

# Análisis económico de los contratos sobre órganos humanos<sup>1</sup>

## Economic analysis of human organ contracts

FELIPE JAVIER CASTRO AZÓCAR<sup>2</sup>

### RESUMEN

El presente trabajo elabora una revisión de los contratos sobre órganos humanos desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho. Se hace uso de las herramientas propias del derecho y la economía, se adopta una posición crítica en torno la concepción y el marco legal dominante en el mundo sobre esta materia, para con ello realizar un análisis de la legalización de las transacciones sobre órganos a través del diseño de un mercado regulado, comentando las potenciales ventajas que esta traería por sobre la absoluta prohibición.

**Palabras clave:** Análisis económico del derecho, mercado de órganos, contratos prohibidos.

### ABSTRACT

This paper develops a review of contracts on human organs from the Economic Analysis of Law perspective. Using tools of the Law and Economics, a critical position on the conception of the issue and the dominant legal framework is adopted. This

\* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n58.03>

1 Agradezco al Dr. José María Aguilar González de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid por los comentarios sobre este trabajo, como también por la motivación para investigar en estas materias.

2 Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Análisis Económico del Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Derecho, Universidad Finis Terrae. Profesor de Derecho Comercial y Societario, Universidad Andrés Bello y Universidad Central de Chile.

stance is taken to analyze the legalization of organ transactions through the design of a regulated market, commenting on the potential advantages that this would bring over an absolute prohibition.

**Keywords:** Economic analysis of law, market in transactable organs, forbidden contracts.

## INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de contratos sobre órganos humanos en las cátedras de derecho civil en las facultades de derecho, se suele usar como un clásico ejemplo de un contrato con objeto (o contenido<sup>3</sup>) ilícito. En efecto, en la mayoría de los países de tradición continental<sup>4</sup>, los requisitos que los códigos civiles imponen que debe cumplir la cosa<sup>5</sup> objeto de la transacción son que ella exista, que se encuentre determinada y que sea lícita. Falta de licitud que puede provenir por negociar sobre cosas que se encuentran fuera del comercio (como sería el caso de los órganos humanos), entre otras hipótesis.

Considerando tal aspecto, en lo que compete al tema de estudio, casi la unanimidad de los ordenamientos jurídicos ha contemplado que desarrollar la actividad de comprar, vender o exigir un monto por motivo de una donación de órganos no solo debe traer consigo una sanción civil del pacto a través del cual se intenta efectuar<sup>6</sup>, sino que también una de carácter penal para los intervinientes<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de la legislación en torno a la materia, pareciese que lo anterior no es más que un consenso sujeto a la tradición histórica propia del derecho privado, toda vez que son pocas reglas civiles que de forma expresa establezcan que los órganos humanos se encuentran fuera del comercio<sup>8</sup>. En la generalidad de los casos, esta prohibición más bien se encuentra establecida en los códigos penales en consideración

- 3 Se agrega la precisión del paréntesis, en virtud de que en sus últimas reformas el Código Civil francés (CCf) abandonó la clásica denominación de objeto y causa lícita como requisito de validez de los contratos, pasando a adoptar en su lugar la figura del "contenido lícito y cierto" (art. 1128 CCf).
- 4 Como es el caso de España, Chile, Argentina, Panamá, Ecuador, Colombia, Perú, Uruguay, Venezuela, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Brasil, Austria, Francia, Portugal, Alemania, Bélgica, Rumanía, etcétera.
- 5 Entiéndase cosa en el sentido jurídico de la misma palabra, comprendiéndose dentro de ellas las que son corporales como incorporales, siendo estas últimos derechos reales y derechos personales.
- 6 La nulidad del contrato, por ejemplo.
- 7 Se verá más adelante, en lo referido a la propiedad del órgano, que el debate es interesante respecto a los cadáveres de personas fallecidas. Esto porque los programas estatales de donación de órganos *post mortem* (sobre todo aquellos en que se presume el consentimiento) presenta el problema sobre de quién es en definitiva la propiedad de los órganos del fallecido, si de sus herederos o del Estado. Misma disyuntiva se presenta respecto a los vivos, pero allí, como se discutirá, la solución parece ser más fácil.
- 8 Por ejemplo, el artículo 17 del Código Civil y Comercial argentino (CCyCa) dispone que "los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales".

a las características inherentes de esa rama del derecho<sup>9</sup>; pero en cuanto a la materia civil, pareciese que el hecho de encontrarse los órganos de seres humanos fuera del comercio responde a un tabú que se ha incrustado en la tradición jurídica de la mayoría de los países del mundo, sin existir mayor reflexión en torno a ello, aspecto que responde aparentemente a la sacralización del cuerpo humano en contra de su "mercantilización".

Pero este dogma, a medida que se desarrollan las ciencias médicas y las tecnologías, cada vez va perdiendo fuerza. Véanse algunos ejemplos, hoy muchas personas transan su cabello a cambio de un dinero<sup>10</sup> en el mercado de pelucas; las compañías aseguradoras le asignan un valor a algunas partes del cuerpo con el fin de que el contratante interesado pueda asegurarlas<sup>11</sup>; las cirugías estéticas están a la orden del día, y, ya se experimenta con células madre. Inclusive, nadie cuestionaría en estos tiempos a alguien por vender aquellos dientes que le hayan sido extraídos por algún motivo ajustado a la ley<sup>12</sup>.

Ahora bien, el inconveniente aparece toda vez que la atadura descrita presenta una contradicción con la finalidad misma de la compraventa como contrato, la cual es fomentar el comercio a través del intercambio de bienes. Esto impide que, en relación con ese mercado, se prive a los negocios jurídicos como los contratos de cumplir las funciones propias de ellos: La función económica, por un lado, que descansa sobre el principio de la libre circulación de la riqueza por la que los individuos tienden a maximizar su utilidad y en consecuencia el bienestar social; y, la función social, por el otro, en el entendido de que se limita (o de lleno restringe) la cooperación entre los agentes económicos, desincentivándolos a actuar<sup>13</sup>. Sin embargo, restringir la situación a tal perspectiva no solo pecaría de frivolidad, sino que además no se haría cargo de una realidad (distinta al tabú) que a todas luces es indeseable como lo es el tráfico de órganos y la trata de personas en el mundo, concretándose particularmente en lo que se denomina por algunos autores como "turismo de trasplante" (Shimazono, 2007).

Ante los elementos señalados, la motivación e importancia de esta investigación surge por las importantes implicaciones que tiene en materia de salud y de políticas públicas. El artículo plantea la hipótesis de si la liberalización de un mercado de órganos sería útil para ser paliativo de efectos como el de una oferta de órganos inmensamente superada por su demanda y los mercados negros. Es dable sostener *a priori*, como

9 Así, y en esta línea, el artículo 156 bis del Código Penal español (CPE) establece: "Los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida".

10 Véase: Mayorga (2011).

11 Véase: Content Factory (2018).

12 Este último caso es importante de tomar en cuenta, pues en la literatura clínica especializada se ha establecido que los dientes son constitutivos de órganos. En este sentido: Aravena (2012).

13 Cuestión que es un problema si se consideran los contrastes entre oferta y demanda de órganos en algunas localidades, viéndose la primera superada casi en todos los casos por la segunda.

solución a las dificultades existentes, que es el mismo mercado el que a través de sus instituciones otorga directrices para llegar a buen puerto, fundamentalmente por medio de las ideas que descansan sobre la configuración de los derechos de propiedad y del derecho de contratos.

De esta manera, el objetivo de este trabajo consiste en realizar un estudio analítico desde los conceptos del Análisis Económico del Derecho (AED)<sup>14</sup> sobre la compraventa de órganos de personas vivas y para la compensación económica (estatal) respecto a la donación de órganos extraídos de un cadáver. Los alcances y limitaciones de este trabajo, cabe advertir, yacen en las propias características de un análisis enfocado en criterios de eficiencia. Con todo, esto no obsta a reconocer que este tipo de sucesos (clásicos de los mercados tabú) encuentren su causa, la mayoría de las veces, en grandes problemas de desigualdad existentes a nivel país o regional como también global.

Por lo dicho, y en lo sucesivo, el presente artículo se dividirá en tres apartados (no contando la introducción ni las conclusiones). En el primero, se examinará al órgano humano como objeto de transacción, analizando su naturaleza como contrato prohibido (o de contenido ilícito) y las razones que se han atendido en las legislaciones para considerarlo como tal, para consiguientemente poner en entredicho quién ejerce el derecho de propiedad sobre el órgano de una persona viva o muerta, respectivamente, y las consecuencias sobre su disposición. En segundo lugar, se desarrollará un análisis económico de las transacciones voluntarias sobre órganos humanos, poniendo especial atención en el efecto maximizador entre las partes y el bienestar social (*social welfare*) que pueden producirse en ese mercado por la consolidación de dichos acuerdos privados; consiguientemente, en el mismo sentido, se llevará a efecto un análisis de la misma naturaleza, aunque esta vez respecto a la donación de órganos de personas muertas a propósito de la necesidad de subvencionarla a través de una compensación, monto que además (desde la perspectiva de la teoría de juegos, específicamente de los juegos secuenciales) constituirá un incentivo para fomentar el acto. En tercer lugar y finalmente, se esbozará una sugerencia de estatuto jurídico tanto para los contratos sobre órganos humanos, proponiendo ciertos requisitos de validez y las razones que los justificarían, en la compraventa entre vivos, y la consagración de un monto compensatorio, renunciable, en la donación de personas muertas. Así, a partir de la estructura de trabajo propuesta, se espera llegar a conclusiones satisfactorias.

14 La Economía "ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes" (Cooter & Ulen, 2016). El AED, en tal entendido, como explican Cooter y Acciarri (2012) funcionalmente "implica una modalidad de investigación propia de una ciencia (la Economía), proyectada sobre materiales u objetos de otra área del conocimiento (el estudio del Derecho)", siendo el brazo armado de esa modalidad una metodología centrada en la ponderación de costos y beneficios y la modelación de instituciones.

## 1. EL ÓRGANO HUMANO COMO OBJETO DE TRANSACCIÓN

### 1.1. Transacciones sobre órganos humanos como contratos prohibidos

Contrato prohibido, intercambio tabú, mercado inmoral, entre otros, son los conceptos que (no constituyendo necesariamente sinónimos<sup>15</sup>) engloban a determinado tipo de actividades económicas que se encuentran restringidas por la ley (sea civil, penal o administrativa). Entre ellas, por mencionar a las más comunes, se encuentran las transacciones que recaen sobre armas, drogas, material de contenido erótico, derechos parentales, órganos (como lo es el tema que inspira esta investigación), como también el alquiler de útero (maternidad subrogada) y de servicios sexuales (prostitución).

Estas restricciones pueden ser caracterizadas desde dos perspectivas, siendo una primera aquella que las clasifica a partir de su motivación y, una segunda, que lo realiza en atención a su alcance. Para Aguilar (2018), los argumentos que fundamentan las limitaciones de estos pactos son: i. Los fallos de mercado; ii. La distribución de la renta; iii. El constituir dichas transacciones un delito; o, iv. Por tener aquellas actividades implicaciones de índole moral. Por su parte, Krawiec (2009) sin hacerlo de forma explícita se manifiesta en relación con el alcance e implicancias de las limitaciones de ciertas actividades, diferenciando entre éstas: i. Las ilegales; ii. Las inalienables; y, iii. Las que son legales y alienables, pero en las que el intercambio con fines de lucro está prohibido o limitado.

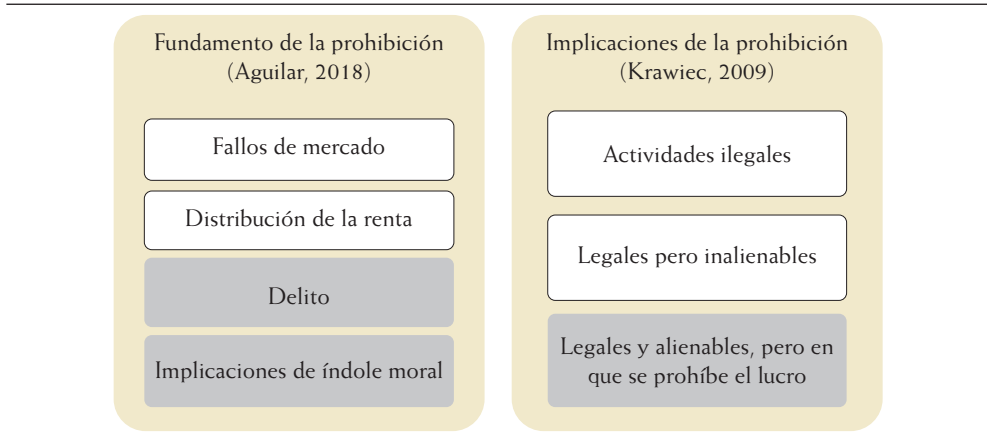
Dicho esto ¿cómo se catalogarían las restricciones en las transacciones sobre órganos? No hay duda de que desde su motivación la prohibición de contratar se encasilla en las implicancias morales que trae consigo (al menos) la compraventa de órganos; por otro lado, ya desde su alcance, en la mayoría de los países el intercambio de órganos sería de aquellos legales, alienables, pero cuya transacción lucrativa está prohibida<sup>16</sup>. No es el mero intercambio el que se sanciona, sino más bien el carácter oneroso de aquel, por cuanto las donaciones de órganos a título gratuito (entre vivos, inclusive) no se encuentran prohibidas, tal como es establecido, por ejemplificar, el derecho de España en la Ley 30/1979 de 27 de octubre y el Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre.

15 Ciertamente no todo contrato o mercado prohibido es tabú. Pueden existir distintas razones para sancionar un negocio que difieran a la de un prejuicio social, como lo serían motivos de orden público, de respeto a derechos de terceros o inclusive de eficiencia. No obstante, para el propósito de este texto se utilizará una u otra expresión indistintamente, advirtiendo que es preferible usar los adjetivos *prohibido* y *tabú* por sobre el de *inmoral*, en consideración a la ambigüedad y los límites difusos de dicha noción.

16 Materia que tiene alcance tanto para la compraventa de órganos como para la donación con causa onerosa o sujeta a gravamen.

Sintetizando, la prohibición de las transacciones sobre órganos se encasilla en razón de las características destacadas en gris de la figura 1<sup>17</sup>:

FIGURA 1. SUPUESTOS PARA LA PROHIBICIÓN DE TRANSACCIONES



Fuente: Elaboración propia.

Como constata Roth (2007) *"muchas personas consideran claramente que la compensación monetaria por la donación de órganos es algo que transforma una buena acción en una mala"*. En conciencia de tal hecho, además de la literatura crítica de lo que se considera como un caso de "mercantilización" del individuo, especialmente Radin (1996) y Sandel (2013) quienes hacen hincapié en que las consideraciones de eficiencia económica no bastan, siendo necesario tomar en cuenta aspectos de carácter éticos, morales y de "justicia". A propósito de estas actividades, han existido importantes voces desde las disciplinas especializadas (como la medicina) y organismos internacionales en contra de cualquier tipo de mercado sobre órganos humanos.

Desde luego, los mayores esfuerzos porque este tipo de transacciones se encuentren vetadas por los ordenamientos jurídicos del globo han provenido de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual desde hace varios años ha hecho un intento en frenar todo mercado de órganos, poniendo especial preocupación en el hecho de que los países exportadores son de los más pobres.

En la 42ª Asamblea Mundial de la Salud (1989), se presentó un proyecto de resolución en el que se pedía a los estados miembros tomar medidas preventivas y recomendaba a estos adoptar otras de carácter prohibitivas a toda forma de comercialización de órganos humanos, justificándose en que esta *"constituye una explotación de la miseria humana y agrava los riesgos para la salud de los donantes"*, teniendo como precedente

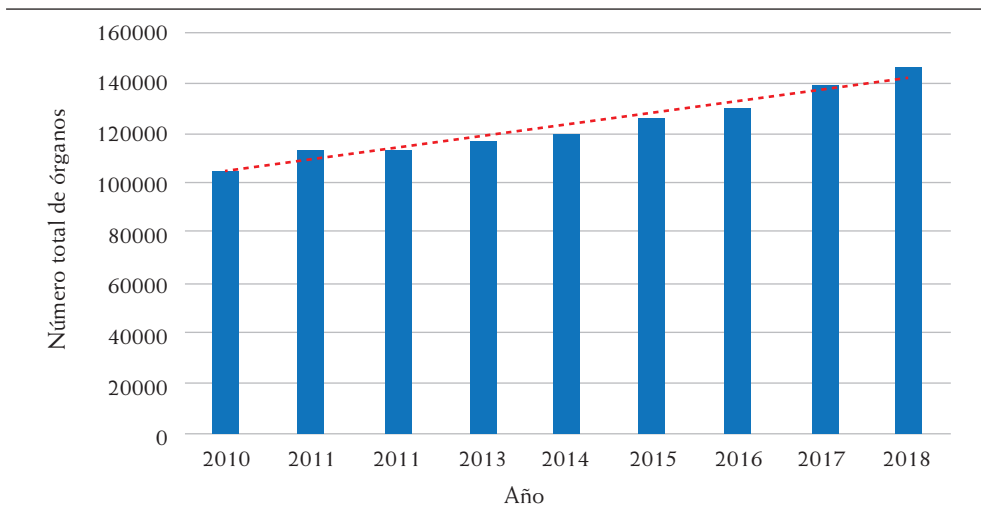
17 Es legítimo plantearse si las transacciones sobre órganos constituyen un delito por considerarse contratos prohibidos o si son contratos prohibidos por significar delito. Para estos efectos, será indiferente.

lo dictado por la 40ª Asamblea Mundial de la Salud (1987) donde se sostuvo que *“ese comercio es incompatible con los valores humanos más fundamentales y contraviene la Declaración Universal de los Derechos Humanos”*. Todos estos, intentos nobles, sustentados en una preocupación legítima, fueron sistematizados en los Principios Rectores de la OMS Sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos de 2010.

Lo mismo ocurre con la Declaración de Estambul sobre el Tráfico de Órganos y el Turismo de Trasplante (2008), en la que se dicta que *“el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana y deberían prohibirse”*, puesto que *“los donantes con menos recursos económicos o más vulnerables (incluye personas analfabetas, inmigrantes indocumentados, presos y refugiados políticos) son el blanco de la comercialización de trasplantes, se produce inexorablemente una injusticia”*<sup>18</sup>. Así, y todo, lo anterior no imposibilita que se cuestione la eficiencia e inclusive la eficacia de las políticas públicas diseñadas a partir de tales consideraciones, más aún, considerando ciertos puntos importantes como lo son: i. La escasez de órganos humanos para ser trasplantados; ii. El, como ya se mencionó, avance de la tecnología médica; y, iii. La realidad, esto es, que hay personas dispuestas a vender y comprar órganos.

En atención al último punto, quizás este sea uno de los más importantes para cuestionarse y replantearse la prohibición de los contratos sobre órganos humanos. La realidad es invencible, reza un dicho. Para sustentar tal afirmación, vale remitirse al estado actual de los trasplantes en el mundo y determinar qué proporción de estos fueron transaccionados con apoyo en las figuras 2 y 3.

FIGURA 2. DISTRIBUCIÓN DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS HUMANOS EN EL MUNDO (2010-2018)



Fuente: Elaboración propia con datos del WHO-ONT Global Observatory on Donation and Transplantation.

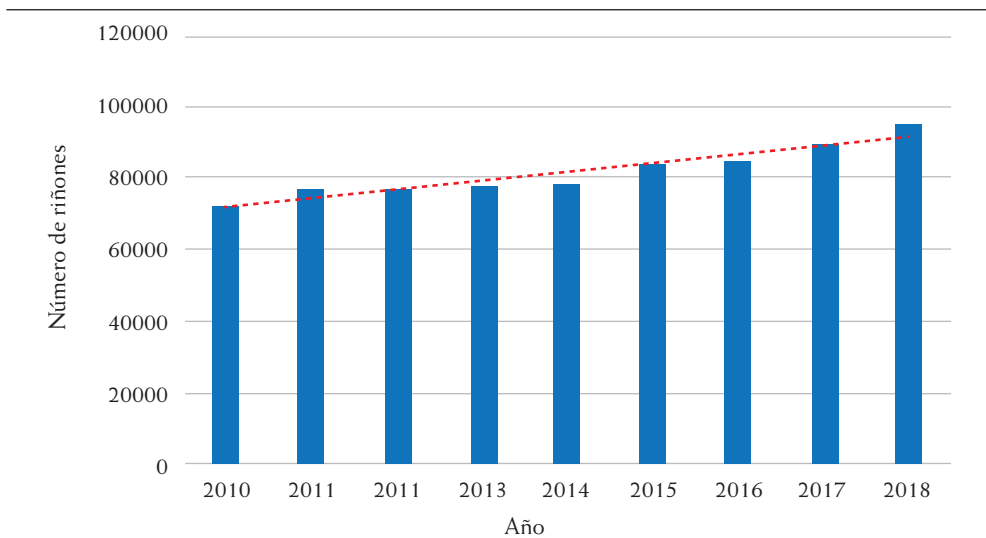
18 Participantes en la Cumbre Internacional sobre Turismo de Trasplantes y Tráfico de Órganos (2008).

Como corroboran Kar y Spanjers (2017), Global Financial Integrity estima que el 10% del total de trasplantes al año a nivel global se concretan a partir de órganos traficados (donde se incluyen todos los considerados en la Figura 2, como corazones, hígados, etcétera).

Una cifra que podría parecer pequeña, pero es nada marginal en virtud del número real que se representa ante tal estimación. En concreto, llevando dicha estimación porcentual al año 2016, de un total global de 130.182 trasplantes realizados, fueron 13.018,2 aquellos que se llevaron a cabo haciendo uso de órganos (incluidos corazones) derivados de transacciones ilícitas.

La magnitud de cómo, pese a las prohibiciones de transacciones sobre órganos humanos, en específico su compraventa, el tráfico de estos parece una ocurrencia que no cesa, puede verse con mayor claridad particularmente con los riñones. Esto ya que la relación entre los trasplantes de estos órganos con aquellos provenientes del mercado negro es un tanto mayor, llegando a ser 10.000 por año del total, según estimaciones de la propia OMS (Campbell & Davison, 2012).

FIGURA 3. DISTRIBUCIÓN DEL TRASPLANTE DE RIÑONES HUMANOS EN EL MUNDO (2010-2018)



Fuente: Elaboración propia con datos del WHO-ONT Global Observatory on Donation and Transplantation.

Así las cosas, si del total en 2016 exclusivamente un 10% del trasplante de órganos (incluidos hígados, etcétera) es resultante de contratos prohibidos, ese porcentaje aumenta casi en un 12% del total de riñones trasplantados en el mismo año. Cuestión que no ha de sorprender si se toma en cuenta que las posibilidades de conseguir un riñón para ser objeto de trasplante son más altas que la de otro órgano, dado que una persona puede vivir sin un riñón, pero no sin su hígado o sin su corazón.



Como sea, lo importante es dejar en claro que a pesar de todos los intentos para prohibir o restringir los efectos de contratos sobre órganos humanos, ello no ha conseguido su cometido en el combate contra el turismo de trasplantes. No existen estudios empíricos que indiquen que la prohibición de este tipo de transacciones haya traído consigo una considerable disminución de órganos trasplantados a partir de negociaciones voluntarias (o forzosas, en el peor de los casos), como asimismo no se ha indicado una teoría más allá de las meras declaraciones de principios y de buenas intenciones que satisfaga los pronósticos de los ordenamientos de corte prohibicionista.

Por lo expuesto, no solo es legítimo, sino que también es menester ante la evidencia, poner en duda las restricciones para un mercado lícito y regulado de órganos humanos, abriéndose a la posibilidad de considerar alternativas que hasta hoy han sido rechazadas bajo el pretexto de la repugnancia.

## 1.2. Propiedad y disposición de los órganos humanos

La repugnancia como uno de los fundamentos de la prohibición de los contratos sobre órganos humanos es algo que varía en las sociedades y en la historia (Roth, 2007)<sup>19</sup>. Puede que dicha concepción (moral o cultural) del mercado en cuestión cambie y que legalmente se abandonen las restricciones ya referidas en la materia, pero todo ello será inútil si no existe una clara definición de los derechos de propiedad sobre los órganos, tanto de personas vivas, como de aquellas ya fallecidas.

Con apoyo en el denominado "Teorema de Coase"<sup>20</sup>, esa correcta asignación de derechos es una condición necesaria (junto con la existencia de nulos o bajos costes de transacción e información completa) para que las partes puedan ser capaces de negociar y resolver por sí mismas los problemas de las externalidades. Si el derecho es capaz de definir inicialmente derechos de propiedad y aminorar en lugar de imponer una gran cantidad de costes de transacción, será el propio mercado el que tendería a lograr condiciones óptimas de eficiencia en las transacciones.

Precisamente, *"para iniciar el análisis económico del mercado de órganos es necesario considerar que los órganos son bienes comercializables"* (Chaparro, 2016). Ello no implica cuestiones ya solo referidas al marco normativo de cada Estado, sino que obligue a elaborar comentarios tal vez más sofisticados desde la filosofía jurídica y la ciencia económica hasta el día de hoy debatidos. En aquel campo es donde los juristas y iuseconomistas se han enfrentado, sea a partir de posiciones contrarias a la celebración y ejecución de contratos sobre órganos en vista de que ello constituiría una "mercantilización del cuerpo humano", al igual que otras posturas disidentes a aquella.

¿Los órganos son propiedad de la persona que nace? En contra de la posición tradicional que sirve de gran sustento para la prohibición de transacciones sobre

19 Aunque esa variación no es del todo sencilla o habitual, pues la repugnancia como limitación a los mercados opera como una barrera tecnológica (Roth, 2007).

20 Coase (1960).

órganos humanos se encuentra aquella que ve su génesis en la doctrina libertaria, según la cual *"cada uno de los hombres es propietario de su propia persona"* (Locke, 2014). Idea clásica que será retomada por Rothbard (1995), quien afirmaría que: la propiedad privada posee un carácter dual, teniendo los individuos un derecho a la propiedad de su propia persona como de las cosas materiales e inmateriales con las que interactúan.

Desde aquí el panorama parece más favorable a que las personas puedan celebrar contratos sobre sus órganos, pues al tener la propiedad sobre ellos y al ser la propiedad un derecho de actuación, pueden ejercer todos los atributos del dominio que son el derecho a usar el bien o derecho (*usus*), a cambiar su forma (*abusus*) o a transferir todas o parte de sus facultades. En otras palabras, se les otorga a los propietarios una libertad sobre sus órganos para maximizar sus intereses a través de su uso o disposición, aunque claro que todo en conciencia de los propios límites de los derechos de propiedad consistentes en internalizar los beneficios externos, siempre que los beneficios de este proceso sean superiores a su coste (Barcia, 1998). He ahí que sería inverosímil (o requeriría una revisión más profunda) que se permitiese la venta del propio corazón, por ejemplo<sup>21</sup>. Tal como Chaparro (2016) bien sintetiza, al respecto *"el argumento libertario promueve la autodeterminación, y asegura que la autonomía individual se extiende al derecho de disponer, del modo en que estime oportuno, del cuerpo y de la propiedad privada sobre los órganos corporales, siempre y cuando no se ejerza coerción sobre otras personas"*. Asunto que adquiere aún más sentido si se acepta la teoría económica de la propiedad basada en la propiedad eficiente defendida por Cooter y Ulen (2016).

Lo planteado no es de forma exclusiva útil para el problema de la propiedad y disposición de órganos de personas vivas, también su conveniencia se extiende a la misma situación respecto a cadáveres. Para el derecho todo lo que no es persona es cosa, entendido que hace del problema algo de mucha más fácil resolución. La personalidad legal para la mayoría de los ordenamientos jurídicos se adquiere con el nacimiento y termina con la muerte<sup>22</sup>, razón por la que al haber sido los órganos propiedad del difunto simplemente bastaría con hacer valer las reglas de la sucesión por causa de muerte. Es decir, la decisión de vender (en caso de que se admita) o donar (sujeto a una compensación correlativa o no) los órganos del difunto corresponderán a sus herederos salvo declaración contraria dejada por el causante de forma expresa en su testamento. De hecho, esta última práctica descrita se presenta en la actualidad, materializándose en el inconveniente que existe cuando los familiares de un difunto se niegan a dar sus órganos en donación, aun cuando tal acción era de su voluntad<sup>23</sup>.

21 Esto igualmente es aplicable a la donación entre vivos. Se da el problema aquí del caso de un padre el cual está dispuesto a donar su corazón para salvar la vida de su hijo. *A priori*, podría deducirse que aquella persona ve maximizada su utilidad por dicha acción, pero ¿puede considerarse el autosacrificio como una decisión racional? Puede que efectivamente lo sea, pero también puede constituir un supuesto de acción irreflexiva o visceral.

22 El Código Civil chileno (CCCh), por ejemplo, lo contempla en sus artículos 74 y 78.

23 Véase para los casos español y chileno, respectivamente: García (2002) y Yáñez (2017).

Fuera de las consideraciones filosóficas que pueden contraponerse a otras concepciones de la misma índole, difícilmente podría ponerse en cuestionamiento el hecho de que los órganos, humanos y animales, para el derecho constituyen un bien (ya que satisfacen los dos requisitos para ser considerado tal: prestar utilidad al ser humano y ser susceptible de apropiación). El negar que existan derechos de propiedad privada sobre ellos no solo va en contra de sus propias características para la economía (rivalidad en el consumo y posibilidad de exclusión), sino que también es peligroso en cuanto abre la puerta a creer que, pueda existir propiedad pública sobre los cuerpos de los individuos, dejando las decisiones sobre los mismos a la discrecionalidad del aparato estatal.

Pese a todo, existen importantes objeciones al planteamiento descrito y que cuestionan la disposición de los órganos por sus titulares dentro del mercado y que merecen la pena revisar. Una de ellas es la que insiste en que tanto los hígados como riñones (por ejemplo) no son mercancías, y que los hospitales no son un centro en el cual se deban realizar intercambios comerciales (The Lancet, 2006). Sin embargo, quizás la más relevante sea la observada por Arrow (1963) quien consideraba que el modelo competitivo ignora una característica diferencial con relación a la salud, que es la existencia de incertidumbre sobre la salud y calidad de vida futura del vendedor o donante (según sea el caso) y la eficacia de los tratamientos médicos tendientes a paliar dicha circunstancia, los cuales también serían constitutivos eventualmente de un gran gasto desde el erario.

Frente a esta importante posición planteada en el párrafo anterior, existen otras que sostienen que existen muchas actividades que presentan las mismas eventualidades y que han sido durante muchos años lícitas y normalizadas, siendo una de ellas el servicio militar, consistente en un *"intercambio en el que existen cuestiones relativas al riesgo corporal, el dilema moral que trae consigo el ejercicio de dicha actividad y el cómo los voluntarios a realizar tal labor lo harían por necesidades económicas"* (Healy & Krawiec, 2017). Son muchas las actividades económicas en las cuales nuestras resoluciones se ven condicionada a factores como el riesgo y la necesidad, lo que no configuraría en caso alguno motivo plausible para prohibirlas todas, ya que en definitiva significaría una limitación de muchos aspectos de la vida. Será, por consecuencia, tarea de las instituciones diseñar mecanismos para eliminar las asimetrías en la información e inclinar a los individuos a tomar decisiones lo más racionales posibles, encaminadas a que puedan ver maximizado un interés.

Aceptando la premisa de que efectivamente existen derechos de propiedad privada sobre los órganos humanos y tomando en cuenta que las prohibiciones de contratación sobre aquellos son un asunto meramente inclinado a las sensibilidades de cada sociedad (y por tanto variables); entonces, es posible estudiar los efectos que traería consigo la consolidación de un mercado legal (y regulado) de órganos a través de la compraventa y las donaciones compensadas.

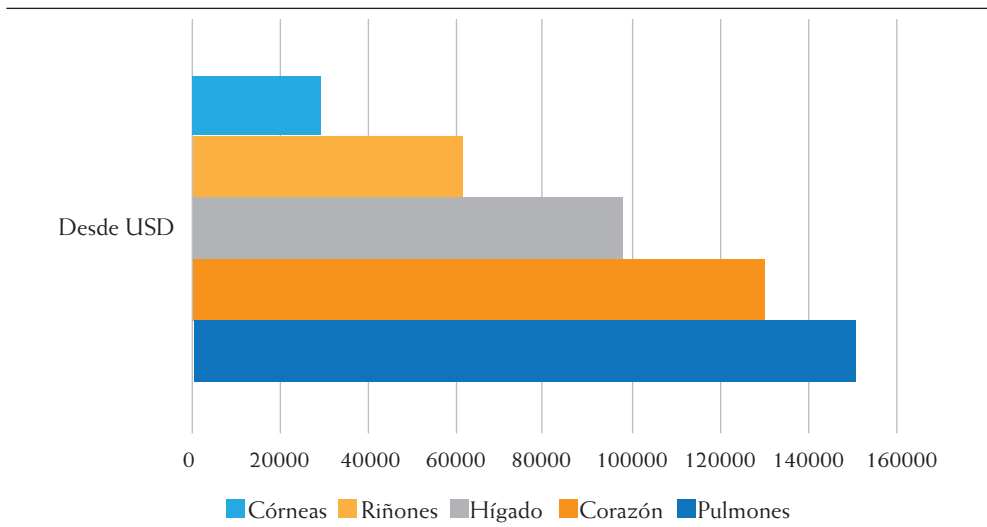
## 2. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS TRANSACCIONES VOLUNTARIAS SOBRE ÓRGANOS HUMANOS

### 2.1. Análisis económico del contrato de compraventa de órganos de personas vivas

La compraventa de órganos ha llamado la atención entre los iuseconomistas, por cuanto se presenta como alternativa a estudiar para hacer frente al problema que significa la escasez de oferta de ellos (Becker & Elías, 2007). Existen países como España, Bélgica, Italia, Chile y Austria que, para tratar dicho asunto han implementado una presunción de consentimiento en la donación, la cual ha parecido funcionar como remedio a la poca satisfacción de la demanda (Esplugas, 2014). Pero, aparentemente, y en algunos casos, puede no ser suficiente para la consecución de su objetivo.

Aquella insuficiencia es advertida a partir de, como ya se trató, la existencia del tráfico ilegal de órganos y su proporción no menor relacionada con la cantidad anual de trasplantes a nivel mundial, tal como se observó en las figuras 2 y 3. Si hay quienes aceptan traficar órganos para venderlos, es porque hay otros dispuestos a comprarlos. Por tanto, es de toda lógica asumir que hasta el día de hoy hay una demanda insatisfecha la cual se encuentra dispuesta a aceptar precios que fácilmente pueden superar los 60.000 USD para tener acceso a un riñón, como se muestra en la figura 4.

FIGURA 4. PRECIOS DE ÓRGANOS HUMANOS (DESDE USD)

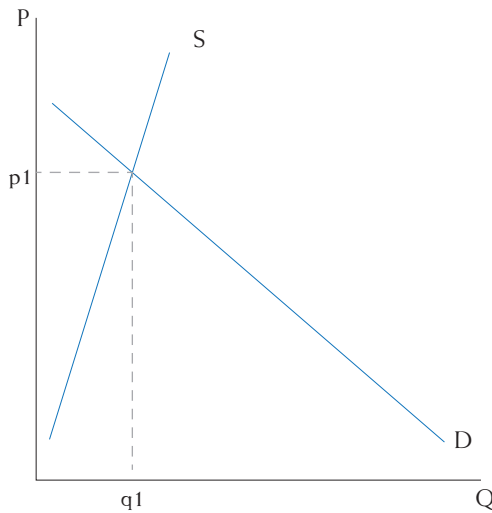


Fuente: Elaboración propia con datos de Matas & Kilgour (2009).

El problema de lo excesivamente oneroso que significa obtener un órgano, es otra de las cuestiones del mercado negro que se suma a aquellos ya mencionados como lo es

la trata o la corrupción<sup>24</sup>. Los montos exigidos por los oferentes son tales debido a los costes que significa disponer del bien dentro del mercado, lo que hace que la curva de oferta tenga una inclinación más vertical y también posea un carácter rígido debido al aumento rápido de dichos costes, la escasez de *inputs*, entre otros supuestos los cuales traen como consecuencia que, aunque el precio aumente de forma considerable, la oferta no se amplíe demasiado como sí sería el caso en que la curva fuese elástica.

FIGURA 5. FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO ILEGAL DE ÓRGANOS HUMANOS



Fuente: Elaboración propia.

Desde otra mirada, si se entiende que los oferentes de órganos actúan al margen de la legalidad, estos costes también pueden explicarse a partir de postulados clásicos de un análisis económico del delito. Todo en el entendido de que un individuo actuará si (y solo si) la utilidad esperada es mayor al coste esperado, el cual es el resultado de multiplicar el valor de la condena por la probabilidad captura y condena (Mery, 2012), tal como se representa en la siguiente fórmula:

$$CE(P) = f * p^{25}$$

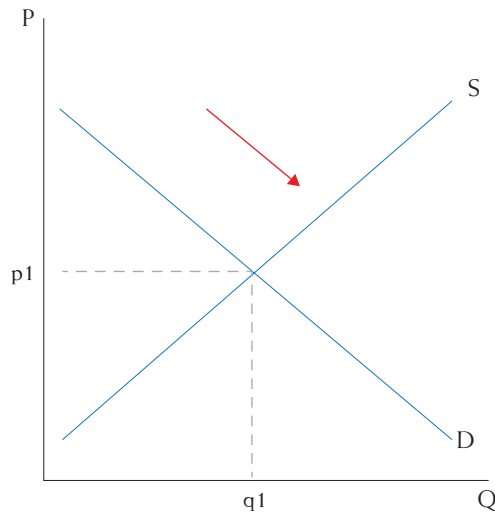
- 24 Sobre esto, Pindyck y Rubinfeld (1995) constatan que “según el New York Times, en 1984-1985 muchos hospitales realizaban casi el 30% de los trasplantes de riñón a extranjeros a los que se les permitía saltarse la lista de espera de los estadounidenses, y que pagaron a los cirujanos y a los recintos hospitalarios unos honorarios que eran casi el doble de los que pagaban los ciudadanos norteamericanos”.
- 25 Donde el “CE (P)” es el coste esperado de la pena; “f” el valor monetario de la pena; y, “p” la probabilidad de que el sujeto sea arrestado y condenado.

Entonces, el individuo actuará cuando:

$$UE_i > CE_i^{26}$$

Resulta evidente que el traficante no pondrá en venta los órganos a un precio que le reporte una utilidad menor al coste esperado. Dicho de otra manera, el coste esperado del delito de efectuar transacciones sobre órganos humanos se suma a los otros costes y, por ende, tiene consecuencias directas en el problema de los altos precios y lo poco volátil de la oferta. En consecuencia, derogar las penas asociadas a la compraventa de órganos (sin obviar la necesidad de un buen marco regulatorio) derivaría en una disminución significativa de los costes enlazados a situar estos en el mercado, haciendo que la curva de oferta tienda a inclinarse de forma horizontal.

FIGURA 6. CONSECUENCIAS DE LA LEGALIZACIÓN DEL MERCADO DE ÓRGANOS HUMANOS



Fuente: Elaboración propia.

Lo expuesto no únicamente encuentra importancia en la disminución de los precios de los órganos (cuyo acceso en el mercado negro se limita a las personas de más altos recursos) y mayor *stock*, sino que también en la eficiencia alcanzada desde un punto de vista asignativo. Como puede compararse entre la figura 5 y la figura 6, en esta última ilustración el excedente del consumidor se incrementa llegando a un equilibrio con el del productor, viéndose consigo maximizado el bienestar social<sup>27</sup>.

26 Donde "UE<sub>i</sub>" es la utilidad esperada (subjetiva) de cometer el delito y "CE<sub>i</sub>" es el coste esperado (subjetivo) por haberlo perpetrado.

27 A diferencia de lo que erróneamente se suele pensar, el bienestar social interesa bastante al AED. Tal como enseña Doménech (2014), fue Posner quien en "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory"

Poca duda habrá sobre que *"para garantizar la eficiencia desde el punto de vista económico es necesario transferir los derechos de propiedad sobre los órganos corporales, mediante una transacción se permite que el receptor-comprador restaure su bienestar, en tanto el donante-vendedor reciba una compensación económica. La lógica del mercado implica que este es un intercambio mutuamente beneficioso"* (Chaparro, 2016). En un panorama en el que la compraventa de órganos se encuentre legalizada, serán las partes las que sufrirán e interiorizarán los costos y beneficios de consolidar tal transacción, lo que lo diferencia de otros mercados tabú y contratos prohibidos como lo son el de vientre de alquiler o maternidad subrogada donde se involucra a un tercero.

Bullard (2012) es firme en señalar que *"prohibir la venta solo asegura que la demanda supere la oferta y el mercado no se equilibre, lo que resulta en muertes de personas que carecen, por ejemplo, de riñones"*. Razona también el autor algo de suma relevancia, como lo es el hecho de que en el rol paternalista del sistema legal (enmarcado en la prohibición) los presupuestos protegidos terminan peor que antes de la prohibición. Tanto así, que la política jurídica-económica que legalice la compraventa de órganos (y un mercado, en general) podría servir de alivio en contra de la externalidad negativa que produce su prohibición, la cual se ve encarnada en la trata de personas en todos los continentes.

El hecho de que exista gente que pueda voluntariamente celebrar transacciones de venta sobre sus órganos, de forma segura y legal, hará desaparecer (o al menos tendería a disminuir) el secuestro y la explotación de seres humanos en situación de marginalidad (pobreza, extranjería, analfabetismo, trastornos psiquiátricos) para la ejecución trasplantes en condiciones insalubres. Como sostuvieron Becker y Elías (2007), *"la dependencia de un sistema puramente altruista impone una intolerable carga sobre miles de personas muy enfermas que sufren y a veces mueren mientras esperan un trasplante"*. No únicamente de estas, sino que también de aquellas sujetas a la explotación.

## 2.2. Análisis económico del contrato de donación de órganos de personas muertas

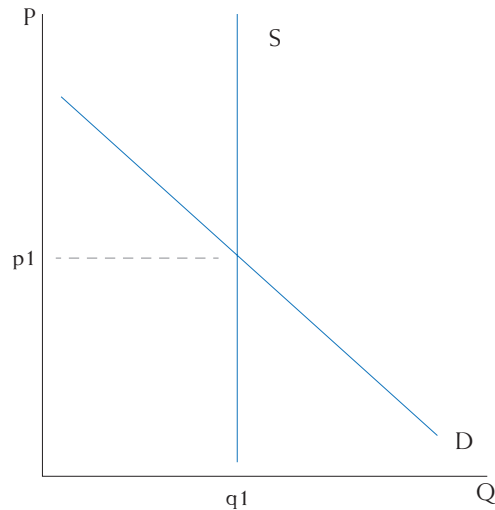
La donación de órganos humanos es tal vez un asunto más sencillo de tratar que la compraventa. Esto pues, aunque ambos contratos se engloban dentro de un mismo mercado, la donación es legal en innumerables países, viéndose exclusivamente prohibida cuando hay una causa onerosa.

La donación puramente altruista responde a aquellas observaciones previas sobre el tratamiento de los órganos humanos en consideración de la demanda existente, pero a la vez en atención a los peros con relación a argumentos de repugnancia ya tratados. Opera como un mercado en el que la oferta es perfectamente inelástica, no siendo

de 1979 sostuvo inicialmente que lo que debía perseguir el sistema jurídico era la maximización de la riqueza, siendo una posición la cual abandonó más adelante en "The Problem of Jurisprudence" de 1990. Para el autor citado, "lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social", cuestión que no es excluyente con la eficiencia.

sensible al cambio de precios. Evidentemente, en el mercado de donación de órganos en que no media compensación alguna, a precio 0 existirán donantes que suministrarán a otros sus órganos, pero estos seguirán escaseando (Pindyck & Rubinfeld, 1995).

FIGURA 7. MERCADO DE DONACIÓN DE ÓRGANOS HUMANOS SIN COMPENSACIÓN



Fuente: Elaboración propia.

Dicho evento es encarnación de los incentivos que tiene el donante para llevar a efecto el acto de donar. Al tratarse de donaciones en que tanto la onerosidad como modalidad alguna es considerada ilícita (desde lo civil y penal), la causa del contrato yace en la mera liberalidad o *animus donandi*. En otros términos, las donaciones puras (o altruistas) son aquellas en las que "el donante entrega voluntariamente la cosa con intención de enriquecer al donatario, sin recibir nada a cambio" (Bergel, 2017); a diferencia de las que con causa onerosa, le representan al donante algún tipo de recompensa.

Si bien el sistema de donación altruista presenta sus bondades, la preocupación por encontrar un mecanismo el cual permita aumentar la oferta de órganos es algo aún latente. Aspecto que cobra mayor necesidad de atención si se observan las consecuencias que ha traído consigo la pandemia del COVID-19 (Coronavirus) en la materia. En efecto, según constata un estudio de Loupy *et al.* (2020), en abril del 2020 la cantidad de trasplantes de órganos de donantes fallecidos disminuyó en un 51,1% en Estados Unidos y en un 90,6% en Francia, en comparación a marzo del mismo año<sup>28</sup>. Poner esmero en los incentivos de un donante a la hora de donar es una tarea que adquiere mayor vitalidad.

28 Aunque como se reconoce, no existen correlaciones claras al respecto, si podría perfectamente atribuirse el acontecimiento a problemas con la información e incertidumbre.

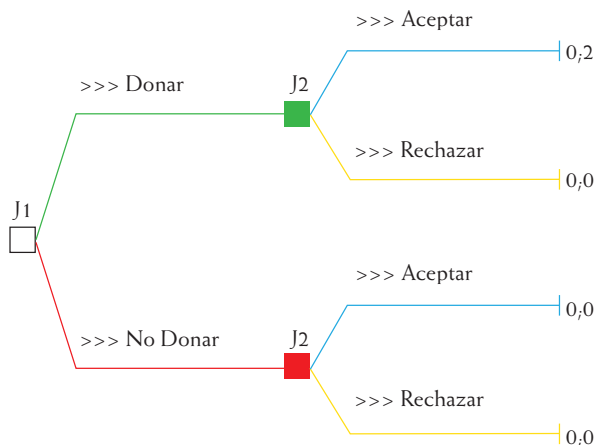


Para comprender mejor las inclinaciones de un individuo a donar o no uno de sus órganos, vale bien representar tal decisión en un juego normal, el que por definición es:

$$G = [S_1, \dots, S_n; u_1, \dots, u_n]^{29}$$

Como fue expuesto, en el caso de las donaciones puras, el donante busca beneficiar al donatario sin recibir recompensa alguna<sup>30</sup>; de ahí que, considerando que la única estrategia del jugador 2 es la de aceptar la donación<sup>31</sup>, el juego ilustrado en forma de árbol quedaría graficado de la forma expuesta en la figura 8, no existiendo incentivo alguno tanto para donar como para no hacerlo, dependiendo solamente del valor que la persona le asigne al acto altruista y a la liberalidad. Esta situación deja en una plena indiferencia al potencial donante (o en rigor, a sus familiares en caso de que no haya dejado manifestación de voluntad en vida). Para romper con tal dicha disposición, los incentivos monetarios son del todo bienvenidos en cuanto su incorporación significaría la existencia de un aumento de órganos dispuestos a ser donados (Becker & Elías, 2007). Negar esa posibilidad, "reduciría los incentivos para que existan riñones disponibles" (Bullard, 2012) sin contar hígados, corazones, pulmones, páncreas, córneas, entre otros órganos humanos que deseen incorporarse al análisis. Después de todo vale la pena recordar, tal como afirman Pindyck y Rubinfeld (1995), que "los órganos humanos tienen un valor económico que no puede ser ignorado", de modo que prohibir una recompensa "impone un costo a la sociedad que debe ser sopesado con los beneficios".

FIGURA 8. JUEGO EN FORMA DE ÁRBOL DE DONACIÓN NO COMPENSADA



Fuente: Elaboración propia.

29 Donde en el juego ("G") "S" es el conjunto de estrategias de cada jugador y "u" su función de ganancias.

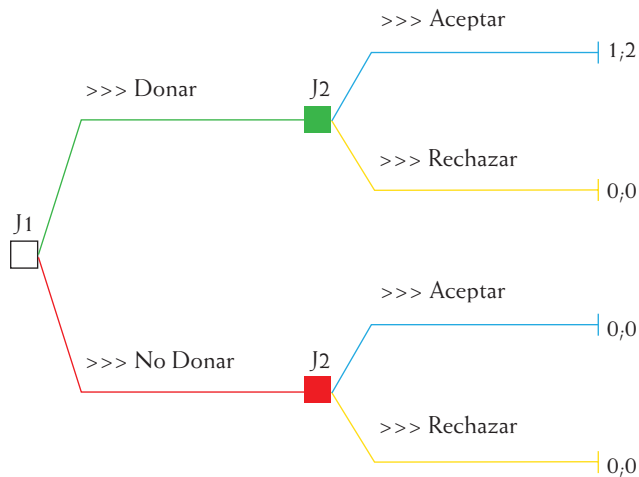
30 Independiente de que se pueda discutir si esa liberalidad representa para el donante una fracción de utilidad o no, para efectos prácticos se entiende que su función de ganancia es 0.

31 Lo que es de toda lógica. Si lo rechaza, muere.

Satel (2020) entrega una propuesta que, si bien sigue la línea de la compensación financiera, resulta innovadora incluso dentro de la misma idea. La autora no propone que los donantes reciban una suma de dinero en efectivo por parte de los donatarios, más bien se muestra a favor de otro tipo de beneficios por parte de organizaciones no gubernamentales (ONG) o de los Estados. Estas tratarían sobre recompensas en especie, contribuciones a los fondos de pensiones para la jubilación, un crédito a favor del donante sobre el impuesto a la renta, *vouchers*, cobertura en seguros o la condonación de préstamos bancarios que se hayan adquirido. La inclusión de esta fórmula parece adecuada, siempre y cuando también se le dé al donante la opción de reclamar una suma en efectivo, bajo pretexto de que será él quien decida cuál alternativa será la que le repunte una mayor utilidad por sobre la otra.

Tanto la entrega material de dinero como un beneficio fiscal o de una ONG erigirían incentivos que cambiarían las estrategias del donante y sus respectivas funciones de utilidad, convirtiendo en el caso particular más atractiva la opción de donar que la de no hacerlo, como se ve en la figura 9.

FIGURA 9. JUEGO EN FORMA DE ÁRBOL DE DONACIÓN COMPENSADA



Fuente: Elaboración propia.

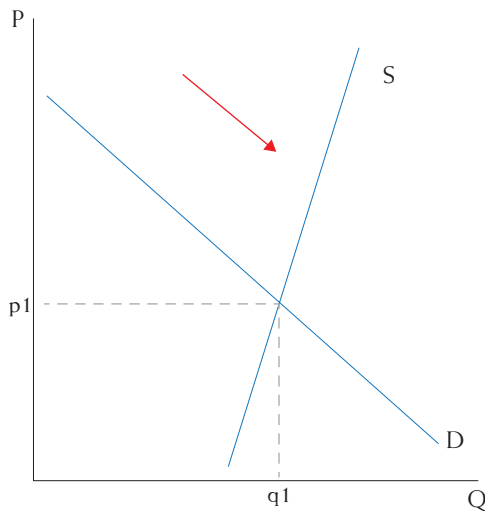
¿Pero qué diferencia una donación compensada de una compraventa? La respuesta a ello se encuentra en la cuantía de la prestación. Mientras en el último caso las prestaciones se entienden equivalentes, en las donaciones que llevan consigo una causa onerosa el monto de la compensación entredicha debe ser inferior al valor de lo donado. Lo que es afirmado en virtud de que, si no fuese así, no existiría liberalidad y por esa ausencia de *animus donandi* el contrato de donación no existiría.

El impacto que esta modificación de incentivos traería consigo resulta no menor, toda vez que la curva de oferta tendería a ser menos inelástica y por ende más sensible

a un tipo de compensación, provocando un aumento en la provisión de órganos. Al existir más personas dispuestas a donar sus órganos después de fallecidas, como familiares no intransigentes a la hora de respetar la voluntad del causante o acatar la presunción de consentimiento en los ordenamientos jurídicos de países que de tal manera la consagran, se corregiría una pérdida irrecuperable de eficiencia provocada por el sistema altruista. La teoría microeconómica enseña que los efectos de otorgar un tipo de recompensa a los donantes serían significantes de un aumento de la cantidad en el mercado, traducida en una mayor satisfacción de la demanda (de órganos humanos) como es posible de apreciarse en la figura 10.

En conjunto, también se produciría una mejora (o eficiencia) en el sentido de Kaldor-Hicks (de la misma manera que en el caso de la compraventa) entendiendo que, en su criterio, un resultado se entenderá como eficiente si los individuos que se encuentren en mejores condiciones con la política o transacción realizada se verán tan beneficiados como para compensar a los que están en peor situación por su aplicación. Siendo un supuesto más flexible que el óptimo de Pareto, importando no la compensación real, sino que la potencial (en otros términos, lo que podría darse)<sup>32</sup>.

FIGURA 10. MERCADO DE DONACIÓN DE ÓRGANOS HUMANOS CON COMPENSACIÓN



Fuente: Elaboración propia.

No llamaría la atención que, a pesar de lo tratado, las voces que peroran en contra de lo que se denomina como "mercantilización" de las personas insistan en su idea, haciendo rechazo de la evidencia y de los modelos teóricos que refutan su posición.

32 Es imposible no hacer una mención aquí a Roth (2014), quien propuso la creación de un mercado de intercambio de órganos entre dos pares donantes-pacientes, a través de incentivos compatibles.

Que esto ocurra en ningún caso es indeseable, toda vez que es en la discusión de distintas hipótesis en donde encuentra su riqueza el debate académico. Por la misma razón, no obsta, a que pueda ser objeto de contradicción.

Dentro de aquel argumento existe una preocupación legítima respecto a que los donantes y vendedores de órganos tengan un trato digno y, no se vean inmiscuidos en situaciones de abuso, en las que se vean afectados en sus derechos. Pero como ya se ha afirmado, *“la dignidad se afirma cuando se respeta la capacidad de las personas para tomar decisiones en su propio interés, proteger su salud y expresar su gratitud por su sacrificio. El beneficio material, es decir, beneficiar a otros mientras se enriquece uno mismo, no es incompatible con esto. La verdadera indignidad es quedarse al margen mientras miles de personas mueren por falta de un órgano”* (Satel, 2020).

### 3. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS TRANSACCIONES VOLUNTARIAS SOBRE ÓRGANOS HUMANOS

#### 3.1. Requisitos de la compraventa de órganos y regla de compensación en la donación

Se debe tener sumo cuidado con no confundir legalización con liberalización a secas de un mercado. La primera situación implica que existan ciertas reglas y una regulación que establezca un marco para que, por medio del mercado, no se obtengan resultados indeseados, distintos al fin. Un diseño.

Lo normal es que la compraventa de órganos humanos se rija en lo general por las normas del derecho privado y específicamente por el derecho de contratos. En lo particular, encontrará sostén en los artículos 1445 y siguientes del Código Civil español (CCe), aunque con especiales configuraciones a las reglas supletorias que tratan sobre: i. Perfeccionamiento del contrato; y, ii. Elementos personales del contrato.

En lo respectivo a los elementos reales de la compraventa (esto es, objeto y precio) no parece haber mayor inconveniente, razón por la que no merece mayor atención fuera de lo ya señalado en capítulos anteriores. Empero, no ocurre lo mismo si se trata de la forma en la cual se perfecciona, debido a que la sola subordinación al artículo 1450 del CCe no parece dar garantías para los inconvenientes expuestos con anterioridad como lo son el actuar visceral del individuo que contrata, su adhesión a la transacción dirigida por sesgos o la existencia de notables asimetrías en la información. Lo meramente consensual es inadecuado si lo pretendido es garantizar que el vendedor tome una decisión racional y con información completa, motivo por el que es adecuado que este tipo de compraventa especial tenga un carácter solemne. Solemnidad que versará en la obligación de las partes de adscribir el acuerdo ante una autoridad sanitaria (sea designada por un organismo público para el efecto o simplemente un médico habilitado para el ejercicio profesional) que actuará como ministro de fe, quien exprese al vendedor los alcances e implicaciones de vender un órgano no vital y asimismo compruebe que: la suscripción del contrato está purgada de vicios de la voluntad o

cualquier otra anomalía que puede ser indicio de que el consentimiento otorgado no reviste el carácter de libre y espontáneo. Esto será útil a la hora de enfrentar fallas de mercado como lo son los problemas de riesgo moral y selección adversa. Además, serviría como *nudge* desde la óptica de la economía del comportamiento.

La economía del comportamiento en interacción con el derecho (corriente que se ha denominado como *behavioral law and economics*) ha ofrecido perspectivas interesantes que ayudan a explicar el por qué en determinados contextos los seres humanos actuamos de una manera u otra. Para Thaler y Sunstein (2018), existen dos tipos de pensamiento, habiendo “uno intuitivo y automático y otro más reflexivo y racional”, para lo cual (según los autores) es necesario sugerir una serie de *nudges* (impulsos positivos, más que incentivos) en el marco de lo que los mismos denominan como un “paternalismo libertario”. Este punto de vista (a pesar de sus objeciones, como por ejemplo la que dice con el “derecho a equivocarse”) es útil a la hora de pensar un mercado de órganos, pues, por ejemplo, ante el sesgo del presente o también denominado descuento hiperbólico (por el cual los individuos valoran más la situación actual sobre la futura) es necesario entablar un diseño de toma de decisiones que permita escoger con la mayor información posible y por lo tanto inclinando un pensamiento que en principio puede tener el carácter de visceral (irreflexivo a uno consciente -- reflexivo).

Referido a los elementos personales de la compraventa, el artículo 1547 del CCE establece que pueden celebrar el contrato “todas las personas capaces para obligarse”. La expresión “obligarse” hace referencia a la aptitud legal para hacerlo civilmente, siendo los mismos códigos y leyes especiales que designan quienes se denominan capaces para esos efectos (en general, será capaz en materia contractual el mayor de edad no incapacitado, el menor de edad que se encuentre emancipado, como igualmente aquel que no se encuentre bajo un impedimento específico). Aun cuando las reglas generales y prohibiciones especiales en esta materia consagradas en el artículo 1549 del CCE, que son aquellas que intentan evitar cualquier clase de conflicto de interés que pueda dar lugar a una situación de abuso, son de utilidad a la hora de hablar de órganos humanos<sup>33</sup>, importante es prestar atención al caso iraní y enmarcar como requisito que tanto vendedor como comprador sean de la misma nacionalidad (Costa, 2018) para evitar la trata desde el extranjero, desincentivando la explotación desde países desarrollados contra los más pobres. De igual modo, aunque solamente como exigencia especial a una de las partes, es conveniente que el comprador se encuentre inscrito en el registro nacional de trasplantes del lugar en el cual se pretende ejecutar el acto.

Lejos de ser una discriminación arbitraria, los impedimentos adicionales para la compraventa de órganos humanos tienen como finalidad evitar males como la explotación de personas provenientes de países pobres por parte de otras radicadas en países ricos y de ingreso medio, además de propender a la correcta asignación y distribución de los órganos, en el entendido de que estos deben estar disponibles para

33 Como lo es el impedimento de los tutores de comprar y vender bienes a la persona bajo su tutela.

salvar vidas. Su incumplimiento deberá acarrear las consecuencias civiles y penales que correspondan según el tipo de legislación vigente en el que se cometa la infracción.

Por último, en lo que compete a la donación compensada, será deseable que la autoridad sanitaria (como también puede ser el propio legislador) establezcan cuáles serán las cuantías de las respectivas compensaciones económicas y aquellas recompensas alternativas como créditos tributarios, ayudas fiscales y otros de carácter previsional. No parece conveniente eliminar todo rastro de altruismo, tomando en consideración que para algunos individuos la mera liberalidad es significativa de utilidad. Ideal será que todo tipo de gratificación se contemple como un elemento de los llamados de naturaleza del contrato, habilitándose al donante (o a sus familiares luego de fallecido) la posibilidad de renunciar a ella a pesar de que *a priori* se encuentre contemplada en la transacción.

## CONCLUSIONES

Recapitulando, es plausible concluir que:

i. El AED tiene especial interés en el estudio de mercados tabú y el impacto que trae el prohibir cierto tipo de contratos en lo relativo a externalidades y maximización del bienestar social. Las herramientas del análisis económico son útiles para los juristas (o *iuseconomistas*, como se les llama) para elaborar un terreno de estudio riguroso a la hora de introducirse en la investigación específica del mercado de órganos humanos. No obstante, en virtud de las propias limitaciones de un análisis de la eficiencia clásico, es necesario incorporar visiones más modernas como la del *behavioral law and economics* que nutrirán conceptualmente cualquier trabajo de este tipo.

ii. La prohibición de transar sobre órganos humanos pareciese enfocarse en aspectos más cercanos a la moral, como la repugnancia, que a los hechos que se suscitan en el mundo real. Sin negar el gran esfuerzo de diversos estados como también de ONG, en apariencia estos no han dado un resultado significativo en el combate del tráfico de órganos y trata de personas alrededor del globo. Por tal motivo, es del todo razonable pensar, otras alternativas para enfrentar dicha problemática que, a la vez sean útiles para satisfacer la demanda de órganos por parte de personas que están a la espera de uno en todos los países del mundo.

iii. No existen razones suficientes para negar la titularidad de las personas sobre sus propios órganos y por consiguiente la posibilidad de disponer de ellos. Los órganos humanos constituyen bienes al satisfacer los requisitos que el propio derecho exige para su reconocimiento como tales, y también poseen el carácter de privados que les asigna la economía. Aunque, sin perjuicio de lo anterior, el diseño institucional dentro del cual se realicen estas transacciones debe procurar que: las transferencias de los órganos por parte de vendedores/donantes se enmarque en el terreno de la racionalidad, evitando sesgos.

iv. Patentar un mercado regulado de órganos humanos tendería a corregir la externalidad negativa producida por su veto, como lo es el tráfico y trata de personas

a nivel mundial, "importándose" ciudadanos de países pobres a los países más ricos. Asimismo, desde un punto de vista teórico, generaría efectos positivos encarnados en una mayor oferta disponible, la disminución de precios y el permitir que tanto vendedor/comprador o donante/donatario maximicen sus respectivas utilidades, trayendo consigo un efecto importante en el bienestar social. Sin embargo, hay que tener en cuenta las limitaciones de una propuesta meramente analítica como la de este tipo, prestando atención a la realidad y necesidades de cada país en particular. Estas conclusiones no pueden hacer olvidar que el hecho que existan personas dispuestas a vender sus órganos se debe, también, a las desigualdades existentes.

v. El estudio de los mercados tabú y los contratos prohibidos no ajusta su perspectiva en la consecución de una justicia como ideal. Por el contrario, abraza la idea de que ante dos situaciones de injusticia hay que optar por la menos injusta. Dicho de otro modo, el reconocimiento de injusticias remediabiles que en el particular se manifiestan como externalidades negativas, las cuales podrían ser paliadas por medio de un buen diseño de mercado.

vi. Aun cuando las reglas generales e impedimentos especiales en materia de contratos sean útiles al objeto recaer sobre órganos humanos, es indispensable agregar unas cuantas exigencias adicionales en consideración a las particularidades del mercado que se trata y los fines perseguidos por los países que adopten su legalización. Las recompensas en el caso de la donación no deben ser necesariamente compensaciones en efectivo, sino que pueden traducirse en otros beneficios como la inclusión a seguros de salud o exenciones tributarias.

## REFERENCIAS

- Aguilar, J. M. (2018). "Análisis económico de los contratos prohibidos". Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid: España. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/55235/1/T41069.pdf>.
- Aravena, P. (2012). "¿Diente o pieza dentaria?" *Rev. Clin. Periodoncia Implantol. Rehabil. Oral*, vol. 5, n.º 1, 46-46.
- Arrow, K. (1963). "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care". *The American Economic Review*, vol. 53, n.º 5, December, 941-973.
- Asamblea Mundial de la Salud, 40. (1987). "Preparación de un instrumento legal para reglamentar los trasplantes de órganos humanos". *Organización Mundial de la Salud (WHO)*. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/201032>.
- Asamblea Mundial de la Salud, 42. (1989). "Prevención de la compra y la venta de órganos humanos". *Organización Mundial de la Salud (WHO)*. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/202319>.
- Barcia, R. (1998). "Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho". *Iur et Praxis*, vol. 4, n.º 2, 149-176.
- Becker, G. & Elías, J. (2007). "Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations". *Journal of Economic Perspectives*, vol. 21, n.º 3, 3-24.

- Bergel, Y. (2017). "Contratos en particular I". En *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial* (pp.177-204). Madrid: Tecnos.
- Bullard, R. (2012). "La economía de los contratos". En *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (pp. 45-120). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Campbell, D. & Davison, N. (27/05/2012). "Illegal kidney trade booms as new organ is sold 'every hour'". *The Guardian*. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2012/may/27/kidney-trade-illegal-operations-who>.
- Chaparro, G. (2016). "El mercado de órganos humanos". *Semestre Económico*, vol. 19, n.º 39, Enero-Junio, 113-130.
- Coase, R. (1960). "The Problem of Social Cost". *Journal of Law & Economics*, vol. 3, October, 1-44.
- Content Factory (26/09/2018). "Esto es todo lo que puedes asegurar sin saberlo". ABC. Disponible en: <https://www.abc.es/contentfactory/post/2018/05/09/seguros-raros-del-mundo-polizas-famosos/>.
- Cooter, R. & Acciarri, H. (2012). "La economía, el derecho y sus consecuencias". En *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (pp. 1-12). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Cooter, R. & Ulen, T. (2016). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Costa, L. (2018). "Mercado regulado de órganos: el caso de Irán". *Revista de Bioética y Derecho*, vol. 44, 73-88.
- Doménech, G. (2014). "Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho". *Revista de Administración Pública*, n.º 195, Septiembre-Diciembre, 99-133.
- García, L. (05/01/2002) "Los familiares niegan en un 20% de casos los órganos para trasplante". *El País*. Disponible en: [https://elpais.com/diario/2002/01/05/sociedad/1010185208\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2002/01/05/sociedad/1010185208_850215.html).
- Healy, K. & Krawiec, K. (2017). "Repugnance Management and Transactions in the Body". *American Economic Review: Papers & Proceedings*, vol. 107, n.º 5, May, 86-90.
- Kar, D. & Spanjers, J. (2017). *Transnational crime and the developing world*. Washington: Global Financial Integrity.
- Kessler, J. & Roth, A. (2014). "Getting More Organs for Transplantation". *American Economic Review*, vol. 104, n.º 5, May, 425-430.
- Krawiec, K. (30/07/2009). "Taboo Trades and Forbidden Markets". *Faculty Lounge Aademia*. Disponible en: <https://www.thefacultylounge.org/2009/07/taboo-trades-and-forbidden-markets.html>.
- Locke, J. (2014). *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen y fin del gobierno civil*. Madrid: Alianza.
- Loupy A. et al. (2020). "Organ procurement and transplantation during the COVID-19 pandemic". *The Lancet Journal*. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31040-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31040-0/fulltext).
- Matas, D. & Kilgour, D. (2009). *Bloody Harvest: The killing of Falun Gong for their organs*. Ontario: Seraphim Editions.
- Mayorga, S. (12/06/2011). "El negocio del pelo natural resurge en España gracias a la crisis económica". RTVE. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20110612/negocio-del-pelo-natural-resurge-gracias-crisis-economica/434784.shtml>.



- Mery, R. (2012). "Análisis Económico del Derecho Penal". En *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (pp. 263-293). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Participantes en la Cumbre Internacional sobre Turismo de Trasplantes y Tráfico de Órganos (2008), "Declaración de Estambul Sobre el Tráfico de Órganos y el Turismo de Trasplante". *Gac. Méd. Méx.*, vol. 145, n.º 3, 249-254.
- Pindyck, R. & Rubinfeld, D. (1995). *Microeconomics*. 3.ª ed. Englewood Cliff: Prentice Hall.
- Radin, M. (1996). *Contested Commodities*. Cambridge: Harvard University Press.
- Roth, A. (2007). "Repugnance as a Constraint on Markets". *Journal of Economic Perspectives*, vol. 21, n.º 3, Summer, 37-58.
- Roth, A., Sonmez, T. & Ünver, M. (2003). "Kidney Exchange". *NBER Working Paper*, n.º 10002.
- Rothbard, M. (1995). *La ética de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Sandel, M. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar*. Madrid: Debate.
- Satel, S. (05/03/2020). "Should organ donors receive financial compensation?: Donor Compensation: Ethical, Necessary, Humane". *The Rift*. Disponible en: <http://www.therift.eu/index.php/2020/03/05/should-organ-donors-receive-financial-compensation/>.
- Shimazono, Y. (2007). "The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information". *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 85, December, 955–962.
- Thaler, R. & Sunstein, C. (2018). *Un pequeño empujón: El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Buenos Aires: Taurus.
- The Lancet (2006). "Not for sale at any price". *The Lancet Journal*, vol. 367, Issue 9517, April. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(06\)68486-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(06)68486-9/fulltext).
- WHO-ONT (12/03/2020). "Data Charts and Tables. Base 2010-2018 [Base de datos]". *Global Observatory on Donation and Transplantation*. Disponible en: <http://www.transplant-observatory.org/>.
- Yáñez, C. (07/04/2017). "El 50% de los familiares de un fallecido se niega a donar sus órganos". *La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/50-los-familiares-fallecido-se-niega-donar-organos/>.