

Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo
Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista de derecho
Law Review



Nro. 8

Julio - Diciembre 2012



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. IV	Nro. 8	PP. 10-163	Julio – Diciembre	2012	ISSN 2145-6054
---	-------------------------	---------	--------	------------	----------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen IV Ejemplar No. 8 Julio – Diciembre 2012

ISSN: 2145-6054
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA
Rector

EDGAR PARRA CHACÓN
Vice Rector Académico

ROBINSON MENA ROBLES
Vice Rector Administrativo

JESÚS OLIVERO VERBEL
Vice Rector de Investigaciones

MARLY MARDINI LLAMAS
Secretaria General

La revista jurídica Mario Alario D' Filippo es una publicación de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena. Cartagena (Colombia)

Objetivo

Obedece a una publicación seriada de carácter semestral, donde se recogen productos de los procesos investigativos adelantados en la Universidad de Cartagena, así como los de la comunidad académica nacional e internacional.

Cobertura Temática

Recibe contribuciones asociadas con investigaciones de carácter jurídico, iusfilosófico y sociojurídico. Las personas interesadas en publicar deberán acogerse a las reglas y requisitos de forma establecidos por el comité editorial y científico.

Público al que se dirige

Está dirigida principalmente a estudiosos y/o profesionales formados en áreas afines a las Ciencias Jurídicas (Estudiantes de Derecho, Abogados, Jueces, Fiscales, etc.); así como aquellas personas relacionadas con las ciencias Sociales y las Ciencias Humanas (políticos, sociólogos, antropólogos, filósofos, licenciados en historia, etc.).

Periodicidad

Semestral

Decano y Director de la Revista

Josefina Quintero Lyons

Vicedecano y editor

Yezid Carrillo de la Rosa

Coordinador editorial

Miguel Antonio Morón Campos

Asistente editorial

Verónica Álvarez

Comité editorial

Gilberto Tobón Sanín
Universidad Nacional de Colombia
Rodolfo Arango Rivadeneira
Universidad de Los Andes
Juan David Posada Segura
Universidad de Antioquia
Gabriel Méndez Hincapié
Universidad de Caldas
Roberto Uriarte Torrealday
Universidad del País Vasco
Josefina Quintero Lyons
Universidad de Cartagena
Edgardo Gonzales Herazo
Universidad de Cartagena
Jorge Pallares Bossa
Universidad de Cartagena

Comité científico

Roberto Viciano
Universidad de Valencia
Víctor Manuel Moncayo
Universidad Nacional de Colombia
Xavier Díez de Urduña
Universidad Autónoma de Coahuila
Andrés Botero Bernal
Universidad de Medellín
Rafaela Ester Sayas Buelvas
Universidad de Cartagena
Tatiana Díaz Ricardo
Universidad de Cartagena

Editorial

Universidad de Cartagena

Jefe de publicaciones

Freddy Badrán

Corrección de estilo

Fernando Yopazá

Diseño de carátula y diagramación

Jaime A. Reyes

Número de ejemplares 300

Depósito Legal Para sus contribuciones o canjes dirigirse a: Dirección: Cartagena de Indias, Centro, Calle de la Universidad Cr. 6 No. 36-100. Claustro San Agustín (Facultad de Derecho, 2do. piso)

Página web <http://www.unicartagena.edu.co>

Correo electrónico rmarioalario@unicartagena.edu.co

© Derechos reservados

ÍNDICE

	Página
DERECHO PÚBLICO	8
DESPLAZAMIENTO Y TIERRAS: APROXIMACIÓN AL DESPOJO Y RESTITUCIÓN EN EL MUNICIPIO DEL CARMEN DE BOLÍVAR <i>Displacement and land approximation dispossession and restitution in the town of Carmen de Bolívar</i> Cristina María Rivillas Jiménez Rafaela Sayas Contreras	10
LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CAUSADOS POR ALGUNAS DE LAS MODIFICACIONES TÁCITAS QUE LE INTRODUJO LA LEY 1564 DE 2012 A LA LEY 1437 DE 2011 <i>Limits caused by the exercise right of access to justice administration of some of the unspoken introduced amendments to the law 1564 of 2012 to the law 1437 of 2 011</i> Josefina Quintero Lyon Fabio Cerpa Guarín Angélica Navarro Monterroza	22
DERECHO PRIVADO	36
OPCIONES JURÍDICAMENTE VIABLES PARA LA PERMISIÓN DEL COMERCIO DE COMPONENTES HUMANOS <i>Legally viable options for enabling trade of human components</i> Gustavo Adolfo García Arango	37
DERECHO PENAL	52
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MORALES <i>Criminal responsibility of legal persons</i> Alcides Morales	53
DERECHO INTERNACIONAL	80
DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA ENCLAVA UN ARCHIPIÉLAGO DE ESTADO <i>Decision of the International Court of Justice locks an archipelago of State</i> Oscar Manuel Ariza Orozco	81

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA	99
METAÉTICA Y DERECHO. APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPALES DEBATES EN LA TEORÍA MORAL CONTEMPORÁNEA <i>Meta-ethics and law. Approach to the main debates in contemporary moral theory</i> Yezid Carrillo De La Rosa Lisseth Reyes Carrillo	100
LA CONCEPCIÓN DE PRINCIPIO EN ALEXY Y ZAGREBELSKY: UN ANÁLISIS COMPARATIVO <i>The conception of principle in Alexy and Zagrebelsky: a comparative analysis</i> Yucelis Patricia Garrido Ochoa	113
EL PRINCIPIALISMO COMO ESPÍRITU DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL. UNA APROXIMACIÓN A LA OBRA IUSFILOSÓFICA DE RONALD DWORKIN <i>The principlism like a spirit of the neoconstitutional theory. An approach to the work of Ronald Dworkin iusfilosofica</i> Daniel E. Flórez Muñoz	125
LA INVENCION DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO. ESBOZOS PARA UNA LECTURA CRÍTICA DESDE LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL CASTIGO <i>The invention of criminological positivism. Sketches for a critical reading from the political economy of punishment</i> Miguel Antonio Morón Campos	145
INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS	160

OPCIONES JURÍDICAMENTE VIABLES PARA LA PERMISIÓN DEL COMERCIO DE COMPONENTES HUMANOS*

*Legally viable options for enabling trade
of human components**

Gustavo Adolfo García Arango**

Fecha de Recepción: 4 de abril del 2012

Fecha de Aceptación: 12 de agosto del 2012

SUMARIO 1. Introducción; 2. Las formas de obtener órganos; 3. Propuesta de carácter comercial con componentes humanos; 3.1. Crear una empresa estatal que sea la encargada de comprar los órganos y distribuirlos por todo el país; 3.2. Otro tipo de compensación; 3.3. Permitir venta parcial de algunos componentes; 3.4. Permisión de venta en vida con pago a herederos; 4. Propuesta que no tiene carácter comercial; 4.1. La exclusión del mercado exige que no accedan a los órganos las personas que causaron su propia pérdida por negligencia; 4.2. Si no es venta, que sea una “donación compensada”; 4.3. Creación de un fondo público para indemnizar las familias de los donantes; 4.4. Órganos y tejidos cultivados genéticamente; 5. Otras alternativas sin compromiso de componentes humanos; 5.1. Los xenotrasplantes; 5.2. Órganos y tejidos artificiales o bioartificiales; 6. Conclusiones; 7. Referencias bibliográficas.

* Artículo derivado de la investigación: “Algunas implicaciones jurídicas del comercio de componentes humanos en Colombia y otros países latinoamericanos.” Terminada y aprobada 2010. El autor del artículo fue el investigador principal. Investigación inscrita en el Grupo de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica de Oriente.

** Filósofo de la Universidad Pontificia Bolivariana; abogado de la Universidad de Antioquia; especialista en Derecho Privado y Magister en Derecho, UPB. Abogado de la Secretaría de Educación de Medellín, docente Universidad de Antioquia, investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico: garcia.arango@yahoo.com; Universidad Católica de Oriente: Carrera 46 No. 40B-50 Rionegro. AA Rionegro: 008. AA Medellín: 050956.

REFERENCIA

GARCÍA Durango, G. A. (2012). Opciones jurídicamente viables para la permisión del comercio de componentes humanos. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*, IV (8), 36-51.

RESUMEN

Revisada la normatividad y las exposiciones éticas sobre la permisión del comercio de órganos y tejidos humanos, se revisan algunas propuestas que permitan esta actividad, tales como crear una empresa estatal que sea la encargada de comprar los órganos y distribuirlos; se dé al donante otras formas de compensación que no sean dinero en efectivo; permitir la venta parcial de algunos órganos, o la venta en vida con pago a herederos; que no accedan al trasplante las personas que por su negligencia perdieron el órgano; que se permita una donación compensada; se cree un fondo público para la compra de órganos; se desarrollen órganos y tejidos cultivados genéticamente, se acuda a los xenotrasplantes y se continúe con los órganos y tejidos artificiales y bioartificiales.

PALABRAS CLAVE

Bioderecho, bioética, compraventa de órganos, derecho médico, trasplantes de órganos.

ABSTRACT

Revised the regulations and ethical positions on the permission of the trade of organs and human tissues, check some proposals that allow these activity, such as creating a state company that is in charge of purchasing and distributing organs; donor is given to other forms of compensation that are not a ready money, to allow the partial sale of some organs, or sales in life with payment to heirs; do not have access to transplants for people who lost their organs for negligence that allow an offset donation; that allows a compensated donation; one believes a public bottom for the purchase of organs; tissues and organs develop genetically, is go to xenotransplantation and be continued by the organs and artificial tissues and bioartificial.

KEYWORDS

Biolaw, bioethic, medical law, trading of organs, transplant organs.

1. INTRODUCCIÓN

Tanto en los países latinoamericanos como en los europeos y para la Organización Mundial de la Salud, el comercio de órganos y tejidos humanos debe ser prohibido por el principio de altruismo, el peligro de la economía y el mercantilismo, por el principio de justicia distributiva (Sentencia T-111/10), la salud como bien público (en Colombia, expresamente el artículo 594 de la Ley 9 de 1979, expresa que *“la salud es un bien de interés público”*), que el ser humano para desarrollarse plenamente debe estar completo (sentencia Rol. No. 220, del 13 de agosto de 1995, Tribunal Constitucional de Chile), debe atenderse el factor religioso, se puede acelerar la muerte de personas enfermas con el fin de obtener el lucro y porque el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto (salvamentos de voto de la sentencia C-221/94, aclaración de voto en la C-309/97).

Sin embargo, han habido múltiples pronunciamientos por parte de gremios y personalidades destacadas en el ámbito internacional (Becker y Posner, 2006; Rallo, 2005; Sowell, 2007) que han propendido por la permisión de la venta de órganos y componentes humanos apuntando a la disminución de muertes por falta de órganos, incrementado los donantes con las debidas reglas de que eviten el desarrollo de un comercio ilegal, la explotación de los más necesitados y bajo los más severos controles sanitarios, médicos y tecnológicos.

Son múltiples las variables éticas sobre el tema que no se desarrollan en el presente artículo dado que solo la discusión ética se lleva un capítulo de la investigación, pero frente a todos los planteamientos éticos tratados a favor y en contra, surgen otras preguntas frente a la posibilidad de un mercado abierto y legal de órganos. Puede entrar a preguntarse: ¿es ético obligar a una persona a permanecer en una lista de trasplantes, deteriorando su calidad de vida y arriesgándola a la muerte porque, aunque teniendo los recursos, no se le permite negociar con otra persona un órgano, por el hecho de hacer “justicia” frente a la necesidad de los otros? ¿Acaso no es eso lo que pasa en el sistema de salud, donde los que tienen recursos económicos acuden a servicios privados a cambio de un costo mientras que los demás se someten a un régimen subsidiado por el Estado? Sin embargo es permitido. ¿No es permitido legalmente y éticamente aceptado que una medicina o un tratamiento que no se encuentra en el catálogo definido por el Gobierno la persona lo pueda adquirir por fuera del sistema cuando posee los recursos? ¿O acaso puede considerarse que sería más ético que la persona, por respeto y solidaridad con las demás, deba esperar un turno o limitarse a los esquemas de prestación del servicio de salud?

El dilema ético presentado es eso, un dilema, un espacio donde hay dos o más caminos para tomar, donde se encuentra la espalda en la pared y el pecho contra el filo. Por una parte están las personas y las organizaciones que encuentran abominable la idea del comercio y por el otro quienes lo consideran la solución real, justa e inmediata a los problemas actuales de los trasplantes de órganos. De este modo, frente a la disyuntiva ética y jurídica, es conveniente voltear la mirada a las opciones alternas que se ofrecen frente a la donación y al comercio legal de órganos para paliar la urgente necesidad de llevar bienestar a un multitudinario grupo de personas particulares y a sus respectivas familias, que se suman en miles por todo el mundo.

Se justifica este tipo de investigaciones en cuanto es escasa la investigación biojurídica en el mundo y más en Colombia y es conveniente que desde la academia se vayan generando alternativas al derecho tradicional, que permitan la creación de teorías, posiciones y relecturas de lo típico dinamizando el Derecho.

El trabajo que se desarrolla en este artículo y que buscó responder a la pregunta: ¿en qué medida es viable ética y jurídicamente la permisión de la compraventa de órganos y componentes humanos?, se desarrolló bajo el método documental. La búsqueda bibliográfica se seccionó en tres partes: búsqueda de normatividad, de jurisprudencia y bibliografía localizada en bibliotecas e Internet. Tuvieron prioridad los textos (normativos, jurisprudenciales y doctrinales) donde se encontraba información alusiva al aspecto comercial de los órganos humanos. Una vez realizada la búsqueda de la normatividad, la jurisprudencia y la bibliografía básica, con base en la información recopilada en las fichas, se procedió a seleccionar los textos básicos de lectura y se analizó la información teniendo en cuenta los elementos claves que se destacan en los textos, tratando de ubicarlos en algunos de los siguientes ejes temáticos: argumentos a favor de la venta de órganos, argumentos en contra, normatividad y jurisprudencia relacionada con cada eje. Con el material compilado se procedió a cruzar la información concretando términos, afinando ideas, ubicando por tres bloques temáticos y orientando el estudio a resolver la pregunta planteada.

Como conclusión general se establece que es viable ética y jurídicamente la permisión de la compraventa de órganos, pero siempre atendiendo a ciertos controles normativos y estatales al tema de la salubridad, el consentimiento informado, la vigilancia y control estatal, que no se afecte la calidad de vida del vendedor y que dicha decisión sea retractable.

2. LAS FORMAS DE OBTENER ÓRGANOS

En la actualidad las formas de obtener un órgano o cualquier componente humano para trasplante son las siguientes: de personas vivas: por tejido u órgano proveniente de la misma persona (permitido), por donación de un tercero no conocido (permitido), por donación de un familiar o conocido (permitido), robados o comprados (prohibidos); de cadáveres: donados (permitido), comprados o robados (prohibido); de animales (permitido); cultivados genéticamente (permitido); y, finalmente, órganos artificiales (permitido). De las posibilidades anteriores, permanecen algunas propuestas que buscan resolver la cuestión de la deficiente atención de los trasplantes de órganos, las cuales se agruparon en tres bloques: propuestas de carácter comercial con componentes humanos, propuestas que no tienen carácter comercial y otras alternativas sin compromiso de componentes humanos.

3. PROPUESTAS DE CARÁCTER COMERCIAL CON COMPONENTES HUMANOS

3.1. Crear una empresa estatal que sea la encargada de comprar los órganos y distribuirlos por todo el país

Frente al temor que la compraventa de órganos genere un deshumanizante mercado capitalista sobre el cuerpo de las personas, pero teniendo en cuenta que la compensación económica podría

ser una opción concreta, correcta y moralmente aceptable si se busca el justo medio y se le aplican los debidos controles que garanticen el respeto por todas las personas, surge la propuesta de que la compraventa de órganos obedezca a una política de Estado centralizado en él mismo a través de una institución especialmente creada para tal fin o por medio de alguna de las entidades ya existentes (Cfr. Garzón, 2005). Otra propuesta realizada en Inglaterra, apunta en el mismo sentido, pero dejando en claro que los particulares no podrían comprar los órganos y solo se podrían vender a las instituciones estatales o señaladas por el Estado:

El monopolio de la compra de órganos estaría en manos del Servicio Nacional de Salud, que se ocuparía además de que estos fueran a parar a los enfermos que más los necesitan. En ningún caso se permitiría que la gente con más recursos económicos pudiera utilizar su riqueza para conseguir rápidamente un trasplante: deberían de esperar su turno en la Sanidad pública, como los demás pacientes. Y, por supuesto, la compra de órganos por particulares estaría rigurosamente prohibida. (Hernández, 2003).

Los beneficios de esta propuesta saltan a la vista: el Estado podría regular el valor de los órganos y dar un precio fijo evitando la especulación y las altísimas ganancias que podrían obtener las personas y las empresas con el juego de la oferta y la demanda, ofreciendo al vendedor siempre el mismo precio y la entidad compradora un control sobre los costos de compra; se limitaría la intermediación; el Estado continuaría teniendo el control sobre la calidad de las personas que acuden a la venta, así como del número de componentes humanos necesitados. De este modo, se beneficiarían las personas de escasos recursos y la sociedad. Claro que implicaría la suficiente veeduría para evitar corrupción al interior del organismo. Sin embargo, esta propuesta podría no ser viable, más que en el sentido ético por la viabilidad financiera, ya que no reportaría ingresos para las instituciones estatales encargadas de adquirir los componentes y llevar el costo de la compra del órgano o del tejido al consumidor final excluiría a las personas de escasos recursos del acceso a esta operación. En este sentido, es más rentable para el sistema de salud tener personas en lista de espera por una donación.

No obstante, bajo el mismo esquema económico y complementado con el interés de máxima beneficencia, se podría legalizar la compraventa de los órganos y tejidos que sean más desastrosos en términos de calidad de vida y/o que presenten las enfermedades más ruinosas y costosas para el sistema, esto permitiría recuperar parte de la salud de las personas que se hallan en peor situación y equilibrar las cargas económicas en los puntos más críticos, favoreciendo en ambos sentidos a las personas que se encuentran en los listados de espera.

Para equilibrar las cargas económicas del Estado, podría pensarse, incluso, en la permisión de la compraventa en modalidad mixta para los órganos que sean clasificados prioritarios, permitiendo que las personas que tengan los recursos económicos paguen por la compra del órgano mientras que el Estado asumiría los costos de las personas menos pudientes, tal como se presenta en los otros aspectos del área de la salud. El modo de control estatal implicaría que las personas o los familiares de estas que estén en capacidad de pagar por el órgano no puedan negociar directamente el componente (que tendría un precio fijo), sino que le entrarían el dinero a la entidad autorizada de hacer la negociación y solo a través de ella se harían las transacciones del caso.

3.2. Otros tipos de compensación

Otra forma de motivación y contraprestación de los componentes humanos como órganos y tejidos, que evitaría la búsqueda directa de enriquecimiento personal por parte de las personas que recurran a esto con el afán de obtener dinero fresco y en efectivo, pero buscando al mismo tiempo la motivación y la contraprestación justa, podría ser una contribución especial para efectos pensionales, la condonación de deudas por impuestos, la exoneración de pago de ciertos impuestos por determinado período, el pago de un seguro de vida por los siguientes 10 ó 20 años a la extracción del órgano o una afiliación a medicina prepagada por el mismo período. Incluso, para el caso de los difuntos, podría ofrecerse a la familia, a cambio de la aceptación de disposición sobre el cadáver del familiar, costear los gastos de entierro; el cubrimiento del pago de los servicios públicos durante un determinado período, por ejemplo de cinco años, etc.

3.3. Permitir venta parcial de algunos componentes

Sin ánimo de dar soluciones o posiciones fijas, sino más bien como un punto para la reflexión y delimitar el problema, se parte de la idea que no todos los componentes humanos pueden ser tratados de la misma manera, teniendo en cuenta dos factores: primero, su capacidad de renovación y segundo, su carácter vital.

De acuerdo a estos dos factores, se pueden reunir los componentes humanos en cuatro grupos:

Tabla 1. Grupos de componentes humanos.

Grupo	Renovable	Vital	Ejemplo
Componentes renovables y vitales	+	+	Sangre.
Componentes renovables no vitales	+	-	El cabello, las uñas, la leche materna, los óvulos, la esperma, células madre, la orina, el sudor o la saliva.
Componentes no renovables y no vitales	-	-	Riñón, pulmón, piel, córnea, huesos, dientes, intestino.
Componentes no renovables y vitales	-	+	Corazón, el cerebro.

Fuente: el autor.

Los componentes renovables no vitales como el cabello, las uñas, la leche materna, los óvulos, el esperma, la orina, el sudor o la saliva, no presentan mayores complejos éticos ni legales. Incluso puede analizarse qué tanto puede considerarse del mismo rango los elementos que genera el cuerpo humano pero que no hacen parte estructural de él y que por lo tanto poseen una naturaleza distinta al cuerpo humano como tal, como pueden ser la orina, la saliva, el óvulo, el esperma, el líquido amniótico o el sudor. De hecho, a esta posición se suman los doctrinantes colombianos (Ochoa, 2003: 73; Valencia, 1987: 348; Velásquez, 2006: 5).

Y es que el tratamiento para este tipo de componentes no es el mismo ni médica ni jurídicamente, por esta razón es fácil encontrar que las disposiciones sobre trasplantes de órganos y tejidos no regulan lo relacionado con elementos corporales específicos. Por ejemplo en Venezuela, la Ley

sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, en su artículo primero, expresamente señala que “se excluyen de los requisitos de esta Ley, los cabellos y las uñas. También la sangre y sus componentes, ovarios, óvulos y esperma pero en estos casos deberá siempre solicitarse la aceptación del donante y el receptor.” La Ley N° 1246/98 de Trasplantes de Órganos y Tejidos Anatómicos Humanos de Paraguay en el primer artículo discrimina los tejidos y materiales naturalmente renovables y separables del cuerpo humano: “La ablación de órganos y tejidos de personas con muerte cerebral confirmada, y de seres vivos, para el trasplante de los mismos en otros seres humanos vivos, se rige por las disposiciones de esta Ley. Exceptúense los tejidos y materiales naturalmente renovables y separables del cuerpo humano.” Igual, en Argentina, la Ley 24.193 (modificado por Ley 26.066) en el artículo primero dispone en igual dirección: “Exceptuase de lo previsto por la presente, los tejidos naturalmente renovables o separables del cuerpo humano con salvedad de la obtención y preservación de células progenitoras hematopoyéticas y su posterior implante a seres humanos, que quedará regida por esta ley”.

La prohibición del comercio de componentes humanos se basa en la dignidad, pero vender el esperma no altera para nada la calidad de vida, tampoco el cabello o la sangre, salvo en cantidades o frecuencia que pudiera desestabilizar la salud de la persona. O incluso su estabilidad emocional. Al no verse comprometida la calidad de vida ni la afectación directa de la dignidad de otras personas, podría pensarse en la posibilidad de venta. Los elementos humanos no renovables y vitales, saldrían de bulto del comercio de componentes entre vivos. Pero el verdadero dilema se presentaría frente a los elementos no renovables y no vitales.

Ernesto Garzón Valdés, hace una simple, curiosa y pedagógica tabla de más y de menos con base en las variables donante vivo o no, voluntario o no, gratuito o no. Con base en su modelo, se ha construido la siguiente tabla sobre los tipos de abastecedores de órganos, que para hacerlo más completo se hace necesario vincular la tabla anterior con el de los grupos renovables y vitales, al menos para los abastecedores vivos:

Tabla 2. Tipos de abastecedores de órganos.

	Vivo	Voluntario	Gratuito	Observaciones	Grupo de componentes
1. Puede ser llamado el del abastecedor generoso.	+	+	+	Este es el donante ideal de las normas	a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales
					c. Componentes no renovables y no son vitales
					d. Componentes no renovables y vitales
2. Es el del abastecedor mercantil.	+	+	-		a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales
					c. Componentes no renovables y no son vitales
					d. Componentes no renovables y vitales

	Vivo	Voluntario	Gratuito	Observaciones	Grupo de componentes
3. Es el del abastecedor obligado no indemnizado.	+	-	+	Esta sería una situación de secuestro, extorsión o lesiones personales	a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales
					c. Componentes no renovables y no son vitales
					d. Componentes no renovables y vitales
4. Es el del abastecedor obligado indemnizado.	+	-	-	Esta sería una situación de secuestro o extorsión o estafa	a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales
					c. Componentes no renovables y no son vitales
					d. Componentes no renovables y vitales
5. Es el del difunto generoso con la sociedad.	-	+	+		a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales
					c. Componentes no renovables y no son vitales
					d. Componentes no renovables y vitales
6. Es el del difunto generoso con sus herederos.	-	+	-		a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales
					c. Componentes no renovables y no son vitales
					d. Componentes no renovables y vitales
7. Es el del difunto socializado sin indemnización (para sus herederos).	-	-	+	Este es el que aplica para los países con presunción de donación.	a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales
					c. Componentes no renovables y no son vitales
					d. Componentes no renovables y vitales
8. Es el del difunto socializado	-	-	-		a. Componentes renovables y vitales
					b. Componentes renovables no vitales

Fuente: Tabla basada en Garzón Valdés, E. (2005) *Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos* <En: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000011.htm>> [Consultado el 21 mar-11].

El primer caso, es denominado por Garzón Valdés (2005) como el abastecedor generoso, que bajo la normatividad vigente sería el abastecedor ideal: vivo, voluntario y gratuito. Sin embargo no cualquier tipo de donación bajo estas características sería viable si la persona queda a merced de la muerte o sufre una grave e irreversible desmejora en su estado de salud. Por eso, los abastecedores de los órganos clasificados como renovables pero vitales y no renovables y vitales no encajarían en este esquema.

Es obvia la inviabilidad de disponer en vida de los órganos no renovables y vitales, sería suicidio y bajo la normatividad colombiana sería inviable. La obtención de componentes vitales de una persona sana sería homicidio y por él pagarían tanto la persona que practica la cirugía (autor material) como la persona que está pagando por ello (autor intelectual). La donación de los demás componentes humanos no presenta mayores conflictos, máxime siendo a título gratuito.

Respecto de los abastecedores obligados indemnizados y no indemnizados, Ernesto Garzón (2005) presenta el siguiente caso: *“¿qué pensaríamos si el Dr. Crockett extrae el riñón [de un paciente sin su consentimiento ni conocimiento] para dárselo gratuitamente a otra persona en peligro de muerte y, además, indemniza al donante obligado aplicando las tarifas legales de compensación por pérdida de órgano?”* Como parte del cuerpo que es, la extracción del componente humano no tendría como consecuencia jurídica el pago de un valor sobre un bien, sino que tiene valor como responsabilidad, como indemnización por los daños morales, físico, psicológicos, a la vida de relación; pero sin configurarse el delito de comercialización de órganos.

De acuerdo a todo lo que se ha venido discutiendo, la propuesta sobre la compraventa de componentes humanos se construiría sobre las siguientes propuestas:

- Conforme lo respalda la doctrina, se debe permitir la compraventa de los componentes humanos del primer y segundo grupo (renovables y vitales, renovables no vitales), sin más límites que los que el mismo derecho conforma alrededor del negocio jurídico y los que ofrecen los derechos fundamentales respecto de cada situación particular.
- Se podría permitir la compraventa de los componentes del tercer grupo (componentes no renovables y no vitales) como el riñón, pero no en dinero efectivo. El que desee vender estaría en la libertad de hacerlo a cambio de beneficios como los vistos en otros tipos de compensación. El no permitir dinero líquido actuaría como un elemento disuasorio y limitante del ánimo de lucro desmedido, del aprovechamiento por parte de terceros o que las personas echen mano de este medio para obtener el efectivo para cosas que no son tan provechosas para la misma persona.
- En caso que se permitiera la compraventa, el Estado debería centralizarlo todo y mantener los comités y veedurías en el proceso.
- Debe continuar la prohibición de la compraventa de órganos del grupo cuarto (componentes no renovables y vitales). La vida del ser humano ya se ve seriamente comprometida y por ello no sería viable. También debe prohibirse la compraventa de algún órgano que implique a la persona en general o particular, con base en los criterios médicos, una disminución inminente y significativa de su calidad de vida. La normatividad latinoamericana ha hecho referencia a la extracción de componentes que no impliquen merma de la calidad de vida, por ejemplo Bolivia permite las ablaciones *“cuando no se le ocasionen menoscabo a la salud, disminución física que afecta su supervivencia o le originen un impedimento considerable”* (Art. 6º, Ley 1716 de 1996). En este mismo sentido se manifiesta el artículo 3º de la Ley 58 de

1994 de Ecuador, la Ley 28189 de 2004 del Perú en el artículo 10º, el artículo 12 de la Ley N° 1246/98 de Trasplantes de Órganos y Tejidos Anatómicos Humanos de Paraguay y el artículo 14 de la Ley 24193 (modificada por Ley 26.066) de Argentina.

- Se debe permitir la compraventa de células madre de cordón umbilical para generación de órganos humanos con monopolio estatal o permitir y promover la creación de bancos públicos de células madre donde cualquier individuo pueda entregar sus células para disponer de ellas a favor de cualquier otra persona. Todo, igualmente sometido a cuerpo colegiado, a los comités de ética y asociaciones de médicos.
- Se debe mantener la donación y continuar con las campañas de donación y la presunción legal de la donación.
- Las restricciones de personas que podrían realizar tanto las donaciones como la venta de componentes debe continuar, como es el caso de las mujeres en embarazo, menores de edad y personas con incapacidad mental.
- Todo debe continuar bajo el principio bioético del consentimiento informado, tal como lo vienen estableciendo las normas de todos los países estudiados.
- De igual manera, se debe respetar el derecho a la capacidad de retractación de la compraventa hasta antes de iniciar el proceso de extracción o de entrar en cirugía, sin ningún tipo de responsabilidad por parte de la persona que se retracta del negocio jurídico, tal como se encuentra establecido para las donaciones: en Guatemala, el artículo 25 del Acuerdo Gubernativo N°. 525 de 2006, dispone que el *“el donador vivo aún en forma verbal, en cualquier tiempo y sin expresión de causa, incluso aunque hubiese firmado el formulario de consentimiento informado para realizar el trasplante, podrá en cualquier momento revocar dicho consentimiento sin incurrir en responsabilidad alguna en perjuicio para su persona.”* En Honduras, el artículo 9 del Decreto número 131 dispone que *“la decisión del donante es revocable hasta el instante de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad. La revocación no genera derechos contra el donante.”* En este mismo sentido de la revocatoria en cualquier momento sin que genere responsabilidad de su parte se expresa el artículo 7 de la Ley 7409 de 12 de mayo de 1994 de Costa Rica, la Ley N°. 1716 de 1996 de Bolivia (Art. 16º), la Ley N°. 58 de 1994 de Ecuador (Art. 12º), en Chile opera en igual sentido el artículo 6º de la Ley 19451 de 1996 y en Perú la Ley 28189 de 2004 en su artículo 10º. Así mismo, la revocatoria de la donación de órganos hasta el último momento de la intervención quirúrgica y la inexistencia de obligaciones por el acto de retractación se encuentran estipuladas en la Ley Sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos de Venezuela (Art. 14º), la Ley N°. 1.246 De Trasplantes de Órganos y Tejidos Anatómicos Humanos de Paraguay (Art. 13) y la Ley 24.193 (modificada por Ley 26.066) de Argentina (Art. 15º).

- Por los abusos que se han presentado y documentado alrededor del mundo, debe prohibirse la donación o compraventa de órganos provenientes de prisioneros o condenados a muerte. Es conveniente aprovechar el primer aspecto que destaca el jurista Valencia Zea (1987) sobre que nadie puede ser coaccionado en su integridad corporal, en cuanto, por principio general de aplicación mundial, nadie tiene porqué ser obligado a someterse a una intervención quirúrgica para que se le extraiga un órgano. Nadie debe ser constreñido para que disponga de sus órganos a favor de otra persona. Puede darse el debate frente a la libre disposición sobre elementos corporales, pero nunca sobre el desprendimiento forzado.

3.4. Permición de venta en vida con pago a herederos

La compraventa de órganos y tejidos e incluso de cualquier componente humano de personas vivas, puede plantear múltiples reparos, pero el estatus biológico, jurídico y médico del cadáver es diferente, y sobre él es más fácil tomar decisiones de tipo comercial toda vez que no está de por medio el concepto de calidad de vida, vida digna, de derechos fundamentales. Por esta razón, no son pocas las propuestas encaminadas a permitir la venta de órganos, tejidos y demás de los cadáveres, tanto por parte de la misma persona en vida, como por parte de los familiares. Las propuestas encaminadas en este sentido apuntan a una retribución económica para la persona en vida o para los familiares una vez ocurrida la muerte.

El beneficio que bien podría ser en efectivo, puede darse, igualmente, con el pago de los gastos funerarios del difunto o de todos los gastos que se hayan generado en el hospital o la clínica por concepto de la enfermedad o la causa que lleva al paciente a la muerte. O como se señaló más arriba, por el pago de los servicios públicos durante un determinado tiempo, entre otras posibles opciones. Esta posición tendría una contra argumentación en el sentido que dicha posibilidad podría acarrear homicidios para obtener el beneficio económico. Sin embargo, exactamente los mismos presupuestos jurídicos y fácticos se presentan en los seguros frente a los beneficiarios, sin embargo no por ello se considera inmoral el contrato de seguros con beneficiario.

El beneficio económico por los órganos entraría a ser parte de la masa herencial, antes que los órganos o el cadáver mismo, debido a que los despojos humanos se consideran objeto del derecho pero extrapatrimoniales (Art. 36 de la Ley General de Salud de México; Art. 20 del Decreto 131, Ley de Trasplantes de Honduras; en Colombia, Sentencia T-162/94 trata el tema).

4. PROPUESTAS QUE NO TIENEN CARÁCTER COMERCIAL

4.1. La regulación del mercado exige que no accedan a los órganos las personas que causaron su propia pérdida por negligencia

Esta posición, aunque no tiene un carácter económico directo, se ha escogido por la particularidad de la propuesta, que se hace incluso para las donaciones. Ernesto Garcés (2005) lo plantea sintéticamente de la siguiente manera: *“para mayor justicia, puede aceptarse la cláusula cautelar que dice que los trasplantes de este tipo solo podrán realizarse a personas que no hayan causado voluntariamente el daño del órgano que debe ser reemplazado: los alcohólicos no recibirán hígados, los fumadores no tendrán acceso a nuevos pulmones”*.

Desde una perspectiva comercial, esta podría ser una forma de limitar, ya no al vendedor si no, al comprador. Así, la persona que predetermine su propia falla, no tendría derecho a la posibilidad de compra de un órgano o tejido, sino que se le podría restringir el acceso a estos componentes solo por vía de donación proveniente de cadáveres. Sin embargo, esta propuesta genera más cuestionamientos éticos, que no son del caso abarcar en este artículo.

4.2. Si no es venta, entonces que sea una “donación compensada”

Frente a la negativa de una compensación económica clara como en la primera propuesta, se plantea que la donación sea compensada con otros medios no precisamente lucrativos, como asistencia a salud, un seguro de vida o demás. De hecho, en los comentarios al principio 5º de Principios Rectores de la OMS Sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos, se plantea de la siguiente manera:

Suscitan preocupación los incentivos que abarcan servicios esenciales que los donantes no podrían permitirse por otros medios, como la atención médica o la cobertura de un seguro de enfermedad. El acceso al más alto nivel posible de salud es un derecho fundamental, no algo que se pueda adquirir a cambio de partes anatómicas. Sin embargo, es lícito que se les ofrezcan a los donantes vivos evaluaciones médicas periódicas gratuitas relacionadas con la donación y un seguro de vida o por las complicaciones que puedan surgir a causa de la donación. (OMS, 2010).

La figura jurídica continuaría siendo la donación, pero tendría una motivación adicional, por un lado por el seguro de vida que le implicaría beneficio a la familia y una asistencia médica que le garantizaría la estabilidad y control en la salud.

4.3. Creación de un fondo público para indemnizar las familias de los donantes

Otra propuesta que surge frente a la negativa de comercialización de componentes humanos es la creación de un fondo de naturaleza pública, proveniente de donaciones de empresas y particulares, de dineros públicos, aportes de los centros donde se realicen los trasplantes, de las empresas promotoras de salud, de las empresas de riesgos profesionales, por citar algunas posibles fuentes de financiación del fondo, con el cual se puede dar un aporte económico a los familiares de los donantes voluntarios o presuntos, como forma de indemnizar los daños morales ocasionados con la desmembración del cadáver del ser querido y cercano.

4.4. Órganos y tejidos cultivados genéticamente

Sobre este punto, en Colombia se estuvo estudiando la posibilidad de permitirlo, así en el proyecto de Ley 166 de 2003 “*Proyecto de ley para la protección y buen uso de la información contenida en el genoma humano y contra la discriminación genética*”, radicado en el Senado de la República, se señalaba: “*Artículo 13. (...) se permitirá la clonación de órganos, miembros, tejido, fluidos y células humanas; así como la manipulación, aislamiento, modificación y alteración de materia viva, genes, proteínas y otros.*”

Aunque las prácticas de clonación están en pleno desarrollo, la clonación tiene una especial connotación por su carácter terapéutico y porque carece de grandes discusiones y enfrentamientos éticos, siempre y cuando no se toque el tema en los embriones y anencefálicos.

El beneficio práctico de la utilización de células de la persona para realizarle implantes a ella misma radica en que garantizaría buena parte del éxito de la terapia, toda vez que no habría rechazo porque el mismo cuerpo lo aceptaría, ahorrando tiempo en procesos, revisiones, intervenciones posteriores, medicinas y posibles complicaciones que incluso podrían llevar a la muerte.

Se puede proponer la legalización de la donación o venta de tejidos y células madre para bancos públicos y/o privados sin ánimo de lucro que se encarguen del desarrollo de la generación de órganos, los cuales pueden ser vendidos a bajo costo por los mismos bancos, pagados en su totalidad por el Estado, subsidiados en parte por el Gobierno, pagados en su totalidad o en parte por un fondo a donde vayan pequeños aportes que hagan las empresas, entidades y personas del sector salud y de los mismos cotizantes al sistema salud.

5. OTRAS ALTERNATIVAS SIN COMPROMISO DE COMPONENTES HUMANOS

5.1. Los xenotrasplantes

Son otra opción en la que vienen trabajando diferentes ciencias, tratando de encontrar la forma de vencer los problemas de compatibilidad y rechazo, así como los efectos secundarios. Algunas normas ya hacen referencia a los xenotrasplantes en las que expresamente se excluyen de las leyes relacionadas con los trasplantes humanos para una regulación exclusiva, como el caso de Perú (Ley 28189-04) y Colombia (Decreto 2493 de 2004); en otras normas no se hace ninguna referencia como en Chile y Bolivia; y está el caso de Argentina que cubre los xenotrasplantes de manera expresa (Ley 24.193).

5.2. Órganos y tejidos artificiales o bioartificiales

La biotecnología, la biomedicina, la bioingeniería, la bioinformática son productos de la ciencia y la tecnología; y que, innegablemente, ayudan a la humanidad. Las investigaciones así, son presionadas por la opinión pública o por la industria. De hecho, una de las características del nuevo mercado en un mundo globalizado e industrializado es la producción a escala. Y en un planeta con más de seis mil millones de habitantes, mortales y humanos, la salud es un aspecto atractivo hablando en términos económicos. Así, los tejidos creados a escala industrial serían un producto maravilloso.

Los órganos artificiales o componentes humanos sustitutos de partes del cuerpo son numerosos y a todos los niveles de complejidad; por ejemplo, están las prótesis simples de piernas, brazos o manos que tienen alguna utilidad funcional limitada no muy estética, están las prótesis con diseños mucho más cercanos a una auténtica parte humana con funcionalidad restringida, las prótesis de alta tecnología que pueden ser o no estéticas pero con una mayor eficiencia en los procesos (piernas para saltar y correr a gran velocidad, manos flexibles que pueden agarrar cosas muy pequeñas y con alta precisión), todas fabricadas con piezas de plástico, metal y circuitos integrados; incluso existen huesos fabricados con cementos y materiales especiales biocompatibles con las

células humanas y hasta bioprótesis, que implican la utilización de componentes vivos, es el caso común de orejas y narices construidas a partir de moldes hechos de polímeros biodegradables los cuales se recubren de células humanas que al reproducirse toman la forma del molde. En el tema de las prótesis, la Corte Constitucional de Colombia ha tutelado el derecho a las prótesis en múltiples sentencias, en razón de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas en aras de la integridad física, moral y psicológica (prótesis mamarias, T-572/99; de hombro, T-756/99; prótesis de cadera, T-528/99; prótesis de brazo, T-906/08; prótesis peneana, T-732/09; entre otros).

La búsqueda de estos tipos de órganos y tejidos sigue en marcha, especialmente en investigaciones sobre corazones, vasos sanguíneos, válvulas cardíacas, piel artificial e incluso sangre artificial.

6. CONCLUSIONES

Como conclusión general se establece que es viable ética y jurídicamente la permisión de la compraventa de órganos, estableciendo claramente cuáles órganos, tejidos y componentes humanos podrían ser objeto de ello de manera taxativa; siempre atendiendo a ciertos controles normativos y estatales respecto de temas como la salubridad, el consentimiento informado, la vigilancia y control estatal sobre los listados de órganos necesitados y vendidos, así como sobre los precios evitando la especulación y las grandes ganancias; que no se afecte la calidad de vida del vendedor y que la decisión de vender sea retractable sin efectos de ninguna clase para quien tome la decisión.

Se deben promover y continuar las investigaciones necesarias encausadas al uso de biomateriales, xenotrasplantes y clonación de órganos o producción de estos con base en células madre, de manera que se pueda llegar en algún momento a eludir el recurso de la donación y la compraventa de órganos y tejidos humanos. Podría pensarse en que los dineros recogidos por la compraventa de los órganos y demás componentes, se destine en parte a la compra de otros componentes y en un porcentaje a la investigación en los medios alternativos de consecución de material humano.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, G. y POSNER, R. (2006): "Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted?" <En: <http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html>> [Consultado el 21 mar-11].

GARZÓN VALDÉS, E. (2005): "Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos" <En: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000011.htm>> [Consultado el 21 Mar-11].

HERNÁNDEZ VELASCO, I. (2003): "Médicos británicos apoyan la creación de un mercado de órganos" <En: <http://www.tecnociencia.es/especiales/trasplantes/10.htm>> [Consultado el 21 mar-11].

OCHOA CARVAJAL, R. H. (2003): "Bienes". Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Organización Mundial de la Salud. (2010): "Trasplante de órganos y tejidos humanos". En:http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63/A63_24-sp.pdf. [Consultado el 21 mar-11].

RALLO, J. R. (2005): "Venda un órgano, salve una vida". <En: <http://www.juandemariana.org/articulo/353/venda/organo/salve/vida/>>. [Consultado el 21 Mar-11].

SOWELL, T. (2007): "¿Sin sacrificios?" <En: <http://meriendadenegros.wordpress.com/2007/09/04/%C2%BFsin-sacrificios/>>. [Consultado el 21 mar-11].

Tribunal Constitucional de Chile. (1995): "Sentencia Rol. N°. 220" <En: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/397>>. [Consultado el 21 mar-11].

VALENCIA ZEA, A. (1987): "Derecho Civil". Tomo I. Bogotá: Temis.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, L. G. (2006): "Bienes". Medellín: Comlibros.

Normas

Estados Unidos Mexicanos. Congreso de la Unión. Ley General de Salud de México. 1984.

República de Argentina. Congreso de la Nación. Ley 24.193 de 1993.

_____. Ley. 26.066 de 2005.

República de Bolivia. Congreso Nacional. Ley 1716 de 1996.

República de Chile. Congreso Nacional. Ley 19451 de 1996.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 9 de 1979.

_____. Presidencia de la República. Decreto 2493 de 2004.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa de la República. Ley 7409 de 1994.

República del Ecuador. Congreso Nacional. Ley 58 de 1994.

República de Guatemala. Presidencia de la República. Acuerdo Gubernativo No. 525 de 2006.

República de Honduras. Congreso Nacional. Decreto 131 de 1983.

República del Paraguay. Congreso Nacional. Ley 1246 de 1998.

República del Perú. Congreso de la República. Ley 28189 de 2004.

República de Venezuela. Congreso de la República. Ley Sobre Trasplante de Órganos, 1992.

Sentencias

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-221/94.

_____. Sentencia C-309/97

_____. Sentencia T-572/99

_____. Sentencia T-528/99

_____. Sentencia T-756/99

_____. Sentencia T-906/08

_____. Sentencia T-732/09

_____. Sentencia T-111/10