



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

**ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA**

“Análisis sobre Mercados de Donación de Órganos”

Alumna: Antonacci, Florencia

Legajo: 16R1010

Tutor: Ríos, Diego Martín

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 29 de Junio de 2020

Índice

INTRODUCCIÓN	1
DESARROLLO	1
MARCO TEÓRICO	1
REGULACIÓN LEGAL EN ALGUNOS PAÍSES	3
Regulación Argentina de la Donación de Órganos.....	3
Regulación Española de la Donación de Órganos	6
Regulación Estadounidense de la Donación de Órganos	9
Regulación en algunos países donde se permite que el dador del órgano reciba alguna contraprestación o beneficio.....	12
Resultados de las regulaciones analizadas	13
PROCURACIÓN DE ÓRGANOS: UN DEBATE MUY ACTUAL	14
Consentimiento presunto vs. Consentimiento expreso. El paternalismo libertario	28
El rol de la familia en la donación y los deseos post mortem.....	33
Una conclusión preliminar sobre modelos de procuración de órganos	36
ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE JUSTICIA, EFICIENCIA Y BIOÉTICA RELACIONADAS CON LA DONACIÓN DE ÓRGANOS	37
CONCEPTOS ECONÓMICOS QUE ATRAVIESAN LA TEMÁTICA	45
CONCLUSIÓN	49
Bibliografía.....	52

INTRODUCCIÓN

Es un hecho incontrastable que la oferta de órganos, tejidos y células en el mercado argentino actual no satisface la demanda de los mismos. Este problema económico es el disparador del presente trabajo, en el cual se pretende describir algunos modelos de procuración de órganos, desde el abordaje del Derecho y la Economía, a fin de reflexionar acerca de las alternativas que pudieran ser más apropiadas, considerando unos criterios de eficiencia tendientes a aumentar la oferta de órganos disponibles para trasplante que conserven los principios y valores propios de nuestra sociedad.

Se desarrollarán también los conceptos de consentimiento, el rol de la familia y se repasarán tópicos de la bioética, la justicia y la equidad asociados a la temática del trasplante. El presente trabajo no aborda la discusión respecto de si el Estado debe o no asignar recursos al servicio de ablación y trasplante, ni tampoco cómo el Estado debiera priorizar sus recursos económicos entre los diferentes temas de salud. En este sentido, entenderemos a los efectos de presente trabajo, que se justifica tener un modelo de trasplante de órganos.

DESARROLLO

MARCO TEÓRICO

El trasplante de órganos alogénico es el procedimiento terapéutico mediante el cual se implanta en un ser humano un órgano de otra persona genéticamente diferente, en reemplazo del órgano que falla cuando no se ha podido recuperar la funcionalidad del mismo mediante otros tratamientos (Navarro-Saldaña , Jofré- Oliden , & Neira-San Martín, 2018). Los órganos así implantados, pueden provenir de donantes cadavéricos o de donantes vivos. Los donantes vivos suelen donar uno de sus riñones o parte de su hígado, mientras que los donantes cadavéricos permiten la utilización de otros órganos también.

Luego de décadas de desarrollo, ha habido un progreso significativo en la medicina de trasplante y cirugía. Los avances en la técnica y el desarrollo de nuevas drogas inmunosupresoras han posibilitado el trasplante exitoso de órganos centrales en una cantidad creciente de pacientes. Más de un millón de personas en el mundo han recibido un trasplante y muchas han sobrevivido por más de 25 años. La supervivencia por 5 años desde el trasplante es actualmente

de al menos 70%, para la mayoría de los órganos (Consejo de Europa, 2010). El trasplante de órganos o tejido también se ha consolidado como práctica y su demanda aumenta rápidamente. Sin embargo, la insuficiente oferta de órganos proveniente de donantes cadavéricos es aún un obstáculo que limita la cantidad de pacientes que pueden beneficiarse de este tipo de terapia. Aunque el trasplante de órganos pueda salvar la vida de miles de personas y mejorar la calidad de otros tantos, muchas personas igual morirán o seguirán bajo tratamientos que pueden contribuir a una menor prolongación de la vida porque la oferta de órganos para trasplante es significativamente menor que su demanda (Consejo de Europa, 2010).

La demanda creciente de órganos sin que crezca a la vez su oferta supone problemas para muchos países, puesto que ello fomenta el desarrollo del mercado negro. En algunos países, existen personas que han vendido alguno de sus riñones a cambio de una compensación económica o en especie. Existen rumores sobre el secuestro o coerción para lograr la donación de un riñón, y aunque afortunadamente esos rumores suelen ser infundados, el tráfico de órganos no supone problemas éticos únicamente, sino que también hace aún más difícil garantizar la calidad y la seguridad del órgano. La donación de órganos regulada correctamente permite garantizar la seguridad y la calidad del órgano donado. Por este motivo, existe actualmente un amplio consenso respecto de que el único curso de acción aceptable para aumentar la oferta de órganos es la implementación de acciones tendientes a maximizar el *pool* de donantes cadavéricos, hasta tanto se desarrollen y consoliden otras alternativas como ser los órganos artificiales o el xenotrasplante (Consejo de Europa, 2010).

Sólo tienen posibilidades significativas de funcionar, aquellos órganos que satisfacen ciertos criterios de calidad. Hay límites muy estrictos respecto de la velocidad con la que el órgano debe ser ablacionado para poder ser trasplantado. En la práctica, esto significa que para la mayoría de los órganos, solo personas más o menos jóvenes en unidades de cuidados intensivos y que sufren muerte cerebral, son consideradas como donantes potenciales, de modo tal que sus órganos pueden ser removidos mientras sus corazones aún laten. Debido a las mejoras científicas en tratamiento y prevención de enfermedades y accidentes,

los donantes del tipo antedicho están reduciéndose significativamente (Consejo de Europa, 2010).

Los mecanismos de procuración de órganos de cadáveres humanos a seres humanos y entre seres humanos vivos pueden ser de los siguientes tipos:

- La transacción: Este sistema es típicamente impulsado desde posiciones liberales, en tanto que considera deseable la libre disposición del cuerpo como un bien más del mercado, favoreciendo su comercialización y atentando contra el valor extrapatrimonial del cuerpo (INCUCAI, 1999).
- La donación: Este sistema se caracteriza como voluntario y solidario. Resulta moralmente electivo y preserva el principio de autonomía (INCUCAI, 1999);
- La remoción: Tiende a ser caracterizado como un sistema en el que prevalece la intromisión del Estado por sobre la autonomía. (INCUCAI, 1999).

El debate sobre la licitud de la transaccionalidad del cuerpo tiene fundamentalmente dos posturas. Una de ellas responde a un modelo que privilegia la autonomía, más propia de las naciones con raíces anglosajonas. La segunda, más propia de los países con raigambre latina, prioriza el solidarismo, la fenomenología del cuerpo y el corporalismo mediterráneo (INCUCAI, 1999). Más adelante, en la presente tesis, se desarrollarán con mayor profundidad algunas consideraciones adicionales sobre justicia, equidad y bioética relacionadas con la donación de órganos.

REGULACIÓN LEGAL EN ALGUNOS PAÍSES

Regulación Argentina de la Donación de Órganos

Debido principalmente a los desarrollos asociados a nuevas drogas inmunosupresoras, se dictó en 1977 la Ley 21.541 que fue la primera en nuestro ordenamiento jurídico que reguló la temática. La ley antedicha preveía el mecanismo de la donación y creó el Centro Único Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI). El CUCAI, que comenzó a funcionar en 1978, surgió entonces como el organismo a cargo de la normatización de la actividad.

En 1986 se modificó la Ley 21.541, sancionándose la Ley 23.464. La consolidación de la actividad se experimentó en la década del '90 al promoverse desde el Estado políticas sanitarias que impulsaron nuevas instancias de

coordinación. Se crearon organismos jurisdiccionales de procuración de órganos en la mayoría de las provincias argentinas, optimizándose la cobertura territorial. En 1990, con la sanción de la Ley 23.885, el CUCAI se convirtió en el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), pasando a ser un organismo descentralizado con autarquía, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación.

En 1993 se aprobó la Ley 24.193 de Trasplante de Órganos, y la actividad de ablación e implante experimentó un crecimiento sostenido hasta 1995, año en que se detuvo la curva ascendente en la procuración de órganos.

La Ley 24.193 fue modificada por la Ley 26.066 que fue muy importante pues incorporó la figura del donante presunto para las donaciones de órganos. En este sentido, la normativa establecía que *“toda persona capaz y mayor de 18 años pasa a ser donante de órganos y tejidos tras su fallecimiento, salvo que haya manifestado su oposición”*. Sin embargo, la misma ley indicaba en su art. 8¹ que en caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, debería requerirse de ciertos familiares, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma. En la práctica, sucedía que la decisión quedaba a cargo de los familiares, y fue de este modo que la ley decidió lidiar con las críticas propias del mecanismo de la remoción.

La Ley Justina, conocida así popularmente pues la misma fue inspirada en el caso de una menor de 12 años llamada Justina Lo Cane que murió mientras

¹ En caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumera siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma.

- a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;
- b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- c) Cualquiera de los padres;
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- f) Cualquiera de los abuelos;
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- i) El representante legal, tutor o curador;

Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonian o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis.

La relación con el causante y el testimonio de su última voluntad, serán acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas la documentación respectiva, cuando correspondiere.

aguardaba un trasplante de corazón, tuvo como objetivo incrementar la donación y/o reducir el tiempo de espera de los pacientes en las listas del INCUCAI. Para ello, modificó el sistema existente hasta su entrada en vigor, estableciendo la donación por *default* de todos los mayores capaces de 18 años, siendo la manifestación expresa en contrario, el único modo de evitar ser donante. Para menores de 18 años se debe contar con la aprobación de ambos progenitores o por aquel que se encuentre presente, o el representante legal del menor. En ausencia de las personas antes mencionadas, se debe dar intervención al Ministerio Pupilar, quien puede autorizar la ablación. Debe considerarse que, tratándose de menores de edad, la oposición de uno de los padres elimina la posibilidad de llevar adelante la extracción en el cuerpo del menor. La Reglamentación de la Ley de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células publicada en el Boletín Oficial el 7 de enero de 2019 consolidó el mecanismo de la remoción, no sin críticas asociadas a la intromisión del Estado sobre la autonomía, al dilema de la angustia y la retracción familiar, así como también a la ineficiencia del sistema en tanto que no aumentaría significativamente la oferta de órganos.

Especialistas como el Dr. Elián Pregno han manifestado que la sanción de la Ley Justina es insuficiente y que debe abordarse el tema con un trabajo integral de trasplantólogos, intensivistas y psicólogos, considerando los límites culturales que existen en la sociedad occidental para la donación. Pese a las críticas, las informaciones del Ministerio de Salud de la República Argentina indican que el total de procesos de donación de órganos creció en el 2019 un 26% con respecto al año anterior, pasando de 701 procesos concretados en 2018 a 883 realizados en 2019. De esta forma, Argentina alcanzó una tasa de 19.6 donantes por millón de habitantes, la más alta de su historia. Esta cifra se acerca por primera vez a la del promedio anual de donantes de los países de la Unión Europea (22.2) (INCUCAI, 2020).

Argentina permite conforme su normativa actual la donación entre vivos relacionados (pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona con quien mantiene una unión convivencial) y también la donación renal cruzada, la cual es descripta en el Art. 23 de la actual Ley 27.447, como sigue: *“En el supuesto que una pareja de donante/receptor no*

reúna las condiciones de compatibilidad requeridas para llevar a cabo un trasplante de riñón, se permite la donación cruzada con otra pareja, en idénticas condiciones. El donante y el receptor de cada una de éstas deben estar relacionados entre sí conforme los vínculos enunciados en el artículo anterior. El INCUCAI debe dictar las normas para el funcionamiento de un Registro de Donación Renal Cruzada, en las cuales se establecerán los requisitos para el desarrollo de la actividad descrita. La reglamentación podrá incorporar otras prácticas de acuerdo al avance médico científico". Antes de la ley, si el potencial órgano provenía de un donante vivo, éste debía estar relacionado y si no existía tal vínculo, debía recurrirse a la justicia para que ésta autorice el procedimiento. Como puede apreciarse, la consagración de la donación renal cruzada en la legislación local, constituye otro de los avances tendientes a ampliar la oferta de órganos disponibles para trasplante.

Regulación Española de la Donación de Órganos

España ha asumido una realidad, esto es, que la mortalidad relevante para la disponibilidad de órganos para donación ha disminuido a lo largo de los años, generando que existan tasas muy bajas de mortalidad relevante para la donación de órganos. La disminución de eventos que pudieran derivar en donación de órganos, junto con las mejoras en el tratamiento de pacientes con afecciones neurológicas críticas, explica ese descenso en los niveles de mortalidad. Variadas son las causas de este fenómeno: los avances de la ciencia, las campañas de prevención, el uso de nuevas terapias y procedimientos, y también la falta de desarrollo suficiente sobre la donación en caso de muerte circulatoria (Matesanz, Domínguez-Gil, E. Coll, & Marazuela, 2017).

Este análisis impulsó al sistema a pensar nuevas estrategias que posibilitaran satisfacer la demanda de órganos para trasplante al mismo tiempo que permitieran la opción de la donación en otras circunstancias de muerte. Actualmente y hace varios años, la tasa de donantes española es la más alta del mundo, por lo que resulta ineludible investigar las características que lo han hecho tan exitoso al sistema español. El sistema español se ha enfocado en tres objetivos centrales: (i) la promoción de la identificación temprana de posibles donantes fuera de la unidad de cuidados intensivos para que éstos pudieran optar por cuidados intensivos no terapéuticos e incorporar la opción de la

donación de órganos en el tramo final de la supervivencia; (ii) la promoción y expansión de potenciales donantes no estándar; y (iii) el desarrollo del marco de trabajo para la práctica de la donación en caso de muerte circulatoria (Matesanz, Domínguez-Gil, E. Coll, & Marazuela, 2017).

Según la Organización Nacional de Trasplantes (organismo español encargado de desarrollar las funciones relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos, tejidos y células), el éxito del denominado “Modelo Español” sólo es explicable a través de una mirada interdisciplinaria, que engloba aspectos legales, económicos, políticos y médicos.

Según la ONT, los puntos básicos que definen al Modelo Español son los siguientes:

- Coordinación:
 - . La organización de la coordinación se estructura a nivel nacional, autonómico y hospitalario. La coordinación nacional y autonómica deben constituir un nexo entre los niveles puramente administrativos y los profesionales involucrados. Todas las decisiones técnicas se toman por consenso en un Consejo Interterritorial formado por los responsables de la coordinación nacional y de cada una de las autonómicas.
 - . Los coordinadores hospitalarios lo son sólo a tiempo parcial, pudiendo desarrollar otras actividades el resto de la jornada dentro del mismo hospital. Éstos no dependen jerárquicamente del equipo de trasplante.
 - . Los coordinadores deben estar vinculados funcionalmente a la coordinación autonómica y nacional.
 - . Es deseable y se intenta que los coordinadores sean intensivistas, por sus mayores posibilidades de implicación activa en la donación de órganos.
- Los coordinadores deben llevar a cabo un programa de calidad en la donación de órganos, que incluye una auditoría continua de muerte encefálica en las unidades de vigilancia intensiva.
- La ONT se erige como una agencia de servicios que proporciona apoyo a todo el sistema, esto es, la distribución de órganos, la organización de los transportes, el manejo de las listas de espera, las estadísticas, la información general y especializada y, en general, cualquier acción que pueda contribuir a

mejorar el proceso de donación y trasplante. Esta acción es clave, sobre todo para pequeños hospitales que no consiguen llevar adelante la totalidad del proceso.

- Formación continua: Es clave que tanto los coordinadores como el personal sanitario se capaciten continuamente mediante cursos generales y específicos sobre cada uno de los pasos del proceso: detección de donantes, aspectos legales, entrevista familiar, aspectos organizativos, gestión, comunicación.

- Reembolso hospitalario: Las administraciones financian las actividades de obtención y trasplante de órganos a través de un sistema de reembolsos.

- Prensa: Se pone el foco también en la comunicación de la actividad asociada a la donación y el trasplante, intentando comprender cómo se maneja la información y la forma más efectiva de utilizarla. Ello es vital para lograr una adecuada difusión que permita mejorar el conocimiento de la población sobre la donación y el trasplante. Se realizan desde reuniones periódicas con comunicadores y cursos de comunicación para coordinadores, hasta manejo de la publicidad adversa y crisis. La ONT afirma que estas acciones han sido para generar un clima positivo para la donación de órganos.

- Legislación adecuada: La legislación debe contemplar puntos clave como una definición adecuada de muerte encefálica, de las condiciones de extracción de órganos, de la prohibición de transacción, etc.

El Modelo Español está presente allí donde hace falta: la designación de los profesionales adecuados permite identificar tempranamente a los potenciales donantes y gestionar la donación de manera rápida y efectiva en el momento en que muere el paciente que cede sus órganos. Los especialistas cuentan con el continuo apoyo de la ONT y sus oficinas de coordinación autonómicas. El sistema procura identificar potenciales donantes no sólo en las unidades de cuidados intensivos, sino también en los departamentos de urgencias de los hospitales y entre los pacientes ingresados.

El Modelo Español permite procurar donantes no sólo en casos de muerte encefálica, sino también en casos de muerte circulatoria (en los que se han detenido la circulación sanguínea, los latidos cardíacos y la respiración), también llamada donación en asistolia. Este punto es clave: la inmediatez que permite el

Modelo Español, amplía el *pool* de donantes potenciales, permitiendo que este tipo de pacientes puedan ser donantes, ya que cuando el corazón deja de bombear sangre, los órganos se deterioran velozmente. De este modo, pueden obtenerse donaciones incluso de personas que acaben de fallecer por un ataque al corazón.

Los españoles han identificado que el donante potencial está en la terapia y es allí donde hay que estar para dar con él tan rápido y eficientemente como sea posible. En España la clave del sistema ha sido dotar a las estructuras hospitalarias de servicios especializados integrados con profesionales altamente capacitados para la detección de potenciales donantes, mantenimiento de donantes efectivos, contención psicológica a los familiares y comunicación adecuada. La fortaleza del sistema está directamente relacionada con la inversión en factor humano, infraestructura y educación.

La donación entre vivos está permitida con consentimiento expreso, a persona determinada previa intervención judicial.

Regulación Estadounidense de la Donación de Órganos

En los Estados Unidos, la Administración de Recursos y Servicios de Salud (HRSA, siglas en inglés) es la agencia federal responsable de la supervisión del sistema de trasplantes. Existen también otras agencias, como los Institutos Nacionales de la Salud (NIH) y la Agencia para la Investigación y la Calidad del Cuidado de la Salud (AHRQ), que también participan en el proceso de identificación de donantes, ablación y trasplante.

A igual que en otras latitudes, Estados Unidos también sufre de una magra oferta de órganos para donación. Para abordar esta problemática, se sancionó en 1984 la Ley Nacional de Trasplante de Órganos, la cual creó la Red de Procuración y Trasplante de Órganos (OPTN) para mantener un registro nacional de compatibilidad de órganos. La ley también establecía que la OPTN debía ser administrada por una organización privada sin fines de lucro contratada por el gobierno federal, esta organización es la United Network for Organ Sharing (UNOS).

Debemos mencionar que la legislación estadounidense no prevé el consentimiento presunto, sino que para ser donante, es necesario el

consentimiento expreso del causante. Para la donación después de la muerte, podrá también brindar el consentimiento la familia del causante. Aproximadamente sólo la mitad de la población de los Estados Unidos se inscribe en vida para donar sus órganos cuando fallezca.

La legislación prevé que la donación en vida sea directa o dirigida, o bien, indirecta o no dirigida. Será directa cuando el receptor del trasplante sea una persona específica (pariente del donante, alguien cercano como un amigo o inclusive alguien de quien el donante ha escuchado, pero no conoce). La donación será indirecta, cuando no sea señalada una persona específica en el consentimiento expreso que presta el donante (United Network for Organ Sharing, 2019).

En los casos de donación en vida de riñón, el donante debe indicar primeramente su voluntad de realizar una donación directa. Sin embargo, algunas veces los exámenes demuestran que el donante y el receptor inicialmente señalado son incompatibles desde el punto de vista médico. En tales casos, puede procederse a realizar una donación renal cruzada. La donación renal cruzada consiste en establecer la compatibilidad entre donantes y receptores para crear parejas compatibles a través de un sistema informático. Es como un canje o intercambio (United Network for Organ Sharing, 2019).

El 10 de Julio del 2019, el poder ejecutivo de los Estados Unidos promulgó una orden ejecutiva con el fin de aumentar el número de órganos disponibles. Uno de los mecanismos previstos en la norma al efecto, es responsabilizar al Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS) para apoyar a los donantes vivos de órganos a cubrir ciertos gastos. Si consideramos que uno de los efectos de la falta de órganos para donación son los costos asociados al tratamiento durante la espera de un órgano disponible, no podemos sino afirmar que la medida beneficia tanto a los pacientes de trasplante como a los contribuyentes, ya que los costos asociados al tratamiento (por ejemplo, la diálisis) son superiores a los gastos que deben enfrentar los donantes vivos. Hay evidencia que los donantes vivos deben gastar grandes cantidades de dinero propio (traslado, cuidado infantil, lucro cesante, etc.) para ofrecer ayuda a otros a través de la donación en vida de sus órganos.

Ciertos datos publicados por la HRSA son relevantes para comprender el énfasis que la legislación estadounidense pone sobre las donaciones de riñón e hígado. A saber, el 95% de los pacientes en la lista de espera para trasplantes de órganos necesita un riñón o un hígado. El principal obstáculo es la escasez de órganos trasplantables, pero si bien muchos tipos de órganos solo pueden provenir de donantes fallecidos, los riñones son (i) más resistentes que otros órganos a la isquemia, y (ii) una persona sana tiene dos riñones, pero puede mantenerse saludable con sólo uno. Por su parte, los hígados pueden regenerarse, lo que permite una donación parcial del hígado en vida.

En consecuencia, puede verse cómo la legislación norteamericana busca fomentar el desarrollo de los trasplantes entre vivos.

Una investigación apoyada por Arnold Ventures, que precedió a la orden ejecutiva, muestra que los 58 monopolios otorgados por el gobierno llamados Organizaciones de Adquisición de Órganos (OPO), que trabajan con los familiares de los donantes para explorar las opciones de donación, no logran recuperar una cantidad sustancial de órganos cada año. Según la investigación hay aproximadamente 28.000 órganos que las OPO no logran derivar para trasplante cada año.

Indica la investigación referida supra, que la mayor barrera para cambiar las prácticas de las OPO ha sido que el gobierno les ha permitido autocalificarse y autoinformar sus métricas de desempeño, lo cual representa un problema de información asimétrica. Para garantizar la debida asunción de responsabilidad por parte de las OPO, la orden ejecutiva manda al HHS a crear una nueva métrica de rendimiento para las OPO.

En suma, se espera que esta reciente orden ejecutiva contribuya a ampliar la cantidad de órganos disponibles para trasplante, puesto que la misma permite una distribución de los costos más eficiente para la sociedad norteamericana.

No podemos finalizar nuestra descripción de la regulación norteamericana sin hacer una mención especial a la donación renal cruzada. Si bien la donación renal cruzada es aceptada en la actualidad en países como Argentina, Estados Unidos ha sido pionero. Este tipo de donación y trasplante entre vivos, involucra a cuatro personas: se trata de un intercambio de donantes entre dos receptores

que cuentan con donantes vivos relacionados con los cuales no tienen compatibilidad. De este modo, los dos pacientes que necesitan un riñón, lo reciben de un donante con el que no están relacionados.

Regulación en algunos países donde se permite que el dador del órgano reciba alguna contraprestación o beneficio

A continuación, describiré brevemente algunas de las pocas legislaciones que prevén alguna opción legal del mecanismo de la transacción para la dación de órganos:

- Irán: Este país ofrece a sus ciudadanos una forma legal de vender sus riñones. Lo hace a través de la Fundación del Riñón de Irán, la agencia gubernamental que administra el programa de trasplantes, que registra a los compradores y a los vendedores, les realiza los estudios clínicos y establece un precio por el órgano. El vendedor recibe el pago del precio fijado una vez que se completa la operación y el gobierno paga por la cirugía y la fundación u organizaciones caritativas pueden contribuir con costos adicionales si el receptor no tiene suficientes recursos.

En Irán se utiliza el término "donaciones pagadas" que no es más que un eufemismo para permitir el mecanismo de transacción en su legislación. Las autoridades religiosas de Irán respaldan las "donaciones pagadas". Según Los Angeles Times, el urólogo iraní Nasser Simforoosh, dice textualmente que *"las personas necesitadas que donan sus órganos en lugar de hacer algo ilegal para cubrir sus deudas, como robar o hacer contrabando, primero están salvando una vida" y que "Esto no es explotación. El resultado final es bueno para el receptor y el donante"* (Bengali & Mostaghim, 2017).

- Singapur: Aquí se aplica un programa de reciprocidad y de consentimiento presunto. El sistema prioriza en la lista de trasplantes a aquellas personas que se comprometen a donar sus órganos tanto en vida como tras su muerte. Quienes quieren salirse del sistema de reciprocidad pueden hacerlo, pero tienen menos prioridad en la lista de espera si algún día llegan a necesitar un órgano. El gobierno también puede compensar económicamente a los donantes.

- Chile: Durante la primera década y media de este siglo, los números de donación de órganos en Chile y las negativas familiares han mostrado resultados muy poco satisfactorios. Atento ello, el país trasandino se inspiró en experiencias

exitosas de otros países e introdujo en marzo de 2019 una serie de modificaciones a su ley 19.451, entre las cuales se destaca la inclusión de un criterio de prioridad para los donantes de órganos. En este sentido, el actual artículo 2 bis indica que *“En el caso de que varias personas se encuentren en igualdad de condiciones para la recepción de un órgano, el hecho de no estar inscrito en el Registro de No Donantes deberá tomarse en cuenta para priorizarlo respecto del que sí lo está”*.

- Israel: Israel introdujo un sistema de *scoring* que beneficia a los ciudadanos dispuestos a ser donantes. El sistema prevé 3 niveles: máxima prioridad, prioridad regular y segunda prioridad. El primer nivel favorece a quienes han firmado el consentimiento de donación, a los familiares de un donante y a quienes han donado en vida un riñón o una parte de su hígado. La prioridad regular beneficia a quienes tengan una tarjeta de donante (existe una voluntad por donar, pero no hay consentimiento expreso) y, por último, la segunda prioridad se aplica a aquellas personas que no poseen tarjeta de donante, pero que tienen un familiar con intención de ceder sus órganos cuando fallezca.

Según Kessler y Roth, el tipo de sistemas de prioridad vigentes en Singapur y en Israel generan un incentivo para ser donantes y no exigen incentivos exógenos al sistema (Kessler & Roth, Organ Allocation Policy and the Decision to Donate, 2012).

Resultados de las regulaciones analizadas

Resulta necesario ilustrar los resultados de las diferentes regulaciones legales del trasplante de órganos descritos previamente, de modo de contar con una intuición preliminar de cuál pudiera ser el mejor sistema, considerando aquí como único criterio de eficiencia la cantidad de órganos disponibles para trasplante por millón de personas. Veamos la siguiente tabla:

País	Tipo de consentimiento exigido (donantes cadavéricos)	Consentimiento familiar requerido	Legislación permite donación entre vivos	Legislación permite donación renal cruzada	Legislación permite la transacción de órganos	Órganos trasplantados

						netos y (pmp) en 2018 ²
Argentina	Presunto	No	Sí (relacionados)	Sí	No	2,214 (49.53)
España	Presunto	No (aunque se comprueba la voluntad del fallecido con su familia)	Sí	No	No	5,321 (114.68)
Estados Unidos	Expreso	No (si el donante expresó consentimiento en vida)	Sí	Sí	No	37,386 (114.4)
Irán	Expreso	No	Sí	Sí	No	NO HAY DATOS EN LA FUENTE
Singapur	Presunto	No (aunque en la práctica se contempla su opinión)	Sí	Sí	Permite prioridad y compensación de costos	129 (22.24)
Chile	Presunto	Sí	Sí	Sí	Permite prioridad	349 (19.18)
Israel	Expreso	Sí	Sí (previa aprobación del comité correspondiente)	Sí	Tiene sistema de scoring	609 (71.65)

Como vemos, el sistema más exitoso en términos de cantidad de órganos disponibles para trasplante por millón de personas es el “Modelo Español”, el cual no permite en ningún grado la transacción de órganos. Por lo tanto, estas informaciones podrían inclinarnos a intuir que la legalización de la transacción no genera *per se* una ampliación de la oferta de donantes obligándonos a revisar otros factores influyentes en tal resultado.

PROCURACIÓN DE ÓRGANOS: UN DEBATE MUY ACTUAL

Existen en la literatura relevante, muy diversos postulados respecto de las bondades o desventajas de la comercialización de órganos.

² Los datos de la presente columna fueron obtenidos de <http://www.transplant-observatory.org/summary/> para todos los países con excepción de Irán. En cualquier caso, los resultados del sistema iraní no se destacan por sobre los otros países enlistados, conforme varias fuentes consultadas.

El Dr. Julio Elias propone reducir la brecha entre la oferta y la demanda de órganos a través de la utilización del mecanismo de los precios. Afirma que el análisis económico desarrollado por Becker y Elias en 2007, indica que la introducción de incentivos monetarios puede aumentar la oferta de riñones para trasplantes como para lograr eliminar las largas esperas en el mercado, mediante un aumento en el costo total por trasplante de hasta 12%. El autor hace hincapié en el mercado de donación de riñones y analiza la siguiente matemática (Elias, 2014):

- . Costo anual promedio de la diálisis (US\$80.000.-)
- . Período promedio actual de años de espera antes de recibir un trasplante de riñón (4,5 años)
- . Costo del propio trasplante (US\$ 160.000.-)
- . Pérdida de la estimación de vida por recibir diálisis (15 años x US\$ 120.000.- por año)

Sobre este punto, el Dr. Rivera Lopez y otros autores también expresan que en el caso del riñón, el trasplante es menos costoso en comparación con el tratamiento de diálisis. La misma comparación, no necesariamente puede realizarse cuando hablamos de otro tipo de órganos, puesto que la alternativa al trasplante es la muerte más o menos inmediata (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001).

Dice Elias que el gran costo anual del actual sistema de trasplantes es totalmente innecesario, y se debe únicamente a la prohibición de la venta de riñones. El autor afirma que permitir un mercado de riñones, aumentaría significativamente la oferta de los mismos, y por lo tanto eliminaría así la necesidad de esperar mucho tiempo para un trasplante (Elias, 2014).

La introducción de pagos monetarios a los donantes o sus familias aumentaría el costo total de los trasplantes, ya que el costo también incluiría estos pagos, pero al obtenerse una mayor cantidad de órganos, esto generaría un movimiento de la curva de la oferta hacia la derecha, reduciendo el costo. Es decir, según el autor, los incentivos monetarios ayudarían a cerrar la brecha entre la cantidad ofrecida y la cantidad demandada aumentando el número de órganos disponibles y mediante un aumento del costo total de la cirugía de trasplante. De

hecho, de acuerdo con este análisis, los incentivos monetarios deberían cambiar la oferta de órganos de ser completamente inelástica con respecto al costo, para pasar a ser altamente elástica. La razón es que el número potencial de órganos utilizables de donantes vivos y fallecidos, especialmente de donantes vivos, es muy grande comparado con el número de trasplantes. Pero el sistema actual bloquea prácticamente toda esta oferta potencial mediante la prohibición a cualquier forma de compensación por órganos. El autor indica que un número muy grande de donaciones de riñón, de donantes vivos y fallecidos, estaría disponible mediante un pago de entre US\$5.000 y US\$25.000 (Elias, 2014).

El sistema que propone Elias también contempla pagos a las personas que accedieran a que sus órganos puedan ser utilizados después de su muerte, como ser corazones, pulmones, hígados, generando que estas personas aceptaran vender sus órganos a futuro y el pago iría a sus herederos después de que los órganos del fallecido sean extraídos (Elias, 2014). Según Elias, los familiares, que a veces se niegan a ceder los órganos incluso cuando el difunto lo ha dejado autorizado de forma explícita, estarían más dispuestos a acceder a la extracción si recibieran una compensación suficiente por su asentimiento (Elias, 2014).

Elias indica que los esfuerzos direccionados al aumento de la procuración de órganos se han concentrado en aumentar el *pool* de donantes altruistas, y que ello no ha logrado aumentar el número de donantes de manera significativa. Resulta interesante hacer mención a los intercambios de donaciones de riñones (*Kidney Paired Donation*), o donación renal cruzada. Aunque estos intercambios han crecido pero todavía representan un pequeño porcentaje de los trasplantes, la evidencia muestra que sí logran reducir el tiempo de espera. Dice Elias que *“El sistema actual de los trasplantes de órganos con donantes vivos se asemeja a una economía autárquica en la que los pacientes que necesitan un trasplante de órganos se ven limitados a los órganos disponibles en el grupo de amigos y parientes. El sistema de intercambio de riñones desarrollado por Alvin Roth y otros es un sistema de trueque, y claramente será una mejora con respecto al sistema actual. Sin embargo, una conclusión general en economía es que el trueque es un sistema inferior en comparación con un sistema con dinero, ya que el trueque requiere la coincidencia de deseos”* (Elias, 2014). Afirma que el

trueque es una posibilidad más o menos deseable, pero siempre menos eficiente que un mercado. Las principales desventajas del sistema de intercambio de riñones actual son que sólo pueden utilizarse los riñones de familiares y amigos y que el intercambio debe ser simultáneo (Elias, 2014). Indica Elias que *“Un intercambio basado en el mercado no posee esas graves limitaciones”* (Elias, 2014).

Elias comenta también que los países con consentimiento presunto tienen tasas mucho más altas de trasplantes de riñón con donante fallecido que los países con consentimiento expreso, siendo que los primeros tienen tasas por encima de 40 trasplantes de riñón con donante fallecido por millón de personas, pero tasas muy bajas de trasplantes con donantes vivos, por debajo de 10 (Elias, 2014). Menciona que, por otro lado, hay países con sistema de consentimiento expreso, como los Estados Unidos y el Reino Unido, con tasas más balanceadas de trasplantes con donantes vivos y fallecidos.

Por otra parte, autores como el Dr. Rafael Matesanz rechazan vehementemente la comercialización de órganos. En su publicación *“Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores”*, concluye que *“Como se ve, los conatos de comercialización del cuerpo humano pueden adquirir las formas más variadas y unas apariencias que van desde la sutileza administrativa a las formas más brutales de explotación del hombre por el hombre. Aunque todo tiene sus matices, lo cierto es que en un tema como éste es tan fácil pasar de un escalón al siguiente que es preciso ser totalmente inflexibles. El cuerpo humano no puede, no debe ser objeto de ninguna transacción comercial. Así se recoge como Principio Rector número 5 en la 44 Asamblea de la Organización Mundial de la Salud de 13 de mayo de 1991, mientras que en el número 6 recomienda la prohibición de toda publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de órganos cuyo fin sea ofrecer o recabar un precio”* (Matesanz R. , *Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores*, 1994).

En la publicación referida precedentemente, el Dr. Matesanz profundiza sobre la temática del tráfico de órganos, a la cual señala como una de las causas que está minando muy seriamente la globalidad del proceso de donación altruista y trasplante (Matesanz R. , *Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores*, 1994). El galeno comienza identificando la ya conocida problemática consistente en la creciente desproporción entre oferta y demanda de órganos para trasplante y se

enfoca en la comercialización y tráfico de órganos como una causa significativa de la subsistencia de dicho problema económico. Asimismo, indica que *“No hay órganos para todos, luego los ricos hacen todo lo posible por conseguirlos a costa de lo que sea. A su vez, la mala imagen que destilan todos estos mercadeos y su conocimiento por parte de la opinión pública retrae a la población de donarlos, puesto que perciben que el probablemente mayor acto de generosidad de un ser humano (la donación de su cuerpo) va a contribuir al mantenimiento de un sistema injusto, inhumano y hasta macabro. Encuestas recientes de nuestro país señalan como el principal factor predisponente para la donación de órganos la percepción por parte de la población de los trasplantes como una buena prestación sanitaria, con todo lo que ello implica de limpieza y equidad en todo el proceso”* (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994).

En la publicación antedicha, el Dr. Matesanz comenta cómo el desarrollo de la ciencia para la dación de riñón como órgano doble, abrió las puertas a la donación entre vivos no emparentados y a la transacción de riñones y, casi con toda seguridad en el futuro cercano, de segmentos de otros órganos como el hígado y el pulmón, susceptibles de ser obtenidos en vivo y trasplantados con éxito (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994). El autor informa que *“La compraventa de riñones constituye una práctica generalizada (en modo alguno una situación aislada o puntual) en la India, Medio y Extremo Oriente, Norte de Africa, Europa del Este y en diversos países de Latinoamérica. En muchos de estos estados ni siquiera es ilegal, y en otros, entre los que se incluyen los Estados Unidos, se admiten con sorprendente credulidad donaciones espontáneas de personas sin el más mínimo parentesco genético, en las que no hace falta ser muy agudo para entender que se trata de una simple transacción económica. En Egipto se pueden encontrar anuncios de venta de riñones en la prensa local. En las ciudades fronterizas de Méjico con Estados Unidos existe una insólita profusión de clínicas urológicas donde es más que probable que se hayan cambiado esperanzas de una vida mejor al otro lado del Río Grande por una nefrectomía”* (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994).

En línea con otros autores, Rafael Matesanz indica que en cualquier caso, se trata de cómo una persona necesitada se expone a la cosificación y

comercialización de su cuerpo para que otra persona enferma con dinero, pueda acceder a un tratamiento que le mejore o prolongue la vida. Para quienes defienden este tipo de mecanismo, el mismo implica salvar a dos personas de la muerte (una por hambre y la otra por enfermedad). Matesanz comenta que son prototipo de este caso la India y Medio Oriente, pero que ello también sucede en algunos puntos de Latinoamérica (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994).

La otra cara de la moneda vinculada a la comercialización de órganos (riñones especialmente), tiene que ver con el desplazamiento de enfermos renales desde el primer mundo a países como la India, Extremo Oriente o algunos de Latinoamérica con legislaciones permisivas, donde por cantidades ni siquiera muy elevadas encuentran múltiples candidatos dispuestos a venderles un riñón y cirujanos dispuestos a efectuar la intervención (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994). Comenta Matesanz que *“Los italianos suelen desplazarse a la India, de donde a menudo vuelven con riñones trasplantados sin excesivas garantías y con enfermedades infecciosas como el SIDA o cualquier otra transmitidas a través del injerto, de transfusiones o de otra forma que en no pocas ocasiones acaban con la vida del enfermo o les hacen perder el injerto. Es de sentido común que quien vende una parte de su cuerpo, al igual que ocurría antes en nuestro medio con la hemodonación retribuida, además de no estar en buena situación económica, con frecuencia tampoco disfruta de buena salud y, por descontado, no tiene el más mínimo interés ni motivo alguno para declarar que padece determinada enfermedad en el supuesto de que conozca su existencia”* (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994). También nos informa Matesanz sobre cómo en la República Popular China, la venta de riñones florece como un pujante y rentable negocio. No esconde su indignación el autor cuando escribe *“Verdadero escalofrío produce al llegar a este punto la utilización por parte de los chinos de órganos procedentes de reos ejecutados por la justicia. Una vez más, el tremendo choque cultural se pone de manifiesto ante hechos como éstos, que por aquellas latitudes se practican de la forma más natural del mundo e incluso se comunican los resultados en congresos internacionales”* (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994).

En suma, el Dr. Rafael Matesanz concluye sobre este punto que resulta *“Imposible cuantificar el número anual de casos encuadrables en este apartado, pero todo hace pensar que se trata de una actividad creciente y de muy difícil control. La simplicidad técnica del trasplante renal y la permisividad de muchas legislaciones, junto con la facilidad de comunicaciones aéreas a cualquier lugar del mundo y sobre todo el caldo de cultivo que suponen las desigualdades sociales, constituyen una mezcla perfecta para el florecimiento de este lamentable comercio”* (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994). Según Matesanz estas prácticas han proliferado porque existe una demanda para la oferta de los órganos traficados y/o comercializados conforme las prácticas detalladas precedentemente (Matesanz R. , Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores, 1994).

Hemos explorado a través de la propuesta de Elias, el mecanismo de la transacción. Ahora bien, hay autores que han acercado propuestas que, sin ir tan lejos, llevan el mecanismo altruista de la donación a tensiones respecto de las cuales vale la pena hacer mención. Por un lado, Stephen, Mitu y Posner postulan tres alternativas que caracterizan como altruistas (pues el dador no recibe una compensación de modo directo), pero que se enfrentan a ciertas críticas. Los autores comienzan afirmando que la donación renal cruzada es en efecto una donación, pero que en este escenario el donante sí recibe algo a cambio, esto es, que su receptor asociado recibe un riñón de otro donante (Stephen , Mitu, & Posner , 2014). Con esta afirmación, abren el juego a alternativas que intentan parecerse a la donación renal cruzada. Primeramente, proponen que el donante del riñón pueda recibir del receptor una contraprestación en especie o en dinero para una organización benéfica de su elección. Los autores plantean que si quien dona un riñón está autorizado a hacerlo para que otra persona lo reciba, también podría estar dispuesto a que la contraprestación no consista en un riñón, sino en otra cosa (obligaciones de hacer o dar) destinado a unos fines benéficos de su elección. Otra alternativa propuesta por Stephen, Mitu y Posner es más sofisticada aún, y básicamente postula que ciertas organizaciones benéficas funcionen como “administradores” o “intermediarios” de riñones y donaciones. Imaginemos que una organización benéfica aceptara donaciones de riñones (para unos beneficiarios) y que en

compensación, destinara fondos a las actividades benéficas indicadas por el donante por hasta el valor del riñón donado. De este modo, una persona que quiere ayudar, podría hacer una donación en dinero o especie a la organización benéfica en cuestión, y la organización benéfica asumiría el compromiso de encontrar un riñón para el beneficiario designado por el donante (Stephen , Mitu, & Posner , 2014). El “modelo del club” también ha sido propuesto por otros autores como Harmut Kliemt, y propone que cualquier persona capaz conforme un ordenamiento jurídico dado, pueda asociarse a un club privado. Las reglas de la asociación son principalmente, que el socio será beneficiario de los órganos de los demás socios en caso de precisarlos, y que en caso de fallecer el socio, sus órganos serían destinados a los miembros del club que los precisaran. Podría también haber clubes altruistas.

Estas opciones no están libres de críticas, siendo las más salientes que:

- Resulta legalmente imposible (o al menos muy difícil) y moralmente reprochable valorizar un riñón. Por otra parte, ¿sería posible trazar equivalencias en caso de tratarse de donaciones en especie?
- A su vez, resulta difícil explicar a la sociedad que estas opciones no son mecanismos transaccionales. No puede soslayarse que cualquier mecanismo de procuración de órganos para trasplante debe contar con el consenso de la sociedad, puesto que la confianza en el sistema y su garantía de transparencia resultan elementos esenciales para el correcto funcionamiento del mismo.
- El peligro de la corrupción: estos sistemas generan incentivos para que existan negociaciones espurias, y que sí existan pagos ilegales por los órganos a través de las personas y entidades involucradas.
- Por otra parte, es sabido que son muy pocas las donaciones indirectas en vida. Por lo tanto, poner en práctica estas alternativas, significaría asumir un alto riesgo que traería tan sólo un magro aumento de la oferta real.

El rechazo cultural y social a las opciones vinculadas al mecanismo de la transacción, o alternativas que aunque en rigor altruistas, se encuentran al borde de tal definición, nos obligan ahora a profundizar respecto de cuáles son las razones que lo motivan. Cabe entonces traer las reflexiones del Dr. Eduardo Rivera Lopez en “Organ Sales and Moral Distress”, quien afirma que la posibilidad que la transacción de órganos humanos entre vivos se vuelva legal,

es moralmente reprochable para muchas personas. El autor se centra en explicar por qué los argumentos que defienden la legalización son ilegítimos y que, además, existen motivos suficientes para los tales reparos morales (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

El Dr. Rivera Lopez comenta que son centralmente dos los argumentos que apoyan la legalización de la comercialización de órganos:

1) Argumento Consecuencialista: La comercialización de órganos debería legalizarse porque genera efectos globales beneficiosos, ya que reduciría la escasez de órganos trasplantables, salvando muchísimas vidas. En una sociedad injusta, la comercialización de sus órganos puede dañar al vendedor pero, a su vez, también puede beneficiarlo. Además, la decisión del vendedor, puede beneficiar al conjunto de la sociedad porque menos personas morirían si el potencial vendedor decidiera efectivamente comercializar sus órganos. Sin embargo, el hecho de que esta decisión se tome en el marco de una sociedad injusta es de una importancia crucial. Es innegable que hay un déficit moral en una sociedad en la cual una persona debe vender sus propios órganos para sobrevivir. En este contexto, mal podría alegarse que genera un beneficio social el hecho que algún agente de esa sociedad deba tomar una decisión que le genera cierto nivel de daño porque se encuentra en una situación de necesidad (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

2) Argumento de la Autonomía: La comercialización de órganos debería legalizarse porque potencia la autonomía. Si una persona se encontrara en una situación en la cual su mejor opción fuera vender un órgano, la prohibición de ello representaría una limitación de su autonomía. Para el autor, existirían motivos legítimos para prohibir la venta de órganos basados en un paternalismo restringido y razonable ya que estaríamos prohibiendo una decisión claramente irracional. Sin embargo, restringir la venta de órganos le quita al potencial vendedor una decisión que podría, en algunas circunstancias, ser su mejor alternativa disponible. En relación con este argumento, el autor profundiza que los estados no podrían justificar la decisión de comercializar un órgano con base en la defensa de la autonomía porque si bien el vendedor del órgano podría beneficiarse de la venta del mismo, si la sociedad fuese justa y no existieran motivaciones basadas en lo injusto y desigual de una sociedad, el beneficio de

la prohibición sería mayor que el beneficio de la dación. Sobre ese punto, amplía que el estado es responsable de evitar que el potencial vendedor se vea expuesto a tomar esa decisión. Un defensor de este argumento podría sostener que aún cuando el gobierno sea responsable de prevenir la injusticia y la desigualdad en una sociedad, esto no es tan sencillo y mientras tanto, el potencial vendedor podría aún beneficiarse de la comercialización de sus órganos en el marco del ejercicio pleno de su autonomía. Sin embargo, ¿por qué subsisten reparos morales en ello? Pues porque las circunstancias que motivarían la comercialización de los órganos no son inevitables, y porque no es cierto que los gobiernos hagan todo lo posible para evitarlo. Por lo tanto, permitir que las personas vendan sus órganos basados en este argumento es, cuando menos, inapropiado (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

El autor indica que en una sociedad injusta y desigual, es más probable que florezca un mercado de órganos, y a su vez, que la legalización de la venta de órganos no debiera generar mayores reparos morales en una sociedad justa. De hecho, en sociedades ricas este tipo de mercados no parece encontrar mayor asidero, y ello no puede deberse únicamente a la mayor aplicabilidad de las sanciones correspondientes. Básicamente, el autor sostiene que en una sociedad justa es posible que la venta de órganos resulte eficiente en tanto que el vendedor soportaría razonablemente un costo menor que el beneficio que obtendría por la venta de sus órganos. Sin embargo, afirma que en una sociedad injusta es muy probable que las personas que tomen esa decisión lo hagan por necesidad, irracionalmente. Dice también que en una sociedad justa, probablemente ni siquiera sea necesaria la legalización de mecanismo de la transacción (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

El hecho de no lograr una sociedad justa y equitativa, genera la pérdida de la capacidad moral de los gobiernos para alegar ciertos principios, ya que estos gobiernos son, al menos parcialmente, responsables de la situación que podría llevar a los potenciales vendedores a tomar la decisión de comercializar sus órganos. Es decir, los gobiernos no debieran alegar argumentos autonomistas o consecuencialistas para permitir la comercialización de órganos, ya que son en parte responsables de las injusticias sociales que podrían motivar a los miembros de dicha sociedad a comercializar sus órganos. En este sentido es que los

gobiernos no tendrían autoridad moral para generar políticas que permitan a los ciudadanos tomar este tipo de decisiones (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

En la medida en que los gobiernos son responsables por las injusticias de la sociedad, ello implica que han incumplido con respetar la autonomía de quienes sufren esas injusticias. Una situación injusta, se caracteriza por limitar la autonomía de los agentes. En otras palabras, no es consistente que un gobierno permita la comercialización de órganos en una sociedad injusta con base en el argumento autonomista. El choque entre ambas situaciones pone en evidencia una falta de integridad: la imposibilidad de que el agente ejerza plenamente su autonomía porque un gobierno no logra justicia en una sociedad, impide que ese mismo gobierno utilice el argumento de la autonomía para permitir decisiones basadas en esa misma restricción de autonomía (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

El argumento consecuencialista merece un análisis similar: dado que una porción significativa de la sociedad sufre la pobreza y la privación en una sociedad injusta, no es razonable creer que ello no representa el estado óptimo de cosas, conforme cualquier teoría de valor. Vemos nuevamente la inconsistencia que existe entre un agente que justifica la legalización de la comercialización de órganos en una sociedad injusta con el hecho de que ello podría generar un bienestar mayor para la sociedad toda, incluyendo al potencial vendedor. La paradoja se da cuando ambas respuestas posibles frente a la pregunta a un político sobre si la comercialización de órganos debiera legalizarse, son moralmente reprochables. La respuesta por la negativa es moralmente reprochable porque tanto el argumento consecuencialista como el autonomista son únicamente válidos en unas circunstancias dadas. La respuesta por la afirmativa, es moralmente reprochable porque pone en evidencia una falta de integridad moral en tanto que el político perdió su autoridad moral para alegar dichos argumentos (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

Tal vez la conclusión de estas argumentaciones pudiera arrojar que la legalización de la comercialización de órganos es deseable, sin embargo, es evidente que la misma tiene un costo moral que explicaría por qué es razonable sentirse incómodo desde el punto de vista moral con la legalización de la

comercialización de órganos (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006).

En suma, para entender la aversión moral hacia la comercialización de órganos, y hacia otras formas de autoinfligirse daño o autodegradación, debemos entender la similitud de estas acciones: cuando sentimos que parte de la sociedad es al menos parcialmente responsable de que algunas personas tomen este tipo de decisiones, habremos perdido la autoridad moral para justificar la legalización de dicha conducta con argumentos autonomistas o consecuencialistas. Promover la comercialización de órganos con base en semejantes argumentaciones, viola el deber de integridad y es por ello que los reparos morales tienen asidero (Rivera Lopez, Organ Sales and Moral Distress, 2006). Por lo tanto, mal puede existir una normativa que permita la comercialización de órganos sin costo moral.

Comienza a advertirse entonces, que la práctica de la transacción de órganos conlleva problemáticas éticas por un lado, pero también acarrea problemas vinculados con la calidad de los órganos así obtenidos. La comercialización de órganos y la explotación de personas en inferioridad de condiciones, no sólo nos enfrenta con los problemas morales del mecanismo de la transacción, sino que también entraña el riesgo de una deficiente rigurosidad técnica: *“Hay muchos casos de pacientes renales crónicos de países ricos, que han comprado un riñón en la India, Turquía, o Filipinas, se han trasplantado, pero han regresado, además con alguna infección agregada”* (Caffaro Hernández & Pace, 2008). El noveno Principio Rector de la Organización Mundial de la Salud establece que *“La asignación de órganos, células y tejidos deberá regirse por criterios clínicos y normas éticas, y no atendiendo a consideraciones económicas o de otra índole. Las reglas de asignación, definidas por comités debidamente constituidos, deberán ser equitativas, justificadas externamente y transparentes”*.

Por último, considero relevante comentar en este apartado los resultados de los experimentos realizados por Kessler y Roth respecto del impacto en la decisión de donar que pudiera producir en los potenciales donantes, las diversas reglas de distribución de los órganos. Si bien este trabajo no pretende profundizar sobre las reglas de distribución de los órganos, es relevante cierta mención puesto que estas reglas influyen en la cantidad de órganos disponibles para trasplante

(Kessler & Roth, Organ Allocation Policy and the Decision to Donate, 2012). Kessler y Roth experimentaron en su laboratorio con diferentes reglas de distribución, las que podemos sintetizar en prioridad, premio, control y descuento. Dos cuestiones previas a tener en consideración, (i) el experimento realizado en los Estados Unidos contempla escenarios donde el consentimiento para donar los órganos se debe prestar de manera expresa, (ii) no se trabajó con órganos, sino con incentivos monetarios que de algún modo hacían las veces de los órganos. En el escenario denominado como de control, se les informaba a los sujetos del experimento que sus órganos ficticios serían distribuidos entre las personas que los precisaban, utilizando para ello el criterio de tiempo de espera en la lista. Es decir, quienes habían estado más tiempo en la lista de espera, serían quienes primero recibirían los órganos ficticios. En el escenario de la prioridad, se les indicó a los sujetos del experimento que aquellos que consintieran la donación de sus órganos ficticios desde el primer momento, gozarían de prioridad en la asignación de órganos para trasplante en caso que los necesitaran. Asimismo, los órganos ficticios serían repartidos prioritariamente entre quienes hubieran consentido ser donantes y únicamente se le proveerían órganos a no donantes, en caso que no hubiera donantes en la lista de espera. En igualdad de condiciones de prioridad, los órganos ficticios serían asignados a quienes hubiesen pasado mayor tiempo en lista de espera. En el escenario del premio, se les informó a los sujetos del experimento que aquellos que ofrecieran ser donantes, recibirían un premio creciente en función de la cantidad de personas que prestaran su consentimiento para donar. Los premios se revelarían al final del experimento en este caso. Este escenario fue creado para espejar los efectos de los incentivos y externalidades del escenario de la prioridad, eliminando la variable de la distribución de órganos ficticios. De este modo, la cuantía del premio dependería del número final de donantes, al igual que la prioridad aumenta a medida que aumentan también los donantes. En el escenario del descuento los sujetos del experimento se beneficiaban con una reducción en los costos de hacerse de un órgano, si aceptaban donar sus órganos. Este escenario buscaba reflejar los incentivos de la regla de propiedad, pero no así sus externalidades positivas (Kessler & Roth, Organ Allocation Policy and the Decision to Donate, 2012).

El resultado del experimento fue que el escenario que generó mayores registraciones de consentimiento expreso en favor de la donación de órganos, fue el de la prioridad. Este sistema generaba una externalidad positiva en favor de los donantes, pues les asignaba prioridad para recibir órganos en caso de necesitarlos (Kessler & Roth, Organ Allocation Policy and the Decision to Donate, 2012). Los autores postulan, además, que la implementación de la regla de prioridad no generaría mayores costos para el sistema. Kessler y Roth afirman que los costos de registrarse como donante de órganos son principalmente psicológicos (miedo a ser tratado con menos dedicación por los profesionales de la salud, impacto de tener que sentarse a reflexionar sobre la propia muerte, entre otros), que las investigaciones sobre este tema son aún insuficientes y que su análisis y eventual implementación podrían tener un cierto costo. Por el contrario, si bien Kessler y Roth consideran que debe tratarse a los resultados de este experimento como tales, la regla de la asignación de órganos por prioridad podría ser una herramienta poderosa para aumentar el *pool* de donantes, que no requeriría mayores costos de implementación.

Aunque este caso de laboratorio pareciera mostrar *prima facie* que la regla de la prioridad aumenta el *pool* de donantes y es cierto que su implementación ha traído resultados exitosos para Singapur aun con un sistema de *opt-out*, debemos mencionar algunas peculiaridades. En primer lugar, se trata de un caso de laboratorio, y el mismo debiera ser testeado en casos más parecidos a la realidad, en el contexto de las instituciones y normas existentes. Si bien Kessler y Roth entienden que este sistema podría funcionar adecuadamente en los Estados Unidos, debemos tener presente que el ordenamiento jurídico de ese país es diferente al argentino en tanto que el sistema de salud es completamente disímil, exige el consentimiento expreso para la donación y tiene otra estructura de gestión de los órganos para trasplante. Adicionalmente, esta regla de distribución de órganos no puede soslayar los argumentos morales que lo atraviesan: ¿es acaso legítimo y consistente con los valores culturales de una sociedad determinada que el mero hecho de prestar el consentimiento para donar dispare la asignación del órgano? El Dr. Rivera Lopez afirma, en consonancia con el experimento de Kessler y Roth, que la reciprocidad podría morigerar la escasez y que además, modelos de reciprocidad pueden evitar la existencia de *free riders* puesto que sólo quienes están dispuestos a “pagar”

algún tipo de costo por recibir órganos cuando los necesiten, pueden beneficiarse de los órganos disponibles (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001). Rivera Lopez manifiesta que podría tener sentido la reciprocidad, o al menos la regla de prioridad, en un ámbito de tanta escasez como es el de órganos disponibles para trasplante mediante el siguiente razonamiento: *“En el contexto de escasez presente, la elección no es entre dejar morir a alguien o no dejarlo morir (esta elección sería trivial), sino entre dejar morir a A (que no ha consentido en donar) o dejar morir a B (que sí ha consentido). Por supuesto que si se lograra superar la escasez y hubiera órganos suficientes para todos los necesitados, la condición de reciprocidad sería superflua. Desgraciadamente, este no es el caso”* (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001).

Consentimiento presunto vs. Consentimiento expreso. El paternalismo libertario

En los sistemas de consentimiento presunto, se asume que hay consentimiento para procurar los órganos y tejidos de las personas en caso de muerte, salvo indicación expresa en contrario (sistema del tipo *opt-out*). Hay amplia doctrina que cree que este sistema aumenta la disponibilidad de órganos para trasplante y es el sistema vigente en España y en otros países de Europa y América Latina como ser Argentina o Colombia. Si bien algunos opinan que este tipo de consentimiento respeta la posibilidad del individuo a optar por no ser donante, este sistema ha sido objeto de algunas críticas, muchas veces asociadas con la alta valoración que ciertas tendencias doctrinales liberales otorgan a la manifestación de la voluntad en el entendido que presuponerla sólo haría sentido cuando dicha presuposición conlleva un beneficio para el individuo cuyo consentimiento se presume (consecuencia que pareciera no darse en el caso de la voluntad presunta de donar los órganos).

La versión más extrema de este sistema, conocida como procuramiento de rutina o modelo obligatorio, postulada por Dukeminier y Sanders por ejemplo, establece que debe presumirse que el individuo es un subordinado del Estado, y que como tal no se necesita ningún tipo de consentimiento. Los defensores de este esquema, también denominado modelo obligatorio, alegan que existen en muchos sistemas jurídicos otras normas que invaden la esfera de decisión

individual acerca de lo que se hará con su cuerpo después de la muerte, teniendo en miras la protección de un bien jurídico más valioso (la vida o calidad de vida de otras personas vivas). A modo de ejemplo, podemos comentar el caso de los códigos penales que prevén autopsia en ciertos casos de muerte sin que para ello deba mediar ningún tipo de consentimiento ni del difunto ni de su familia, a fin de proteger el esclarecimiento del caso y evitar que los causantes de la muerte sigan libres y potencialmente dañando a otras personas. El modelo obligatorio es susceptible de ciertas críticas basadas, por un lado en la intuitiva falta de respeto por los derechos individuales, y por otro, que permitir la intromisión del Estado a estos niveles pudiera derivar en la paulatina aceptación de otras prácticas que, a priori, parecieran no ser deseables para la sociedad. Entre quienes apoyan este modelo, como Hoerster, nos encontramos con quienes afirman que este tipo de intervenciones deben estar basadas en un “estado de necesidad justificante”, esto es, que no haya otro modo de salvaguardar el bien jurídico protegido en cuestión.

En el consentimiento expreso se requiere que los individuos manifiesten explícitamente su voluntad de ser donantes, esto es, un diseño del tipo *opt-in* (Alvarez M., 2017) y es el utilizado en países como los Estados Unidos o el Reino Unido.

Quienes defienden el consentimiento expreso argumentan que permitiría eliminar la necesidad de considerar las opiniones de la familia en momentos de alta emotividad para éstos por la muerte de su ser querido. Aquí podemos permitirnos afirmar que esta virtud no necesariamente es propia del consentimiento expreso, pues hay legislaciones que combinan el consentimiento presunto con la falta de intervención en la familia en la decisión. Los defensores del consentimiento expreso arguyen también que éste contribuye a la conservación de los principios de altruismo y voluntariedad, evitando la sospecha de manejos por interés en el proceso, y que promueve la autonomía al asegurar que los deseos de la persona sean respetados (Alvarez M., 2017).

Respecto de los resultados empíricos de uno u otro sistema, resulta relevante que, según Johnson y Goldenstein entre otros autores, los países europeos que tienen un sistema del tipo *opt-out* tienen tasas mucho mayores de registración para donar que aquellos países que tienen un sistema del tipo *opt-in*. A su vez,

Johnson y Goldenstein indican que en un caso hipotético, las personas parecieran más propensas a mantenerse como donantes de órganos en un sistema del tipo *opt-out*, que en sistemas de consentimiento expreso. Cabe mencionar que en los Estados Unidos, no es posible construir un sistema de *opt-out* para la donación de órganos, pues la cuestión se enmarca en la normativa denominada *Gift Law* y ésta exige un consentimiento expreso por ley. En cualquier caso, no es menos cierto que pese a las altas tasas de donantes en países europeos con consentimiento presunto, sólo España supera a los Estados Unidos en cantidad de donaciones por millón de personas, lo que puede llevarnos a pensar que el sistema español es más eficiente por otros motivos (Kessler & Roth, *Getting More Organs for Transplantation*, 2014).

Los autores Thaler y Sunstein defienden que las instituciones puedan promover que las personas tomen decisiones tendientes al bienestar. Ellos indican que el paternalismo libertario puede preservar la autonomía, en la medida en que no exista coerción de ningún tipo y que su diseño “ayude” a las personas a elegir una alternativa que promueva el bienestar, pero a la vez les brinde la opción de optar por la contraria. El objetivo debería ser evitar efectos aleatorios, arbitrarios o dañinos y producir una situación que promueva el bienestar de los individuos, bien definido (Thaler, 2003).

Esta conclusión se apoya en que frecuentemente, los individuos toman decisiones no deseables, en tanto que tomarían una decisión diferente si el punto de partida fuese otro, si contaran con más información, si tuvieran habilidades cognitivas ilimitadas, y/o si no existiera ningún grado de falta de voluntad. Adicionalmente, cualquier diseño de opción que pudiera proponerse a los individuos, representa un punto de partida determinado que en algún punto favorece una u otra opción. En este sentido, afirman que las alternativas al paternalismo son poco atractivas, y que por lo tanto cierto grado de paternalismo es inevitable y deseable (Thaler, 2003).

Estas conclusiones parecieran apoyar, en el contexto de búsqueda del aumento de la oferta de órganos disponibles para trasplante, el sistema del consentimiento presunto ya que el mismo preservaría la autonomía de los individuos en tanto que pueden manifestar su decisión en contrario y la misma será respetada, y a su vez promueve el bienestar ya que existe evidencia que serán más las

personas que decidan permanecer en la *default rule* propuesta por el sistema que aquellas que opten por salirse del mismo. De este modo, el consentimiento presunto soportado teóricamente por el paternalismo libertario, pareciera ser el sistema que mejor permite aumentar la cantidad de órganos disponibles para trasplante.

Debe atenderse en este punto también, el tema de la confianza que debe imperar en el sistema para que el consentimiento presunto no entre en conflicto con la libertad del discernimiento que debe estar presente en las instituciones jurídicas. En este sentido, no puede sino entenderse que es preciso que la legislación que adopte sistemas de consentimiento presunto, procure que éste incluya (i) una responsable y comprensiva campaña de comunicación y publicidad respecto de los alcances del procedimiento, y que informe debidamente sobre el derecho de no donar, la correcta certificación de la muerte y la disponibilidad de los cadáveres, entre otros temas que hacen a la ablación y trasplante de órganos, y (ii) un acceso sencillo a las herramientas que hacen a su ejercicio, esto es, a la información y/o a la posibilidad de expresar la voluntad de no donar. La protección de la confianza es fundamental para el desarrollo pacífico de la vida social y es parte del principio de buena fe que rige las relaciones entre las personas. El primer Principio Rector de la Organización Mundial de la Salud fija como mínimo para la ablación de órganos de personas fallecidas, que éstas hubiesen prestado su consentimiento conforme manda la ley, y que no existieran razones que permitan establecer lo contrario. El Comentario al principio antedicho, dice que *“El consentimiento es la piedra angular ética de toda intervención médica. Compete a las autoridades nacionales definir, de conformidad con las normas éticas internacionales, el proceso de obtención y registro del consentimiento relativo a la donación de células, tejidos y órganos, el modo en que se organiza la obtención de órganos en su país y la función práctica del consentimiento como salvaguardia contra los abusos y las infracciones de la seguridad. El consentimiento para la obtención de órganos y tejidos de personas fallecidas puede ser «expreso» o «presunto», lo que depende de las tradiciones sociales, médicas y culturales de cada país, como, por ejemplo, el modo en que las familias intervienen en la adopción de decisiones sobre la asistencia sanitaria en general. Tanto en un sistema como en el otro, no podrán extraerse células, tejidos u órganos del cuerpo de una persona fallecida*

en caso de que existan indicios válidos de que se oponía a ello". Por su parte, el tercer Principio Rector indica que *"Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida"*. Sólo el consentimiento que se otorga con discernimiento, intención y libertad, puede ser efectivamente considerado como tal, y el consentimiento presunto, podría revestir esas características si se ponen a disposición de la población, las herramientas que le permiten el pleno ejercicio de sus derechos. En cualquier caso, creo que el consentimiento presunto, o sea, un diseño del tipo *opt-out*, puede ser perfectamente compatible con el requerimiento de información en la medida en que el diseño elegido prevea herramientas simples, completas y efectivas de ejercicio del derecho de opción y de acceso a la información.

Por último, cabe hacer una mención en este apartado a la influencia a nivel de los incentivos que el mecanismo de la transacción tiene sobre el consentimiento. Con relación al potencial dador del órgano, la experiencia internacional muestra que los donantes de países que permiten la transacción suelen dar sus órganos en circunstancias de máxima necesidad y pobreza, agravándose las consecuencias de la nefrectomía con la mala nutrición y un deficiente estado de salud (INCUCAI, 1999). La evidencia muestra que suelen ser personas que atraviesan difíciles situaciones económicas y sociales las que dan sus órganos, mientras que son mayoritariamente personas en una aceptable situación socioeconómica, los receptores. La autonomía y el consentimiento están fuertemente condicionados por la situación económica y el estado de necesidad de los potenciales dadores y ello pareciera ser otra razón para que no sea deseable la comercialización de órganos. Según investigaciones de Organs Watch, el riñón es la estrella de este mercado de transacción de órganos. Para los vendedores, la operación representa su última oportunidad contra la necesidad, la pobreza y el hambre. Generalmente, los órganos van de negros a blancos, de mujeres a hombres o de personas en una situación económica difícil, a personas en situaciones económicas más favorables. La investigación cuyos resultados fueron publicados en *The Lancet* en 2003, relata que Organs Watch

observó a personas en situación de calle, trabajadores indocumentados, prostitutas y otras personas en situación de marginalidad que eran atraídos para vender sus órganos (Caffaro Hernández & Pace, 2008).

El rol de la familia en la donación y los deseos post mortem

Es innegable que las familias sufren un estado de alta emocionalidad frente al fallecimiento de un ser querido. En este contexto, resulta por lo menos probable que la toma de decisiones por parte de las familias se encuentre teñida de dicha emocionalidad y ésta sea un factor que afecta el punto de partida.

Cabe sobre este punto, comentar la famosa sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Petrova v. Letonia. En esta sentencia del 24 de junio de 2014, el Tribunal mostró su acuerdo con los regímenes basados en el consentimiento presunto recogidos en el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 y su Protocolo Adicional de Estrasburgo de 24 de enero de 2002, pero también se pronunció sobre el llamado derecho a la vida familiar y la obligación de los poderes públicos de favorecer que la opinión de los familiares sea, cuanto menos, tomada en consideración antes de perfeccionarse la decisión de avanzar con la donación de órganos. En el caso antedicho, el Tribunal concedió a la Sra. Petrova una indemnización ya que, tras la muerte de su hijo en un accidente de tránsito, al joven le fueron ablacionados sus órganos para donación sin darle la oportunidad a la madre de expresar su opinión. El Tribunal determinó que no permitir la participación de la familia en el proceso de donación violaba el derecho a la intimidad familiar consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el trabajo intitulado “Donación de órganos y el papel de la familia. ¿Vale la pena repensar el tema?” el Dr. Rivera López discute cuál debe ser el rol de la familia en la donación de órganos cadavéricos para trasplante. Primeramente, revisa el caso donde la legislación prevé el consentimiento presunto y a su vez, otorga a la familia el rol de informar acerca de la voluntad del causante respecto de su voluntad de donar sus órganos. En relación con este supuesto, el autor se pregunta sobre la capacidad de las personas, poco después de haber sufrido una pérdida trágica, para distinguir entre la voluntad del familiar muerto y su propia voluntad. El Dr. Rivera Lopez, manifiesta por un lado que, en los hechos, lo que hace el equipo que consulta a la familia no es tanto pedir el testimonio

acerca de la voluntad del fallecido, sino pedir el consentimiento o autorización de la familia. Dice que si así no fuere, no tendría sentido solicitar a la familia el testimonio acerca de la voluntad del fallecido, puesto que, ante la ausencia de familiares (y/o de expresión de voluntad explícita del propio fallecido) no se plantea ningún inconveniente en proceder a la ablación. Por otra parte, pone en duda la confiabilidad del testimonio de la familia en unas circunstancias tan extremas. Si el sistema prevé el consentimiento presunto, podría ser más sensato asumir que, al no haber manifestado el fallecido expresamente en vida su oposición a la donación, no existe tal oposición. Según el Dr. Rivera Lopez, un tratamiento normativo semejante, pretende en realidad obtener el consentimiento de la familia (o, a lo sumo, una mezcla confusa entre la propia voluntad de los familiares y lo que ellos piensan que era o habría sido la voluntad del fallecido) (Rivera López, 2020).

También plantea el Dr. Rivera Lopez, que no tendría sentido que la legislación otorgara a la familia un derecho de veto sobre la decisión del causante de donar sus órganos, del mismo modo que no tendría sentido que la familia autorice la donación de los órganos de quien se hubiera manifestado en vida en contra de dicha donación. Parece al menos inconsistente, que la voluntad de la familia prevalezca por sobre la voluntad del fallecido (Rivera López, 2020).

El autor también explora el argumento humanitario: ¿No sería razonable que los familiares sean consultados y su voluntad tomada en consideración de modo tal de proceder sin causar aún más sufrimiento a los familiares que acaban de perder a un ser querido? Afirma el Dr. Rivera Lopez que hay dos consideraciones en contra de este argumento. Primeramente, manifiesta que no es claro que los familiares de un potencial donante fallecido tengan un derecho a evitar el sufrimiento adicional de personas en las listas de espera y los familiares de éstas. En segundo lugar, dice el Dr. Rivera López que no es claro que proceder a la ablación sin el consentimiento de la familia, les provocaría más sufrimiento que proceder a la ablación con su permiso ya que la fuente principal del sufrimiento de los familiares es la pérdida del ser querido (Rivera López, 2020). Según el Dr. Rivera López *“En esta situación bien podría ocurrir lo contrario: que someter a la familia en ese momento dramático al peso de tener que tomar una decisión que involucra la vida y la muerte de otras personas sea una fuente de*

mayor sufrimiento aun, no de alivio. Lo que los familiares del fallecido necesitan es contención psicológica y ayuda espiritual por algo trágico e irreversible que les ha ocurrido” (Rivera López, 2020). Concluye el Dr. afirmando que en la medida en que se naturalizara la ablación de órganos como paso ineludible después de la muerte, ello no profundizaría el sufrimiento de los familiares.

Sin perjuicio de lo antedicho, el Dr. Rivera López afirma que son principalmente las argumentaciones consecuencialistas las que respaldan el requisito de consideración de la opinión de los familiares. Un motivo que suele justificar el no darle a la familia la posibilidad de vetar la donación es la insuficiente oferta de órganos para trasplante y la cantidad de vidas que podrían salvarse si esas donaciones se realizaran. Sin embargo, vetarle esta posibilidad a la familia, podría resultar paradójicamente en que la familia retire su colaboración en la realización de procesos tendientes a la realización exitosa del proceso de ablación. En cualquier caso, este tipo de argumentos consecuencialistas, exigen su verificación empírica (Rivera López, 2020).

Por su parte, en “*Ética y Trasplante de Órganos*” el Dr. Rivera Lopez expone que las personas tenemos deseos póstumos, esto es, deseos de las personas vivas que sólo pueden ser satisfechos después de la muerte. En este sentido, el ordenamiento jurídico argentino brinda una cierta protección no absoluta a los deseos póstumos de los habitantes del país, como por ejemplo la posibilidad de disponer de cierta porción del patrimonio en favor de terceros que no sean sus herederos forzosos. El Dr. Rivera Lopez indica que *“no satisfacer los intereses post mortem afecta los intereses póstumos de las personas vivas. Se trata, por lo tanto de una razón indirecta: no debemos satisfacer los deseos de los muertos por ellos mismos, sino para crear confianza entre los vivos de que sus deseos póstumos serán satisfechos”* (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001) y que *“la expectativa de que los intereses póstumos se van a cumplir incrementa el bienestar general, y el único modo de sostener esa expectativa es cumplir con los deseos post mortem”* (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001). Este argumento, sumado al potencial bienestar que generaría la mayor oferta de órganos para trasplante, nos permitiría de algún modo justificar la existencia de un derecho del fallecido a donar sus órganos después de su muerte y que ese derecho sea respetado por los demás. Ello, puesto que

el consentimiento es relevante para quienes eligen donar sus órganos post mortem, del mismo modo que debiera serlo para quienes optan por no hacerlo.

Una conclusión preliminar sobre modelos de procuración de órganos

Como hemos visto, existen muy variados modelos sobre mecanismos de obtención de órganos para trasplante. Por un lado, nos encontramos con la posibilidad de un modelo de mercado (donde las partes pueden transigir los órganos), un modelo obligatorio (donde el Estado es quien administra los órganos del fallecido sin considerar los derechos individuales del dador o de otros terceros), o bien, una serie de modelos que podríamos denominar como “intermedios”. Cada uno de estos modelos intermedios combina (i) un tipo de consentimiento (presunto o expreso), (ii) el rol de la familia u otros terceros (si pueden o no vetar la decisión del dador del órgano), y (iii) la condicionalidad (esto es, la posibilidad que el dador en caso de optar por donar sus órganos post mortem tenga por ejemplo, prioridad o derecho a recibir un órgano vs. autoexcluirse de la posibilidad de recibir un órgano o de recibirlo prioritariamente si no dona) (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001).

Si rechazamos los modelos extremos (transaccional y obligatorio) por diferentes cuestiones de índole principalmente moral, cabe preguntarnos qué modelo intermedio pareciera aceptable desde el punto de vista de los valores de nuestra sociedad, pero eficiente en términos de aumentar la oferta de órganos disponible para trasplante. Si pensamos en un escenario de donación cadavérica, sería tal vez razonable entender que el modelo que mejor combina nuestras aspiraciones es un modelo de consentimiento presunto, que de a los dadores reciprocidad o prioridad por sobre quienes optan por salir del sistema y que respete el derecho del fallecido a que sus órganos le sean ablacionados para donar y potencialmente salvar otras vidas. El Dr. Rivera Lopez afirma que la eficiencia de un modelo intermedio “tácito-condicionado-absoluto” pareciera ser similar a la del modelo obligatorio, pues si bien las personas pueden optar por no donar y salirse del circuito de circulación de órganos, cuando lo hacen también salen del mismo a los efectos de recibirlos. A su vez, la mera existencia de la posibilidad de optar por salir del modelo, ya resulta mucho más respetuosa de los derechos individuales en comparación con el modelo obligatorio, pues le permite a las

personas tomar la decisión de priorizar otras valoraciones personales en concordancia con su fuero interno. Sí soy de opinión que la regla de reciprocidad que propone el Dr. Rivera Lopez es tal vez algo extrema, ya que no considero deseable excluir a ninguna persona de la posibilidad de recibir un órgano en caso de necesitarlo, sólo por haber decidido salirse del modelo. Sin embargo, sí he sido influida por los resultados experimentales de Kessler y Roth, quienes han demostrado que la regla de prioridad genera mejores incentivos en los actores sociales en favor de la decisión de donar sus órganos. De este modo y en esta combinación de criterios, entiendo más eficiente cierta consecuencia favorable para quien opta por mantenerse dentro del sistema.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE JUSTICIA, EFICIENCIA Y BIOÉTICA RELACIONADAS CON LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

La bioética es una práctica inter y transdisciplinaria en la cual interactúan la ética, la filosofía, el derecho y la medicina, entre otras ciencias y disciplinas a fin de analizar problemas y/o dilemas éticos que se suscitan en el área de la salud principalmente. (INCUCAI, 1999). Según Diego Gracia, la bioética *“es la inclusión de los valores en la toma de decisiones sanitarias a fin de aumentar su corrección y calidad”* (Caffaro Hernández & Pace, 2008). La actividad de procuración y trasplante de órganos en seres humanos aparece como una nueva forma de reestablecer la salud o posibilitar la supervivencia del paciente con una mejor calidad de vida, que atraviesa muchos de los dilemas bioéticos. (INCUCAI, 1999)

Los bioeticistas Tom Beauchamp y James Franklin Childress, definieron en 1979 los cuatro principios de la bioética (autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia), que aún hoy cuentan con un amplio consenso. A continuación, podemos darnos una primera aproximación al tema, según el reconocido Dr. Rafael Matesanz *“El consenso ético y legal basa la práctica de las donaciones y los trasplantes en diversos principios éticos, recogidos en la legislación, muy acordes con los cuatro principios de la bioética: beneficencia, no-maleficencia, autonomía y justicia. En dichas actividades deben respetarse los derechos de voluntariedad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y anonimato (autonomía), de forma que no sea posible obtener compensación económica ni*

de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano. En todas ellas es común que la extracción de órganos humanos procedentes de donantes vivos o de fallecidos se debe realizar con finalidad terapéutica, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de su receptor (beneficencia), sin perjuicio de las investigaciones que puedan realizarse adicionalmente. Asimismo, se debe garantizar la equidad en la selección y acceso al trasplante de los posibles receptores (justicia), y se deben adoptar las medidas necesarias para minimizar la posibilidad de transmisión de enfermedades u otros riesgos y para tratar de asegurar las máximas posibilidades de éxito del órgano a trasplantar (no maleficencia)” (Matesanz R. , La Ética de los Trasplantes, 2020)

Si bien algunos autores ordenan jerárquicamente a los cuatro principios y suelen priorizar a la justicia y a la no maleficencia por sobre la autonomía y la beneficencia, para Beauchamp y Childress los cuatro principios de la bioética tienen el mismo nivel y deben ordenarse entre sí de acuerdo con las circunstancias del caso.

A continuación, se enlistan y describen los cuatro principios definidos por Beauchamp y Childress:

- Principio de autonomía

El principio de autonomía consiste en la posibilidad que las preferencias subjetivas del individuo sean respetadas por los demás. En la modernidad, la visión paternalista que otrora prevaleciera, ha sido repensada y criticada con base en que todo ser humano posee la capacidad de hacer y disponer de sus bienes y de su persona, con límites dados por la evitación del daño a terceros, por un lado, y la capacidad de razonar, de controlarse, de estabilidad y de la información disponible de quien decide, por otro. En el ámbito médico, el consentimiento informado es hoy la máxima expresión de este principio, siendo el mismo tanto un derecho del paciente como una obligación del médico, ya que las preferencias y los valores del enfermo son valorados desde el punto de vista moral.

- Principio de beneficencia

El principio de beneficencia está dado por la obligación de actuar en beneficio de otros. Los profesionales de la salud actúan en función de este principio, que procura principalmente el bien del paciente. Parte del Juramento Hipocrático establece que *“Haré uso del régimen de la vida en beneficio del enfermo, según mi capacidad y recto entender. Del daño y la injusticia le preservaré”*. De modo similar a otros principios, el principio de beneficencia tuvo etapas más paternalistas, donde el médico hace bien al enfermo según su entendimiento, conforme el hábito de tratar a los otros como un padre trata a sus hijos, y otras etapas más liberales. Esto último, a partir del siglo XVII donde comienza a percibirse al paciente como capaz de elegir a su médico, sus tratamientos y donde el ejercicio de la medicina se hace más libre (Caffaro Hernández & Pace, 2008). Como una síntesis, Beauchamp y Childress afirman que el principal objetivo es el beneficio del enfermo y que se debe guardar total respeto por la dignidad del hombre. En la casuística, los autores indican que pueden priorizarse otros principios cuando existen enfermedades de denuncia obligatoria o circunstancias protegidas por el ordenamiento jurídico, como el aseguramiento del bien común o la protección del propio paciente (Caffaro Hernández & Pace, 2008). El bien del hombre consiste en orientar su conducta hacia su preservación y perfeccionamiento como ser humano. La ética alude al bien como fin último de los seres humanos, para preservar la vida, la integridad y la libertad (Caffaro Hernández & Pace, 2008). Conforme han enseñado Beauchamp y Childress, el principio de beneficencia pregonaba que el profesional de la salud debe siempre procurar el bien de sus pacientes. Por lo tanto, deben ofrecer a los pacientes la prevención, eliminación o control de enfermedades y lesiones, alivio de dolores, sufrimientos, mejora de minusvalías y prolongación de la vida (Caffaro Hernández & Pace, 2008). Dependiendo del paternalismo o liberalismo imperante en cada época, el principio de beneficencia se apoya más en el conocimiento del profesional para evaluar lo que es “bueno” o en la voluntad o información del paciente para que sea la decisión de éste la que prevalece. Un equilibrio entre ambos escenarios parece la aplicación más legítima del principio en cuestión.

- Principio de no maleficencia

Consiste básicamente en abstenerse de hacer daño o causar perjuicio a otros de modo intencional. Este principio de la bioética encuentra su razón de ser en que todos los hombres tienen dignidad por el sólo hecho de serlo y por tanto, los seres humanos deben ser tratados como fin y no como medio. Los seres humanos deben ser tratados con igual consideración y respeto, sin que ello dependa directamente de la voluntad de las personas. El principio de no dañar es la razón del Derecho Penal (Caffaro Hernández & Pace, 2008). Este principio ha tenido una interpretación paternalista en su origen, en virtud de la cual el médico tenía mayormente una obligación de favorecer sin dañar, y una interpretación más autonomista que surgió en el siglo XVII, por la que se entiende que el deber del médico es el de no dañar y la acción de favorecer depende del consentimiento del paciente. En cuanto a los trasplantes de órganos, el principio de no maleficencia se ve, en principio, desafiado por la ablación de órganos para trasplante entre vivos, puesto que se está “dañando” a una persona, para beneficiar a otra. El consentimiento y altruismo del dador en este caso deben ser los factores determinantes de análisis del caso.

- Principio de justicia

Para la bioética es fundamental el concepto de justicia y podríamos aproximarnos al mismo a través de una intuición de justicia como de “Dar a cada uno lo suyo” o la definición de igualdad formal aristotélica según la cual los iguales deben ser tratados igualmente y los desiguales, desigualmente. El principio de justicia puede desdoblarse en dos: un principio formal (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y un principio material (determinar en lo concreto cuáles son las características relevantes para la distribución de los recursos).

Las políticas públicas deben diseñarse siguiendo el contenido que la sociedad ha dado al principio de justicia, y a los demás principios en un contexto determinado.

Como anticipamos, hay muchos asuntos relevantes de la bioética que son transversalmente atravesados por la temática de la procuración y trasplante de órganos. Podemos aquí comenzar comentando el tema de la definición de muerte. Este tema es relevante ya que fue durante la década de los ´70, período que Diego Gracia denominó como “Ética de la donación”, que los avances en los

métodos de soporte vital dieron lugar a formulaciones de muerte distintas a la de la clásica muerte cardiopulmonar y comenzó a pensarse en los donantes con muerte cerebral como una posibilidad. La muerte es finalmente, una construcción cultural, una convención social y es un tema siempre sujeto a debate. Lo relevante aquí, es que en 1968 se propusieron los famosos Criterios de Harvard, que establecen la muerte cerebral como nuevo criterio de muerte. La definición de muerte encefálica gozó de un amplio consenso global, y fue esta construcción cultural la que permitió la donación cadavérica. El Dr. Rivera Lopez comenta que esta nueva definición de muerte estuvo motivada también por la controversia que existía hasta el momento para obtener órganos para trasplante, tal como explícitamente ha manifestado el Comité Ad Hoc de la Facultad de Medicina de Harvard. Esta “confesión” ha sido la principal fuente de críticas a la definición de muerte cerebral puesto que pareciera entonces, ser una definición pragmática de la muerte. En cualquier caso, el Comité también definió las causas de la muerte cerebral, y las pruebas requeridas para su comprobación.

Otra de las temáticas relevantes de la bioética a los efectos del presente trabajo, es la aplicación del principio de justicia en la distribución de órganos. Pareciera evidente que un sistema de distribución tiene 2 etapas: en la primera se define quién entra o no entra en una lista de espera y en la segunda, se determina en qué orden se asignan los órganos a quienes consiguieron formar parte de la lista.

Ahora bien, ¿cuáles son los criterios que deben aplicarse al sistema de distribución de órganos? ¿Cómo se relaciona el modelo de procuración con el sistema de distribución? A continuación, intentaré esbozar posibles respuestas a las preguntas precedentes.

Excede el objetivo del presente trabajo intentar proponer una definición de justicia. Sin embargo, es necesario aproximarnos a algún concepto de justicia para pensar en cómo distribuir los órganos disponibles de una manera equitativa, esto es, construir un modelo de justicia en la asignación de un recurso escaso (los órganos para trasplante). Según el comité de bioética del INCUCAI, “...*En materia de trasplante el principio de justicia se concretaría en el establecimiento de condiciones de igualdad para todas las personas que podrían beneficiarse con la dación de órganos y tejidos, tratando con la misma consideración y respeto a todos aquellos que se encuentren en condiciones similares. La justicia*

se fundamenta en la no discriminación de posibles receptores por cuestiones vinculadas a la edad, sexo, religión, riqueza, entre otras” (INCUCAI, 1999).

En este sentido, y tal como lo dispone también la Organización Mundial de la Salud, no debiera impedirse a ninguna persona el acceso al trasplante con base en criterios económicos, pues ello sería resultado de un sistema desigual, inequitativo e injusto. El Dr. Miguel Angel Frutos analiza diferentes motivos que pudieran parecer razonables para la asignación de órganos, y otros que no lo serían. Indica que *“Desde un punto de vista actual, los criterios generales sobre los que aceptablemente debería pivotar la distribución de órganos para trasplante renal incluirían la urgencia, el beneficio terapéutico, las características médicas del receptor y el tiempo de espera”* (Frutos, 2015). En la misma publicación, profundiza sobre el tema el Dr. Frutos indicando que *“Todos estos criterios comparten éxito, aprovechamiento de recursos y justicia distributiva, ya que de acuerdo con los principios generales de bioética del Informe Belmont el criterio de justicia es fundamental. Consiste en dar a cada cual según su derecho o imparcialidad en la distribución de un recurso (Parrilla, Ramírez, & Ríos, 2008) o un tratamiento”* (Frutos, 2015).

En el capítulo 13 del “Manual sobre donación y trasplante de órganos”, Paredes, Vilardell y Manyalich indican que las normas de distribución debieran tender a un equilibrio entre necesidades y beneficio médico-social con equidad y no basado en consideraciones financieras o de otro tipo como raza, sexo, prestigio social, estado socioeconómico, localización geográfica, etc. (Parrilla, Ramírez, & Ríos, 2008) Los autores afirman que los principios éticos que deben regir las normas de distribución y que deben tener consenso entre los responsables de asignar un recurso público valioso en forma justa e imparcial son la utilidad médica o eficacia, supervivencia y resultados del trasplante); justicia distributiva; y equidad. El “Manual sobre donación y trasplante de órganos” indica que *“La justicia distributiva y la equidad requieren que el receptor candidato a recibir un trasplante sea seleccionado de forma imparcial y que la selección se base en principios de no discriminación e igualdad de oportunidades. Tales criterios médicos deben ser objetivos e incluyen la necesidad médica del receptor y la probabilidad de éxitos del trasplante, siempre de acuerdo con los conocimientos científicos vigentes en cada momento”* (Parrilla, Ramírez, & Ríos, 2008).

Por su parte, Childress indica que existen 3 principios materiales para la distribución de órganos: (i) necesidad del paciente, (ii) probabilidad de éxito, y (iii) tiempo en la lista de espera cuando dos pacientes son iguales. (Caffaro Hernández & Pace, 2008)

La Conferencia de Múnich de 1986 que organizaron las principales asociaciones de trasplantes europeas, estableció que *“La capacidad económica de las personas no debe ser un factor que decida sobre la asignación de los métodos de tratamiento ni de los órganos para el trasplante”*. En igual sentido la 44^o Asamblea de OMS concluyó que: *“A la luz de los principios de distribución justa y equitativa, la donación de órganos debe proporcionarse a los pacientes sobre la base de las necesidades médicas y no basándose en consideraciones económicas”* (INCUCAI, 1999)

Los argumentos consecuencialistas que desarrolláramos anteriormente, argüirían que el fomento del propio beneficio redundará en un beneficio de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, lo cierto es que los intereses de individuos o clases diferentes pueden entrar en conflicto en determinadas condiciones, como ser la diferencia de necesidades y de puntos de partida para la toma de decisiones (INCUCAI, 1999). Además, la imparcialidad para la asignación de órganos contribuye a la confianza y la transparencia que requiere el sistema para funcionar. Si los potenciales donantes percibieran que los órganos son distribuidos de un modo injusto, se verían menos incentivados a poner sus órganos a disposición de un sistema inequitativo. Si bien no existe un sistema de distribución de órganos perfecto, sí puede decirse que algunos son mejores que otros y que todos ellos son susceptibles de perfeccionarse (Caffaro Hernández & Pace, 2008). La participación del público en la creación del modelo de justicia aplicable a la distribución de órganos también es relevante para su éxito, en tanto que contribuye a ampliar consensos y generar mayor confianza.

Hay un consenso amplio en relación con que el acceso a las listas de espera esté vinculado con la necesidad biológica. Se recomienda que los criterios de acceso a las listas de espera sean objetivos, mensurables, de aplicación igualitaria en todos los centros, y revisados con cierta frecuencia para reflejar el avance de la medicina.

Dentro de la doctrina citada podemos encontrar puntos en común en relación con las características que debiera tener un sistema de distribución. Pareciera que el sistema debiera ser justo, equitativo, imparcial, no discriminatorio, no vinculado a criterios económicos, contemplativo de la necesidad biológica del paciente, de la urgencia y del beneficio terapéutico y/o capacidad de éxito del potencial trasplante. En este conjunto de características nos encontramos tanto con criterios médicos, como con criterios no médicos. Ambos tipos de criterios son necesarios para pensar un sistema de distribución de los órganos (escasos) disponibles para trasplante. El Dr. Rivera Lopez define a los criterios médicos como sigue: *“Consideraré que un determinado tipo de información (médica o no) se transforma en un criterio médico de decisión cuando esa información se utiliza con vistas a adoptar una medida terapéutica que previsiblemente beneficiará al paciente....Los criterios estrictamente médicos son, por lo tanto, siempre referidos a un paciente determinado, y la evaluación médica consiste en un balance de costo y beneficio de una medida terapéutica (o conjunto de medidas) referido solamente al paciente en cuestión, y no en una comparación entre pacientes...En el caso de los trasplantes, los criterios médicos sirven para evaluar la conveniencia de que un paciente sea sometido a un trasplante en general, así como también la conveniencia de que un paciente reciba determinado órgano en un momento determinado (siempre entendiendo “conveniencia” como “conveniencia para el paciente concreto)”* (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001). Los criterios no médicos podrían ser de tipo consecuencialista (el criterio de distribución buscará maximizar el bienestar de los pacientes) o deontológico (hará referencia a derechos de los pacientes vinculados con algún tipo de merecimiento, como por ejemplo, cuánto esperó cada uno o la edad), pero podrían también fijarse criterios no médicos que de algún modo combinen estas tendencias (Rivera Lopez, *Ética y Trasplantes de Órganos*, 2001).

Como hemos visto, la distribución de órganos tiene dos etapas y pareciera hacer sentido que los criterios médicos prevalezcan en la etapa donde se define quiénes ingresarán a una lista de espera, mientras que los criterios no médicos, debieran tener mayor influencia en la etapa donde se define quién tiene mayor prioridad dentro de la lista. Dice el Dr. Rivera Lopez que en la que él denomina

como etapa de “asignación final”, debiera encontrarse una combinación razonable entre eficiencia y calidad de acceso. Sobre este punto el autor concluye que *“No creo que exista una fórmula a priori que pueda establecer cuál es el punto óptimo de ese compromiso. Lo que la simulación permite obtener es un sistema en el que se obtenga el mayor grado de igualdad a expensas del menor sacrificio de eficiencia posible, o, a la inversa, un mayor grado de eficiencia a expensas del menor sacrificio de igualdad posible”* (Rivera Lopez, Ética y Trasplantes de Órganos, 2001). Por lo tanto, aunque el presente trabajo pretende centrarse en los resultados de los sistemas de procuración, no puede soslayarse que sí pareciera existir una relación entre el método de procuración de órganos y el sistema de distribución. Si bien esto es menos evidente en modelos no condicionados, la relación entre el método de procuración de órganos y el sistema de distribución se pone de manifiesto en sistemas transaccionales y condicionados. Un sistema transaccional, de hecho, es al mismo tiempo que un sistema de procuración, un sistema de distribución: los órganos sólo son obtenidos por quien puede pagarlos (sea cual fuere el instrumento de cambio), y asignados a quién el comprador designe (generalmente, el mismísimo comprador aunque este receptor podría variar en modelos del tipo “club”). Por su parte, los sistemas condicionados más restrictivos, se atreven a dejar fuera del sistema de distribución a quienes no hubiesen optado por donar sus órganos. En este contexto, la distribución de los órganos disponibles, ya encuentra una primera guía: quien optó por no donar, no podría recibir un órgano. En sistemas condicionados, pero más laxos, pareciera tener más presencia un criterio de justicia donde todos tendrían oportunidades de recibir un órgano, aunque con ciertos condicionamientos en cuanto a prioridad.

CONCEPTOS ECONÓMICOS QUE ATRAVIESAN LA TEMÁTICA

El problema económico disparador del presente trabajo es la escasez de órganos disponibles para trasplante vs. la cantidad que se necesitan. Como sugiere el Dr. Rivera Lopez, podríamos establecer el grado de dicha escasez comparando la cantidad de pacientes en lista de espera con la cantidad de personas enlistadas que mueren esperando (Rivera Lopez, Ética y Trasplantes de Órganos, 2001). En este punto, debemos mencionar que la cantidad de personas en lista de

espera es un criterio algo errático, puesto que dependerá como vimos precedentemente, de los criterios en función de los cuales se incluya o no a los pacientes en la lista de espera y cómo se los priorice. Aunque es cierto que la escasez pareciera no poder ser resuelta únicamente por el aumento en la oferta de órganos disponibles para trasplante por donantes cadavéricos (según Kessler y Roth, hay solo 1/3 de órganos que no se recuperan para donación de donantes cadavéricos), es posible identificar como más exitoso a un determinado modelo de obtención de órganos de donantes cadavéricos por sobre otros, en función de sus resultados respecto de la escasez existente en la actualidad. Este “éxito” vendría a estar dado por la cantidad potencial de órganos que pudieran estar disponibles para trasplante, y aquellos que efectivamente lo están. Si este fuese el único criterio evaluable, debiéramos preferir el “modelo obligatorio”, ya que sería el único modelo que en teoría permitiría al sistema de salud hacerse de todos los órganos disponibles para trasplante en una sociedad dada, ya que no se consideraría la voluntad, ni los incentivos de intercambio. Se trata de un sistema que coercitivamente lograría la máxima eficiencia, considerando como único criterio de éxito, la cantidad de órganos procurados para trasplante.

Ahora bien, el éxito de un modelo podría estar dado por el aumento de la oferta a través de la disminución del precio de las cantidades ofrecidas de órganos en términos monetarios. Sin embargo, si hiciéramos propia dicha afirmación, estaríamos perdiendo de vista el costo moral de la adopción del mecanismo de la transacción por un lado, y estaríamos soslayando las posibilidades de aumentar la oferta por vía de la productividad, por otro. Es decir, de lo desarrollado hasta aquí, podemos intuir que hay modos de aumentar la oferta actual de órganos disponibles para trasplante, sin que la sociedad deba exponerse al alto costo moral que implicaría la adopción del mecanismo de la transacción. Hemos explorado y descripto diferentes modelos que en mayor o en menor medida, permitirían aumentar la oferta de órganos disponibles para trasplante. En esa ecuación, debemos además, contemplar el costo moral o la valoración ética que implica para una sociedad dada, la adopción de uno u otro modelo. Adicionalmente, y retomando el concepto que se pretende introducir, cualquiera sea el modelo elegido, es relevante considerar que el mismo será más o menos eficiente dependiendo del foco que se le de a la productividad de ese

modelo. Es decir, aún el modelo obligatorio, que ya hemos indicado como potencialmente eficiente (comparado con otros modelos) en términos de aumento de la oferta de órganos disponibles para trasplante, podría ser mejorado por vía de la productividad.

Conocemos actualmente que casi la única causa real de crecimiento económico en el largo plazo es la productividad, es decir, cuando las cantidades producidas crecen de manera continua (Krugman, Wells, & Graddy, 2011). La productividad necesariamente aumenta cuando la oferta de un determinado bien cuenta con más y/o mejor Capital Físico, Capital Humano y Progreso Tecnológico, manteniéndose las demás variables iguales. Para demostrar esto, los economistas utilizan la función de la producción agregada, que muestra cómo la productividad depende de estos tres factores. Esta función permite desentrañar los efectos de estos tres factores en la productividad total (Krugman, Wells, & Graddy, 2011). En relación con la productividad asociada a la procuración de órganos para trasplante, cabe afirmar que el sistema español ha potenciado las posibilidades productivas de su Capital Físico (máquinas, hospitales, etc.), su Capital Humano (que ha desarrollado capacidades técnicas que antes no existían a través de formación académica continua, entre otros factores), y ha basado sus decisiones en el Progreso Tecnológico y Científico (incluyendo, por ejemplo, el trasplante en asistolia) (Krugman, Wells, & Graddy, 2011) y (Blanchard, Amighini, & Giavazzi, 2012).

El estado es clave a la hora de promover o desacelerar cualquiera de las tres fuentes de crecimiento económico de largo plazo, muchísimo más cuando los sistemas de salud son íntegramente públicos o de algún modo sostenidos por el Estado. El estado juega un rol importante en relación con el Capital Físico, ya que construye infraestructura (hospitales, compra de insumos, etc.). Para lograrlo, la economía debe poder costear esta cantidad de Capital Físico y tener la disciplina necesaria para mantenerlo y garantizarlo en el futuro (Krugman, Wells, & Graddy, 2011). El estado también juega un importante rol indirecto en el aumento de la confianza de los miembros de la sociedad en un sistema (de salud) dado. Ya hemos anticipado que la confianza y la transparencia juegan un rol fundamental para el correcto funcionamiento del sistema. Si los ciudadanos confían en el sistema de salud de un país, serán más propensos a consentir la

donación de sus órganos. Por el contrario, si los ciudadanos no confían en el sistema de salud de su país, su propensión a consentir la donación de sus órganos se verá negativamente afectada privando a ese mercado de los beneficios de esos órganos.

En relación con el Capital Humano, el rol del gobierno es invertir en formación, y ello se refleja en las tasas de crecimiento de Capital Humano. El Progreso Tecnológico suele ser resultado de la inversión privada, sin embargo, ciertas agencias gubernamentales también invierten en Investigación y Desarrollo (Krugman, Wells, & Graddy, 2011). En el caso de la procuración de órganos para trasplante, la difusión del concepto de muerte cerebral, así como el desarrollo de la inmunosupresión y el avance de la técnica médica en general fueron sin dudas ejemplos de Progreso Tecnológico que han incrementado la productividad de los modelos de procuración de órganos.

Es importante escribir un párrafo respecto de la estabilidad política, la asignación y protección de derechos de propiedad y la intervención estatal. El crecimiento económico de largo plazo exige que existan leyes e instituciones confiables, y un sistema político estable que mantenga dichas instituciones (Acemoglu & Robinson, 2016). La normativa debe garantizar los derechos de propiedad, y el sistema de justicia y seguridad debe garantizar el cumplimiento de la ley. Como afirma el Dr. Rafael Matesanz, *“De todas formas, es más que probable que detrás de no pocas negativas familiares o incluso de un no excesivo entusiasmo de algún profesional sanitario o de la sociedad en general subyazgan las reticencias de estar contribuyendo a algo genéricamente poco claro. Estas actitudes cuestan vidas con nombres y apellidos de enfermos que no van a poder recibir un trasplante por todo lo que acabamos de exponer. Quizás no vendría mal, por tanto, un poco de prudencia al abordar estos temas”*. En similar sentido, concluye M.A. Frutos *“Finalmente, cuando la población percibe transparencia y criterios justos en la selección de receptores, con imparcialidad respecto a condiciones de los receptores, entonces esa población mayoritariamente apoya la donación y el porcentaje de potenciales donantes en encuestas realizadas en vida es significativamente mayor que cuando los encuestados perciben que existen factores que discriminan tanto la atención médica como el acceso a*

tratamientos con trasplantes. Por ello la ética, la transparencia y la justicia son alianzas que acaban siendo muy rentables” (Frutos, 2015).

Un aumento de la productividad significa que un recurso humano puede producir mayores cantidades con los mismos recursos. Por lo tanto, un aumento de la productividad aumenta la rentabilidad y mueve la curva de oferta agregada de corto plazo hacia la derecha (Krugman, Wells, & Graddy, 2011). Sólo el crecimiento del Capital Físico, el Capital Humano y el Progreso Tecnológico generan movimientos hacia la derecha de la curva de output potencial. En el largo plazo, a medida que el tamaño de los recursos humanos y la productividad aumentan, el nivel de producción real que la economía es capaz de producir, también aumenta. Siendo que el crecimiento real de una economía en el largo plazo depende de que crezca su capacidad potencial de producir (Krugman, Wells, & Graddy, 2011), debemos entender a la productividad en la procuración de órganos como el crecimiento de la cantidad de órganos disponibles para trasplante en un sistema con unos recursos dados.

De nuevo, sea cual fuere el modelo por el cual nos inclinemos (obligatorio, transaccional o cualquier de los intermedios), no debemos perder de vista que todos ellos pueden mejorar su *performance* en términos de disponibilizar una mayor cantidad de órganos, si se destinan esfuerzos a mejorar su productividad.

CONCLUSIÓN

Existe amplísimo consenso respecto de que la oferta de órganos trasplantables es insuficiente considerando su demanda y que la vía para solucionar este problema económico de escasez debe ser el aumento de dicha oferta. Hemos visto que, aunque exista la posibilidad de aumentar los órganos disponibles para trasplante por donantes cadavéricos, ese aumento tiene un techo. Aunque pueden explorarse vías para nutrir al sistema de dichos órganos, y es objeto del presente trabajo proponer y debatir respecto de éstas, es hoy fundamental resaltar la importancia de explorar otras alternativas científicas que permitan resolver el desfasaje que, aún implementando modelos que maximicen la disponibilidad de órganos para trasplante, seguirá existiendo entre oferta y demanda de órganos (Kessler & Roth, Getting More Organs for Transplantation, 2014).

Durante el desarrollo del presente trabajo, hemos visto cómo el sistema español, actualmente el más exitoso del mundo en términos de órganos trasplantados por millón de personas, ha mejorado la oferta y ello se basa en una serie de factores tendientes a ampliar el *pool* de donantes.

Es cierto que el consentimiento presunto (*opt-out*) minimiza los costos de transacción en comparación con el consentimiento expreso (*opt-in*), en tanto no exige ningún acto positivo por parte de los potenciales donantes, esto es, no deben tomar ningún tipo de acción para ser legalmente considerados como donantes. Esta decisión legislativa, si bien no es determinante, pareciera contribuir a que los potenciales donantes se inclinen por una decisión afirmativa vinculada a la decisión de donar sus órganos, en tanto que la *default rule* es la afirmativa por la donación. Siendo que cierto grado de paternalismo es en algún punto inevitable y hasta deseable, esta alumna entiende preferible que la regla por default sea la afirmativa y no la negativa.

Aunque exista doctrina consecuencialista que considera al mecanismo de la transacción como el más eficiente en tanto que los individuos podrían tomar decisiones que maximicen no sólo sus propios beneficios, sino también los de la sociedad en su conjunto, ello no está exento de un costo moral puesto que vivimos en sociedades injustas donde nadie tomaría la decisión de donar un órgano en vida, existiendo otras alternativas de ampliación de la oferta disponibles. Por su parte, el mecanismo obligatorio resulta ser el más eficiente en términos de procuración de órganos cadavéricos comparado con cualquiera de sus competidores. Este modelo, sin embargo, no tiene miramientos sobre los derechos individuales y consideramos que ello no es compatible con los valores imperantes en nuestra sociedad actual.

Ahora bien, la restricción de la oferta nos obliga a intentar empujar algunos límites y nutrirnos de experiencias extraterritoriales que pudieran haber arrojado resultados positivos, en la medida en que éstas pudieran coexistir con los valores culturales de nuestra sociedad. Ejemplo de ello es la regla de prioridad en un modelo intermedio de consentimiento presunto. Hay evidencia empírica y experimental de cómo esta práctica ha arrojado buenos resultados en términos de incremento de los órganos disponibles para trasplante y no ha sido señalada

como prácticas moralmente reprochables por un amplio sector de la doctrina relevante.

Por su parte, en relación con el rol de la familia, considero que debe explorarse la consagración de un derecho del fallecido a que se respete su deseo de donar, cuando no exista una voluntad expresa de no donación por su parte. En todo caso, el sistema debe robustecer sus procesos de información y comunicación de modo tal que la sociedad logre naturalizar la ablación, como una consecuencia ineludible de una muerte relevante para la donación de órganos.

Considerando las argumentaciones exhibidas supra, esta alumna concluye que en la República Argentina se han hecho avances legislativos tendientes a aumentar la oferta de órganos disponibles para trasplante. Sin embargo, esos esfuerzos no han sido suficientes puesto que existen en el mundo otros sistemas y/o técnicas que permiten aumentar esa oferta aún más. Soy de opinión que a los efectos de aumentar la oferta de órganos para trasplante, sin comprometer los principios culturales y morales que esta sociedad más valora, resultaría deseable implementar un sistema que combine el consentimiento presunto con regla de prioridad para los donantes, con un derecho del fallecido a que se respete su voluntad post mortem y con un tratamiento adecuado que permita la donación entre vivos a persona determinada con estrictos y severos controles y la donación renal pareada. Este sistema debiera, además, enfocarse en potenciar su productividad para alcanzar el mayor *output* potencial posible. En relación con este último punto, valdría la pena explorar la implementación de un sistema similar al español que aumente la eficiencia y productividad de los recursos disponibles, dotando a los centros nosocomiales de la infraestructura, la tecnología y el personal necesario para actuar con mayor inmediatez en la identificación de potenciales donantes y la procuración de sus órganos. Por último, el sistema a implementar debiera también prever herramientas que permitan un fácil y comprensivo acceso a la información vinculada con la práctica de la ablación y el trasplante, y sobre todo, mecanismos sencillos que garanticen el efectivo ejercicio del eventual derecho de no donar.

Bibliografía

- Acemoglu, D., & Robinson, J. A. (2016). *Por qué fracasan los países*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós SAICF.
- Alvarez M., H. (2017). Consentimiento presunto y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes: un análisis ético. *Revista chilena de cirugía*, 59, 244-249.
- Bengali, S., & Mostaghim, R. (15 de Octubre de 2017). 'Riñón a la venta': Irán tiene un mercado legal de órganos, pero el sistema no siempre funciona. *Los Angeles Times*.
- Blanchard, O., Amighini, A., & Giavazzi, F. (2012). *Macroeconomía*. Madrid: Pearson Educación S.A.
- Caffaro Hernández, N., & Pace, R. A. (2008). *Iniciación a la bioética con algunas reflexiones desde los trasplantes*. C.A.B.A., Argentina: Del Hospital Ediciones - Hospital Italiano de Buenos Aires.
- Consejo de Europa. (2010). *ONT*. Obtenido de Meeting the Organ Shortage: Current status and strategies for improvement:
http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Meeting%20_the_organ_shortage.pdf
- Elias, J. J. (Septiembre de 2014). *UCEMA*. Obtenido de La Economía de los Trasplantes de Organos: Los Incentivos Importan:
<https://ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/543.pdf>
- Frutos, M. A. (2015). Ética en donación de órganos: una alianza rentable. *Cuadernos de Medicina Forense*, 21, 50-56. Obtenido de Ética en donación de órganos: una alianza rentable.
- INCUCAI. (1999). *Ministerio de Salud de la Nación*. Obtenido de Ética y Trasplante una Selección de Documentos en el 20º Aniversario del Comité:
http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001272cnt-etica_y_trasplantel.pdf
- INCUCAI. (2 de Enero de 2020). *Ministerio de Salud de la Nación*. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/noticias/en-2019-se-alcanzo-una-nueva-marca-historica-en-donantes-y-trasplantes-de-organos>
- Kessler, J. B., & Roth, A. E. (1 de Agosto de 2012). Organ Allocation Policy and the Decision to Donate. *The American economic Review*, 102 (5), 2018-2047.
- Kessler, J. B., & Roth, A. E. (1 de Mayo de 2014). Getting More Organs for Transplantation. *The American Economic Review*, 104 (5), 425-430.
- Krugman, P., Wells, R., & Graddy, K. (2011). *Essentials of Economics*. New York: Worth Publishers.
- Matesanz, R. (1994). Tráfico de órganos: hechos, ficciones y rumores. *NEFROLOGIA*. Vol. XIV. Núm. 6, 633-635.

- Matesanz, R. (2020). *www.ffomc.org*. Recuperado el 13 de Junio de 2020, de https://www.ffomc.org/CursosCampus/Experto_Etica_Medica/U19_LA%20ETICA%20DE%20LOS%20TRASPLANTES.pdf
- Matesanz, R., Domínguez-Gil, B., E. Coll, B. M., & Marazuela, R. (2017). How Spain Reached 40 Deceased Organ Donors per Million Population. *American Journal of Transplantation*, 1447–1454.
- Matesanz, R., Marazuela, R., Coll, E., Mahillo, B., & Domínguez-Gil, B. (2017). About the Opt-Out System, Live Transplantation, and Information to the Public on Organ Donation in Spain ...Y olé! *American Journal of Transplantation*, 1695–1696.
- Navarro-Saldaña , G., Jofré-Oliden , I., & Neira-San Martín, H. (2018). Construcción de instrumento para evaluar factores asociados a la disposición hacia la donación de órganos. *Duazary*.
- Parrilla, P., Ramírez, P., & Ríos, A. (2008). *Manual sobre donación y trasplante de órganos*. España: Arán Ediciones S.L.
- Rivera Lopez, E. (2001). *Ética y Trasplantes de Órganos*. Médico D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rivera Lopez, E. (2006). Organ Sales and Moral Distress. *Journal of Applied Philosophy*, 41-52.
- Rivera López, E. (2020). Donación de órganos y el papel de la familia. ¿Vale la pena repensar el tema? *Perspectivas Bioéticas*, 43-56.
- Stephen , J. C., Mitu, G., & Posner , E. A. (2014). ALTRUISM EXCHANGES AND THE KIDNEY SHORTAGE . *Law and Contemporary Problems*, 77, 289-322.
- Thaler, R. H. (2003). Libertarian Paternalism. *American Economic Review*, 93.
- United Network for Organ Sharing. (2019). UNOS. Obtenido de Donación en Vida Información que necesita saber: https://unos.org/wp-content/uploads/unos/Living_Donation_Spanish.pdf