiciones morales y una legislación en particular que establece la prohibición específica de la venta de órganos para trasplante. Mi intuición es que puede encontrarse una fundamentación alternativa que, recurriendo a la conexión interpretativa entre bioética y derecho a la que hice referencia, concluya que es posible encontrar un fundamento moral a esta prohibición, más allá de lo que han dicho estos autores.

V. UN CASO DE LEGISLACIÓN PROHIBICIONISTA; LA LEY 24.193 DE ABLACIÓN E IMPLANTES DE ÓRGANOS ARGENTINA

Como dije hace unos momentos, de ordinario la legislación contemporánea de los países desarrollados impone prohibiciones específicas a la venta y comercialización de órganos con fines terapéuticos. La legislación argentina no es la excepción. En efecto, el artículo 27, inc. f), de la Ley 24.193 (“De Trasplante de Órganos y Tejidos”) dispone que está prohibida: “Toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o tejidos, en vida o para después de la muerte, y la intermediación con fines de lucro”.

De lo dicho hasta aquí, debería concluirse que esta norma no está justificada sobre principios de ética normativa adecuados. Sin embargo, no es esta mi conclusión. Al contrario, pienso que es correcta desde un punto de vista moral. Esta norma, pienso, se adecua a nuestras intuiciones morales más básicas y, en algún sentido, da cuenta de la inquietud moral a la que arribamos ni bien pensamos en esta cuestión. Ahora bien, la pregunta que surge es por qué creo que esto es así. A continuación, me explico sobre este punto. Pero antes, haré algunas consideraciones adicionales para enmarcar la discusión.

Creo que los resquemores que enuncié en las secciones anteriores, específicamente en el tándem teórico representado por Garzón Valdés y Rivera López pueden ser representativos de lo que Michael Sandel ha de-

⁵⁷ Rivera López, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, *cit.* p. 171.

nominado *the fairness objection*.⁵⁸ Se trata esta de una posición que defiende que la injusticia e incorrección del acto emerge cuando la gente compra y vende cosas bajo condiciones de desigualdad o de graves necesidades económicas. En este sentido, la objeción pone el foco de atención sobre las condiciones de desigualdad que, en algún momento, el mercado puede generar. En particular, las situaciones de explotación y de dominación que es posible que él imponga. No obstante, no es el acto mismo de la venta de órganos algo que pueda considerarse incorrecto *per se*. En todo caso, de lo que se trata es de un *status quo* injusto y que, con urgencia, amerita ser cambiado. Mas no por ello estaría justificada una legislación que se sitúe bajo el paradigma de lo que denominé *enfoque prohibicionista*. La argumentación, en general, viene a denunciar que es posible que las situaciones *Fantine*, tal como las llamé, puedan ser productoras de un ejercicio de autonomía subóptimo. En este sentido, la *fairness objection* no tiene nada para decir en aquellos casos en los que la indignencia no esté presente. Vale decir, siempre y cuando sea posible aceptar e identificar un acto de comercialización de órganos que sea un ejercicio reflexivo de autonomía, no existen objeciones para realizar. Se trata de un acto justificado, todas las cosas consideradas.

Ahora bien, es posible identificar una objeción que, en rigor, corre en paralelo a la mencionada recién. Esta por el contrario, no pone el foco de atención sobre las condiciones contractuales —*ie.*, en la situación *Fantine*— sino que, antes bien, analiza el acto de que se trata considerado en sí mismo. En particular, analiza la degradación o el efecto degradante del mercado y de los intercambios que promueve, genera e incentiva sobre algunos bienes y prácticas. Se trata de lo que Sandel ha llamado *the corruption objection*.⁵⁹ Según ésta, algunos bienes cívicos y morales son degradados, infravalorados o corrompidos si son objeto de compra y de venta a través del mercado. La particularidad de este argumento es que no puede ser derruido por un mejoramiento o cambio en las condiciones contractuales —*ie.*, eliminación de situaciones *Fantine*—. Vale decir, se trata de un tipo de argumento que tiene peso aun cuando se trate de circunstancias en las que las partes contratantes son igualmente poderosas y no existe posibili-

⁵⁸ Sandel, Michael, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, London, Alen Lane, 2012.

⁵⁹ *Idem*.

dad de dominación de una sobre otra. De esta manera, funciona tanto en situaciones de igualdad como desigualdad.

Pienso que es este el argumento que debe sustentarse para reforzar nuestra inquietud moral en los casos de venta de órganos. En efecto, parecería ser que la existencia y el tratamiento de la entrega de órganos con fines de trasplante a otro individuo, debería estar motivado por un sentimiento puramente altruista. Es el propósito de beneficiar a un tercero, por supuesto, sufriendo un riesgo que no excede de lo razonable, por lo que consideramos que se trata esta de una actividad valiosa. Y es allí donde debe buscarse el fundamento de la prohibición. En este sentido, me parece, podría brindarse una justificación de tipo aristotélica. De tal modo, deberíamos considerar la práctica de que se trata, advertir por qué es que la consideramos valiosa y, luego, determinar cuáles son los méritos y fines que en ella advertimos. Realizada esta investigación, pienso, no podríamos concluir sino que es el beneficiar a otro lo que justifica esta empresa. Y, por tanto, que deberíamos rechazar la comercialización de estos materiales.

Ahora bien, esta propuesta tiene una objeción obvia. Puede ser tildada de insuficientemente política y liberal. Es que habitamos sociedades, las actuales, que se encuentran marcadas por el “hecho del pluralismo”.⁶⁰ Vale decir, sociedades democráticas en las que existe diversidad de doctrinas vinculadas a concepciones del bien que son conflictivas e inconmensurables entre sí. Y la interpretación propuesta puede ser considerada, o bien perfeccionista, o bien irrespetuosa del principio de autonomía de las personas. Entonces, deberíamos pensar si existe algún argumento que se apoye directamente sobre el valor de la autonomía y que; sin embargo, pueda desvincularse de la *fairness objection* pero que, de algún modo, respete la *corruption objection* de Sandel.

Creo que Hugo Seleme ha dado un argumento certero en este sentido. Y que sirve a los propósitos de este escrito. En efecto, este autor respecto de la maternidad subrogada sostuvo que las “razones que justifican una concepción del cuerpo como objeto de donación tienen que ver con el status de sujeto autónomo”. En este sentido, intenta vincular la intuición básica que subyace en muchos de nosotros sobre el estatus privilegiado del

⁶⁰ Rawls, John, “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 3, vol. 14, pp. 223-251.

cuerpo y el ejercicio de la autonomía. En suma, trata de ofrecer un argumento liberal que brinde razones respecto de cuándo están justificadas cierto tipo de donaciones. De allí que, nos dice,

[e]l único modo en que la entrega de algo tan íntimo como el propio cuerpo no menoscabe el status de sujeto autónomo que posee quien lo entrega es si esta entrega es un acto de liberalidad no motivada por incentivos o recompensas sobre las que otro individuo tiene control. La exigencia de que los motivos sean meramente altruistas tiene este fundamento. Se trata de garantizar que la decisión de entregar el propio cuerpo sea fruto del ejercicio incondicionado de la autonomía individual. La existencia de incentivos positivos —económicos, sociales, etcétera— o de condicionamientos negativos —pobreza, exclusión, etcétera— amenazan con entregar el control de la decisión sobre el propio cuerpo a otros. El modo moralmente correcto de disponer del propio cuerpo —dado el status de sujeto autónomo de quien entrega— consiste en verlo como un objeto de donación.⁶¹

Pienso que estas consideraciones son extensibles *mutatis mutandi*, sin dudas, al objeto de este escrito, *ie.*, comercialización de órganos para trasplante. De este modo, al enfatizar en la necesidad de que la decisión sea realizada desvinculada de incentivos negativos y positivos, la propuesta recoge la *fairness objection*. En este sentido, se propone un criterio adecuado para la determinación de cuándo, y bajo qué condiciones, un acto de liberalidad de una importancia tal puede considerarse que ha sido ejercido libremente. Y, con esto, estipula cuáles son las condiciones que deben advertirse en una relación contractual para que ella esté justificada.

Sin embargo, acepta que el cuerpo no es una mercancía más. Sino que, al contrario, está sujeto a ciertas limitaciones excepcionales que, en rigor, no son extensibles a otros tipos de objetos o bienes. Y, de este modo, su punto puede reconducirse en la *corruption objection*. De lo contrario, esto es sino se sostuviera esta intelección, no existirían razones para imponer mayores restricciones o condicionamientos para la entrega del propio cuerpo que las que imponemos, por ejemplo, al desprendernos de una computadora. Es que, esto es obvio, cuando pensamos en la justificación de los contratos, y por qué ellos generan obligaciones de cumplimiento, la primera medida a la que solemos recurrir se asienta sobre la presencia

⁶¹ Seleme, Hugo, “La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”, *cit.*

de situaciones de igualdad y libertad. De esta manera, se ahuyentan posibilidades de ejercicio de dominación de una parte sobre la otra; ya sea por diferencias epistémicas —*ie.*, información—, poder —*ie.*, situación económica—, etcétera. Ahora bien, esto no dice nada respecto de por qué no estaría justificado recurrir a consideraciones adicionales para despejar dificultades *ad hoc* respecto de esta materia.⁶² Hay, en esta manera de proceder, por supuesto, un resabio del argumento kantiano. No obstante, las razones que se invocan para ello pueden independizarse de las que se han sostenido a fin de su defensa. En efecto, por ejemplo, Ruth Chadwick sostuvo que

... una de las consecuencias no deseables de la venta de nuestro propio cuerpo es que contribuye a una sociedad en la cual los cuerpos de las personas son considerados como recursos. La acción de vender el propio cuerpo contribuye al *ethos* dominante según el cual todo está en venta, todo tiene su precio.⁶³

Pienso que aquí puede recuperarse el aporte de Sandel y Seleme a los que ya hice referencia y, de esta forma, evitar alguna de las objeciones que, a estos planteos, se les ha efectuado. A mi criterio, de la conjunción de ambas posiciones es posible extraer poderosas razones para rechazar ciertos planteos que, ni bien se los mira en detalle son un tanto caricaturescos de la posición contraria. Por ejemplo, ante esta clase de argumentos sostuvo Garzón Valdés, que “[n]o hay duda de que es moralmente inaceptable permitir que todos los bienes puedan ser objeto de transacción comercial. Lo único que puede ser llevado al mercado es aquello que justamente es negociable a través del compromiso de la venta y la compra”.⁶⁴

⁶² Debo resaltar que esto es independiente de considerar la controvertida cuestión respecto de cuál es la fuente de autoridad de los contratos. Para una posición que defiende que ella debe buscarse en la conjunción de la autonomía y reciprocidad, véase Sandel, Michael, *Justicia*, *cit.*, p. 171. Para una justificación moral basada en la idea de vínculos obligaciones creadas por las promesas, véase Fried, Charles, *Contract as promise. A theory of contractual obligation*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1981.

⁶³ Ruth Chadwick, citada en Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, p. 225.

⁶⁴ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, p. 226.

Pero la pregunta aquí, me parece, es ¿qué puede llevarse al mercado? Podría pensarse, para plantear este problema, en una versión modificada del dilema de Eutifrón. La pregunta, entonces, es: ¿es reprochable moralmente llevar órganos al mercado porque no pueden ser objeto de transacciones comerciales; o bien, ellos no pueden ser objeto de transacciones comerciales porque no pueden ser llevados al mercado? Lo cierto es que la posición del autor citado no nos dice nada sobre esto. Y no lo hace porque, en rigor, no tiene ningún reparo en que los órganos sean tratados como bienes alienables bajo condiciones de igualdad. Es decir, en circunstancias en las que las *situaciones Fantine* estén excluidas. Entonces, si aceptásemos esta posición no podríamos encontrar fundamento moral a la regla que se transcribió de la legislación argentina.

Y, más adelante, agregó: “para que todo tipo de venta de órganos fuera moralmente reprochable... habría que admitir que todo pago por bienes o servicios destruye irremediabilmente la autonomía del vendedor ya que lo transforma en un mero medio de los planes del comprador”.⁶⁵

Sin embargo, estas conclusiones son apresuradas. Y lo son, porque no tiene en cuenta lo que se ha dicho a partir del tándem teórico Sandel-Seleme. Existen razones tendientes a asegurar la autonomía de los individuos y que imponen la prohibición de la comercialización de órganos. Por supuesto, ellas se asientan en una variante de la *corruption objection*. No obstante, determinan claramente que no es posible colapsar las cuestiones que se discuten en este tema como hace Ernesto Garzón.

VI. UNA RESTRICCIÓN SIN FUNDAMENTO: *STANDING* EXIGIDO PARA LA DONACIÓN VOLUNTARIA

La conclusión a la que se arribó en el acápite anterior, sostuvo que se encuentra moralmente justificada la prohibición de comercialización de órganos para ablaciones y trasplantes. En lo que sigue; sin embargo, a partir de la misma argumentación que se desplegó antes, se sostendrá que ciertos recaudos exigidos como condicionantes para la determinación de quiénes son los sujetos que están en condiciones de proceder a la donación de órganos (*standing*) no están justificados.

⁶⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *cit.*, p. 227.

En efecto, los artículos 14 y 15 de la Ley de Ablación e Implantes argentina imponen cuáles son las condiciones que debe reunir un sujeto para que esté en condiciones de proceder a la donación de un órgano. Así, i) se determina que estará permitida sólo cuando se estime que *razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor* (artículo 14, Ley 24.193). No obstante, además, ii) deberá estar vinculado con el receptor de modo tal que tenga algún grado estrecho de parentesco. En efecto, el artículo 15 de esta legislación, dispone:

Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos.⁶⁶

En suma, de esta disposición surge que el donante deberá i) ser mayor de dieciocho años; ii) pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado —incluye desde los padres e hijos hasta los primos en lejanía—; iii) su cónyuge o persona que conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida —este término se reduce si de dicha relación hubieren nacido hijos—. Se trata esta de una regla, a mi criterio al menos, infraincluyente. Una regla será infraincluyente, según Frederick Schauer, cuando “incorporan predicados fácticos que no cubren algunos estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la

⁶⁶ Se excluye de esta reglamentación los supuestos de ablación de médula ósea. Respecto de ésta, la legislación argentina dispone: “En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas en el primer párrafo del presente artículo. Los menores de dieciocho años —previa autorización de su representante legal— podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto”

justificación de la regla”.⁶⁷ El caso más claro del defecto que se denuncia, me parece, es el de los amigos.

La razón genérica que se aduce en favor de esta exclusión, se vincula con lo que se analizó anteriormente. Esto es, se tiende a generar condiciones de dificultad para que terceros extraños puedan colocarse en situación de comercialización de órganos. Es que, se supone, los donantes extraños pueden estar incentivados no por un espíritu altruista que, según se vio, es lo que fundamenta el enfoque prohibicionista sino que, por el contrario, pueden estar condicionados en sus acciones en algún interés económico o material. Como sostiene Munson, es difícil pensar que una madre aparecerá vendiendo un riñón a su hijo; pero un extraño podría vender a la misma persona esos materiales.⁶⁸

Ahora bien, se trata esta de una reglamentación que es absolutamente inadecuada y que, en rigor, no puede sustentarse en el mismo principio normativo que fundamenta la prohibición. Es que, si la idea de la prohibición se sostiene en el aseguramiento del ejercicio de decisiones autónomas no motivadas por incentivos positivos o negativos y que ellas sean, antes bien, una consecuencia del deseo de fomentar actos de liberalidad basados en razones altruistas —favorecer y salvar las vidas de terceras personas para evitar la degradación de ciertos bienes que consideramos valiosos—, no puede aceptarse que, luego, se limite el *standing* de quiénes pueden ejercer esos favores. Quizás no comprenderíamos a una especie de “abastecedor altruista desvinculado” —abastecedor de órganos no motivado por incentivos económicos respecto de sujetos que no conoce—. Es más, tal vez, dudaríamos de su racionalidad. Pero, de ningún modo, podríamos cuestionar a quien dada su vinculación afectiva con alguien, forjada a lo largo de los años, de compartir alegrías y tristezas, está dispuesto a correr un riesgo —menor— para salvar la vida de un ser querido. Aunque el vínculo que los una no sea de parentesco según la Ley civil. Este “amigo abastecedor altruista” —abastecedor no motivado por incentivos económicos pero sí por vínculo afectivo no parental—, debería, según los

⁶⁷ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, trad. de Jorge Rodríguez y Claudina Oronesu, Madrid, Marcial Pons, pp. 90 y 91.

⁶⁸ Munson, Ronald, “Organ Transplantation”, *cit.*, p. 225.

principios de ética normativa que se han identificado, ser fomentado por el derecho y no, como hasta ahora, desincentivado.⁶⁹

VII. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo hice lo siguiente. En primer lugar, efectué algunas consideraciones genéricas sobre la influencia de los desarrollos recientes de la medicina sobre la ética. En particular, me interesó señalar cómo estos avances imponen constantes desafíos que deben ser afrontados por la bioética. Luego, analicé las relaciones entre esta disciplina y el derecho. Más tarde, me detuve con algún detenimiento a estudiar dos argumentos que sobre la prohibición de la comercialización de órganos —“el argumento kantiano” y “el argumento de la explotación”—. Del mismo modo, intenté señalar cuáles eran sus principales déficits.

Luego, examiné dos disposiciones de la legislación argentina sobre ablación e implante de órganos. Allí propuse, siguiendo a Michael Sandel y a Hugo Seleme, que las razones que deberían encontrarse para sostener la prohibición de la comercialización de órganos debería encontrarse en la conjunción de dos posiciones. De este modo, sostuve que ese fundamento debe reposar sobre i) la *corruption objection* y que cualquier acto de liberalidad de órganos debiera asegurar, para que esté justificado, que ii) no se entregue el control de esta decisión en otras personas; ya sea por incentivos positivos —dinero— o negativos —condiciones de pobreza y exclusión—. A mi criterio, al menos, se trata de una variante argumentativa que rechaza, por injustificadas, lo que llamé *situaciones Fantine*. Asimismo, reposa en consideraciones intuitivas sobre el valor moral que identificamos tanto en el acto de entregar un material anatómico de estas características, como así también, respecto de cuáles son los límites morales que debiéramos señalar respecto del dinero y del mercado. De este modo, agregaría ahora, se evitan situaciones de dominación.

⁶⁹ Esta cuestión ha sido arduamente discutida en los estrados Tribunales Argentinos. Por ejemplo, recientemente, el Juzgado de Familia núm. 7, de la ciudad de Bariloche, “admitió la dación de órganos para trasplantes entre personas no relacionadas por un vínculo de parentesco”. “P.H. s/Amparo” (Sentencia del 2 de noviembre de 2012, <http://centrodebioetica.org/2012/12/donacion-de-organos-entre-amigos-una-nueva-conquista-de-la-autonomia-de-la-voluntad/>)

Entonces, deben favorecerse las liberalidades de materiales anatómicos encausadas en motivos altruistas, pues es sobre esto en lo que se apoya la prohibición. Ahora bien, si se acepta esta posición, cabe concluir que la limitación de la legislación argentina respecto a los sujetos que tienen asignado *standing* para donar órganos, no está justificada. Y no lo está, además, porque no se apoya sobre el mismo principio normativo que brindó razones a la otra cláusula que se analizó. Es más, sólo puede concluirse que, en rigor, contraviene aquella *telos*. Y, por tanto, la Ley de Ablaciones e Implantes argentina no respeta un principio de integridad que imponga coherencia entre las cláusulas de que se trata.

Si habré logrado este propósito, de todos modos no es a mí a quien corresponde juzgarlo. Sólo usted, lector, está en condiciones de hacerlo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, “Juridificar la bioética”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1999.
- CASAS BECERRA, Lidia, “Mi cuerpo no es realmente mío”, en BERGALLO, Paola (comp.), *Derecho y propiedad*, Buenos Aires, SELA-Libraria, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta de Agostini, 1993.
- FRIED, Charles, *Contract as promise. A theory of contractual obligation*, Cambridge, Mass-Harvard University Press, 1981.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1999.
- , “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1999.
- KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho Barcelona, Altaya, 1996.
- MALEM, Jorge, “Privacidad y mapa genético”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1999.
- MANSON, Ronald, “Organ Transplantation”, en STEINBOCK, Bonnie, *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- , *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- POSNER, Richard, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 1, vol. 8, enero de 1979.
- RAWLS, John, “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 3, vol. 14.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “¿Qué es (exactamente) lo incorrecto de vender partes del propio cuerpo?”, en RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- , “Derecho y Bioética”, en RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- , “Los desafíos éticos de la medicina y la genética contemporáneas”, en RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- , “Venta de órganos e inquietud moral”, en RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- SANDEL, Michael, *Justicia ¿hacemos lo que debemos?*, trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011.
- , *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Londres, Alen Lane, 2012.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, trad. de Jorge Rodríguez y Claudina Oronesu, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SELEME, Hugo, “La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”, *La Ley*, 18 de enero de 2013 y 21 de enero de 2013.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Una justificación liberal de la clonación”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1999.