



LA PROBLEMÁTICA DE LA OBTENCIÓN DE ÓRGANOS DE CADÁVERES

JUAN PABLO RAMÍREZ BUSTAMANTE*

RESUMEN

El presente artículo es producto de la actual línea de investigación del *Semillero de Investigación en Derecho Económico* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, que tiene como objetivo examinar la situación actual de los sistemas de trasplantes de órganos, a nivel nacional y mundial, con especial enfoque en la escasez de órganos disponibles para trasplantes. Este artículo presenta una aproximación a la situación de la donación de órganos de cadáveres, buscando identificar las dificultades que se le presentan, especialmente en referencia a la negativa de las familias frente a la utilización de los órganos de sus parientes fallecidos, y proponer posibles soluciones desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho.

Palabras clave: trasplante de órganos, donación, consentimiento, negativa familiar, escasez, incentivos.

THE ISSUE OF DECEASED ORGAN PROCUREMENT

ABSTRACT

This paper is a product of the current line of investigation pursued by the *Semillero de Investigación en Derecho Económico* from the “Facultad de Ciencias Jurídicas” of the “Pontificia Universidad Javeriana,” whose objective consists in examining the actual

Fecha de recepción: 28 de Marzo de 2016
Fecha de aceptación: 23 de Mayo de 2016

* Estudiante de quinto semestre de la Facultad de Ciencias Jurídica de la Pontificia Universidad Javeriana y miembro del Semillero de Investigación en Derecho Económico de dicha Facultad. Correo: jramirez-b@javeriana.edu.co

situation of the organ transplantation systems in Colombia and the rest of the world, with special focus on the shortage of organs available for transplant. The article presents an approach to the current situation of deceased organ donation, seeking to identify its difficulties, especially those referred to family refusal, and to propose possible solutions from the perspective of the Economic Analysis of Law.

Key words: organ transplantation, donation, consent, family refusal, shortage, incentives.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien la posibilidad de trasplantar órganos sanos ha abierto en la modernidad un panorama en que muchas condiciones antes intratables podrían ser sanadas si se dispusiera de los recursos necesarios, la constante escasez de órganos disponibles para ser trasplantados ha hecho que el impacto real de estos avances haya sido mucho menor a su impacto posible. Casi todos los Estados con sistemas de trasplante de órganos, con excepción de Irán, han proscrito la introducción de incentivos económicos a las transferencias de órganos, procedan estos de donantes vivos o de cadáveres. Esta prohibición ha impedido en buena medida que la escasez de órganos disminuya.¹

En el presente artículo se buscará aproximarse a este problema y proponer posibles soluciones desde el Análisis Económico del Derecho, por lo que se comenzará por la breve explicación de algunas herramientas de esta disciplina que servirán para tales fines. A continuación, se expondrá el caso de Irán, de enorme trascendencia dado que ha legalizado el ofrecimiento de recompensas económicas en el contexto de los trasplantes de órganos. De inmediato se presentarán el desarrollo legal y jurisprudencial del tema y la situación actual en Colombia. Después de esta contextualización, serán examinadas las que se considera son las más importantes razones para la negativa familiar a la utilización de órganos de parientes fallecidos y algunas propuestas puntuales para combatirlas. Por último, y a manera de conclusión, se analizarán la posibilidad y la conveniencia de introducir incentivos a estas operaciones para reducir la escasez y permitir que más personas tengan acceso al trasplante de órganos que necesitan para salvar sus vidas.

1 Julio J. Elías, *La Economía de los Trasplantes de Órganos: Los Incentivos Importan*, 5 (Universidad del CEMA, Working Paper Nro. 543, 2014)

2. SUPUESTOS Y HERRAMIENTAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En vista de que se pretende analizar el tema desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, es necesario en primer lugar explicar brevemente algunos supuestos y herramientas de esta disciplina que serán de utilidad para tal fin. La comprensión de estos elementos teóricos permitirá entender el fundamento de muchas de las afirmaciones y propuestas que se harán más adelante.

2.1 Racionalidad y comportamiento humano

En los últimos tiempos, el campo de la economía se ha ampliado más allá de los temas que tradicionalmente ha abarcado, llegando a mostrarse no solo como una disciplina que ofrece conocimiento sobre la producción y el consumo de bienes materiales, sino también como una ciencia del comportamiento humano². La esencia de esta ciencia podría sintetizarse en que el comportamiento humano, sin importar en qué ámbito se desarrolle, puede ser explicado asumiendo que las personas deciden cómo actuar comparando los costos y beneficios de las opciones que tienen, y eligiendo la que consideran les dará el mayor bienestar (o utilidad)³. Esta explicación se fundamenta en los supuestos de Racionalidad y del “*homo economicus*.”

Según el modelo de “*homo economicus*,” propuesto por la microeconomía, el individuo con sus acciones busca maximizar su utilidad, tratando de obtener los mayores beneficios con el menor esfuerzo⁴; es decir, busca actuar de manera que la diferencia entre el beneficio obtenido y los costos en que se haya incurrido sea lo más amplia posible. Esto implica que no actúa al azar ni guiado por sus impulsos de corto plazo sino que actúa guiado por su racionalidad. Además, este análisis costo-beneficio no se lleva a cabo exclusivamente en situaciones de mercado, donde dichos elementos son explícitos: se espera que en situaciones de no mercado la respuesta frente a “precios sombra” (no monetarios) sea equivalente a la que en otros escenarios se tendría frente a precios monetarios, puesto que ambos miden el costo de oportunidad de usar recursos escasos⁵.

2 Michael J Sandel. *What money can't buy: the moral limits of markets*. Pág. 48. Ed., Farrar, Straus and Giroux (2013)

3 *Ibíd.*

4 Mario A. Pinzón C. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Pág. 35. Ed., Universidad Externado de Colombia (2010).

5 Gary S. Becker. *The Economic Approach to Human Behavior*. Pág. 6. Ed., The University of Chicago Press. (1990)

El supuesto de Racionalidad, en sentido formal, significa que las preferencias de todo individuo tienen ciertas propiedades: son *completas, transitivas y reflexivas*⁶. Que sean completas implica que el individuo es capaz de ordenar cualquier combinación de bienes y servicios. La *transitividad* significa que si un agente prefiere un bien A sobre un bien B que a su vez prefiere sobre C, debe ser cierto que prefiera A sobre C. Finalmente, la *reflexividad* es una condición trivial, según la cual cada bien o servicio debe ser al menos tan bueno como sí mismo⁷. De acuerdo a Becker, el comportamiento manifiestamente irracional que las personas algunas veces asumen no serviría para invalidar esta teoría, sino que dichas desviaciones en el comportamiento podrían explicarse por carencias en la información, que es un recurso muchas veces costoso de adquirir⁸.

Para ejemplificar la aplicación de esta teoría del comportamiento humano, podría decirse que una persona decidiría casarse cuando la utilidad esperada del matrimonio excediera la utilidad esperada de permanecer soltero o de buscar una pareja más adecuada⁹. Con respecto al tema que se está analizando, podría suponerse que al momento de donar un órgano propio o de un pariente fallecido las personas tendrían en cuenta los costos de hacerlo (que, especialmente en el primer caso, podrían ser muy altos) y los beneficios que obtendrían (en la actualidad, únicamente el bienestar producido a un tercero). Así, decidirían donar solamente cuando los beneficios superaran los costos.

Es pertinente aclarar que este modelo no es unánimemente aceptado y ha recibido críticas desde la sociología y la psicología. Se ha dicho que no es adecuado para explicar el comportamiento humano, entre otras razones, porque los individuos no solo toman decisiones pensando de manera deliberada sino, más comúnmente, de manera automática¹⁰ y porque adicionalmente los individuos “piensan socialmente,” lo que implica que sus decisiones se ven afectadas por las preferencias sociales, por sus relaciones sociales y por el contexto social en que se encuentran¹¹. La importancia del alcance de la racionalidad radica en que si se acepta que esta es perfecta, el individuo siempre debe ser capaz de tomar las decisiones que le sean más benéficas y cualquier intervención en este aspecto sería injustificada y contraproducente. Si por el contrario se acepta

6 Robert Cooter & Thomas Ullen. *Law & Economics*. Pág. 18. Ed., Addison-Wesley (2012)

7 *Ibíd.* Pág. 19

8 Gary S. Becker. *The Economic Approach to Human Behavior*. Pág. 7. Ed., The University of Chicago Press. (1990)

9 *Ibíd.* Pág. 10

10 Banco Mundial. *World Development Report 2015: Mind, Society and Behavior*. Pág. 38 (2014)

11 *Ibíd.* Págs. 42-44

que la racionalidad tiene límites, la intervención de un tercero en la toma de decisiones podría ser justificable, pues podría ser la única manera de asegurar que se tomaran las decisiones correctas.

2.2 Derechos de propiedad y reglas de inalienabilidad

El estudio de los derechos de propiedad es uno de los objetos más recurrentes del Análisis Económico del Derecho. El derecho de propiedad puede definirse, para efectos de esta disciplina, como el conjunto de derechos que describen lo que una persona puede o no hacer con los recursos de que es propietaria e incluye las facultades de usar, consumir, mejorar, destruir o transferir el recurso y excluir a otros de su aprovechamiento¹². Su importancia radica en que permite la transferencia de recursos, y por lo tanto la existencia de mercados¹³, y en que provee incentivos para la utilización eficiente de los recursos. La posibilidad de transferir el bien resultará, en el contexto de un libre mercado, en que se lleven a cabo intercambios hasta que el bien esté en propiedad de quien más lo valora¹⁴; esto se afirma con base en el Teorema de Coase, según el cual cuando los costos de transacción (costos de búsqueda, negociación y monitoreo) son cero, un uso eficiente de los recursos resultará de las negociaciones de los privados con independencia de la asignación legal del derecho¹⁵. Por este motivo es importante que todos los bienes que por esencia sean exclusivos (el propietario puede impedir el uso por terceros) y rivales (el aprovechamiento por parte de una persona impide el de otras) sean objeto de derechos de propiedad privada, para permitir su utilización eficiente¹⁶.

Como se acaba de ver, es presupuesto necesario para que el mercado distribuya los recursos de manera eficiente que estos estén asignados inicialmente y que sean transferibles. Sin embargo, esta posibilidad se excluye cuando los recursos están sometidos a una regla de inalienabilidad. Esta supone que determinado bien solo pueda venderse con el cumplimiento de ciertas condiciones o que su venta esté completamente prohibida¹⁷. Una regla de inalienabilidad suele imponerse por alguno de los siguientes motivos: en primer lugar, cuando una transacción

12 Robert Cooter & Thomas Ullen. *Law & Economics*. Pág. 73. Ed., Addison-Wesley (2012)

13 Mario A. Pinzón C. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Pág. 38. Ed., Universidad Externado de Colombia (2010).

14 Robert Cooter & Thomas Ullen. *Law & Economics*. Pág. 103. Ed., Addison-Wesley (2012)

15 *Ibíd.* Pág. 85

16 *Ibíd.* Pág. 103

17 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review*, No. 60, 1089-1128, 1111(1972).

sobre un bien específico generaría externalidades, sean estas económicas o “moralismos.” Las primeras ocurren cuando la transacción generaría costos calculables en dinero a terceros, mientras que los “moralismos” implican que al costo causado es imposible asignarle un valor monetario dada su naturaleza (podría ser que se afecte la sensibilidad o la dignidad de terceros). Otro motivo por el que se impondría una regla de esta índole es el “auto paternalismo”, de acuerdo al cual los individuos deciden imponerse a sí mismos restricciones en la transferencia de ciertos bienes basados en el conocimiento de que dichas transferencias les serán nocivas a largo plazo. El último motivo por el que se impone una regla de inalienabilidad es el paternalismo, situación en la cual un tercero, generalmente el Estado, restringe la transferencia de un bien puesto que considera que será nociva para los agentes aunque estos no lo vean¹⁸. En suma, una regla de inalienabilidad se impone cuando el Estado considera que los individuos no serán capaces de tomar las decisiones más eficientes por sí mismos, por lo que su intervención es necesaria.

Más adelante se verá cómo los órganos y la mayoría de los componentes anatómicos humanos están sujetos a reglas de inalienabilidad en Colombia y en gran parte del mundo. Esta restricción, impuesta en razón de externalidades moralistas (“moralismos”) o por paternalismo, impide que sean transferidos y por lo tanto que sean asignados de manera eficiente por el mercado a quien más los valore, de acuerdo a las reglas de los derechos de propiedad. Esto podría explicar, al menos en alguna medida, la constante escasez de órganos disponibles para trasplantes que aqueja a la mayoría de sociedades en la actualidad. Empero, existe un país que no ha aplicado este tipo de reglas a los trasplantes de órganos, obteniendo resultados bastante interesantes.

3. EL CASO DE IRÁN

En Irán, donde en la década de los 80s se implementó un sistema de compensación a los donantes de riñones en vida, los tiempos de espera para recibir un trasplante de éste órgano parecen haber casi desaparecido¹⁹. En este sistema, aparentemente exitoso, los vendedores tienen prohibido contactar directamente a los potenciales receptores y deben vender sus riñones únicamente a través del sistema manejado por asociaciones independientes y el Estado. El precio del órgano es pagado en parte por el Estado y por particulares. Para evitar la desigualdad en el acceso a los trasplantes, existen diversas organizaciones

18 Ibid. Págs. 1111-1113

19 Rupert Major, *Paying kidney donors: time to follow Iran?*, 11, *McGill Journal of Medicine: MJM*, No. 1, 67-69, 68 (2008)

caritativas dedicadas a cubrir la compensación. Adicionalmente, los donantes-vendedores reciben seguros médicos. Finalmente, se ha proscrito el “turismo de trasplantes” y se ha limitado la donación por parte de miembros de grupos étnicos vulnerables, impidiéndoles donarlos a personas por fuera del grupo, para evitar su explotación.²⁰

El sistema iraní no está libre de imperfecciones: por una parte, la competencia en la oferta ha disminuido el precio, llevando a que las personas en situaciones económicas desfavorables sean las más propensas a participar,²¹ lo que puede considerarse inequitativo. Además, se ha dicho que este sistema puede crear un riesgo para los receptores, puesto que los donantes-vendedores tendrían motivos para ocultar información de importancia médica que podría impedir la utilización de sus órganos²². También podría pensarse que si el precio es bajo, los interesados en ofertar sus riñones serían quienes menos valor les asignaran, es decir quienes supieran que no están en buen estado; aunque esto, por el riguroso proceso médico que debe seguirse, no afectaría a los pacientes sí podría afectar la eficiencia del sistema. A pesar de estos problemas, el examen de este caso permite hacerse una idea de cómo funcionaría un sistema de mercado regulado. Esta experiencia parece indicar que el mercado sí lograría el objetivo de suplir la demanda de órganos, específicamente de riñones provenientes de donante vivo. La posibilidad de crear mecanismos para evitar transferencias impulsivas, tales como los tiempos de espera impuestos a quienes quisieran vender²³, el bajo riesgo y casi nula disminución en la calidad de vida a que se someten los donantes-vendedores²⁴ y el relativamente bajo precio²⁵ del órgano, que debería

20 Ibíd

21 Saeed Kamali Dehghan. *Kidneys for sale: poor Iranians compete to sell their organs*. The Guardian. Mayo 27, 2007. <http://www.theguardian.com/world/2012/may/27/iran-legal-trade-kidney>

22 Francis L. Delmonico et al., *Living and Deceased Organ Donation Should Be Financially Neutral Acts*, 15, *American Journal of Transplantation*, No. 5, 1187-1191, 1188 (2015)

23 Julio J. Elías, *La Economía de los Trasplantes de Órganos: Los Incentivos Importan*, 11 (Universidad del CEMA, Working Paper Nro. 543, 2014)

24 Rupert Major, *Paying kidney donors: time to follow Iran?*, 11, *McGill Journal of Medicine: MJM*, No. 1, 67-69, 68 (2008)

25 Elías (*Supra* nota 1) calcula este precio en \$15,000 para Estados Unidos. Por su parte, Matas & Schnitzler dicen que, si se tiene en cuenta los costos para la sociedad y para el sistema médico de mantener a un paciente con diálisis y los beneficios obtenidos de realizar un trasplante, sería razonable y eficiente llegar a pagar hasta entre \$90,000 y \$250,000 por un órgano (dependiendo de las variables que se tuviera en cuenta). El costo anual de mantener a un paciente con diálisis se calcula entre \$45,000 y \$80,000 en EEUU. La diferencia entre los costos de cuidado médico proyectados a 20 años entre un receptor de un riñón y un paciente sometido a diálisis son de aproximadamente \$95,000. (Arthur J. Matas & Mark Schnitzler, *Payment for living donor (vendor) kidneys: A Cost-Effectiveness analysis*, 4, *American Journal of Transplantation*, 2, 216-221 (2003))

asumir el sistema de salud estatal, llevan a pensar que un sistema de mercado podría ser conveniente. Sin embargo, por las consideraciones éticas que se le oponen a este sistema, su implementación parece lejana.

4. LA SITUACIÓN EN COLOMBIA

En Colombia, el tema de la donación de órganos ha sido regulado superficialmente empezando por la ley 9 de 1979 y con su desarrollo más reciente en el decreto 2493 de 2004. Aunque se ha dicho que la transferencia de órganos siempre ha estado limitada a motivos altruistas²⁶, esto no es tan claro siendo que la ley 9 de 1979, tanto en el artículo 515 literal f como en el 543, se refiere a la donación o traspaso de órganos²⁷, lo que parece abrir la puerta a las transferencias onerosas, al menos hasta la expedición de la ley 73 de 1988. No fue hasta la ley 919 de 2004 que la introducción de incentivos económicos a estas “transacciones” se penalizó propiamente²⁸. Hasta ese momento, los trasplantes irregulares solo podían ser castigados como delitos de lesiones personales²⁹. Por esta razón, los trasplantes de órganos en Colombia se limitan a los donados en vida de manera altruista y en mayor medida a los obtenidos de cadáveres. Además desde 1988, con la ley 73, la presunción legal de donación al morir ha sido una constante en la legislación del tema³⁰. También ha sido constante la facultad de la familia del fallecido de desvirtuar esta presunción, a menos que este haya manifestado en vida su intención de donar; la voluntad del fallecido, en teoría, debe primar siempre sobre la voluntad de la familia.

De los 1059 trasplantes de órganos sólidos realizados en Colombia en el 2014, 920 (el 87%) se realizaron con órganos provenientes de 346 donantes cadavéricos³¹. De acuerdo a estos datos, es evidente que la gran mayoría de la oferta de órganos para trasplantes proviene de donantes fallecidos. Esto pone

26 Ley 73 de 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Diciembre 21 de 1988. DO. No.38623

27 Ley 9 de 1979. Por la cual se dictan medidas sanitarias. Enero 25 de 1979. D.O. No. 35308

28 Ley 919 de 2004. Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Diciembre 23 de 2004. DO. No. 45771

29 Yolanda M. Guerra G. & Álvaro Márquez C., *Bioética, trasplante de órganos y derecho penal en Colombia, XIV, Prolegómenos Derechos y Valores*, No. 28, 45-59, 51 (2011).

30 Ley 73 de 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Diciembre 21 de 1988. DO. No.38623

31 Instituto Nacional de Salud, *Informe anual red de donación y trasplantes Colombia 2014*, 28 (2015)

de manifiesto la enorme importancia de esta fuente de componentes anatómicos para trasplantes en el país; importancia que puede deberse a la ausencia de un mercado, lo que anula los incentivos económicos para transferir los órganos propios, y a la comprensible dificultad de obtener donantes vivos motivados por el solo altruismo. Por esta razón, el estudio de la transferencia de órganos en Colombia y la posibilidad de la introducción de incentivos económicos a este sistema requiere de la adecuada comprensión del contexto de la obtención de órganos de cadáveres y de los obstáculos que para ella se presentan.

Como ya se dijo, desde 1988 ha existido en Colombia la presunción legal de donación al morir acompañada de la facultad de la familia del fallecido de oponerse a que se aplique. El objetivo de esta presunción es sin lugar a dudas aumentar la cantidad de órganos disponibles para trasplantes y así poder atender las necesidades de quienes conforman las crecientes listas de espera. Se encuentra consagrada en el artículo 2 de la ley 73 de 1988³² y en el 19 del decreto 2493 de 2004³³ según el cual “la donación se presume cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan componentes anatómicos después de su fallecimiento y si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte encefálica o antes de la iniciación de una necropsia, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.”

El derecho de la familia a oponerse a que la presunción de donante opere para su pariente fallecido no se fundamenta, de acuerdo a lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-933 de 2007^{34,35}, en que estos tengan

32 Ley 73 de 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Diciembre 21 de 1988. DO. No.38623

33 Decreto 2493 de 2004 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Agosto 4 de 2004. D.O. No. 45631

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-933 DE 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería: Noviembre 8 de 2007)

35 Resulta de especial interés que a lo largo de esta sentencia la Corte insista constantemente en la posición moralmente neutral que debe asumir el Estado frente a la donación de órganos, de la siguiente manera: “[...]la Corte se permite también reiterar en esta oportunidad su jurisprudencia constitucional en torno a la prevalencia y primacía del principio de libertad y en relación con el papel neutral que debe cumplir el Estado liberal y democrático de derecho frente al tema de la donación de órganos, respetando de este modo las diferentes posturas filosóficas y religiosas, así como las diversas concepciones de vida, del bien y de lo bueno que pueden profesar libremente sus ciudadanos[...]” Esto presenta dos contradicciones: en primer lugar, es claro que el Estado asume una posición que favorece la donación para suplir una necesidad de los ciudadanos, lo que parece enteramente legítimo en un Estado Social de Derecho. En segundo lugar, exigir la neutralidad

algún derecho similar al dominio sobre el cadáver. Se fundamenta, dice la Corte, en los derechos de libertad de conciencia, de religión y de cultos de los familiares. Dado que el cadáver suele jugar un papel importante en el culto y el proceso de duelo de la familia, su “función social” debe ceder para proteger los derechos de libertad individual de los parientes. La oposición de la familia a que se extraigan componentes anatómicos del cadáver del pariente fallecido se debe manifestar, de acuerdo a las normas vigentes y a la interpretación establecida por la Corte en la ya mencionada sentencia, dentro de las 6 horas siguientes al diagnóstico de muerte encefálica o antes del inicio de la necropsia. De esta manera, si la necropsia fue ordenada antes del vencimiento del plazo de 6 horas la oportunidad de la familia de oponerse a la donación se extenderá hasta el inicio de aquella; en todo caso, se debe respetar el plazo de 6 horas con que cuenta la familia para oponerse.

A pesar de estar regulada con tanta meticulosidad, la presunción legal de donación no parece tener los efectos que se esperarían. De acuerdo a los datos del Instituto Nacional de Salud, de las 409 donaciones obtenidas de cadáveres en el 2014 tan solo una se debió a la presunción legal de donación³⁶.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el tema, negando la existencia de algún derecho de propiedad sobre los componentes del propio cuerpo, por tratarse de “bienes no patrimoniales de carácter personalísimo³⁷.” Adicionalmente, ha dicho que “estos no pueden ser objeto de transacciones comerciales, toda vez que ello reñiría abiertamente con los postulados más elementales de la ética y la dignidad humana³⁸.” La exigencia de la gratuidad de toda transferencia de órganos o componentes anatómicos también ha sido adoptada como Principio Rector del tema por la Organización Mundial de la Salud³⁹.

moral del Estado frente al tema podría eliminar la posibilidad de prohibir la transferencia onerosa de órganos propios, lo que podría no ser malo pero que es evidentemente opuesto a la postura general del Estado y de la misma Corte.

36 Instituto Nacional de Salud, *Informe anual red de donación y trasplantes Colombia 2014*, 14 (2015)

37 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso 2002161 (C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Abril 8 de 2010)

38 Ibid

39 Organización Mundial de la Salud (OMS), *Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*, 63ª Asamblea Mundial de la Salud res. WHA63.22. Principio Rector 5 (Mayo de 2010).

5. LA NEGATIVA FAMILIAR A LA DONACIÓN

En la realidad, la negativa de las familias a permitir la utilización de los órganos de los fallecidos constituye quizás el mayor obstáculo para el aprovechamiento de los ya escasos órganos utilizables. En 2014, de 662 entrevistas (solicitudes) a familias de potenciales donantes en muerte encefálica el 38,4% negó la utilización de los órganos del pariente fallecido⁴⁰. Esto significa que cerca de 250 cadáveres, de los que se podría haber utilizado en promedio tres órganos por cadáver⁴¹, fueron desaprovechados. Los niveles de aceptación de las familias varían en distintos países, siendo por ejemplo muy altos en España⁴². Esto parecería indicar que factores sociales podrían tener incidencia en la disposición de las familias a permitir la utilización de los órganos de los fallecidos. Por esta razón, es de suma importancia identificar y comprender cuáles son estos factores, para de esta manera poder proponer medidas para aumentar los niveles de aceptación de las familias.

5.1 Dificultad de la decisión- Desconocimiento de la voluntad del fallecido

Uno de estos factores es el temor a la reacción de los familiares ausentes al momento de la toma de la decisión⁴³. Este temor, de acuerdo a de Osio Rodríguez, se extiende a terceros ajenos al núcleo familiar⁴⁴. De acuerdo a la misma autora, otro factor relacionado al anterior es la dificultad de llegar a un consenso entre los que deben tomar la decisión, y la tendencia a ceder en favor de quienes se niegan en caso de conflicto. Finalmente, el último factor relacionado a estos es el desconocimiento de la voluntad del fallecido, ante el cual se tiende a optar por la negación⁴⁵. Del examen de estos tres puntos, se puede concluir que las dificultades que suscitan podrían ser solucionadas con la manifestación de la intención de ser donante hecha en vida. Sin embargo, en Colombia de una muestra de 600 tan solo el 37,98% de los consultados ha hecho tal manifestación

40 Instituto Nacional de Salud, *Informe anual red de donación y trasplantes Colombia 2014*, 11-12 (2015)

41 *Ibid.*, página 17

42 Irma de Osio Rodríguez, *Causas y factores relacionados con la negativa familiar a la donación de órganos en casos de muerte cerebral*, 3, *Medicina Universitaria*, No. 13, 223-227, 224 (2001)

43 Edvaldo L. Moraes & Maria CKB. Massarollo, *El rechazo familiar al pedido de donación de órganos y tejidos para trasplante*, 16, *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, No. 3, 458-464 (2008)

44 Irma de Osio Rodríguez, *Causas y factores relacionados con la negativa familiar a la donación de órganos en casos de muerte cerebral*, 3, *Medicina Universitaria*, No. 13, 223-227, 225 (2001)

45 *Ibid.*

a sus familias, y menos del 5% tiene carné de donante, aun cuando cerca del 82% dice estar dispuesto a donar al morir⁴⁶. Dada la abismal diferencia entre los que dicen estar dispuestos a donar, y quienes dicen haber manifestado efectivamente dicha disposición, es evidente que es necesario incentivar o al menos facilitar de alguna manera tales manifestaciones para evitar el desaprovechamiento de órganos potencialmente trasplantables⁴⁷.

De acuerdo al Decreto 2493 de 2004 (por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 9 de 1979 y 73 de 1988 en relación con los componentes anatómicos) la manifestación del consentimiento, que cuando se trate de donación en vida se debe realizar al menos 24 horas antes del procedimiento según el artículo 16, se puede hacer mediante tres mecanismos. Así, en su artículo 17 establece que se puede manifestar la intención de ser donante mediante instrumento notarial, documento privado o carné único nacional de donación de componentes anatómicos. Esta manifestación es revocable en cualquier momento y la voluntad que expresa debe prevalecer sobre la de sus deudos⁴⁸. De estos tres instrumentos, el carné único nacional de donación de componentes anatómicos parece ser el más idóneo para combatir los problemas anteriormente tratados, entendiendo que parece aplicable únicamente a los casos de donación tras la muerte⁴⁹. Esto se debe a que es un medio que podría ser comprobado fácilmente por las autoridades encargadas de la coordinación del sistema de trasplante de órganos y a que no representa ningún costo para quien desea manifestar su voluntad de ser donante⁵⁰.

5.2 Deficiencias en la solicitud a la familia

Otro factor determinante para la negativa a la donación de órganos es el trato deficiente por parte de los equipos médicos a la hora de informar a los familiares

46 David A. Castañeda-Millán et al., *Actitudes y creencias sobre la donación de órganos en Colombia: ¿Dónde se deben enfocar los esfuerzos para mejorar las tasas nacionales de donación?*, 62, *Revista de la Facultad de Medicina Universidad Nacional de Colombia*, No. 1, 17-25, 17 (2014)

47 Sebastián Solar et al., *Tres factores que influyen en la actitud de las personas ante la donación de órganos*, 60, *Revista chilena de cirugía*, No. 3, 262-267, 265 (2008)

48 Decreto 2493 de 2004 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Agosto 4 de 2004. D.O. No. 45631

49 Esto, por cuanto la voluntad abstracta y general expresada en el carné no parece trasladable a una donación en vida, que sería un caso concreto que requeriría una manifestación de voluntad específica.

50 El carné de donante se puede obtener en <http://www.ins.gov.co/donante-de-organos-y-tejidos/Paginas/obtener-el-carne-de-donante.aspx>

del estado del paciente y de solicitar la utilización de los órganos. Así, tanto el no informar a los familiares del estado de gravedad del pariente y el inicio de los exámenes para determinar la muerte encefálica⁵¹ como la solicitud de donación de la manera, en el lugar o en el momento inadecuado⁵² pueden llevar a las familias a negar la utilización de los componentes anatómicos. Este problema no parece ser tan difícil de solucionar: de acuerdo a Solar et al. la formación del personal médico, especialmente del equipo encargado de gestionar los trasplantes, en habilidades comunicativas y en claridad conceptual respecto a la información que deben suministrar a las familias podría tener un enorme efecto positivo en este aspecto⁵³. Sin lugar a dudas esta capacitación acarrearía costos considerables. Sin embargo, este gasto podría ser focalizado de manera que alcanzara sus propósitos de manera eficiente y además podría ser insignificante comparado con los gastos que ahorraría: nada más considérese lo gravoso que resulta mantener a una persona en diálisis⁵⁴, tratamiento que podría evitarse supliendo la demanda de riñones para trasplante.

Adicionalmente, se podría proponer ofrecer incentivos a los equipos médicos por las donaciones de órganos de cadáveres que obtuvieran. Esto muy probablemente crearía un mayor interés en adquirir los conocimientos necesarios para tratar adecuadamente a las familias y de esa manera obtener su consentimiento. Sin embargo, podría tener un efecto adverso: aunque no parece justo dudar de la profesionalidad y rectitud con que los profesionales de la salud actuarían, es posible que la existencia de incentivos por la obtención de órganos en los hospitales generara desconfianza en el público en general. No puede descartarse la posibilidad de que ante la introducción de dichos incentivos surgieran sospechas (seguramente infundadas) respecto del trato que recibirían los pacientes en los establecimientos médicos. Así, podría llegarse a creer que si algún paciente ingresara en estado crítico al hospital y fuera un donante potencial los equipos médicos encargados de tratarle tendrían razones para no brindarle todo el cuidado posible y para enfocar sus esfuerzos en obtener el consentimiento de usar sus órganos cuando fallezca.

51 Edvaldo L. Moraes & Maria CKB. Massarollo, *El rechazo familiar al pedido de donación de órganos y tejidos para trasplante*, 16, *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, No. 3, 458-464 (2008)

52 Irma de Osio Rodríguez, *Causas y factores relacionados con la negativa familiar a la donación de órganos en casos de muerte cerebral*, 3, *Medicina Universitaria*, No. 13, 223-227, 225 (2001)

53 Sebastián Solar et al., *Tres factores que influyen en la actitud de las personas ante la donación de órganos*, 60, *Revista chilena de cirugía*, No. 3, 262-267, 266 (2008)

54 Este costo ya fue revisado en la nota 6, de acuerdo a los estudios de Matas & Schnitzler (2004) en EEUU.

5.3 Motivos religiosos

Las creencias religiosas son vistas generalmente como otro factor que influye en la negativa familiar a la donación de órganos de parientes fallecidos. Con razones que van desde la determinación a conservar la integridad del fallecido, hasta la creencia de la necesidad del órgano en una “próxima vida,”⁵⁵ a primera vista parecería que los motivos religiosos podrían ser el factor de mayor importancia a la hora de decidir si donar o no. Además, debe tenerse presente que tanto en la tradición judeocristiana como en la tradición castellana la figura del milagro ha tenido gran importancia, siendo los “milagros de resurrección” bastante recurrentes⁵⁶. La influencia de estas tradiciones en Colombia permite entender la arraigada creencia en los milagros apreciable en la sociedad. Lastimosamente, esta cosmovisión podría ser nociva para la aceptación de la donación de órganos del fallecido por parte de la familia puesto que “ataca de lleno el concepto de la muerte como cesación irreversible de las funciones encefálicas;”⁵⁷ concepto cuya comprensión, como se verá, es esencial para estar de acuerdo con este tipo de donación.

Sin embargo, según los resultados de Castañeda Millán et al., en Colombia tan solo el 20,31% de quienes negarían la utilización de sus órganos lo haría por razones religiosas⁵⁸. Esto significa que si bien no es una razón intrascendente tampoco es la de mayor importancia. Aun así, los motivos religiosos no deberían ser un factor de mucha importancia para la negación del trasplante de órganos por el hecho de que “las grandes religiones exhortan a sus fieles a la donación de órganos apelando a la generosidad y amor al prójimo.”⁵⁹ Ejemplo de esto es la postura adoptada al respecto por la Iglesia Católica, de gran importancia en Colombia. En la encíclica *Evangelium Vitae*, promulgada por el Papa Juan Pablo II, se reconoce como un gesto heroico “la donación de órganos, realizada según criterios éticamente aceptables, para ofrecer una posibilidad de curación e incluso de vida, a enfermos tal vez sin esperanzas.»⁶⁰ Así, es evidente que

55 Irma de Osio Rodríguez, *Causas y factores relacionados con la negativa familiar a la donación de órganos en casos de muerte cerebral*, 3, *Medicina Universitaria*, No. 13, 223-227, 226 (2001)

56 Ricardo D. Rabinovich-Berkman. *Trasplantes de órganos y tejidos*. Págs. 129-134. Ed., Astrea. (2007)

57 *Ibíd.* Pág. 136

58 David A. Castañeda-Millán et al., *Actitudes y creencias sobre la donación de órganos en Colombia: ¿Dónde se deben enfocar los esfuerzos para mejorar las tasas nacionales de donación?*, 62, *Revista de la Facultad de Medicina Universidad Nacional de Colombia*, No. 1, 17-25, 20 (2014)

59 Sebastián Solar et al., *Tres factores que influyen en la actitud de las personas ante la donación de órganos*, 60, *Revista chilena de cirugía*, No. 3, 262-267, 263 (2008)

60 Juan Pablo II. *Evangelium Vitae* [Carta Encíclica sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana]. Numeral 86. Marzo 25 de 1995.

esta religión no solo no se opone a la donación de órganos sino que exhorta a sus fieles a realizarla. Con todo, el desconocimiento de la posición de la propia religión puede llevar a algunas personas a malinterpretar sus enseñanzas y por lo tanto oponerse a la donación de órganos.⁶¹

5.4 Incomprensión del concepto de Muerte Encefálica

Habiendo ya examinado los anteriores factores, es momento de analizar el que, de acuerdo a la mayoría de investigaciones consultadas, es el más determinante a la hora de negar la utilización de órganos de parientes fallecidos: la mala comprensión del concepto de muerte encefálica (o cerebral) y de sus consecuencias en la donación de órganos. La muerte encefálica “es el cese irreversible de todas las funciones del encéfalo, y nunca debe confundirse con el estado de coma. Ocurre cuando el cerebro, por diversas circunstancias, deja de recibir flujo sanguíneo y, con él, el oxígeno y la glucosa que sus células necesitan para vivir.”⁶² Es un cuadro irreversible, equivalente medicamente a la muerte. La mayoría de (si no todos) los trasplantes de órganos de cadáveres son posibles únicamente en pacientes que hayan sufrido muerte cerebral, por la relativa facilidad de mantener los órganos funcionando utilizando equipos médicos.

El diagnóstico de muerte encefálica, al ser equivalente a la muerte, está minuciosamente regulado en el Decreto 2493 de 2004. Su capítulo tercero (artículos 12 a 14) determina los síntomas que se deben comprobar para diagnosticarla, y diferencia entre aquellos necesarios para personas mayores o menores de 2 años. Adicionalmente, requiere que el diagnóstico y la comprobación de los síntomas sean realizados por al menos dos médicos no interdependientes, que no hagan parte del programa de trasplantes y de los cuales al menos uno deberá ser especialista en ciencias neurológicas. De esta manera, se garantiza que la declaración de muerte encefálica sea un proceso enteramente científico y objetivo en que no tengan lugar consideraciones ajenas a su naturaleza⁶³. Esto es necesario puesto que dicho diagnóstico determina el fin de la persona y hace posible la utilización de sus componentes anatómicos.

61 Sebastián Solar et al., *Tres factores que influyen en la actitud de las personas ante la donación de órganos*, 60, *Revista chilena de cirugía*, No. 3, 262-267, 263 (2008)

62 Irma de Osio Rodríguez, *Causas y factores relacionados con la negativa familiar a la donación de órganos en casos de muerte cerebral*, 3, *Medicina Universitaria*, No. 13, 223-227, 223 (2001)

63 Consideraciones ajenas como podría ser la necesidad o interés de utilizar los componentes anatómicos del paciente.

Lastimosamente, la “sabiduría popular” suele considerar este diagnóstico reversible; es amplia la creencia de que por un milagro, o por la obra de los médicos, el pariente puede volver a la vida. Hasta ahora, no existe un solo caso documentado en que esto haya ocurrido, y muy probablemente no se producirá jamás⁶⁴. Así, la esperanza en la reversión del cuadro es el motivo que, según parece, lleva a más familias a negar la utilización de los órganos de parientes fallecidos. Esta conclusión es corroborada por los resultados de la investigación de Castañeda Millán et al. en Colombia⁶⁵. Mientras tanto, en España (donde, como ya se dijo, los índices de donación de órganos de fallecidos son bastante altos) este motivo es de los menos determinantes, siendo aducido por apenas el 5,8 % de quienes negaron la utilización de componente anatómicos de familiares⁶⁶. Esto podría deberse a la “cultura de donación” preponderante en España, donde la decisión de donar o no se hace de manera informada. Por este motivo, puede concluirse que la manera más efectiva de reducir el impacto negativo de este factor en las decisiones de las familias de los fallecidos es aumentar el acceso a la información relativa a la Muerte Encefálica y a su real significado; de esta manera, si el público en general entendiera como equivalentes “muerte” y “muerte encefálica” probablemente aumentaría el número de órganos disponible para trasplantes.

6. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO

Se han expuesto ya las principales razones que llevan a las familias a negar la obtención de órganos de los cadáveres de sus familiares fallecidos y se ha explicado cómo esta negativa perjudica al sistema de trasplantes, profundizando la escasez de componentes anatómicos disponibles. Esta facultad, cómo ya se dijo, se fundamenta según la Corte Constitucional en la protección de los derechos de libertad de conciencia, de religión y de cultos de los familiares⁶⁷ y debería operar únicamente cuando no exista manifestación de la voluntad del fallecido; esta, en teoría, debería primar siempre. Sin embargo, parece ser que en la práctica los médicos tratantes buscan el consentimiento de la familia en lugar de indagar, como primera medida, sobre la voluntad del fallecido. Al parecer, se

64 Ricardo D. Rabinovich-Berkman. *Trasplantes de órganos y tejidos*. Pág. 138. Ed., Astrea.(2007)

65 David A. Castañeda-Millán et al., *Actitudes y creencias sobre la donación de órganos en Colombia: ¿ Dónde se deben enfocar los esfuerzos para mejorar las tasas nacionales de donación?*, 62, *Revista de la Facultad de Medicina Universidad Nacional de Colombia*, No. 1, 17-25, 23 (2014)

66 Irma de Osio Rodríguez, *Causas y factores relacionados con la negativa familiar a la donación de órganos en casos de muerte cerebral*, 3, *Medicina Universitaria*, No. 13, 223-227, 225 (2001)

67 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-933 DE 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería: Noviembre 8 de 2007)

toma como regla general que la familia es quien tiene la última palabra, quien debe dar finalmente el consentimiento de donación⁶⁸. Esta “voluntad sustituta,” si bien basada en razones entendibles de sensibilidad y respeto por los dolientes, no está libre de controversias.

El consentimiento informado, de gran importancia en la medicina, tiene como una de sus funciones principales proteger el derecho de autodeterminación del paciente y una de sus premisas centrales es la libertad de este para decidir sobre lo que se hará con su cuerpo⁶⁹. Esta figura encuentra su fundamento en nuestro ordenamiento en el principio de respeto de la dignidad humana y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷⁰. Con esto en mente, se pueden comprender los problemas que podría tener permitir, bien porque la ley lo exige o porque es la costumbre, que las familias anulen la manifestación del consentimiento registrada del fallecido y la replacen por la propia. La posibilidad de anular la voluntad del fallecido, formalmente prohibida en Colombia⁷¹, se justifica con dos razones prácticas: en primer lugar, se busca evitar a los parientes un estrés innecesario en un tiempo estresante y en segundo lugar se considera que los parientes pueden ser conscientes de algún cambio en la voluntad de donar que el fallecido haya experimentado y no haya podido registrar⁷². Sin embargo, es problemática puesto que evita que trasplantes autorizados por el portador del órgano se lleven a cabo y porque se le pueden hacer serios cuestionamientos éticos: en esencia, la invalidación del consentimiento por parte de la familia atenta contra la autonomía del paciente ejercida a través de una “directriz avanzada” para que tenga efectos tras su muerte y riñe con los principios que rigen la toma de decisiones subrogada (*surrogate decision-making*), llevándola a límites peligrosos⁷³⁷⁴. Es así como la resolución de este problema radica

68 Abecé Preguntas frecuentes sobre donación de órganos. Ministerio de Salud. Numeral 18. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/donacion-trasplantes-organos-tejidos.pdf>

69 Ricardo D. Rabinovich-Berkman. Trasplantes de órganos y tejidos. Pág. 317. Ed., Astrea. (2007)

70 Constitución Política de Colombia [Const]. Arts. 1 y 16. Julio 7 de 1991 (Colombia)

71 Ley 73 de 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Art. 3 Parágrafo. Diciembre 21 de 1988. DO. No.38623

72 Katrina A. Bramstedt, *Family refusals of registered consents: the disruption of organ donation by double-standard surrogate decision-making*, 43, *Internal Medicine Journal*, 2, 120-123, 121 (2013)

73 *Ibíd.* Págs. 121-122

74 Por ejemplo, podría llevar aceptar la revocación, por parte de un pariente, de la manifestación de la voluntad de no ser mantenido con vida artificialmente. Aquí, se anularía la voluntad y violaría la autonomía de alguien que aún está vivo, para mantenerlo contra su voluntad en este estado. (*Supra* nota 56)

en dar respuesta a los cuestionamientos de hasta dónde llegan la dignidad de la persona, su autonomía y su derecho a desarrollarse libremente y de si estos deben producir efectos más allá de su muerte.

7. CONCLUSIÓN- INTRODUCCIÓN DE INCENTIVOS

Para finalizar, es pertinente referirse a la introducción de incentivos a la donación de órganos de cadáveres. Vistas las razones por las que las familias se oponen a la utilización de los órganos de sus familiares, debe averiguarse si algún tipo de incentivo podría ayudar a superar dichas barreras y lograr la aceptación familiar. En principio, dado que el mal entendimiento de la condición de quien ha sufrido muerte cerebral y el difícil momento por el que pasa la familia son determinantes para tomar la decisión y teniendo en cuenta las falencias que parecen existir en la capacitación de los funcionarios encargados de solicitar el consentimiento, parecería que ofrecer a los familiares “comprar” los órganos del fallecido al momento en que lidian con la muerte no sería lo más sensato ni tendría los mejores resultados. Sin embargo, Elías propone al parecer muy acertadamente ofrecer la posibilidad de vender los órganos propios “hacia adelante” o “forward” (es decir para uso futuro)⁷⁵. De esta manera, se pagaría a los herederos cuando, tras la muerte, se extrajeran los componentes anatómicos. Esto, además de servir como una manifestación indudable de la voluntad de ser donante al morir, podría, de acuerdo al mismo autor, llevar a las familias a estar más dispuestas a honrar los deseos del difunto⁷⁶.

Otra posibilidad sería ofrecer recompensas no monetarias (o al menos no explícitamente monetarias) a quienes registraran su voluntad de ser donantes al morir. De esta manera, podría ofrecerse beneficios en el acceso a servicios médicos y de salud a quienes registraran su consentimiento y fueran donantes aptos⁷⁷. Por otro lado, podría ofrecerse beneficios para la familia de quien registra su voluntad una vez este fallezca; por ejemplo, el acceso a un seguro médico. El objetivo de estos incentivos sería que las personas manifestaran en vida de manera formal su voluntad de ser donantes al morir y de esta manera se facilitara la decisión de permitir el uso de los órganos del fallecido.

75 Julio J. Elías, *La Economía de los Trasplantes de Órganos: Los Incentivos Importan*, 6 (Universidad del CEMA, Working Paper Nro. 543, 2014)

76 *Ibid.*, página 7

77 Rupert Major, *Paying kidney donors: time to follow Iran?*, 11, *McGill Journal of Medicine: MJM*, No. 1, 67-69, 69 (2008)

Por otro lado, entre quienes condenan el ofrecimiento de incentivos en el contexto de los trasplantes de órganos se ha aceptado el ofrecimiento de un tipo de compensaciones a los donantes (o sus familias en el caso de donaciones en muerte). Estas compensaciones, permisibles de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud⁷⁸, buscarían costear los gastos en que incurre el donante o su familia y de esta manera hacer que estos actos fueran “financieramente neutros”⁷⁹. Esto significa que la situación económica del donante ni mejoraría ni tampoco empeoraría con la donación; simplemente se erradicarían los desincentivos presentes en este tipo de operaciones, que sin estas compensaciones podrían resultar costosas para quien ya está haciendo un sacrificio. En el caso de la donación de órganos de cadáveres, estos reembolsos deberían cubrir, por ejemplo, costos relacionados con los estudios de idoneidad de los órganos o aquellos generados por la prolongación de la permanencia en la Unidad de Cuidados Intensivos necesaria para posibilitar la donación post mortem: las familias del fallecido nunca deberían tener que pagar costo alguno relacionado con estos procesos⁸⁰.

Este tipo de compensaciones, cuya exclusión resultaría una manifiesta injusticia y un enorme impedimento para la utilización de órganos de personas fallecidas, no son consideradas incentivos por quienes las proponen. Sin embargo, no parece del todo correcto negarles esta naturaleza: su existencia, según se propone, motivaría a más personas a donar sus órganos o los de sus parientes fallecidos. Los “reembolsos” reducirían los costos totales del acto (no los eliminarían, pues aún se incurriría como mínimo en un estrés no compensado) haciendo que el beneficio obtenido, principalmente el sentimiento positivo por aportar bienestar a un tercero, pudiera ser suficiente para que llevar a cabo la donación fuera económicamente razonable. Probablemente esto ocurriría en los casos de las personas que consideraran alto el beneficio obtenido por proveer bienestar a terceros.

La introducción de incentivos, mediante alguna de las fórmulas mencionadas o cualquier otra, no puede descartarse por motivos paternalistas o moralistas sin antes considerar los beneficios que podría ofrecer. No solo se permitiría a una persona asegurar cierta asistencia económica a su familia al momento de su

78 Organización Mundial de la Salud (OMS), *Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*, 63ª Asamblea Mundial de la Salud res. WHA63.22. Principio Rector 5 (Mayo de 2010).

79 Francis L. Delmonico et al., *Living and Deceased Organ Donation Should Be Financially Neutral Acts*, 15, *American Journal of Transplantation*, No. 5, 1187-1191, 1190 (2015)

80 *Ibid.*

muerte, sino que también se proveería del órgano necesitado a, en promedio, tres personas por cada donante cadavérico⁸¹. Esto significa que por cada vez que operaran estos incentivos se beneficiaría en promedio a tres familias, permitiéndoles disfrutar plenamente de su pariente cuya salud fue restablecida, además de brindar cierto alivio económico a la familia del donante para afrontar su fallecimiento. Adicionalmente, la sociedad se vería beneficiada por la potencial reducción en los costos de mantenimiento de los pacientes y por su mayor productividad una vez hayan recobrado la salud. Viendo esto, la opción de la introducción de incentivos económicos a la donación de órganos de cadáveres no solo no parece reprochable, sino que además se presenta como provechosa y útil para la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abecé Preguntas frecuentes sobre donación de órganos. Ministerio de Salud. Numeral 18. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/donacion-trasplantes-organos-tejidos.pdf>
- Arthur J. Matas & Mark Schnitzler, *Payment for living donor (vendedor) kidneys: A Cost-Effectiveness analysis*, 4, *American Journal of Transplantation*, 2, 216-221 (2003)
- Banco Mundial. *World Development Report 2015: Mind, Society and Behavior*. (2014)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso 2002161 (C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Abril 8 de 2010) EXP 11001-03-24-000-2006-00121-00
- Constitución Política de Colombia [Const]. Arts. 1 y 16. Julio 7 de 1991 (Colombia)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-933 DE 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería: Noviembre 8 de 2007)
- David A. Castañeda-Millán et al., *Actitudes y creencias sobre la donación de órganos en Colombia: ¿ Dónde se deben enfocar los esfuerzos para mejorar las tasas nacionales de donación?*, 62, *Revista de la Facultad de Medicina Universidad Nacional de Colombia*, No. 1, 17-25 (2014)
- Decreto 2493 de 2004 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Agosto 4 de 2004. D.O. No. 45631
- Edvaldo L. Moraes & Maria CKB. Massarollo, *El rechazo familiar al pedido de donación de órganos y tejidos para trasplante*, 16, *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, No. 3, 458-464 (2008)

81 Puesto que, de acuerdo al Instituto Nacional de Salud (2015), se pueden utilizar efectivamente en promedio 3 órganos por cada donante cadavérico.

- Francis L. Delmonico et al., *Living and Deceased Organ Donation Should Be Financially Neutral Acts*, 15, *American Journal of Transplantation*, No. 5, 1187-1191 (2015)
- Gary S. Becker. *The Economic Approach to Human Behavior*. Ed. The University of Chicago Press. (1990)
- Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review*, No. 60, 1089-1128 (1972).
- Instituto Nacional de Salud, *Informe anual red de donación y trasplantes Colombia 2014*, (2015)
- Irma de Osio Rodríguez, *Causas y factores relacionados con la negativa familiar a la donación de órganos en casos de muerte cerebral*, 3, *Medicina Universitaria*, No. 13, 223-227 (2001)
- Juan Pablo II. *Evangelium Vitae* [Carta Encíclica sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana]. Marzo 25 de 1995.
- Julio J. Elías, *La Economía de los Trasplantes de Órganos: Los Incentivos Importan*, (Universidad del CEMA, Working Paper Nro. 543, 2014)
- Katrina A. Bramstedt, *Family refusals of registered consents: the disruption of organ donation by double-standard surrogate decision-making*, 43, *Internal Medicine Journal*, 2, 120-123 (2013)
- Ley 9 de 1979. Por la cual se dictan medidas sanitarias. Enero 25 de 1979. D.O. No. 35308
- Ley 73 de 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Diciembre 21 de 1988. DO. No.38623
- Ley 919 de 2004. Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Diciembre 23 de 2004. DO. No. 45771
- Mario A. Pinzón C. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Ed. Universidad Externado de Colombia (2010).
- Michael J Sandel. *What money can't buy: the moral limits of markets*. Ed., Farrar, Straus and Giroux (2013)
- Organización Mundial de la Salud (OMS), *Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*, 63ª Asamblea Mundial de la Salud res. WHA63.22. (Mayo de 2010).
- Robert Cooter & Thomas Ullen. *Law & Economics*. Ed., Addison-Wesley (2012)
- Ricardo D. Rabinovich-Berkman. *Trasplantes de órganos y tejidos*. Ed., Astrea (2007)
- Rupert Major, *Paying kidney donors: time to follow Iran?*, 11, *McGill Journal of Medicine: MJM*, No. 1, 67-69 (2008)

Saeed Kamali Dehghan. *Kidneys for sale: poor Iranians compete to sell their organs*. The Guardian. Mayo 27, 2007. <http://www.theguardian.com/world/2012/may/27/iran-legal-trade-kidney>

Sebastián Solar et al., *Tres factores que influyen en la actitud de las personas ante la donación de órganos*, 60, *Revista chilena de cirugía*, No. 3, 262-267 (2008)

Yolanda M. Guerra G. & Álvaro Márquez C., *Bioética, trasplante de órganos y derecho penal en Colombia*, XIV, *Prolegómenos Derechos y Valores*, No. 28, 45-59 (2011).