

SOBRE LA ETICA DE LA NO COMERCIALIZACION DE ORGANOS **COMITE DE BIOETICA DEL I.N.C.U.C.A.I.**

El principio de legalidad constituye un requisito pre-ético para valorar las acciones sanitarias, en tal sentido, el comercio de órganos se encuentra expresamente prohibido y sancionado por la legislación vigente, ley 24.193; el principio de gratuidad de la dación de órganos se impone a través de las limitaciones establecidas en los arts.27, inc. f y g, y 28, vinculadas a la prohibición de otorgar prestaciones o beneficios por la dación de órganos en vida o luego de la muerte, de la intermediación con fines de lucro y de la inducción al dador para forzar la dación.

El mismo cuerpo normativo introduce la noción del consentimiento informado, esto es, la exigencia de un adecuado sistema de transferencia de información a las personas para que puedan tomar decisiones informadas y libres con relación a la disposición de sus cuerpos. El art.13º de la ley establece la necesidad de informar al dador y receptor, y que los mismos hayan comprendido el significado de dicha información, estableciendo claramente que se dejara “a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar.”

Las normas jurídicas se apoyan sobre presupuestos morales que le dan sustentos; en la disputa por ampliar el abanico de donantes, se conjugan distintas posturas éticas sobre el sentido del cuerpo y de la persona, sobre la propiedad corporal y la licitud de la comercialización.

La evolución del adelanto biomédico, impone, desde un sector, la necesidad de considerar al cuerpo como objeto de derecho. En la actualidad se revitaliza la consideración vesaliana del cuerpo como usina de recursos, utilizables en reposición de material terapéutico, de investigación y terapia génica, de material trasplantológico,etc.; el “bioshopping” al albergar células, material anatómico y órganos para trasplantes, exige un reordenamiento de ideas sobre la propiedad y disposición del cuerpo y sus partes.

Los mecanismos de procuración de órganos están constituidos por la donación, la remoción y la transacción. El sistema de la donación, caracterizado como voluntario y solidaria, es moralmente electivo; el mecanismo de la remoción, impuesto por la doctrina del consentimiento presunto, para algunos es una intromisión del Estado sobre la autonomía y en la practica enfrenta a los equipos trasplantológicos con el dilema de la angustia y la retracción familiar, el tercer sistema se impulsa desde la cosmovisión librecambista, que facilita la libre disposición del cuerpo, favoreciendo la comercialización y atentando contra el valor extrapatrimonial del cuerpo.

La contradicción entre las dos corrientes filosóficas que debaten sobre la licitud de la transaccionalidad del cuerpo responden a un modelo anglosajón, que privilegia la autonomía, y otro latino, observado principalmente en Francia, en donde el solidarismo, la fenomenología del cuerpo y el corporalismo mediterráneo, se constituyen en un dique de contención al atomismo moral favorecido por el primer modelo.

Para una mejor comprensión sobre el debate actual resulta esclarecedor realizar una breve síntesis sobre la evolución de las teorías vinculadas a la defición del cuerpo humano.

I. Antecedentes y Teorias sobre la noción del cuerpo.

La falta de precisión para definir el cuerpo físico ha planteado también ambigüedad sobre su estatuto moral.

En la historia de la cultura occidental se desarrollaron las teorías del dominio imperfecto, y la del dominio perfecto, esta ultima presenta dos formas, una “individual” (el cuerpo como propiedad privada) y otra “común” (el cuerpo como propiedad publica).

En la tesis del dominio imperfecto se establecía que el hombre no tiene un dominio sobre su vida porque la misma es un regalo de Dios, en consecuencia no podía disponer de su cuerpo, esta perspectiva se fundamenta en el principio de sacralidad de la vida humana.

Tomas de Aquino manifestó que poner en peligro la vida por el beneficio de otro, no puede ser considerada una obligación perfecta o de justicia, sino solo imperfecta o de beneficencia. Este acto de beneficencia se funda en el amor de caridad, por tanto, resulta incompatible con el comercio. Este tipo de relación se basa en el amor perfecto propio de las relaciones humanas profundas y familiares. Por tanto, Tomas de Aquino considera que los actos del tipo de la donación de órganos no pueden ser objeto de comercio. Ninguno puede vender o comprar órganos o partes del cuerpo. Solo se puede justificar la donación y siempre en casos excepcionales.

En 1660 el Cardenal de Lugo argumenta en favor de esa doctrina que el ser humano solo puede tener dominio de las cosas que son extrínsecas o distintas a él, ya que el dominio es siempre relativo, en consecuencia como nadie puede ser padre o profesor de sí mismo, nadie puede ser señor o tener dominio sobre sí mismo, ya que ser señor significa siempre superioridad en relación a aquel sobre el que es señor.

Por tanto, el mismo Dios no es Señor de sí mismo, por mas que se posea del modo más perfecto. Por tanto, el ser humano no puede ser señor de sí mismo.

El naturalismo también apoyo idénticas conclusiones a partir de la premisa de considerar a todo orden natural como intrínsecamente bueno y al antinatural, por definición malo. La naturaleza humana deviene, entonces, en sagrada e inviolable.

En la antigüedad y en la Edad Media esta era la postura prevalente con relación al cuerpo.

En el mundo moderno el paradigma en cuanto a la consideración del cuerpo fue desplazándose hacia posturas que consideraban al hombre como amo y dueño de sí mismo, de su cuerpo y de su vida, en consecuencia se considera aceptable pactar un precio por el mismo y sus partes. En ese rumbo la filosofía liberal consigna al acto de donación como una obligación o deber imperfecto, es decir vinculado a la beneficencia y considerando que no se puede obligar a una persona a entregar un órgano. Existe en consecuencia una valoración de riesgos y beneficios en donde la ética liberal considera que los órganos y tejidos tienen un precio que debe abonarse conforme lo fijan las leyes del libre mercado.

Frente a las consideraciones liberales surgen cosmovisiones relacionadas con la tesis de dominio público, que parten de considerar que a la par del cuerpo biológico existe un cuerpo social, en el que los cuerpos individuales se visualizan como partes de una estructura más amplia.

La potestad estatal, desde un ethos socializado, impone a los ciudadanos la donación como deber perfecto o de justicia, forjándose la noción de deber o carga pública, en consecuencia el consentimiento informado resulta prescindible, legitimando, de esa manera, la aplicación de la doctrina del consentimiento presunto.

II. Principios y valores comprometidos en la ética de la no comercialización.

a) Dignidad

Todos los principios giran alrededor de una idea fundante que es la dignidad humana, metaprincipio, del que derivan la inviolabilidad e indisponibilidad de la persona. En tal sentido la persona humana tiene dignidad y no tiene precio, es siempre fin en sí misma y nunca medio, es sujeto y no objeto. La prohibición de instrumentalizar a la persona humana bajo cualquier motivo o excusa es absoluta e irrenunciable; con la sola excepción de la comisión de acciones autónomas heroicas o supererogatorias.

La dignidad como valor espiritual de máximo grado de la persona humana se materializa en la autodeterminación consciente, libre y responsable de la vida de las personas, y al mismo tiempo en la valoración y respeto por los demás como pares.

En su "Metafísica de las costumbres" Kant se pronuncia sobre la inmoralidad de la comercialización del cuerpo humano al indicar que "vender un diente para implantarlo en la encía de otro constituye un suicidio parcial; y aun ceder lo que no es un órgano, como los cabellos, no es cosa inocente cuando se añade el lucro".

La ética de la no-comercialización del cuerpo humano y sus partes tiene plena vigencia especialmente en Francia, en tanto que bienes extrapatrimoniales o personalísimos, son indispensables jurídicamente.

En el acto de la donación de órganos, en cuanto a su naturaleza jurídica, consiste en el ejercicio de un derecho personalísimo, el de disponer del propio cuerpo, que conlleva las siguientes características: es de naturaleza innata, extrapatrimonial, de ejercicio vitalicio, relativamente indisponible por el propio titular.

b) Solidaridad y Justicia

Resulta ineludible la aplicación de principios de justicia distributiva, ya que se presentan claramente en la actividad trasplantológica, en forma morigerada, las denominadas circunstancias de justicia: escasez de órganos, heterogeneidad de la composición social y disparidad de interés.

El respecto a la dignidad de la persona humana de ninguna manera se relaciona con una suerte de ensalzamiento ilimitado de la autonomía personal; aunque bien es cierto que se asiste a un momento de entronizamiento del individualismo en la cultura posmoderna occidental.

Con acierto, a través de una metáfora de la navegación marítima, se ha dicho que "El individualismo a la deriva necesita de anclajes, de puntos fijos donde amarrarse; de lo contrario el Derecho y el individuo serán arrasados por fuertes vientos de las fuerzas del mercado".

Para contrarrestar el atomismo moral y la desigualdad que genera la exacerbación de la individualidad es preciso recurrir a los principios de solidaridad y justicia.

Existen aproximaciones a la idea de justicia que responden a distintas cosmovisiones, tales como las corrientes igualitarias, libertarias, comunistas, socialistas, etc.; a título enunciativo, pueden señalarse algunos representantes de distintas teorías: Perelman indica que lo justo significa un trato igualitario para todos los hombres que son iguales en un mismo sentido; Henkel dice que justicia es tratar en forma igual a lo esencialmente igual y a lo desigual, desigualmente

en forma proporcional a la desigualdad; Ryffel entiende que la justicia implica un “ordenamiento correcto sustraído a la arbitrariedad humana según el cual se a de regir el comportamiento de los hombres”.

El concepto de justicia lo define Ralles así :”Una institución es justa cuando no opera ninguna distinción arbitraria entre personas , en lo que se refiere a la atribución de derechos y deberes, y cuando determina un equilibrio adecuado entre reivindicaciones opuesta correspondiente a ventajas en la vida social”. En cuanto a las concepciones de justicia Rawls la expresa a través de dos principios:

I .Toda persona tiene un derecho igual al conjunto mas amplio de libertades fundamentales iguales, que sean compatibles con el conjunto de las libertades para todos.

II. Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: deben ser para el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad e incorporados a funciones y posiciones abiertas a todos , en condiciones de una igualdad equitativa de posibilidades.

Para la aplicación de teorías vinculadas al principio de justicia distributiva es necesario ejercer actitudes vinculadas a la modelación y al equilibrio; considerando ala transparencia y el pluralismo como ingredientes necesarios para la tomas de decisiones en la distribución de recursos. Existen experiencias en donde las asignaciones y deciciones presupuestario se tomaron considerando la opinión de la comunidad sobres las prioridades del sistema local de salud (Oregon.EEUU). En el ámbito de salud es importante, además, considerar el impacto de determinada imputación de gasto en la demanda global.

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, es decir tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales.

La justicia se fundamenta en la no discriminación de posibles receptores por cuestiones vinculadas a la edad, sexo, religión, riqueza, entre otras .

Cuando cualquiera de estas diferencias se convierten en impedimento para la chance de cualquier competidor para acceder al implante, dicha restricción evidencialidad un sistema de desigualdad.

Es por ello que en la distribución equitativa de los órganos disponibles para trasplante, la riqueza o capacidad económica de cualquier aspirante al trasplante no debe constituirse en un criterio de selección y prioridad.

En tal sentido se ha resuelto en la Conferencia de Munich, organizada por las principales asociaciones de trasplantes europeas (EDTA-ERA Y ESOT), 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° 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”.

El paradigma del libre mercado intenta justificar que el fomento del propio interés, contribuirá necesariamente el interés de todos. Obviamente, esto es una falacia, pues los intereses de individuos o clases diferentes pueden entrar en conflicto, y de hecho entran en conflicto en determinadas condiciones (la más obvia de las cuales es la escasez de necesidades).

b) Consentimiento informado y confianza

La confianza es el cimientto sobre el que se construyen relaciones sociales; sin un mínimo de confianza la vida relacional sería inexistente, la ausencia total de la misma inmovilizaría a las personas de tal forma que les impediría realizar movimientos elementales, tales como “levantarse en la mañana”.

La confianza también es constitutiva de relaciones singulares, como la relación entre el abogado-cliente o el médico-paciente. Ya se ha dicho que las relaciones clínicas se definen como el encuentro de confianzas y conciencias.

Al confiar en los demás, existe un reconocimiento a la autodeterminación y autonomía, cuyo ejercicio se armoniza con otro intereses por la confianza depositada, que lleva implícito el reconocimiento de la personalidad del otro.

Ni el engaño, ni la coacción promueven autonomía, sino la promoción y sostenimiento de la confianza a través del cumplimiento de promesas dadas y aceptadas.

La protección de la confianza es fundamental para el desarrollo pacifico de la vida social y la paz jurídica.

Para ello se utiliza el principio de buen fe que indica que uno confianza suscitada un modo efectivo debe ser atendida cuando se creyó efectivamente en ella.

Se despierta la confianza cuando la persona que la suscita tiene el convencimiento que la otra persona va efectivamente a confiar; en las relaciones duraderas y asimétricas, el respeto de la confianza es indispensable para fortalecer dichos vínculos.

El consentimiento informado previsto en la ley de trasplante constituye un elemento integrador de la confianza que debe reinar en el acto trasplantológico al ser utilizado como herramienta que equilibra la relación entre los equipos de procuración y trasplantes y los pacientes con sus familias.

En la directriz N°3, la OMS, indica que "...un órgano debe ser removido del cuerpo de un dador vivo relacionado adulto con propósitos de trasplante si el donante da su consentimiento libre. El donante deberá estar libre de toda influencia indebida, presión y ser suficientemente informado para que sea capaz de comprender y sopesar los riesgos, beneficios y consecuencias del consentimiento.

La recta interpretación de la ley 24.193 permite inferir que cualquier beneficio o contraprestación que se ofrezca al potencial dador, es una practica desaconsejada y que al mismo tiempo limita las posibilidades de discernimiento, intención y libertad de las decisiones de los sujetos involucrados.

Existen casos en que algunos actos médicos constituyen una aplicación del conocimiento profesional para el cual esta habilitado el galeno pero no tienen el objetivo de curar, tal el caso de la ablación de órganos en un dador, en donde se compromete una buena obra técnica; razón por la cual la confianza depositada para el acto quirúrgico de la extracción no debería estar viciada por elementos externos de coacción.

III. Consecuencias de la mercantilización de órganos.

Las consecuencias indeseables de favorecer la libre disposición de órganos, estimulando mecanismos de transaccionalidad, se pueden desdoblar desde un punto de vista particular, en relación con el donante y el receptor, por un lado, y por otro con relación a la sociedad en general y a las políticas globales de procuración.

a) Para el donante (vendedor)

La extirpación de un riñón en el dador, al constituir un acto medico no terapéutico, puede traer perjuicios para la salud o capacidad fundacional del dador, ya que se somete a una persona sana a riesgos quirúrgicos, controles y seguimiento clínicos permanentes.

La experiencia internacional como el caso de la India en donde existen alrededor de dos mil riñones ablacionados por año, indica que los donantes lo hacen en circunstancias de máxima necesidad y pobreza, agravándose las consecuencias de la nefrectomía con la mala nutrición y un deficiente estado de salud.

La autonomía y el consentimiento informado están fuertemente condicionados por la coacción económica y el estado de necesidad, esta es una razón valedera para desalentar la liberalización de donantes, ya que conforme con la teoría de la pendiente resbaladiza, las excepciones se ampliarán inexorablemente de acuerdo al libre juego de poderosos interés y necesidades básicas insatisfechas.

El mismo razonamiento es aplicable para el caso de potenciales donantes cadavéricos, en donde distintas presiones de orden familiar, económico y social, pueden trastocar el compromiso altruista de la donación.

b) Para la sociedad

La compraventa o liberalización de la procuración de órganos conlleva inexorablemente a una disminución de actitudes altruistas y solidarias. "Cuando el cuerpo humano puede ser tratado como un bien ordinario que se vende por precios conocidos y predeterminados, se esta invitando a la corrupción en la sociedad y a un injusto sistema de acceso y distribución de órganos, ya que el rico estará siempre en el final receptor y el pobre en el de la donación".

Un mercado atomizado de trafico y circulación de órganos puede interferir y debilitar las acciones de organización centralizada de programas nacionales de ablaciones e implantes, resintiendo la confianza, la justicia y la solidaridad publica.

En la Conferencia de Munich de 1990 se dejo claramente establecido que "Debe continuar prohibido el comercio con órganos y tejidos humanos utilizados para trasplantar.... Anunciar la necesidad o la disponibilidad de órganos, con la intención de obtener un pago, debe estar prohibido".

En el entendimiento de que el hombre no goza de un dominio perfecto y absoluto sobre su propio cuerpo es aceptable considerar que los órganos son "patrimonio de la humanidad" porque como tales conforman un medio para la salvación y supervivencia de muchas personas, de la misma forma que los medicamentos, pero con dignidad, debe considerarse a los órganos como bienes sociales expropatrimoniales.

Los órganos, si bien se consideran piezas separables del cuerpo merecen un trato y consideración dignos, se encuentran fuera del comercio (*res extracommercium*), es decir no pueden constituirse en objeto de trueque comercial.

La OMS sancionó el 13 de mayo de 1991 normas vinculadas a la ética transplantológica reconociendo, en primer lugar que tanto el cuerpo humano en su totalidad como sus partes no podrán ser objeto de transacciones comerciales, Prohíbe el otorgamiento o la recepción de un pago, compensación o recompensa por los órganos; como también toda publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de órganos con el propósito de ofrecer o solicitar un pago.

Un sector calificado de la doctrina jurídica nacional interpreta a la donación de órganos como una manifestación del derecho subjetivo personalismo vinculado a la disposición del cuerpo, resultando evidente la extrapatrimonialidad de dicha facultad.

IV . Conclusión

Tanto el ordenamiento jurídico general (Constitución Nacional, Código Civil) como el particular (Ley 24193) impiden el ejercicio abusivo de cualquier derecho; en el mismo sentido la hipervaloración de cualquier principio puede conspirar contra una debida armonización con el resto; la sobrevaluación de autonomía provocaría atomismo moral, donde las consideraciones vinculadas al beneficio general y la justicia en la distribución de recursos son excluidas, o en el mejor de los casos minimizadas.

Desde situaciones “desesperadas”, se retoman argumentos que legitiman la posibilidad de disposición ilimitada del cuerpo, transformando la donación de órganos en una transacción comercial, onerosa y regido por las reglas del mercado.

En cuanto a la necesidad de considerar aquellas relaciones de afecto particular, excluida de la hipótesis del donante relacionado; las mismas constituyen condición de “excepcionalidad” contemplada por la ley 24.193 en el art.56 ; por lo cual no es fundamento para promover una exención en los criterios de restricción vigentes. En tal caso lo que debiera hacerse es una mayor difusión a la ciudadanía de las posibilidades que la actual ley pone a su alcance. Es de destacar, asimismo, que en la jurisprudencia Argentina existen resoluciones desfavorables a la autorización de dación entre personas no relacionadas.

El Comité de Bioética del INCUCAI no reprueba actitudes particulares producto de la esperanza y el estado de necesidad, pero estima apropiado reflexionar con prudencia y críticamente sobre las consecuencias de la promoción mercantilizada de órganos, por un lado , y la justicia de la gratuidad incondicionada de la entrega por otro. Las consecuencias desfavorable que pudiesen devenir de la liberación de la dación imponen la necesidad de mantener las restricciones vigentes, constituyendo los principios de dignidad , justicia, solidaridad y confianza el fundamento moral en la procuración de órganos al de marcar la geografía legitimante de las políticas trasplantológicas.

BIBLIOGRAFIA

Baier kurt “El egoísmo”, en Comprendido de Ética. Peter Singer, pag.285. Editorial Alianza. Madrid. 1995

Bueres, Alberto “Responsabilidad civil de los médicos”. Edit. Hammurabi. 1995. Bs. As.

Cifuentes, Santos “Derechos Personalísimo “, Edit. Astrea. Bs. As. 2 ° Edic. 1995

Gafo, Javier “Reflexiones éticas sobre los trasplantes de órganos”. Cátedra de Bioética de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. “Los trasplantes de órganos”, Ética y legislación en enfermería. Universitas, Madrid, 1994.

Gracia, Diego “Historia del trasplante de órganos”. Cátedra de Historia de la Medicina y Master de Bioética de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense. Madrid. “Procedimientos de decisión en ética clínica”. Edit. Eudema. 1990. Madrid. ¿Qué es un sistema justo de servicios de salud? Principios para la asignación de recursos escasos, Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana 108 (1990)

Lorenzetti, Ricardo Luis, “Responsabilidad Civil de los Médicos” Tomo II. Edit. Rubinzal-Culzoni. Santa fe. 1997, Pág. 367.

Luhmann, Niklas “Confianza”” Pág.5. Universidad Iberoamericana. Edit. Anthropos. España. 1996.

Mainetti, José María Estudios Bioéticos II, Pág.175 Edit . Quiron. 1993. Antropobioetica. Quiron Editora, La Plata. 1995.

Mateo Martín Ramón. Bioética y derecho. Edit. Ariel, S.A. Barcelona. España. 1987

Sagarna, Fernando Alfredo “Los trasplantes de órganos en el Derecho”. Edit. Depalma. Bs. As. 1996.

Van Parijs, Philippe ¿ Qué es una sociedad justa?. Ediciones Nueva Visión. Bs. As 1992

Resolución de la 44° Asamblea General de la Organización Mundial de Salud. 1991.

Conclusiones de la Conferencia Internacional Munich. EDTA-ERA. ESOT. 1990