

## **BIOÉTICA EN LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS. LA POLÉMICA DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS PARA EL BIODERECHO**

Prof. Dra. Andrea Acosta  
Gamboa

*Directora del Programa de Educación Continua de la Facultad de  
Derecho UCR.*

*Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.*

**RESUMEN:** En este artículo se presenta la situación del Derecho respecto a algunas cuestiones Bioéticas. Lo anterior puede ser entendido como Biojurídica, y con ello se pretende garantizar que las leyes y normativas respecto a cuestiones bioéticas guarden fundamentación en la dignidad del hombre y el respeto y protección de la vida humana. En Costa Rica, existe un vacío legislativo respecto a la Biojurídica, únicamente existen proyectos de ley para regular la fecundación in vitro, el proyecto de investigaciones biomédicas, y el proyecto de ley para regular la donación y trasplante de órganos y tejidos. En este artículo trataremos el tema de la donación y trasplante de órganos y la polémica respecto al delito de tráfico de órganos en materia penal y en el campo del Bioderecho o Biojurídica.

**PALABRAS CLAVE:** Bioética, Bioderecho, Biojurídica, donación y trasplante de órganos y tejidos, tráfico de órganos, dignidad humana, vida humana, derecho a la vida, trata de personas.

**ABSTRACT:** This article presents the state of the Law about on some Bioethical issues. This may be treated as Biolegal and is intended to ensure that laws and regulations regarding bioethical issues keep foundation on human dignity and in respect and protection of human life. In Costa Rica, there is a legislative gap regarding Biolegal, only exist bills to regulate in vitro fertilization, biomedical research project, and the donation and transplantation of organs and tissues. This article will discuss the issue of organ donation and transplantation and the

controversy regarding the crime of organ trafficking in criminal matters and in the field of Biolaw.

**KEYWORDS:** Bioethics, Biolaw, Biolegal, donation and transplanted organs and tissues, organ trafficking, human dignity, human life, right to life, human trafficking.

**Fecha de recepción:** 15 de octubre de 2013.

**Fecha de aprobación:** 18 de octubre de 2013.

Pensemos solamente si los científicos son considerados creadores, jueces y salvadores, los demás tendremos que estar ante ellos como suplicantes criaturas<sup>1024</sup>.

---

<sup>1024</sup> “La variante más conocida de la idea de *homunculus* se halla en la segunda parte del Fausto de Goethe. Wagner, el fámulo fanático de la ciencia ayudante del gran doctor Fausto, ha logrado en su ausencia la obra perfecta. El padre de este nuevo arte no es el afán del espíritu por adentrarse en lo grandioso y preguntar por el todo, sino el positivista interesado en el aprendizaje y en el poder. Ésa sería efectivamente la correcta caracterización de Wagner. Con todo, desde su tubo de ensayo el hombrecillo-retorta percibe en Mefistófeles a su pariente. Goethe establece de ese modo un íntimo parentesco entre el mundo artificial, hecho a medida del positivismo y el espíritu de la negación. Eso significa para Wagner y su racionalidad, sin embargo, el momento del triunfo supremo: ¡Dios me preserve de ello! El antiguo modo de engendrar es reconocido por nosotros como una mera broma (...) si el animal encuentra aún en ello placer, el hombre, dotado de nobles cualidades, debe tener un origen mas noble y puro” y poco después: “con todo no tardamos en desafiar el acaso, obrando de este modo es imposible que el hombre pensador deje de formar en lo sucesivo un cerebro bien organizado (...) ¿que mas podemos desear? ¿Qué es lo que podrá ahora el mundo exigirnos?” Goethe presenta claramente en estos versos las dos fuerzas impulsoras que mueven a la producción artificial de hombres. “Tal es la propiedad de las cosas, para o natural apenas basta el universo, lo artificial, por el contrario exige un espacio reducido”. El símbolo de la estrechez, mezquindad y sus creaciones es el cristal: el homunculus vive in vitro. El vaticinio de Goethe es muy claro, el cristal-la pared de lo artificial-se estrellara finalmente contra la realidad. Como criatura artificial el homunculus se escapa de las manos de su autor, pues se halla en tensión entre el temor receloso al cristal protector y la impaciencia por romperlo provocada por el afán de hacerse real.” Ratzinger, J.K. *El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana*, en LÖW, R, y otros, *Bioética, consideraciones...* p.54-56.

Sin embargo, si ya no podemos mirar a nuestra naturaleza humana inicialmente inalterada para buscar un criterio o norma de lo bueno o lo mejor, ¿cómo se sabrá en qué consiste una mejora? No servirá extrapolar lo que nos gusta de nosotros mismos. Dado que tener memoria es bueno, ¿se puede decir qué cantidad de memoria sería mejor? Si el deseo sexual es bueno, ¿cuánto más sería mejor? La vida es buena, pero ¿hasta qué momento sería bueno para nosotros prolongarla?<sup>1025</sup>

Solo tal meta justifica que se descarte cualquier oposición a la marcha inexorable de la ciencia médica. Solo tal objetivo da una fuerza moral arrolladora al principio "cura la enfermedad, mitiga el sufrimiento". La medicina actual cura, ofrece resultados y por tanto produce cosas, que pueden ser valoradas desde el punto de vista material o económico y exigidas como un bien de consumo por los demás miembros de la sociedad. Esto ha llevado a desviaciones en la ética médica.

La Bioética es más que ética médica, de acuerdo con la enciclopedia de Bioética editada por Warren Thomas REICH, de la Universidad de Georgetown, Bioética es el estudio sistemático de las dimensiones morales, incluyendo la visión moral, las decisiones, las conductas y las políticas de la ciencias de la vida y del cuidado de la salud, usando una variedad de metodologías éticas en un contexto interdisciplinario.<sup>1026</sup>

En este contexto interdisciplinario la función del Derecho respecto a las cuestiones bioéticas es lo que se denomina biojurídica<sup>1027</sup>, cuyo objeto es la preparación y estudio de las nuevas leyes y el seguimiento de las actualmente

---

<sup>1025</sup> Cfr. HERRANZ, G. *Eutanasia y dignidad del morir*, en GONZALEZ, A.M. y... *Vivir y morir con...*pp.173-191.

<sup>1026</sup> W.T. REICH (ed.) *Encyclopedia of Bioethics*, The Free Press, New York, 1978, Introduction, vol.1 I, p.xxi.1995

<sup>1027</sup> Cfr. VILA-CORO, M.D. *Introducción a la biojurídica*, Servicio de publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.22.

vigentes, para garantizar su debida fundamentación en la dignidad del hombre y en el respeto y protección de la vida humana<sup>1028</sup>.

El término fue acuñado por el jurista italiano Francesco D'AGOSTINO<sup>1029</sup>, “construir una biojurídica, esto es, dotar a los criterios que están llamados a elaborar con el fin de que la legislación bioética no resulte arbitraria, de una justificación *iuxta propria principia*, es decir, ni ética, ni política, sino estrictamente jurídica.”<sup>1030</sup>, una rama del Derecho que tiene por objeto “llevar a cabo un esfuerzo cultural con objeto de descubrir si existen razones jurídicas fundamentales que autoricen al derecho a imponer a la praxis bioética límites bien definidos”<sup>1031</sup>. En España el término fue utilizado por primera vez por José María Martínez Val,<sup>1032</sup> y cada vez es de mayor uso, sobre todo por las nuevas legislaciones, que responden a los nuevos temas bioéticos<sup>1033</sup>.

---

<sup>1028</sup> PALAZZANI, L. *Introduzione a la biogiuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino, p.54. Sobre el paso en Bioética del interés ético al interés jurídico: BYK, C. *From Bioethics to Biolaw: an international overview, 1984-1994*, in BANKOWSKY-J.H. BRYANT, Z. (eds) *Poverty, vulnerability, the value of human life and the emergence of bioethics*, Council for International Organizations of Medical Sciences, Genève, 1995, pp. 115-132; NEIRINCK, C. (ed.) *De la bioéthique au bio droit*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994; VILA-CORO, M.T. *Introducción a la biojurídica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

<sup>1029</sup> Cfr. D'AGOSTINO, F. *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, 1991, p. 155.

<sup>1030</sup> D'AGOSTINO, F. *Elementos...*p.155.

<sup>1031</sup> D'AGOSTINO, F. *Elementos...*p.155.

<sup>1032</sup> Cfr. VILA-CORO, M.D. *Introducción a la biojurídica*, Servicio de publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.22.

<sup>1033</sup> Comienza el proceso de la ética aplicada: la bioética trata de salvar la vida humana. ¿Cuál vida humana? sobre esa confrontación entre derechos, el derecho del embrión y el de la madre o de terceros, tiene protagonismo el nuevo bioderecho o biojurídica, términos que utilizaremos indistintamente. Nos encontramos en efecto ante una nueva rama jurídica caracterizada por la atención del respeto y protección de la vida humana. Se la ha calificado como “biojurídica”. El profesor Andrés Ollero Tasarra, la denomina Bioderecho, porque según él la bioética es una rama de la ética, entendido este término como sustantivo y no como adjetivo: “si llamamos “Derecho” al estudio de la regulación jurídica de diversos aspectos de la vida en sociedad, parece lógico acudir a tal sustantivo

“Ya en su «Testamento político» («Testament Politique») André-Jean du Plassis —quien fuera conocido por su doble condición de Cardenal y Duque de Richelieu (1585-1642)— concluía que no existe nada más necesario para cualquier gobierno que la previsión del futuro; sólo así se podrán prevenir males y daños que, de producirse, su arreglo supondría unos costes y ofrecería unas dificultades muy elevadas, siendo en cualquier caso más importante reflexionar sobre el futuro que hacerlo sobre el presente”<sup>1034</sup>.

He aquí el peligro de considerar a la bioética como una ciencia utilitarista. PALAZZANI<sup>1035</sup> expone como “La bioética utilitarista considera que la utilidad social es el valor más importante, el objetivo ético y jurídico a realizar en toda sociedad. La perspectiva utilitarista se funda en la idea de que el individuo tiene el instinto hedonista de buscar el placer y evitar el sufrimiento, en este sentido, la utilidad social significa maximizar las preferencias (placer, alegría, felicidad) y minimizar el sufrimiento (tristeza, infelicidad) para el mayor número de individuos. Según este enfoque la vida es considerada digna de ser vivida sólo como resultado de un análisis coste/beneficio a nivel colectivo.

En esta perspectiva “justicia” es una “virtud artificial” para superar el inconveniente del egoísmo, se identifica con lo conveniente, la oportunidad, la eficacia, la eficiencia, la productividad. En este sentido negativo, justicia no quiere decir aumentar el sufrimiento, en sentido positivo quiere decir garantizar y promover un buen nivel en la calidad de vida para el mayor número de personas. Sólo se considera la distribución si ésta ofrece ventajas colectivas y

---

y no a un adjetivo para identificar a la naciente disciplina”. OLLERO TASSARA, A. Bioderecho, entre la vida y la muerte. Thomson-Aranzadi. Pamplona 2006.p.19.

<sup>1034</sup> ITURMENDI MORALES, J, *¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?*, en el Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 2, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 523-779.

<sup>1035</sup> Cfr. PALAZZANI, L. Criterios bioéticas para la selección de pacientes en la distribución de órganos, p. 31-32 en LOPEZ DE A VIEJA, M.T. y VELAYOS, C. (Eds.) Educación en Bioética, donación y trasplante de órganos, Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.

utilidad social. La obligación social está éticamente justificada sólo si es conveniente para la sociedad. En bioética, el utilitarismo es un modelo que excluye a los sujetos vulnerables, considerados como “casos marginales” (ancianos y personas con minusvalía) que son considerados inútiles.”<sup>1036</sup> Violentando así el principio de que todo ser humano tiene dignidad humana intrínseca.

El Derecho sería el instrumento por el que se impone una moral de construcción estatal.<sup>1037</sup> Una ley en vigor, es aprobada por el legislador y rige para una sociedad determinada, pero cuando hablamos de vida humana esa aprobación por parte del legislador debe de ir acompañada por una rigurosidad de conocimiento de los hechos objeto de la ley<sup>1038</sup>, y por una rigurosidad en cuanto a que es lo más óptimo para el bien común, dado que el fin último de una ley es ordenar la vida social. Las leyes de modo directo permiten o prohíben ciertos comportamientos, pero a la vez expresan (contienen y transmiten a los ciudadanos) una concepción del ser humano y de la sociedad.<sup>1039</sup>

---

<sup>1036</sup> PALAZZANI, L. *Criterios bioéticos para la selección de pacientes en la distribución de órganos*, p. 31-32 en LOPEZ DE A VIEJA, M.T. y VELAYOS, C. (Eds.) *Educación en Bioética, donación y trasplante de órganos*, Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.

<sup>1037</sup> Cfr. SERRANO RUIZ-CALDERON, M.A. *Bioética...*p. 31.

<sup>1038</sup> “El drama del mundo moderno consistiría en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua. Y esto ha producido con frecuencia una peligrosa e inevitable ruptura entre derecho formal y legal, por un lado y sociedad civil en continuo cambio por el otro, sin que exista posibilidad para el derecho de verificación y salvaguarda, inmovilizado ahora todo él en las rígidas tramas de una constelación legislativa. Y el derecho tejido ordenador de cuerpo social, que debe recubrirlo armónicamente en su imparable crecimiento, no podía sino sufrir una íntima crisis, entendiendo aquí por crisis la incapacidad de corresponder a su propia naturaleza y función” GROSSI, P, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003, p. 36.

<sup>1039</sup> Cfr. ATIENZA, M, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 42, 53-71.

En palabras de GROSSI “Cuando el poder político se manifiesta en leyes que ya no son expresión del derecho, la sociedad está en peligro”<sup>1040</sup>. Legislar es siempre de algún modo modificar la humanidad. Partir de la premisa de que existe una natural tendencia a reconocerse a sí mismo en el marco institucional y legal de la sociedad en la que se vive, que proporciona a los individuos buena parte de las categorías con que se interpreta la propia experiencia y se construye la propia identidad.<sup>1041</sup> Es verdad que es posible vivir “contra corriente” pero esta no es una actitud mayoritaria en los albores del siglo XXI.

En Costa Rica, existe un vacío legislativo respecto a la Biojurídica, únicamente han llegado a ser meros proyectos de ley, los proyectos de ley para regular la fecundación in vitro, el proyecto de investigaciones biomédicas, y el proyecto de ley para regular la donación y trasplante de órganos y tejidos.

Es muy importante considerar en términos legislativos el de *iure condendo* (de la ley que se ha de promulgar). Es verdad que cada pueblo tiene las leyes que desea tener, pero la responsabilidad del legislativo es más inmediata, con lo cual la responsabilidad para con la sociedad de parte de los partidos políticos y de los medios de comunicación (que contribuyen a la formación de la opinión pública sobre los problemas acerca de los que se debe legislar) es muy relevante.

En materia de donación y trasplante de órganos, tal y como lo afirman D’Agostino y Palazzani, el principal problema bioético es el resguardo de la integridad física del donador y de la gratuidad del acto. La teoría de que el cuerpo sea objeto de disposición del sujeto que aparentemente justifica la donación de un órgano, en cuanto la autodeterminación del individuo, aunque ello implique una lesión permanente del estado de salud, y legitimar con esta teoría incluso la

---

<sup>1040</sup> Cfr. GROSSI, P, *Mitología jurídica de la modernidad...*p.37

<sup>1041</sup> Cfr. GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994; BAÑO LEÓN, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.

venta de órganos, siendo parte del cuerpo propiedad del sujeto al que pertenecen, no es de recibo; en tanto la justificación racional de la donación de órganos es argumentable, en razón del principio de solidaridad del individuo frente a la comunidad a la cual pertenece y legitimada aún la exposición al riesgo también mortal, para ayudar a aquellos que están en un grave estado de necesidad, en este sentido, la donación de órganos de vivo es considerado admisible e incluso meritoria. La donación debe de ser gratuita, libre, sin condicionamiento, no puede ser un acto obligatorio. Por tanto resulta éticamente ilícito el comercio de órganos, donde media precio y pago por alguien.<sup>1042</sup>

En Costa Rica, se ha aplicado un delito de orden público como es el del tráfico de órganos, con la detención histórica de varios médicos, y una oficial de policía, por el tráfico de órganos a nivel internacional. La ley 9095 aplicable para perseguir dicho delito ha sido de reciente aprobación, el pasado 8 de febrero de 2013: “LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT)”, la cual contempla dentro del concepto de trata de personas contenido en su artículo 5, la extracción ilícita de órganos.

Por extracción ilícita de órganos se entiende la sustracción de uno o más órganos humanos sin aplicar los procedimientos médicos y jurídicos legalmente establecidos<sup>1043</sup>.

Se reformó el Código Penal y se introdujo dicha práctica como delito, adicionando el artículo siguiente que indica:

**“ARTÍCULO 77.- Adición del artículo 377 bis al Código Penal**

---

<sup>1042</sup> Cfr. D’Agostino, F, Palazzani, L, Bioetica, Nozioni fondamentali, Editrice La Scuola, 2007, p.119-122.

<sup>1043</sup> Art. 7 de la LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT), ley 9095, Gaceta N° 28 de 8 de febrero de 2013.

*Se adiciona el artículo 377 bis al título XVII, sección única del Código Penal. El texto dirá:*

**“Artículo 377 bis.- Tráfico ilícito de órganos, tejidos y/o fluidos humanos.**

*Será sancionado con pena de prisión de ocho a dieciséis años, quien posea, transporte, venda o compre de forma ilícita órganos, tejidos y/o fluidos humanos.”<sup>1044</sup>*

La ley vigente en nuestro país en materia de donación y trasplante de órganos es la “Ley de Autorización para Trasplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos, N.º 7409, de 12 de mayo de 1994” la cual derogó la Ley sobre Trasplante en Seres Humanos, N°5560 del 20 de agosto de 1974 y sus reformas y la Ley que autoriza a la Caja Costarricense de Seguro Social para donar órganos a cambio de medicinas, N°6412 del 5 de mayo de 1980.

Según la ley 7409, quienes comercialicen órganos, es decir reciban una compensación económica por la donación o recepción de ellos, recibirán penas de prisión de tres a diez años<sup>1045</sup>, lo cual desde el punto de vista jurídico preocupa porque tal y como analizamos con la aprobación de la ley de trata, ley 9095, existen ahora dos tipos penales que punen el mismo delito.

---

<sup>1044</sup> Art. 77 de la LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT), ley 9095, Gaceta N° 28 de 8 de febrero de 2013.

<sup>1045</sup> **Artículo 5.-** Prohíbese la comercialización de órganos y materiales anatómicos. Por tanto, no podrá producirse ni percibirse ninguna compensación económica por la donación ni por la recepción de ellos.

De acuerdo con esta ley 7409, en su **CAPITULO VII De las infracciones de esta ley y sus sanciones:**

**Artículo 23.-** Se impondrá prisión de tres a diez años a quienes violen las disposiciones contenidas en el artículo 5 de esta Ley.

**Artículo 24.-** Se impondrá prisión de tres a diez años a quien autorice, participe o realice una operación de trasplante de órganos o materiales anatómicos, en contravención con lo previsto en cualquiera de los artículos 7, 9, 11, 12, 13 y 16 de la presente Ley.

Además preocupa la vigencia de la ley 7409, por tratarse de una materia que tiene que ver con la bioética, y cuyos conceptos en cuanto a muerte encefálica y donación cadavérica, han avanzado en el plano científico y de tratamiento clínico.

En la agenda legislativa costarricense, se encuentra el expediente LEGISLATIVO N° 18 246 :LEY DE DONACIÓN, TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS HUMANOS, el cual como aportes importantes tiene: el texto sustitutivo planteado es una propuesta que viene a darle un giro total a la actual legislación de donación y trasplante de órganos y tejidos, que data de 1994, y que como se manifestó está obsoleta. Esta nueva propuesta aporta una ruta de regulación y normalización que permite que el Ministerio de Salud garantice las buenas prácticas en el proceso de donación y trasplantes, no solo de los establecimientos de salud de la seguridad social; sino también de los servicios de salud privados.

El proyecto propone la protección a la identidad del donante o receptor de esos órganos. Ni el donante ni el receptor serán de conocimiento público. Garantizando a las familias donantes o receptoras, que toda la información que se genere al respecto será recolectada, tratada y custodiada en la más estricta confidencialidad. Además, se regula la prohibición a cualquier forma de gratificación o remuneración económica por la donación de órganos y tejidos humanos, con lo que se aborda el tema del mercado negro que existe en este tema. Otro aporte del proyecto de ley es la definición de los procedimientos médicos relacionados con la donación, la extracción y trasplante de órganos los cuales no tendrán costos económicos en ningún caso, ni para el donante vivo, ni para la familia del fallecido.

Asimismo, el proyecto plantea la prohibición de solicitar, públicamente o hacer cualquier tipo de publicidad, sobre la necesidad de un órgano o tejido. El proyecto estipula un protocolo a seguir en: requisitos para el donante vivo, procedimientos administrativos para la donación, la obtención de órganos y

tejidos provenientes de donador fallecido, requisitos del receptor para la realización del trasplante.

Con el fin de coordinar lo referente a la materia se crea la Secretaría Técnica de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos del Consejo Nacional de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos en el Ministerio de Salud, que tendrá como objetivo general coordinar las acciones con otras instancias del Ministerio de Salud y otros sectores relacionados, para garantizar la transparencia, la accesibilidad, la oportunidad, la efectividad, la calidad y la seguridad de los procesos de donación y trasplante de órganos y tejidos y sus subprocesos.

Como vemos los esfuerzos legislativos se dan, pero no existe consenso ni voluntad política para aprobar estas leyes tan relevantes para la vida de una sociedad sumamente cambiante.

## **LA POLÉMICA DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS, REFLEXIÓN BIOJURÍDICA**

Detenerse a reflexionar sobre el delito de tráfico de órganos es relevante para el ordenamiento jurídico. El sistema de trasplante de órganos trabaja sobre una premisa real, que la dotación de órganos es limitada. Muchos son los que necesitan un riñón o una cornea, pero pocos son los donadores. Por tanto el sistema de trasplantes ha de garantizar que la distribución de órganos responda a criterios de transparencia, justicia, objetividad y en todo caso a criterios médicos.

Estos estándares pueden fomentar buenas prácticas en este campo y por ende impedir el tráfico ilegal de órganos y de tejidos para la donación.

Las normas jurídicas de los países consideran que el tráfico es una mala práctica y en consecuencia sólo se acepta la donación altruista y desinteresada.

Sin embargo hay países en los que esta práctica está legalmente consentida, como por ejemplo, en la India, al servicio de sobretodo ricos provenientes de otros países.<sup>1046</sup>

Los principios básicos de un donador y del proceso de donación deben ser la transparencia, el altruismo y la objetividad.

Muchas veces se recurre al donante vivo, relacionado o no relacionado con el paciente, por un estado de necesidad, y que debería ser un caso aislado, pero lo cierto es que estos donantes no solo se exponen a distintos riesgos para su salud sino también a la circunstancia de que un sistema equitativo de distribución de órganos no puede asegurar por si solo un sistema equitativo para donación. Así, es como el tratamiento convencional de las actitudes generosas y desinteresadas de los donantes distorsiona bastante la precepción real de las necesidades de los demás – o de los reales beneficios para los pacientes- por estar mediatizadas por patrones culturales y sociales. En suma, factores externos como lo son el poder económico, el género, la etnia y las tradiciones, tienen influencia significativa en las decisiones individuales y autónomas sobre la donación. Por ejemplo en el año 2004 se hizo un estudio en Austria, Bélgica, Alemania y Holanda donde aumentaron los trasplantes de riñón, procedentes de donantes vivos, no obstante el 78.3% de aquellas donaciones eran las esposas de los enfermos.

El llamado "**Tráfico de Órganos**", es una acción criminal organizada, de carácter transnacional, destinada a proveer de órganos a los ricos, consiguiéndolos a partir de personas pobres, en situaciones desesperadas de hambre y miseria, donde media siempre un pago en moneda por la obtención de los órganos; y en el medio de ambos grupos, criminales capaces de todo,

---

<sup>1046</sup> CICCONE, L, Bioética, Historia, Principios, Cuestiones, Ediciones Palabra, 2005, p.325.

también de los delitos más despiadados y médicos, enfermeros, y otros sanitarios sin escrúpulos.

Esto va contra el principio de altruismo racional del donante que implica ser consciente de todo el proceso, de los posibles resultados y de las circunstancias concretas de la acción.

“Algo por nada”, representa la norma para el intercambio de agentes en posición desigual, esta norma define la preocupación moral por los demás, por lo general el lenguaje moral llama al auténtico interés por el bienestar de otros: beneficencia, altruismo, bondad, generosidad, solidaridad, actitud desinteresada.

El donante vivo ofrece algo sin pedir nada a cambio, para ayudar a alguien en situación vulnerable o situación de riesgo.

¿Cualquier persona común y corriente puede vender sus órganos? Nadie puede vender sus órganos, la razón es no sólo porque la ley lo prohíbe, sino por un tema de ética, y aquí se aprovecha la situación para hacer educación en Bioética. La extracción, donación y trasplante de órganos es una cuestión técnica, médica, jurídica y también una cuestión moral.

Pensemos por ejemplo en los peligros del utilitarismo moderno, a los cuales se hizo referencia supra, porque considera que la utilidad social es el valor más importante, el objetivo ético y jurídico a realizar en toda sociedad. Esta perspectiva lleva a pensar que el individuo tiene el instinto hedonista de *buscar el placer y evitar el sufrimiento*, la utilidad social significa maximizar la preferencias (placer, alegría, felicidad) y minimizar el sufrimiento (tristeza, infelicidad) para el mayor número de individuos, según este enfoque la vida es considerada digna de ser vivida sólo como resultado de una análisis coste/beneficio a nivel colectivo. De esto se sigue, que los criterios éticos y jurídicos para la distribución de órganos como dice la jurista Laura Palazzani, dependen de que haya estándares suficientes para la calidad de vida (algo deseable no sólo para el paciente sino también para su familia). “Los criterios de

*calidad de vida* son los más importantes por encima de la urgencia para sobrevivir. Un paciente ha de ser salvado gracias a un trasplante, pero si la calidad de vida no va a ser buena (calculada también respecto a otros, sea su familia), de darse esta probabilidad, entonces él o ella no será considerado candidato adecuado, tendrá preferencia aquel que esté en condiciones o pueda estarlo para optimizar el placer sobre el dolor. En este sentido un paciente con discapacidad mental o con enfermedad genética, un recién nacido con síndrome de down, no sería candidato a un trasplante o al menos estaría en un lugar secundario de la lista, asimismo los ancianos y personas con minusvalías serían considerados inútiles y una carga para los costes sociales, en este grupo también entran los desempleados por su aporte económico o quien esté en la cárcel. Este tipo de ética introduce discriminación entre los pacientes al elegir la distribución de órganos, basada en que éstos tengan un buen nivel de calidad de vida, estatus funcional y productividad social”<sup>1047</sup>.

La sociedad por el contrario debe atender a toda persona, todo ser humano, al margen de sus capacidades o de su edad, porque todos poseemos una dignidad humana intrínseca.

Costa Rica, viene realizando esfuerzos institucionales, y de política pública, desde hace varios años, a través de sus normas jurídicas como es el caso del Código Penal por ejemplo. Nuestro país es un fiel defensor de los derechos humanos y con ello la atención de víctimas. Por eso se creó la Gestión de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes de la Dirección de General de Migración y Extranjería (DGME) en el mes de enero de 2011, como una unidad permanente en esa Dirección, también la Caja Costarricense de Seguro Social, está elaborando protocolos y políticas institucionales. Además en los últimos meses se aprobó la ley 9095, donde se contempla como una modalidad de trata la extracción ilícita de órganos y tejidos. Sin embargo la dimensión del tráfico de

---

<sup>1047</sup> PALAZZANI, L, Criterios Bioéticos para la selección de pacientes en la distribución de órganos, en LOPEZ DE LA VIEJA y otro, Educación en Bioética, Donación y Trasplante de órganos, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008, p. 31-33.

personas, de órganos y tejidos es muy profunda, y necesita de educación colectiva, bien decía un autor que la trata de personas es la nueva esclavitud de los seres humanos. ***Utilizamos a los seres humanos para saciar el placer sin importar los medios, que muchas veces son los humanos mismos.***

El control lo ejercen las autoridades del Ministerio Público en Costa Rica y todas las instituciones que conforman el CONATT conforme la ley misma. No obstante se insiste es un tema de educación de la población en general y de los médicos, enfermeras, farmacéuticos, microbiólogos, psicólogos, trabajadores sociales y demás personal sanitario en los servicios de salud.

La conciencia de lo ilícito, de lo ilegal, de lo que no es correcto, está muy arraigada en el ser costarricense, en lo que hay que insistir es en visibilizar el esfuerzo por la mejora de la salud pública en Costa Rica, que esta conciencia sobre la extracción ilícita de órganos humanos no entorpezca las buenas y éticas prácticas de donación de órganos, sobre todo la donación cadavérica.

A nivel global, la conciencia se está revertiendo, y el ser humano, no sólo comenzó en los años 90, a remirar su entorno, con el ecologismo, sino últimamente, a respetar al propio ser humano, por ejemplo las sentencias europeas y de la Corte Suprema de EEUU, sobre la prohibición de patentar células humanas, es un avance, de re-entender el respeto por lo humano y su dignidad.

No obstante, existe una fractura de confianza respecto al personal médico, y en general sanitario, ¿Cuál es el juramento hipocrático a seguir?, el de hacer el bien y no hacer daño; Aristóteles en su libro *Ética a Nicómaco*, en sus primeras líneas dice: “todo arte y toda investigación e igualmente toda acción y libre elección parecen tender a algún bien, por esto se ha manifestado con razón

que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden....y más adelante agrega...el fin de la medicina es la salud".<sup>1048</sup>

El médico debe de buscar la salud de su paciente y su bienestar pero como ya lo advierte, Jean FredericPoisson, filósofo que se hace presente en la política francesa desde 1993 como especialista en cuestiones de bioética, existe una alianza del *poder y de la ciencia* por una parte y el *pensamiento deontológico* de los médicos por otra<sup>1049</sup>. La percepción de que lo que a los médicos parezca bien o mal, carece de importancia para muchos, la idea de que "nada se puede hacer", difunde en la profesión y tiene su coste en el desarrollo del acto médico. Consciente o no consciente, con reflexión o sin ella, *la decepción, el escepticismo y la fractura de la clase médica es una realidad.*

La *pérdida de credibilidad de la ética médica* nos lleva a la pregunta:

¿Qué se puede hacer para salvar las conciencias individuales, pero también las convicciones de los grupos sociales y profesionales ante los cambios de la sociedad, de la práctica médica en el caso de los médicos y otros profesionales de la salud?

Desde el punto de vista bioético, se hace necesario también reflexionar sobre ¿Cuáles son los riesgos que corre una persona cuando decide donar de manera ilegal?

Esta persona es una víctima, como bien lo afirma la propia legislación, el mayor riesgo es para su salud, la salud integral de su familia y la sociedad misma.

---

<sup>1048</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*.

<sup>1049</sup> POISSON, J. F., *Bioética ¿El hombre contra el hombre?*, traducción al castellano de Miguel Martín, Rialp, 2009.

Son víctimas del poder y del dinero. Son personas dignas, no obstante ese no es el medio para remediar su desesperación y hambre. Deben de entender que contribuir a realizar un acto ilegal aún y cuando éste les traiga un beneficio económico inmediato, les traerá consecuencias a su salud y a la cultura de la donación de órganos.

Es un tema de educación en valores, de ver que la relación médico paciente, o la necesidad de trasplante, va más allá de un negocio donde se paga por algo, es un dar algo a cambio de nada, es la visión relacional del BIEN, en que la terapia no es adoptada solitariamente por el enfermo sino que es fruto del dialogo y de la interrelación entre dos sujetos: el médico y el paciente. Como bien lo ha recordado el recién fallecido bioeticista norteamericano Edmund Pellegrino.

Si es así, el paciente llega a tener un mejor conocimiento de su estado, evolución y alternativas terapéuticas y el médico a hacerse cargo de la realidad que rodea al enfermo, y que en ocasiones era olvidada al reducir al enfermo a la enfermedad.

En general, el único propósito de la donación, la extracción y el trasplante ha de ser el beneficio terapéutico de los receptores.

Insistir en la ética del médico, en la información clínica que debe dar al paciente, no obstante se corre el peligro de pensar (Administraciones o Instituciones sanitarias) que con hacer una norma jurídica se va a solucionar el problema de la información clínica. El problema de la información clínica no es tanto un problema legal como un problema de cambio de paradigma en las relaciones sanitarias: del paternalismo tradicional a la participación en la toma de decisiones sanitarias, y el aprendizaje de esta nueva relación exige cambios de mentalidad en los profesionales que no se consiguen solo a golpe de legislaciones, sino mediante la implantación de medidas educativas, formativas y de participación de los profesionales.

Félix Janer, uno de los médicos que más ha influido en la formación ético-deontológica escribía en 1831 que: LA VERACIDAD DEL MEDICO, ES LA CONDICION QUE LA RECOMIENDA Y ENNOBLECE ANTE SUS ENFERMOS.

El médico no debe mentir, ni hará falsas promesas cuidándose de prometer lo que sabe que no puede cumplir, el facultativo sincero nunca exagerara la gravedad de un mal que en realidad sea ligero, tampoco por el contrario disminuirá la gravedad del mal cuando conozca que este es peligroso, también nos lo recordaba el catalán Janer. Para Janer todo esto era más una obligación del médico que un derecho del paciente.<sup>1050</sup>

La VERACIDAD y la SINCERIDAD son virtudes necesarias para el médico.

Así el médico debe recordar el principio ético positivizado en la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, que en su art. 2 sostiene: *“EL INTERES Y EL BIENESTAR DEL SER HUMANO PREVALECERÁN FRENTE AL EXCLUSIVO INTERES DE LA SOCIEDAD O DE LA CIENCIA”*.

Del principio de dignidad humana se deriva el deber más importante de la labor médica: respetar y cuidar la vida humana.

La solución, si es que puede hablarse así, o más bien el criterio aconsejable a seguir es potenciar esa relación médico-paciente basada en la CONFIANZA, en la que ambas partes partiendo de su mutua dignidad se reconozcan y respeten. Hoy para muchos toda innovación es, por definición, progreso, con independencia de lo que haya que sacrificar para lograrlo. Observamos ya un cierto grado de descontento público que es resultado paradójico del aumento de expectativas en el campo de la atención sanitaria<sup>1051</sup>:

---

<sup>1050</sup> JANER, F EN PILAR

<sup>1051</sup> Resulta ilustrativo una encuesta de abril de 2010, hecha por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) de España, sobre problemas de fertilidad, “la experiencia de más de mil españolas sirve para concluir que las técnicas de fecundación asistida tienen un elevado coste psicológico, físico, económico y laboral, solo la mitad

si bien su salud real ha mejorado, la satisfacción de la gente con su actual nivel sanitario no ha cambiado o incluso ha descendido. Pero este no es el más alto coste del éxito médico.

Cuando el ser humano es reducido a productos biológicos o químicos, la verdad y el error mismos, al igual que la libertad y la dignidad, se convierten en conceptos vacíos<sup>1052</sup>.

Este materialismo y determinismo no son una novedad: son doctrinas que ya Platón<sup>1053</sup> y Aristóteles<sup>1054</sup> combatieron hace mucho tiempo. Lo nuevo es que el progreso científico parece confirmar esas filosofías. Aquí, por tanto, está el más inquietante resultado de nuestro progreso tecnológico, más deshumanizante quizás que cualquier manipulación técnica: la erosión, tal vez definitiva, de la idea del ser humano como ser noble, digno o valioso, y su sustitución por una visión del ser humano como un ente más de la naturaleza, simple materia susceptible de ser manipulada.

Es muy improbable que nuestros nuevos biólogos y tecnólogos lleguen a convencerse de esto. Pero no es demasiado tarde para que los demás lleguemos a ser conscientes de los peligros, no sólo para nuestra intimidad o seguridad, sino también para nuestra misma humanidad. Siendo conscientes, estaremos en mejores condiciones de defender los cada vez más asediados orígenes y

---

de las que emprendieron un tratamiento “consiguieron” (subrayado es nuestro) un bebé”. Se puede ver la encuesta en: <http://www.ocu.org/tecnicas-medicas/los-tratamientos-de-fertilidad-una-dura-experiencia-s492504.htm> (última visita el 7 de abril de 2010).

<sup>1052</sup> CONTRERAS, F.J., Tres Versiones del Relativismo Ético-Cultural. Persona y Derecho. Vol. 38. 1998. Pag. 69-118.

<sup>1053</sup> INCIARTE, F. Hermenéutica y sistemas filosóficos, en Biblia y hermenéutica, Pamplona, EUNSA, 1985, p.97, cfr., p. 94-96.

<sup>1054</sup> ARISTÓTELES, Metafísica, 1990, IV, 4, 1006 b7; Metafísica IV, 4, 1006 b10; Metafísica IV, 4, 1007 a 10-15; Metafísica IV, 5, 1010, b8-9; Metafísica IV, 5, 1010, b21-26; Metafísica IV, 5, 1010, b30; Metafísica IV, 5, 1010, b30-1011 a1.

fundamentos de la dignidad humana<sup>1055</sup>, aunque continuemos cosechando los considerables beneficios que la tecnología médica inevitablemente proporcionará.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACOSTA, A. *Bioética y Derecho (Fecundación in vitro)*, Editorial Jurídica Continental, 2013.

ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1990, IV, 4, 1006 b7; *Metafísica* IV, 4, 1006 b10; *Metafísica* IV, 4, 1007 a 10-15; *Metafísica* IV, 5, 1010, b8-9; *Metafísica* IV, 5, 1010, b21-26; *Metafísica* IV, 5, 1010, b30; *Metafísica* IV, 5, 1010, b30-1011 a1.

ATIENZA, M, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

BYK, C. *From Bioethics to Biolaw: an international overview, 1984-1994*, in BANKOWSKY-J.H. BRYANT, Z. (eds) *Poverty, vulnerability, the value of human life and the emergence of bioethics*, Council for International Organizations of Medical Sciences, Genève, 1995, pp. 115-132.

CONTRERAS, F.J., *Tres Versiones del Relativismo Ético-Cultural*. *Persona y Derecho*. Vol. 38. 1998. Pag. 69-118.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione d'organo a fini di trapianto (7 ottobre 1991)*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1992.

D'AGOSTINO, F, PALAZZANI, L, *Bioetica, Nozioni fondamentali*, Editrice La Scuola, 2007.

---

<sup>1055</sup> Cfr. SPAEMANN, R, *Sobre el concepto de dignidad humana en, C.I.*, y SERNA, P, *El Derecho a la Vida*, EUNSA, Pamplona, 1998

D'AGOSTINO, F. *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, 1991, p. 155.

GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994; BAÑO LEÓN, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.

GROSSI, P, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003, p. 36.

HERRANZ, G. *Eutanasia y dignidad del morir*, en GONZALEZ, A.M. y... *Vivir y morir con...*pp.173-191.

INCIARTE, F. *Hermenéutica y sistemas filosóficos*, en *Biblia y hermenéutica*, Pamplona, EUNSA, 1985, p.97, cfr., p. 94-96.

ITURMENDI MORALES, J, *¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?*, en el Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 2, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 523-779.

LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT), ley 9095, Gaceta N° 28 de 8 de febrero de 2013.

NEIRINCK, C. (ed.) *De la bioéthique au bio droit*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994.

OLLERO TASSARA, A. *Bioderecho, entre la vida y la muerte*. Thomson-Aranzadi. Pamplona 2006.p.19.

PALAZZANI, L. *Criterios bioéticos para la selección de pacientes en la distribución de órganos*, p. 31-32 en LOPEZ DE A VIEJA, M.T. y VELAYOS, C. (Eds.) *Educación en Bioética, donación y trasplante de órganos*, Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.

PALAZZANI, L. *Introduzione a la biogiuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino.

POISSON, J. F., *Bioética ¿El hombre contra el hombre?*, traducción al castellano de Miguel Martín, Rialp, 2009.

RATZINGER, J.K. *El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana*, LÖW, R., *Bioética, consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*, traducción del alemán por José Luis del Barco, Rialp, Madrid, 1992.

SERRANO RUIZ-CALDERON, M.A. *Bioética, poder y derecho*, servicio publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 31.

SPAEMANN, R, *Sobre el concepto de dignidad humana* en, C.I., y SERNA, P, *El Derecho a la Vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

VILA-CORO, M.D. *Introducción a la biojurídica*, Servicio de publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.22.

W.T. REICH (ed.) *Encyclopedia of Bioethics*, The Free Press, New York, 1978, Introduction, vol.1 I, p.xxi.1995.