

La relación entre compensación, precio y altruismo en la donación de gametos

Marc-Abraham Puig Hernández
Universidad de Barcelona

Para llevar a cabo las distintas actividades biomédicas resulta esencial obtener bienes de procedencia humana: óvulos, pulmones, sangre, etc. La provisión de este tipo de bienes ha dado lugar a que los ordenamientos jurídicos admitan la compensación en algunos casos debido a las molestias que soportan los donantes. El caso más relevante es probablemente el del precio establecido para la donación de óvulos, que en España se sitúa en torno a los 1.000 euros. Ahora bien, ¿de la compensación por las molestias se sigue fijar una cantidad relativamente sustanciosa? Esto es, ¿la compensación debe realizarse necesariamente mediante el pago de una cantidad elevada? La fijación de dicha cantidad económica, ¿no supone mercantilizar los biomateriales humanos?

Sin duda, existen diferencias entre justificar la compensación y justificar el precio de estos bienes tan especiales. Sin embargo, en este trabajo intentaremos defender que, pese a la presencia de una serie de diferencias, es posible trazar una equivalencia entre ambos conceptos de tal modo que, si la compensación está desvinculada del régimen de mercado, también debería estarlo el precio. De no poder encontrar una explicación que, además, sea acorde con la práctica, no dispondríamos de elementos suficientes para negar que el precio establecido para la obtención de biomateriales humanos es una instancia de la mercantilización del cuerpo. Dicho en otras palabras, por muy coherente que sea la explicación teórica de nuestro objeto de estudio, la práctica podría ofrecer unos resultados que corroboraran la existencia de ese régimen de mercado.

De una parte, la compensación puede efectuarse a través de un precio y, de otra, la regulación de ciertos biomateriales humanos dispone que, en todo momento, este acto jurídico queda sometido a principios como los de no lucro (art. 21, Convenio de Oviedo) o de gratuidad y de altruismo (art. 5, Ley 14/2006). Tras ellos subyace la idea de que es incorrecto enriquecerse mediante la mercantilización de estos bienes. Buscaremos la concordancia entre la justificación de la compensación y el precio con esos principios.

De acuerdo con lo anterior, este capítulo consta de una primera parte en la que se exponen las diferencias y la conexión entre la compensación y el precio.

Para ello, se atiende primero a las funciones que desempeña cada uno y luego a su compatibilidad, incluso en el caso en que la compensación sea un concepto restringido. En la segunda parte se justifica la compensación de acuerdo con los principios de no lucro y de gratuidad, y con el valor propio de estos bienes para buscar después la coherencia con el altruismo.

1. La compensación y el precio

Existen diferencias entre la compensación y el precio. Las que expondremos a continuación serán de tipo funcional. Esto es, al buscar la finalidad que cumple cada concepto, no encontraremos, en principio, el mismo propósito. Sin embargo, hay una correlación entre ambos, puesto que si la compensación no estuviera regulada sería imposible fijar un precio para obtener este tipo de bienes.

1.1. Las funciones de la compensación y del precio

Por sí misma, la compensación por donar biomateriales humanos no nos garantiza que vaya a haber un cierto número de donaciones; no podemos asegurar que sea motivo suficiente para que se produzca una donación. La función que cumple una compensación se corresponde con hacer frente a los costes generados por la obtención de los biomateriales humanos y se centra especialmente en los posibles daños sobre la dimensión corporal del sujeto que los aporta. En los casos de donación de óvulos, la compensación intenta restablecer los daños de un proceso de hormonación y de una intervención quirúrgica (además de costes como el transporte o la ausencia en el puesto de trabajo; otras veces, solo estas dos últimas circunstancias, según la regulación de cada país).

La función que cumple la compensación no puede vincularse, al menos directamente, con esa primera función que indicábamos, relativa a incentivar la donación de gametos y otros biomateriales humanos. Estamos, así, ante dos funciones distintas. Una que explica la compensación relativa a los costes generados por un servicio y otra que alude al incentivo para que los sujetos acudan al servicio y, de este modo, contribuyan. De esta manera, crear un colegio o un hospital para escolarizar o sanar a los ciudadanos no comporta que aparezcan automáticamente profesores o personal médico y de enfermería. En efecto, lo ideal es que, conforme estos servicios se van creando, acudan a ellos las personas necesarias para llevar a cabo las actividades, pero el mero establecimiento de un servicio no es suficiente para garantizarlo.

Es discutible si esta otra función es la que viene a cumplir el precio en la determinación de una cuantía relativamente ostentosa en lo que respecta a la obtención de óvulos. En este caso, la finalidad de establecer una cantidad determinada se correspondería con incentivar a los donantes para reunir los biomateriales necesarios y poder resolver la escasez de recursos. En estos términos, el precio se dispone como el medio necesario para que pueda celebrarse un acuerdo entre el donante y quienes reciben el biomaterial para la actividad biomédica.

La diferencia entre estas funciones se la debemos al filósofo jurídico y moral Joseph Raz (1979). En *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*,¹ explicó que una de las funciones directas primarias consiste en tomar medidas para que los sujetos celebren acuerdos privados.²

Ahora bien, ¿incrementa realmente el precio la donación de estos bienes? Para dar muestra de ello, basta, por ejemplo, con recoger los datos sobre donaciones de óvulos y comparar el caso español con el de otros países europeos. En España se realiza la mitad de los tratamientos de recepción de ovocitos que se practican en Europa,³ siendo uno de los tres países donde se ha fijado una cantidad (los otros dos son Bélgica y Reino Unido). Es una recepción mayor en comparación con países que permiten la donación de gametos y solamente compensan el gasto económico por el transporte que comporta la donación, como en el caso de Francia.

De acuerdo con estos datos, estaríamos en condiciones de afirmar que el precio cumple la función de incentivar el acuerdo para la obtención de biomateriales humanos. En efecto, hay más donaciones en los países que ofrecen una compensación cuantitativamente mayor. Si tenemos en cuenta el caso de los ovocitos, observaremos que, en los lugares donde no existe una cantidad fijada, el número de donaciones es notoriamente inferior, aunque esté regulado de igual forma bajo la regla de la compensación, como el caso francés al que hemos hecho referencia. En efecto, el precio cumple una función distinta a la de la compensación y ahora debemos preguntarnos si con ello se garantiza real-

¹ Hemos empleado la primera versión del libro, de 1979, aunque el apartado «The functions of the Law» (parte III, cap. IX) fue publicado con anterioridad en forma de artículo, en 1973. Hay una segunda edición del libro publicada en 2009 sin cambios sustanciales en esta materia.

² En la traducción española de la obra (RAZ, 1985) realizada por Rolando TAMAYO, la función de «providing facilities for private arrangements between individuals» se traduce como «proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos». Creemos que nuestra traducción a lo largo de este capítulo es pacífica tanto con el texto original como con esta otra traducción y responde al motivo de haber empleado inicialmente la fuente original y acudir después a la versión en español. De ahí que, en adelante, se haga referencia de manera indistinta a «alentar», «incitar» o «tomar medidas», entre otras expresiones, para que se lleve a cabo el acuerdo entre sujetos.

³ Véase ZAFRA, I. «España, el granero europeo de óvulos», *El País*, 20/7/2019.

mente la recepción de algún biomaterial humano o, por el contrario, esa cantidad supone que el donante incrementa su patrimonio de tal manera que podamos hablar de mercantilización.

Los siguientes dos ejemplos hipotéticos nos pueden ayudar a evaluar si estamos en presencia de lucro o, en otras palabras, ante un negocio sobre el propio cuerpo.

En primer lugar, imaginemos que una mujer joven alemana decide sacar provecho de sus óvulos y lucrarse cuanto sea posible. En Alemania no existe una cantidad fijada para esta donación, pero sabe que en España se pagan en torno a 1.000 euros y decide viajar a Barcelona para donarlos. No obstante, cuando llega a la clínica le informan que no puede donar todos sus óvulos o ni siquiera donar uno al mes por tiempo indefinido. En realidad, pese a que la ley no establece expresamente un número máximo de donaciones, sí obliga a que el número máximo de hijos generados con óvulos de una misma donante sean seis (art. 5.7, Ley 14/2006). Además, es un requisito que debe revisarse en las clínicas cada vez que se acude a donar. Entonces, la joven se da cuenta de que la idea de negocio que tenía no se corresponde con lo permitido por la ley. Además, entre lo invertido en el desplazamiento, junto con el tratamiento hormonal y la intervención por cada donación, el rendimiento económico no le compensa las molestias físicas padecidas por una serie de donaciones ininterrumpidas. Puede donar seis óvulos consecutivamente y volver a Alemania, pero en el intento se habrá sometido al mismo número de tratamientos y de intervenciones quirúrgicas, por lo que habrá pagado el viaje y asumido los riesgos de cada intervención.

En el segundo caso, en lugar de una donante extranjera, una española intenta hacer el mismo negocio; no tiene el gasto de desplazamiento, pero se encuentra con la misma situación: el requisito de los seis hijos a partir de una misma donante. Tras seis donaciones, adquiere una cifra algo superior a los 6.000 euros, a lo largo de un tiempo que ha dependido de tratamientos hormonales y de recuperarse tras someterse a las técnicas quirúrgicas de extracción. En este segundo caso, además, podemos comparar esta cantidad con otros datos económicos de nuestro entorno para ver que la donación no se correspondería exactamente con la idea de realizar un buen negocio. En el cómputo anual, la renta que adquiere la donante de óvulos queda lejos del umbral de pobreza en España (8.522 euros al año por persona en 2018)⁴ y del salario mínimo interprofesional (12.600 euros al año).⁵

⁴ Según las fuentes publicadas en la página web del Instituto Nacional de Estadística.

⁵ De acuerdo con el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre de 2018.

Estos baremos económicos nos sirven de criterio para sostener que el negocio de la donación de óvulos en realidad no es propiamente un negocio. Al menos, de acuerdo con lo que permite la ley española. Dejar de trabajar para dedicarse a obtener un incremento patrimonial por estos biomateriales no permite salir del umbral de pobreza ni acercarse al salario mínimo interprofesional. Más allá de costear de algún modo las molestias que soporta una mujer, no estamos en condiciones de afirmar que la donación de óvulos permite el enriquecimiento patrimonial y es una manera de lucrarse sin trabajar. La ley establece las condiciones por las que puede realizarse este acto jurídico: se compensa, pero en un número limitado de ocasiones tal que no se corresponde con el lucro o el negocio sobre el propio cuerpo.

Y, sin embargo, a pesar de las limitaciones que restringen un mercado como este, el precio es lo suficientemente cuantioso como para facilitar el acuerdo con la donante. De este modo, estamos en condiciones de afirmar que el precio cumple la función directa antes identificada y que, aunque introduzca un elemento cuantitativo a un bien de procedencia corporal, no supone por este motivo una instancia de la hipotética mercantilización del cuerpo. No es posible beneficiarse económicamente a través de este negocio por encima de umbrales básicos de nuestro sistema económico.

1.2. La correlación entre el precio y la compensación

A la distinción entre las funciones de la compensación y del precio podríamos ponerle la siguiente objeción. En los casos en que el Derecho no fija el precio a través de una norma, por ejemplo, en Estados Unidos, ¿no corrompe la cuantía fijada por otros medios el valor de esos bienes? Su valor se corrompería en caso de que los sujetos les atribuyeran libremente el valor que quisieran. Esta es la principal premisa sobre la que se sustenta el libre mercado.⁶ Creemos que existen razones que refutarían esta objeción en la relación que guardan los conceptos de compensación y precio en el caso de los gametos. A continuación, expondremos la que hace referencia a la relación entre ambos conceptos.

Existe una conexión entre compensación y precio que no puede obviarse. Para que pueda haber lugar a algún tipo de remuneración por donar un biomaterial humano debe haberse permitido con anterioridad. Esta habilitación es el papel de la compensación por cuanto las normas disponen que es posible

⁶ En estos términos se expresa M.J. SANDEL (2012: 14 y 114-116).

afrontar los costes generados por la obtención de gametos. Por ejemplo, según el artículo 5.3 de nuestra Ley 14/2006, se compensan las molestias físicas y los gastos laborales y de desplazamiento. Esa es la función señalada en la norma y, aunque no podamos identificar otro tipo de función como la de facilitar el acuerdo entre sujetos, la norma que establece la compensación es el presupuesto necesario que habilita costear las molestias que genera una determinada actividad. Se dispone que pueda compensarse mediante una determinada cantidad sin que de ahí sea posible cuestionar el valor de esos bienes.

Con ello queremos poner de manifiesto que la compensación es la condición necesaria para hacer frente a los costes que genera la donación, pero no es condición suficiente para facilitar el acuerdo entre sujetos. La mera referencia a las circunstancias que determinan la cuantía compensatoria (molestias físicas, desplazamiento, ausentarse del trabajo) no cumple esta otra función, sino que delimita las condiciones por las que puede producirse el pago. Es el precio el concepto que cumple esta función, que a su vez puede estar regulado o no. En España, la ley establece que debe fijarlo la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.⁷ Además, el precio en sí mismo no puede ser ofertado, sino que cada centro notifica cuál es esa cantidad una vez que el posible donante ha acudido a sus instalaciones. Se le informa en el acto con carácter previo a la propia donación. La única prohibición, por tanto, es que los centros no hagan pública una oferta económica, sino que apelen al sentimiento altruista del donante (segundo párrafo del artículo 5.3, Ley 14/2006). En la práctica, esta prohibición se traduce en que las clínicas buscan un perfil de donante y, una vez que lo hallan, cada centro le informa de la compensación y del número de veces que es posible donar.

Volvamos a la función de facilitar el acuerdo. No pertenece exclusivamente al Derecho, sino que puede resultar, por ejemplo, de las prácticas que efectúan ciertos grupos.⁸ La función del precio procedería de las normas que caracterizan una práctica social determinada, en este caso, relativas a las distintas actividades biomédicas y a la financiación para efectuar las técnicas reproductivas.

⁷ Esta función de la Comisión se especifica en el artículo 5 de la Ley 14/2006. Complementa sus funciones genéricas dispuestas en los artículos 20 de misma Ley y 3 del Real Decreto 42/2010, de 15 de enero. El precio puede ser expresado en los términos de una norma constitutiva. Siguiendo a J.R. SEARLE (2011: 34-35) y su célebre «X cuenta como Y en el contexto C», en los casos de donación de gametos, la cantidad fijada por esta Comisión se considera compensación.

⁸ Según el propio J. RAZ (1979: 212), las funciones directas secundarias son las que caracterizan el Derecho, mientras que, por el contrario, otros sistemas de normas, en este caso las procedentes de algún tipo de práctica social, pueden cumplir las funciones primarias incluso con mayor grado de eficacia que el Derecho.

De este modo, no es necesario que el Derecho fije la cuantía compensatoria. Ahora bien, esto no nos resuelve la cuestión inicial. ¿Estamos en condiciones de afirmar que esa norma no jurídica no procede del mercado? En la respuesta a este interrogante deberíamos al menos tener en cuenta cómo valoramos la cuantía de la donación.

No estaríamos en condiciones de afirmar que el precio por la compensación se circunscribe a la función de facilitar un tipo de acuerdo si al mismo tiempo fuera posible obtener beneficios económicos que supongan un incremento patrimonial por encima de algún umbral económico. En el caso español, recurrimos al número limitado de donaciones de óvulos que pueden realizarse en virtud de la regulación actual. Pero ello no constituye un buen criterio para evaluar un enriquecimiento patrimonial desmesurado si no se compara con algún indicador económico, pues, aunque solo pudiera donarse una vez, si el precio se tasara en millones sería desmesurado. Los mismos indicadores que hemos empleado para valorar el caso español (umbral de pobreza y salario mínimo interprofesional) pueden ser de utilidad para evaluar otros ordenamientos en que se permite la compensación.

Por ejemplo, de acuerdo con este tipo de criterios económicos sería irrelevante que un ordenamiento jurídico permitiera compensar un número ilimitado de donaciones. Descartaríamos comentar que esta regulación permite el lucro o el negocio con el cuerpo si, tras un buen número de óvulos donados, aún estuviéramos lejos de esos umbrales. Y, al contrario, si la ley solamente permitiera compensar un número limitado de veces, pero el precio convenido fuera superior a esos umbrales, de nuevo, conforme a estos indicadores, sería sospechoso negar que se trata de un negocio. Por ejemplo, si el precio por cada óvulo en España superara el salario mínimo interprofesional (anual), abriríamos la posibilidad para que las mujeres en condiciones de donar pudieran vivir de las rentas de su cuerpo sin necesidad de trabajar durante seis años. Podrían planificar seis donaciones y olvidarse de trabajar para enriquecerse patrimonialmente.

Ello enlaza con una cuestión de justicia. Los criterios económicos ponen de manifiesto que la compensación, cuando es superior a cierto umbral, genera una injusticia económica. Por qué un determinado grupo de personas puede vivir de las rentas de su cuerpo mientras que el resto de la población debería trabajar para obtener ingresos. Adentrarse ahora en el estudio de este ejemplo excede el propósito de nuestro trabajo, pero nos sirve para advertir que, si bien a través de la compensación es posible cuantificar los costes de una determinada actividad, una vez aplicado al caso de los biomateriales humanos debemos acompañarlo de algún criterio igualmente cuantitativo que especifique la fron-

tera de un enriquecimiento injusto, el de generar una desigualdad social que no puede justificarse a través del privilegio de pertenecer a un determinado género.

Tratemos de delimitar mejor la cuestión de justicia que ahora nos interesa. Al permitir la compensación, el ordenamiento jurídico está cuantificando las molestias generadas por realizar un determinado acto jurídico. Dicha cuantificación debe acompañarse de un criterio económico que nos permita identificar qué sería injusto también en términos cuantitativos. Dicho de otro modo, el criterio económico es la medida con la que podemos explicar la compensación en términos de justicia conmutativa.

Una vez que es posible hablar cuantitativamente sobre la compensación, no podemos prescindir de aquel criterio que muestra un enriquecimiento desproporcional a costa de conmutar unos bienes, sean de la naturaleza que sean, por otros. En el caso de los gametos y las molestias generadas por la donación de óvulos, el precio es la expresión monetaria de la compensación por aquellos bienes que no pueden restituirse. Así pues, trata de ser una compensación equitativa por la que, ante la imposibilidad de restituir un bien determinado, se palia en alguna medida el daño causado al donante.⁹ Como ya hemos advertido, la compensación se cuantifica, en el caso español, a través de una comisión de especialistas que establece el precio idóneo que restituiría las molestias padecidas por el donante.

La función directa del precio (facilitar el acuerdo privado entre sujetos) también responde a esta lógica. Realizar una donación que produce molestias físicas y posibles secuelas sin algún tipo de referencia a su reparación en términos de justicia conmutativa parece una carga excesiva para el donante, incluso un abuso de su buena fe al procurar bienes valiosos para terceros. De ahí que la función del precio sea compatible con la función que cumple la compensación.

Ahora bien, si por una parte traducimos la compensación equitativa al lenguaje de lo cuantitativo a través del precio, por otra parte, sin algún criterio para evaluar la cantidad sería imposible determinar el enriquecimiento injusto que late en el concepto de no lucro. Según Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, la doctrina del enriquecimiento injusto vincula la atribución de un patrimonio a una persona con la justificación de que la causa se encuentre en el propio ordenamiento jurídico (Díez-Picazo y Gullón, 2012: 299-303). La doctrina se deslinda, por un lado, en la causa lícita, suficiente para llevar a cabo ese acto,

⁹ En lo referente a una compensación equitativa de diferentes bienes entre los que no puede establecerse una relación de equivalencia, hemos seguido a Javier HERVADA (2008: 295-297).

esto es, que la causa esté dispuesta en el ordenamiento jurídico. En el caso de la donación de óvulos, los motivos de la compensación son la justificación de una atribución patrimonial al donante. Y, por otro lado, lo justo de la atribución de patrimonio reside en el balance entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, en determinar la desigualdad que puede generarse. Aquí encontramos los parámetros económicos para evaluar la donación. En este caso, el empobrecimiento viene determinado por la desigualdad de quienes no pueden obtener una misma retribución patrimonial por no poder ser donantes de óvulos. Los anteriores criterios económicos nos permiten afirmar que un determinado enriquecimiento es injusto porque se obtiene un patrimonio por encima de ciertos umbrales al mismo tiempo que otras personas pierden valor en sí mismas al depender de prestar servicios o de efectuar un determinado trabajo para sobrepasar ese mismo umbral.

En la correlación entre la compensación y el precio, los criterios cuantitativos terminan de fundamentar el justo título dispuesto en el ordenamiento jurídico. Por encima de ciertos umbrales, la compensación sería un aumento del patrimonio del donante que no encontraría una justificación satisfactoria más allá del negocio sobre el propio cuerpo.

1.3. Un concepto restringido de compensación

Hemos visto que, una vez regulada, la compensación constituye el requisito legal para poder fijar el precio por una donación de biomateriales humanos y que, además, el precio no tendría por qué fijarse a través del Derecho si no sobrepasa unos márgenes que definen lo injusto de una situación de desigualdad. A continuación, observaremos qué tipo de limitación cabe imponer al precio según una interpretación restringida de la compensación. Esto es, si el concepto de compensación es lo suficientemente amplio para incluir todo tipo de costes que genera una donación o si, por el contrario, su ámbito de validez material se ciñe a la reparación de la molestia física causada al donante o al estado específico, concreto, de cosas que designe la ley.

Como hemos advertido, el precio cumple una función que no podríamos incluir en esta segunda opción. El precio debería cuantificar la compensación y no realizar cualesquiera otras funciones, directas o indirectas. De ser así, deberíamos buscar una explicación alternativa: el Derecho habilita establecer una cantidad para compensar, pero la función directa que hemos identificado no podría justificarse dentro de una interpretación restringida de compensación al estar excluida de lo permitido por el Derecho. ¿Diríamos entonces que el pre-

cio cumple una función latente, no reconocida por el Derecho, mediante la que se pretende que se lleve a cabo una práctica social determinada?

De acuerdo con Robert K. Merton, una función latente se observa cuando hay unas consecuencias objetivas para la comunidad pero que, en nuestro caso, no estarían expresamente reflejadas en el ordenamiento jurídico (Merton, 1992: 136-137). Respecto a los gametos, hemos visto que en España las donaciones ascienden al 50% del total realizado en Europa. Si solo disponemos de estos datos, no carecería de lógica relacionar la función directa del precio fijado en nuestro ordenamiento con los datos estadísticos. Sin embargo, creemos que no hay suficientes razones para sostener esta afirmación.

Al igual que en España, el Reino Unido también tiene un precio fijado para la compensación y la cantidad es similar al caso español.¹⁰ Ahora bien, en 2005 se modificó el anonimato en la legislación sobre donación de gametos, lo que redujo considerablemente esa práctica.¹¹ No era el precio sino el anonimato el principal motivo que facilitaba el acuerdo privado para la donación de óvulos. De manera similar, en 2018 se modificó este mismo aspecto de la ley portuguesa, lo que puso en alerta a las clínicas españolas por un posible aumento de donaciones.¹² En la práctica, la función que en teoría cabe atribuir a una cantidad relativamente elevada no constituye la única causa para llevar a cabo este acto. La compensación se vincula también con otros principios, como el del anonimato y el del altruismo, tanto o más determinantes para realizar el acto jurídico, con independencia de las facilidades para alcanzar el acuerdo. Por sí misma, la compensación, una vez cuantificada mediante un precio, no cumple la función indirecta o latente de buscar una consecuencia particular al margen de la regulación. Por una parte, el precio facilita la donación, de ahí que la práctica sea más habitual en los países que admiten algún tipo de compensación, pero, por otra, no es el factor único, o suficiente, para garantizarla.

En definitiva, si bien el aspecto teórico del precio se define por cumplir una función directa, la práctica diluye su incompatibilidad con un concepto res-

¹⁰ De acuerdo con la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 se admite una compensación e igualmente la donación se inspira en el principio de altruismo. En este caso, la compensación incluye gastos e inconvenientes de la donación de óvulos y el precio fijado es de 750 libras, al cambio unos 840 euros, algo menos que en España, pero igualmente cuantiosa en comparación con los espermatozoides, que solo compensan los gastos de desplazamiento y la parte proporcional de horas perdidas en la jornada de trabajo, fijado en 61,28 libras por día.

¹¹ Véase «Reino Unido busca ideas para impulsar la donación de órganos.» *El Mundo*, 17/11/2011.

¹² Véase GUILLENEA, J. «“Hola, soy tu hijo”: Los donantes de semen y óvulos dejarán de ser anónimos en Portugal.» *Diario SUR*, 7/5/2018.

tringido de compensación. El resultado más bien responde a la actitud y los comportamientos de aquellos que conocen tanto las normas como su aplicación. Así describió Joseph Raz (1979) las funciones indirectas, que en este caso se corresponden con una regulación inarmónica de la compensación por la donación de estos biomateriales en los distintos países de Europa. De ahí debemos concluir que, aun en los casos de un concepto restringido de compensación, si llegamos a identificar una práctica determinada, una función indirecta, es por un cúmulo de circunstancias entre las que se encuentra el precio y no solamente por la función aislada que este desempeña.

2. El altruismo y el fundamento de la compensación

Tratando de buscar la coherencia entre el precio y la compensación hemos visto que el primero facilita el acuerdo entre los sujetos para realizar la donación, pero en la práctica concurre con otros factores que incentivan llevar a cabo este acto y por ello no resulta incompatible con un concepto restringido de compensación. Ahora bien, la compensación y el precio deben ser coherentes, además, con otro elemento que los acompaña en la legislación sobre donación de gametos: el altruismo.¹³

Con carácter previo a la exposición de este vínculo, debemos observar cómo es posible justificar la compensación por donar unos bienes de carácter tan especial, pues hasta ahora solo hemos atendido a las funciones y a la relación entre la compensación y el precio. En lugar de suponer que existen razones para compensar al donante por la aportación de algún biomaterial sin que ello cuestione el valor de esos bienes, trataremos de ofrecer una explicación que desvincule este acto del carácter mercantil que suele atribuírsele. De esta manera, quedarán definidos los parámetros en los que el altruismo cumple una función compatible con un régimen distinto al de mercado. Y de poderse justificar la compensación fuera del mercado, la incorporación del altruismo al ordenamiento jurídico no sería una puerta abierta a cualquier concepción o ideal que pueda tenerse sobre este concepto.

¹³ Nuestro estudio se centra en la relación de esos tres elementos (compensación, precio y altruismo). Para un análisis de los argumentos a favor y en contra de la venta de biomateriales humanos, remito al lector al trabajo de Ricardo GARCÍA MANRIQUE (2019: 309-332).

2.1. Principios de justicia que impiden la mercantilización

La compensación por donar biomateriales humanos está considerada una modalidad de pago de forma generalizada. Consideración que se agudiza particularmente en el caso de la donación de gametos.¹⁴ Ya hemos visto que en España la contraprestación por la donación de óvulos está fijada en torno a los 1.000 euros y la de los espermatozoides oscila entre los 50 y 70 euros. La razón para diferenciar entre la donación de gametos masculinos y femeninos reside en las molestias físicas y temporales que padecen las donantes de óvulos. La fijación de estas cantidades ha dado lugar al denominado turismo reproductivo, noción que viene a explicar la situación generada por el precio fijado para la compensación: recurrir preferentemente a las clínicas españolas para obtener gametos y someterse a distintas técnicas reproductivas. Este fenómeno se explica como la consecuencia de las distintas regulaciones nacionales sobre la materia que existen en Europa (Romeo Casabona *et al.*, 2013).

En efecto, en virtud de este hecho puede argumentarse que existen una serie de causas que nos llevan a afirmar que la compensación es sinónimo de pago, esto es, que la compensación no es más que un eufemismo para referirnos a una contraprestación cuyo objeto es un biomaterial humano. De ahí se elevarían los principios necesarios de una teoría que cuestiona la no comerciabilidad del cuerpo humano, pues el *modus operandi* de la obtención de gametos, de acuerdo con la heterogénea regulación a nivel europeo, se correspondería con el régimen de mercado.

Si la mercantilización supone la sustracción de recursos limitados de una distribución social, debemos afirmar que hay razones de justicia para sostener que el estatuto jurídico de los biomateriales humanos debe estar regulado por los principios de no lucro y de gratuidad. La mercantilización de estos recursos es incompatible con el actual estado de la regulación. Y, de no ser el de mercado, entendemos que el régimen de distribución de estos recursos debe ser el de ciudadanía.¹⁵

Para sostener lo anterior, haremos referencia a gametos y a órganos a fin de buscar la justificación que subyace a una posible mercantilización de los bio-

¹⁴ Que la compensación constituye un pago por la obtención de bienes es una postura recogida, entre otros, en los trabajos de KENNEY, N.J. y MCGOWAN, M.L. (2014); IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2016); ACEVEDO RODRÍGUEZ, N. (2017) y DEGLI ESPOSTI, S. y PAVONE, V. (2019).

¹⁵ De acuerdo con los dos modelos que explica R. GARCÍA MANRIQUE (2018a): el de mercado y el de ciudadanía.

materiales humanos en lugar de su actual distribución social. Ambos son recursos limitados, órganos y gametos, de acuerdo con su procedencia y con el fin al que se destinan. Al examinar este caso, nos detendremos a observar las siguientes tres cuestiones: qué modificaciones se realizarían al acceso y a la distribución de los órganos; cuáles son los parámetros que deben regir la distribución de estos recursos, y cómo se acreditaría la mercantilización intentando respetar el principio de igualdad.

La mercantilización de los órganos humanos plantea un problema de acceso y distribución de los mismos. ¿Existen razones para que el reparto de órganos no sea social, sino que dependa de un criterio de mercado, según quién pueda costearlo?

A diferencia de otros recursos, órganos y óvulos son un recurso limitado. No puede disponerse de ellos cuando se quiera; el número de existencias depende de cuántas personas estén dispuestas a donarlos. Al problema de escasez se añade que su mercantilización abriría una brecha entre quienes tuvieran medios para hacer frente al pago y los que no. Los segundos quedarían excluidos del acceso a los mismos.

Imaginemos que nuestro actual modelo de sanidad, donde está garantizado el acceso de todos, se modificara para introducir un modelo mixto que combinara aceptar la venta de órganos y gametos con garantizar el acceso a los mismos de quienes no pudieran costearlos. Si se acepta la venta de estos biomateriales al mismo tiempo que no se excluye a quienes no disponen de medios suficientes, en principio obtendríamos un modelo compatible con el acceso universal y por tanto con una igualdad de todos en abstracto que no puede garantizarse con las condiciones que definen el mercado puro. Sin embargo, ello daría lugar a otro problema: priorizar un grupo sobre el otro. Si hay que repartir un órgano o un óvulo, o bien las garantías de acceso prevalecen sobre la venta, o bien se admite la venta sobre dicho reparto. Es decir, estos bienes tan especiales estarían disponibles para quien pagara o para quien no dispusiera de medios. Ante un recurso limitado, debe decidirse quién tiene preferencia en el reparto.

En medio de esta tensión aparece un tercer grupo de personas: aquellas que no tienen preferencia sobre los más ricos, pero tampoco sobre los más pobres. Esto es, quienes no disponen de medios holgados para comprar un órgano o un óvulo porque, dentro del régimen de oferta y demanda, tienen menor capacidad económica, pero tampoco son suficientemente pobres para descender al umbral de pobreza que garantiza el acceso.

Al admitir la venta de biomateriales debemos corregir el régimen de mercado para garantizar el acceso de todos, pero priorizando un grupo sobre el

resto. Podríamos corregir nuevamente este modelo estableciendo una lista de precios máximos para cada biomaterial, aunque seguiría sin solventarse el acceso de los que ya quedaban excluidos al estar por debajo del umbral de pobreza. En este caso, quienes dispongan de medios siempre partirían con ventaja y la cuestión estribaría en decidir qué grupo debería quedar relegado al último turno en el reparto de los mismos: o los más pobres o el grupo intermedio.

Este tipo de modelo mixto, a medio camino entre el mercado y el acceso universal, ofrece otras posibilidades, como establecer que aquellos grupos con menor capacidad económica siempre tengan preferencia. Esto es, que los menos favorecidos económicamente siempre dispongan de garantías de acceso. Pero aquí la venta perdería su razón de ser, pues serían los que disponen de recursos económicos quienes quedarían desplazados al último lugar en el reparto. En este caso, la prioridad de los que no disponen de medios relegaría a la clase media al último escalafón, pues la venta de biomateriales acontecería una vez realizado el primer reparto y los ricos partirían con mayor ventaja para adquirir un recurso todavía más escaso, y por ello seguramente más costoso, a no ser que volviéramos a recurrir a la fijación de precios iguales para todo el que disponga de ciertos ingresos.

Con este ejemplo se pone de manifiesto que garantizar un igual acceso a órganos y gametos no puede compatibilizarse ni con un régimen de mercado, que introduce el criterio de la capacidad económica, ni con una corrección del mismo que intente incluir a aquellos que en principio quedarían excluidos. Tanto el modelo puro de venta como el modelo mixto serían contrarios al principio de igualdad, dividirían la sociedad en grupos económicos para distribuir los recursos y situarían a uno de ellos al final del reparto, cuando no parece haber mejores razones que otras para decidir quién debe estar en cada posición.

Todo ello nos sitúa frente a un problema clásico de justicia aristotélica: dar con el criterio idóneo que permita romper con la igualdad de todos para acceder a recursos limitados, en este caso particular, a los órganos y los gametos, y en general a cualquier biomaterial humano.

Entre los criterios para romper con la igualdad, encontramos el de capacidad, pero hemos visto que la capacidad económica genera inconvenientes tanto en el acceso como en el reparto de los bienes. Parece que el criterio de la proporcionalidad, en términos económicos, tampoco sería justo, al levantar cuestiones similares a las del primer criterio. Si quien más contribuye más recibe, siempre estarán por delante del resto aquellos con mayor capacidad económica. Ahora bien, en este modelo, la denominada clase media no sería, de entrada, el grupo de personas relegadas a la última posición. Al tener mayor

capacidad económica que los pobres, también contribuirían en mayor medida y por tanto tendrían prioridad en el reparto de estos bienes, a no ser que se introduzca un criterio nuevo que invierta el resultado que produce el de la proporcionalidad. El criterio de la proporcionalidad solo nos plantea como novedad quién debe quedar relegado al último lugar, en otras palabras, quién debe ser el primero en quedar excluido. Aun tratando de imaginar el criterio de la proporcionalidad en supuestos diferentes del económico surgirían cuestiones de difícil solución. Por ejemplo, si se contempla la especialidad, o quién aporta más a la donación de biomateriales, tendrían preferencia quienes ya hubieran donado previamente un óvulo o un órgano o hubieran contribuido de algún modo a la salud. Y no parece que tenga demasiado sentido haber donado el corazón, o cualquier otra cosa, con anterioridad para optar a uno nuevo. El criterio de proporcionalidad tampoco es adecuado para vender o repartir biomateriales humanos.

Nos quedan por discutir dos criterios: el de la condición y el de la necesidad. Advertimos ya que el segundo parece ser el idóneo, pero es necesario reparar antes en las opciones que presenta el primero.

Estos dos criterios tienen una ventaja respecto a los dos anteriores. Si bien los dos primeros criterios parten de una desigualdad en abstracto, pues unas personas aportan más o tienen mejores medios para hacer frente a la obtención de un recurso determinado, con estos dos criterios partimos de la igualdad en la misma distribución, en las razones que presenta el caso concreto.

El criterio de la condición a menudo se denomina también criterio del mérito. Pero entonces nos preguntamos qué méritos son necesarios para acceder a un bien vital escaso y romper con la igualdad de todos: ¿ser personal sanitario, magistrado o sacar buena nota en unas oposiciones? Desde luego, este criterio es de utilidad para otros ámbitos, pero continúa siendo difícil aplicarlo a este propósito. Algo hay de extraño en ser un buen ciudadano y reunir méritos suficientes para poder optar a un órgano o un óvulo antes que los demás. Si esto fuera así, ¿los reos, los malos ciudadanos, no tendrían derecho a un trasplante? Seguro que hay buenas razones para privar de ciertos derechos a ciudadanos incívicos, como sería prohibir utilizar el transporte público a quienes hayan dado muestras de incivismo. Además, como hemos visto, si intentamos corregir este criterio recurriendo, por ejemplo, a la especialidad, este problema no hace más que agudizarse. ¿Cuáles serían los méritos en el ámbito de la salud que permitirían optar a un órgano?: ¿haber donado órganos o sangre, haber participado en campañas de sanidad, etc.? El criterio del mérito, en definitiva, termina por convertir un tema como el del trasplante en una competición por reunir los requisitos suficientes por si se diera la ocasión.

Y llegados a ese momento, el criterio de la necesidad, por el contrario, nos sitúa solamente ante aquellas personas que necesitan un órgano o un óvulo, por lo que, si bien todo el mundo tendría garantizado el acceso a los mismos, se descartaría aquellos casos en que no se destinaran a conservar o reproducir la vida. Creo que esta cuestión se ilustra mejor mediante el ejemplo de un trasplante.¹⁶

Si bien el criterio de la necesidad excluye a la mayor parte de la población en lo que respecta al acceso, requiere de un segundo criterio para la distribución. Entre los que necesitan un órgano, hay que decidir quién lo necesita más; hay que dar prioridad a los más graves. Claro que, para esta segunda diferenciación, es necesario un segundo criterio objetivo a fin de determinar el grado de necesidad. Hay que romper con la igualdad entre los necesitados y aquí sí es necesario recurrir al criterio de la condición, a quienes están suficientemente preparados, o han hecho méritos suficientes, para decidir quién lo necesita más que otro. Esta condición la cumple el equipo médico especializado en la extracción y el trasplante de órganos.

Si estamos de acuerdo en que la finalidad a la cual destinamos los órganos justifica poder obtenerlos, el criterio de la necesidad, perfeccionado con el de la condición de los médicos, es el que establece el reparto más justo de los mismos. No es de extrañar que aparezca en regulaciones como la española. El criterio de necesidad junto con el de la condición del equipo médico queda patente a lo largo de la Ley 30/1979, por ejemplo, en su artículo 4.

Este criterio ofrece razones para un caso concreto, mientras que el resto excluiría ciertos casos de necesidad de trasplante. Esos otros criterios no pueden ser la medida con la que rompamos la igualdad tanto en el acceso como en la distribución de bienes vitales, pues nos obliga a discriminar antes de darlos.

Y, si lo anterior es cierto, los otros criterios resultan incompatibles con lo que las normas sobre donación de biomateriales humanos intentan regular. De este modo, un trasplante es incompatible con una modificación del principio de no lucro (art. 21, Convenio de Oviedo), puesto que nos obligaría a modificar el criterio adecuado, constituido por la necesidad y la condición de los médicos. De aceptar la venta de biomateriales, la capacidad económica tendría mayor relevancia que la decisión de los médicos. Tras dictaminar que alguien es apto para recibir un órgano o someterse a un tratamiento de fertilidad, o que necesita un órgano, quién debe optar al mismo con preferencia sobre otro pasaría a determinarse por la capacidad económica y no por los parámetros

¹⁶ Recordemos que el artículo 19 del Convenio de Oviedo habla del «interés terapéutico del receptor».

terapéuticos que emplean los médicos. Y, por más vueltas que le demos, otorgar mayor peso al criterio médico desplaza el de la capacidad económica. No estamos ante una cuestión de grado en la que pueda combinarse el criterio médico con el de la capacidad económica. Al contrario, son incompatibles; no pueden coexistir porque la aplicación de uno vuelve impracticable el otro.

Fijémonos por último en las consecuencias. El intercambio de criterios parece difícil de justificar por cuanto la gravedad o idoneidad decretada por un equipo médico quedaría relegada por el hecho de poder costearse tales bienes. Y, como un criterio desplaza al otro, asumiríamos que el criterio de los médicos constituye un baremo irrelevante, por cuanto su condición para decidir sería inútil a efectos del reparto de biomateriales. Y si la labor de un médico es irrelevante o meramente instrumental a efectos terapéuticos porque la capacidad económica prima sobre su criterio, entonces deberíamos preguntarnos por qué esto no es así también en otros ámbitos como la justicia o la función pública. Las mismas razones servirían para justificar que las sentencias las dicten los más ricos y no los jueces de carrera.

En síntesis, cuando afirmamos que el acceso y la distribución de biomateriales humanos resultan incompatibles con algún modelo de compraventa es porque el precio que hay que pagar para introducir este modelo es desproveer a los médicos de su condición de médico y desoír que alguien necesita un bien escaso, esto es, por razones distintas a su capacidad económica. En definitiva, trataríamos a los médicos como a iguales cuando cumplen los méritos para que su criterio sea diferente al del resto, que es lo mismo que decir que los parámetros biomédicos tienen poco que aportar a la conservación y a la reproducción de la vida, y al mismo tiempo trataríamos diferente a quienes presentan iguales necesidades vitales sin disponer de medios económicos, esto es, se diría que la pobreza es un motivo para no tener la misma salud que los demás.

2.2. La compensación por bienes vitales

Hemos visto que no sería justo introducir el régimen de mercado en el reparto de óvulos u órganos. Pero, aun así, en la práctica se acepta una compensación por donar ciertos biomateriales humanos. Y, a fin de cuentas, la compensación no es más que una forma de decir pago, adquisición o venta. Desde luego, habiendo argumentado a favor de lo primero, ahora esto último chirría.

En lugar de recursos escasos, en este apartado hablaremos de bienes vitales para referirnos a biomateriales humanos como los gametos o los órganos. Discutiremos el valor que les atribuimos para justificar alguna compensación pese

a lo que en principio se establece en las normas. Para poder defender esta postura, debemos haber expuesto con carácter previo por qué el cuerpo y sus partes son valiosos para la vida humana.

En *Las preguntas de la vida*, Fernando Savater (2006: 62 y ss.) diferenciaba entre tener un cuerpo y ser un cuerpo. Para el autor, hay partes del cuerpo que son transitorias, que en algún momento dejan de estar unidas al cuerpo y que, pese a ello, decimos que de alguna manera nos pertenecen. Hace referencia a biomateriales como el pelo o la saliva y, sin mayor explicación, arguye que algo parecido sucede con los órganos o la sangre, los cuales se pueden dar o, como suele decirse habitualmente, donar. Ahora bien, a continuación también observa que esa no puede ser la única perspectiva que nos sirva para referirnos al cuerpo. Más importante que lo anterior es advertir que somos un cuerpo, pues, sin ser algo, de ninguna manera sucedería lo que llamamos vida humana. De este modo, el autor establece una clara diferenciación. Por un lado, que hay partes de las cuales podemos afirmar que pertenecen a un cuerpo concreto y que, además, es posible extender esa pertenencia a partes más complejas como un óvulo. Y, por otro lado, que lo importante es ser conscientes de que somos un cuerpo, de que no lo tenemos ni disponemos de él, pues sin ser algo la propia vida carecería de sentido.

En este último sentido, Ricardo García Manrique (2016: 171-176) ha explicado que el cuerpo humano y sus partes no pueden ser objeto de mercantilización, lo que ahora es relevante, al menos, por las siguientes tres razones. En primer lugar, la dimensión corporal de lo humano es parte de la propia naturaleza humana, es decir, ni es subsidiaria ni está excluida de la misma. Si podemos proyectar algún poder o facultad sobre las cosas es por cuanto somos algo. En segundo lugar, si no disponemos del cuerpo, puesto que somos un cuerpo, carece de sentido mercantilizar sus partes. Es por ello que el autor señala que el cuerpo está configurado por partes y no que el cuerpo se divide en partes. Y, en tercer lugar, de lo anterior se deriva que el cuerpo constituye una unidad en la cual ninguna de sus partes, incluida la mente, tiene prioridad sobre lo corporal.

Somos un ente corpóreo y gracias a ello podemos disponer de otras cosas. En efecto, porque somos algo, podemos llevar a cabo otras acciones. La naturaleza humana viene definida por el cuerpo y sus partes, por la dimensión corporal. De lo contrario, seríamos cualquier otra cosa.

En estas coordenadas encontramos los denominados bienes vitales. Por cuanto somos algo, básicamente un cuerpo humano, nuestra vida tiene sentido. De ahí que el cuerpo y sus partes sean valiosos para la vida humana y que denominemos bienes vitales a los biomateriales procedentes del cuerpo cuan-

do contribuyan a ella. Para Ricardo García Manrique (2018b: 120), solo reciben la calificación de bienes vitales aquellos biomateriales «necesarios para la conservación o la reproducción de la vida humana». De acuerdo con esta noción, entenderíamos por bienes vitales ciertos órganos o fluidos corporales, como la sangre, valiosos para la conservación de la vida, y también los gametos, destinados al fin reproductivo, pero excluiríamos aquellos otros como el pelo o la saliva al no poder atribuirles el mismo valor.

Importa ahora insistir en la idea de bienes vitales y no de recursos limitados. Para Sandel (2018: 16-23 y 97 y ss.), ciertos bienes pueden comprarse y venderse. Entonces, de manera implícita, decidimos que tales bienes se tratan como mercancías, en cuanto instrumentos de provecho y de uso. Ahora bien, no todos los bienes pueden valorarse de esta manera. Ejemplo de ello serían los bienes vitales o las propias personas.

Para este autor, la mercantilización de los bienes genera desigualdad y, al mismo tiempo, corrupción. Por un lado, desigualdad porque se condiciona el acceso y la distribución de los mismos (a través de la venta de órganos, como hemos tratado de exponer en el primer apartado) y, por otro, porque los mercados imprimen una tendencia corrosiva en los bienes, esto es, que el precio de las cosas puede corromperlas: los mercados imprimen su huella por cuanto los valores mercantiles desplazan valores no mercantiles que merecen protegerse.

Por tanto, acerca de si la compensación puede considerarse un pago y si ello cuestiona la no comerciabilidad del cuerpo, debemos atender ahora a dos tipos de cuestiones. La primera es la alteración del valor de los bienes vitales, o si el precio de un bien vital corrompe su valor, lo que nos llevaría a escoger entre, por un lado, si el valor de un bien vital exige que no comercie con dicho bien o, por el otro, si permite algún tipo de compensación a partir de la cual podamos afirmar que el cuerpo humano se comercializa. Y la segunda es que, aunque concibamos los bienes vitales como un tipo de recurso, la compensación por los mismos impone ciertas condiciones de desigualdad que deberían poderse justificar sin alterar el valor que les atribuimos. En otras palabras, pese a tratarlos como recursos en el momento de su obtención, no pueden dejar de ser bienes vitales.

En primer lugar, veamos la posible alteración del valor de un bien vital. Si nos preguntamos dónde podemos obtener estos bienes, la respuesta nos alejará, al menos *a priori*, del mercado. Hay bienes que son valiosos en sí mismos y que también sirven para fines distintos al provecho y uso que caracteriza los bienes de mercado. Entre los primeros bienes, los valiosos en sí mismos o que tienen fines distintos a los del mercado, encontramos los bienes vitales.

Ahora bien, la duda nos asalta cuando a estos bienes les descubrimos alguna utilidad distinta de la que nos servimos para atribuirles un determinado valor. Por ejemplo, que un gameto, en principio destinado a la reproducción, pueda servir para investigar y dar con la cura de alguna enfermedad. Si la investigación para la cura de enfermedades es algo socialmente deseable y por esa razón invertimos recursos en ella, estamos aceptando de forma implícita que esa actividad tiene un coste y que, además, al desglosar los pagos efectuados por la obtención de los recursos necesarios para llevar a cabo la actividad, encontraríamos entre tales recursos los biomateriales humanos, en este caso los gametos.

Si bien el punto de partida con los bienes vitales es que no podemos valorarlos como bienes de mercado, existen otras finalidades que generan un coste y, entre los medios necesarios para cumplirlas, encontramos que hay bienes de muy distinta índole, incluso bienes vitales. En estos casos, las razones para sustraer tales bienes del coste necesario para llevar a cabo esa actividad nos situarían ante dos posiciones: prohibir su uso o aceptar que un bien vital no siempre es un fin en sí mismo (o que no podemos atribuirle siempre el mismo valor según la finalidad vital que cumple), sino que está a disposición de otro fin justificado. Pero ¿no es esto a lo que Sandel se refiere cuando habla de comprometer el valor de un bien, en este caso, un bien vital?

Llegados a este punto, si aceptamos que también hay buenas razones para emplear o sacar provecho de bienes vitales, como el ejemplo anterior de los gametos destinados a la investigación biomédica, debemos afirmar que hay razones para no prohibir su uso y hacer frente al coste de su obtención. Por tanto, nos situaríamos en la segunda posición que hemos descrito. Ahora bien, ya hemos advertido que el valor vital de estos bienes es diferente al de los de mercado y, para que haya coherencia entre el valor que les atribuimos y cualesquiera otros usos que podemos descubrirles, debemos advertir que esos otros fines justificados son, en realidad, igualmente vitales. Siendo rigurosos, se trata del mismo fin, pero de distintos usos. De no ser así, daríamos lugar a una pendiente resbaladiza por la que esas actividades que pretenden conservar o reproducir la vida no serían otra cosa que negocios. De este modo, siempre subyace la misma finalidad tras los distintos usos de los bienes vitales: en unos casos los bienes vitales son válidos para la vida por la propia función que cumplen, como el caso de la reproducción, mientras que en otros pueden ser de utilidad o provecho mediato, como ocurre con la investigación. Es en este último caso cuando tiene sentido hablar de algún tipo de compensación, o de que puede haber un coste y por consiguiente un precio, pero solo si al mismo tiempo se asume que los bienes vitales sirven a fines que también pretenden salvar, con-

servar o mejorar cualitativamente la vida. El fin no deja de ser el compromiso con esta. ¿O es que por generar un coste debemos renunciar a que los bienes vitales contribuyan de una manera distinta a conservar o a reproducir la vida? Desde luego, esa es una opción y parece ser la mayoritaria de acuerdo con el estado actual de la regulación en los distintos países europeos. Pero también podemos no renunciar a esta otra contribución a la vida y hacer frente a los costes que genera su obtención siempre y cuando esa finalidad vital esté bien determinada y objetivada.

La alteración del valor de un bien vital no es una cuestión de todo o nada, de ser o no ser, de tener o no tener valor, sino una cuestión de grado, dado que la finalidad igualmente vital nos permite valorar un mismo bien de manera distinta sin que por ello deje de ser vital. No se corrompe el valor de los bienes vitales cuando sirven al mismo fin con el que justificamos atribuirles algún valor. Moralmente no hay razones relevantes para contribuir a la vida de un modo y no de otro por cuanto el valor es idéntico en ambos casos. De ahí no puede seguirse que el valor se corrompe en un caso y no en el otro.

En segundo lugar, es preciso considerar el valor objetivado de los bienes vitales. Para explicar que un mismo bien puede ser valorado en distinto grado para la consecución de un mismo fin podemos hacer uso de la teoría objetivista de los valores, representada, entre otros, por Max Scheler (2011: 57-59) y Nicolai Hartmann (2011: 108). De acuerdo con estos autores, los valores son principios ideales cuya validez es independiente de la experiencia. Independientes de ella, los valores constituyen un criterio con el cual discriminamos los hechos contingentes, esto es, los de la experiencia, mediante un punto de vista distinto a ella. El sentido de esta discriminación es el de constituir algo válido en sí mismo.¹⁷

Estas nociones nos son de utilidad para afinar acerca del valor objetivado que atribuimos a los bienes vitales. Cuando afirmamos que estos bienes son valiosos en sí mismos y que, además, en otros casos podemos encontrarles un

¹⁷ Una de las principales críticas a la teoría objetivista de los valores de estos autores fue su exceso de objetivismo. Es decir, si bien, por un lado, era necesario explicar los valores más allá de una apreciación subjetivista que termina por reducirse a una cuestión de gustos, por otro no lo era llevar el tema al extremo de hablar solamente de valores como auténticas entidades que deambulan por el mundo. En efecto, los valores no son espectros, sino entidades ideales que deben contextualizarse en la vida humana. Su pretensión de verse realizados solo acontece en la vida humana. Además, ese contexto se debe completar con el denominado caso concreto, que se caracteriza por las circunstancias que acompañan al ser humano y determinan el grado de realización del valor en ese caso determinado. Para una exposición más rigurosa de esta crítica, véase RECASÉNS SICHES, L. (2008: 58-71). Nuestro trabajo no es ajeno al compromiso con esta crítica y recurrimos a los autores para el caso concreto de los biomateriales humanos a los que atribuimos el valor de bienes vitales.

provecho mediato, es porque esconden tras de sí un valor, el cual se ha identificado con la conservación o la reproducción de la vida, y no así, por ejemplo, con la personalidad o con la autonomía de la persona.

Volvamos al ejemplo de los gametos. En el primer caso, hemos dicho que estos bienes vitales son valiosos en sí mismos porque contribuyen a la formación de la vida al ser el elemento esencial de la reproducción. Sin ellos no sería posible la vida humana. Necesitamos gametos para que haya nuevos seres humanos. Podemos afirmar que sin gametos no habría más vida. Tendríamos que buscar otra forma de sobrevivir como especie que no fuera la biológica, pues careceríamos del biomaterial necesario para ello.

No obstante, cabe una segunda relación de los bienes vitales con la vida, esta vez a través de un valor mediato, en que los bienes vitales nos son de utilidad para la vida, pero de forma distinta al caso de la reproducción. En efecto, la utilidad también es un valor, otra forma de que sean valiosos y por ello estimables de manera distinta al valor esencial respecto a la vida. Ahora bien, también hemos dicho que no tiene sentido, que no podemos justificar que, en el caso de las investigaciones biomédicas, la utilidad es valiosa con independencia de la vida. Al contrario, porque podemos estimar ulteriormente su aportación a la vida, el mismo valor que da sentido a los bienes vitales en sí, cabe justificar el valor mediato, su provecho o utilidad. En realidad, el valor que justifica este uso de los gametos continúa siendo la vida. Y, sin ese valor, carecería de fundamento moral emplear gametos para cualesquiera otros fines.

Hay valores que sirven de fundamento de otros. Funcionan como condición necesaria para que otros valores puedan efectuarse (Recaséns Siches, 2008: 65). La validez del valor que subyace a la vida justifica que los bienes vitales puedan destinarse a otros ámbitos distintos a los propósitos que ellos mismos sirven o genuinamente designan. En esta relación entre valores no puede darse la realización del valor fundado, el de la utilidad de los gametos para las investigaciones biomédicas o fines similares, sin darse la realización del valor fundante, en este caso el de la vida, pero que podría ser otro valor, como el de la autonomía, la libertad o los que dan lugar al mercado. Partimos necesariamente del valor que designa la contribución a la vida, valor fundante, para que pueda haber una situación de utilidad, valor fundado, de los gametos.

En estos términos, la compensación por gametos es el coste generado por la obtención de biomateriales humanos que nos son útiles para servir al valor fundante, objetivado, de la vida. El valor de estos bienes no se corrompe al descubrirles un valor mediato o de utilidad respecto a la vida humana, aunque su obtención genere costes que deben abonarse para llevar a cabo una determinada actividad biomédica. Afrontar estos costes, en definitiva, sigue siendo el

pago de una cantidad que no supone establecer el régimen de mercado, que, en efecto, corrompería este valor.

Existe una justificación a la compensación inspirada en principios incompatibles con el régimen de mercado, pero otra cuestión es si esta justificación resulta también compatible con el principio del altruismo que siempre aparece en las regulaciones sobre la donación de biomateriales humanos.

2.3. La coherencia con el altruismo

Intuitivamente, altruismo y compensación vendrían a ser conceptos antagónicos. La idea de altruismo evoca que los intereses propios se sacrifican en beneficio de los ajenos; una persona soporta las cargas de una acción para ayudar, beneficiar o tratar de satisfacer un interés determinado de algún tercero. El altruismo no es otra cosa que «un valor superior» por el cual un sujeto procura «el bien ajeno aun a costa del propio» (Santillán Doherty, 2006: 177). Y, en principio, lo que debe regir en toda donación de biomateriales es que no haya un incremento del patrimonio del donante, es decir, que este no se lucre o enriquezca injustamente en ningún caso. La idea es que, aunque padezca un empobrecimiento por la pérdida de algún bien, el donante debería soportar los costes en beneficio del tercero, el interesado en el biomaterial humano que aporta.

Si ese ideal es correcto, el altruismo obliga a soportar una carga que precisamente la compensación trata de apaciguar. Es en ese sentido en el que diríamos que son conceptos contrarios y que el ordenamiento jurídico no está haciendo otra cosa que introducir una incoherencia en la regulación. Veámoslo más detenidamente mediante la lógica de predicados.

El precio fijado para el caso de los gametos mantiene una relación subalterna con la compensación. En el ordenamiento se estipula que es necesario compensar por donar estos biomateriales y la verdad de esta proposición implica la posibilidad de compensar mediante un precio, que podrá fijarse, por ejemplo, a través de otra norma. Al imponer algo como necesario, se indica, al mismo tiempo, que ese algo es posible.

Por su parte, el sacrificio trae a colación la idea de que el donante asuma el coste de esa donación. Para que sea altruismo, es necesario que el donante asuma, o soporte, la carga de la donación en interés del tercero. Dicho de otro modo, el altruismo imposibilita la compensación. En estos términos, vemos que el carácter modal del altruismo es contrario a la necesidad de compensar y contradictorio con la posibilidad de compensar a través de un precio.

Dada la inconsistencia lógica que se presenta entre el altruismo y el resto de la regulación, no podemos más que concluir que su función no puede ser la de imposibilitar la compensación. El altruismo al que se apela desde el ordenamiento jurídico no puede querer decir que el Derecho es contrario a Derecho, luego debe cumplir una función diferente a la que imposibilitaría la aplicación del propio ordenamiento jurídico. Nuevamente podemos acudir a Joseph Raz (1979: 213-220) para buscar una función coherente con el resto de la regulación. Para el autor, cuando una norma, como es el caso de la que establece que la donación debe regirse por el altruismo, no cumple las funciones de facilitar el acuerdo entre particulares, disponer de servicios, redistribuir bienes o resolver conflictos, entonces cumpliría la función de alentar conductas deseables o desalentar conductas indeseables.

Nos preguntamos qué conductas pueden alentarse o desalentarse con la norma relativa al altruismo. Hemos descartado que sea la de soportar las cargas de la donación de acuerdo con lo que dispone el resto de la regulación, esto es, no es la de alentar la conducta determinada de soportar esa carga. Entonces, la norma debe tratar de desalentar una conducta indeseable. Dado que el altruismo se vincula con el sacrificio y con poner los intereses de los demás por encima de los propios, carecería de sentido que ahora admitiéramos que pretende satisfacer intereses propios para donar biomateriales. Dicho esto, el altruismo se correspondería con la función de desalentar la conducta indeseable de satisfacer el interés propio del donante por encima del fin de la donación, que hemos identificado como conservar o reproducir la vida humana. De ser así, el altruismo estaría desalentando la mercantilización que tanto venimos criticando. Al buscar la justificación de la compensación, ¿no estaría el legislador recordándonos que no puede corromperse o degradarse aquello que está en juego con la donación de biomateriales humanos? Al desalentar esa conducta, se está reafirmando la imposibilidad de mercantilizarlos, de actuar conforme a un fin que no sea el de conservar o reproducir la vida.

Puede parecer discutible que el altruismo no impulse una conducta determinada, sino que consista en desalentar una indeseable. Sin embargo, esta función es congruente con que el Derecho haya fijado un precio por la donación de gametos a fin de compensar las molestias que soportan los donantes. La regulación del precio (a través de la cantidad fijada y del número de veces que puede donarse) impide precisamente la mercantilización o la satisfacción de un interés propio por encima del pretendido al realizar ese acto. Justo la conducta que estaría desalentando el altruismo.

Esto mismo parece estar diciendo el legislador español cuando indica que «la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista

de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos» (art. 5.3 de la Ley 14/2006, segundo párrafo).

En el ordenamiento jurídico español, el altruismo no es una solución normativa cuyo contenido sea la obligatoriedad de una conducta determinada, la de soportar los costes y riesgos de la donación, y por tanto la prohibición de remunerar, o compensar, las molestias físicas padecidas. Su incorporación al ordenamiento se corresponde con un principio que no hace más que proscribir la mercantilización de los biomateriales humanos.

3. Conclusiones

El precio establecido para biomateriales humanos como los óvulos no puede explicarse sin que el ordenamiento jurídico admita alguna compensación por su obtención. La compensación habilita el precio, de ahí que sea su condición necesaria. Por cuanto la compensación no es condición suficiente, el precio puede determinarse a través de las propias normas jurídicas o resultar de la práctica de llevar a cabo actividades biomédicas.

La compensación será condición suficiente en los casos de compensación restringida, cuando el propio ordenamiento enumera los motivos que la componen. En estos casos, la función directa que cabe atribuir al precio (facilitar el acuerdo privado entre sujetos), al menos en teoría, resulta incompatible con la compensación si no es uno de esos elementos expresamente dispuestos en las normas. Sin embargo, si inducimos esta función a partir de datos empíricos es necesario analizar la práctica en su conjunto para confirmar que, en realidad, esa función directa no se produce al mismo tiempo que otros factores de igual o mayor relevancia, pues entonces no habría incompatibilidad, sino el hecho de que quienes conocen todos esos factores y cómo se aplican en conjunto se comportan de un modo determinado.

Una vez que se admite que es posible compensar mediante alguna cantidad para obtener gametos, es preciso recurrir a un criterio igualmente cuantificable, en términos económicos, que permita evaluar cuándo una compensación deja de ser justa. Al prescindir de los criterios económicos perdemos la medida con la que señalar que una cantidad, un precio, una compensación, no representa en realidad una instancia de lo que supondría la mercantilización, o el negocio, sobre estos bienes.

Así pues, para explicar el papel del no lucro, es necesario exponer los principios de justicia que inspiran la regulación que admite la compensación

y, asimismo, cómo es posible que un precio no corrompa el valor de estos bienes.

Por una parte, los principios de no lucro y de gratuidad responden a una regulación que impone un régimen de ciudadanía, y no así de mercado, respecto a los biomateriales humanos. Con el ejemplo del trasplante hemos intentado demostrar que una distribución distinta a este régimen, por cuanto integrase algún elemento de mercado, distorsionaría un reparto justo y crearía desigualdades injustificadas en el acceso a los órganos. Con la mercantilización de los mismos debe priorizarse un grupo social bajo el abrigo de algún baremo económico, como el poder adquisitivo, o la corrección de ese baremo mediante la no exclusión por razones económicas, lo que imposibilita en la práctica la igualdad de todos en el acceso y en la distribución.

Además, el régimen de mercado, definido por el criterio de la capacidad económica, desplazaría otros criterios justificados para romper con el reparto igualitario de los biomateriales, a saber: el de la necesidad, en el caso de los pacientes, pues el primero en obtener un bien ya no sería el que más lo necesitara, sino el que pudiera permitirse adquirirlo; y el del mérito, o la condición, de los médicos, por cuanto su decisión cualificada sobre qué paciente debe recibir un órgano o es idóneo para recibir un óvulo quedaría postergada por el hecho de poder costearlo.

Los principios de no lucro y de gratuidad refirman, en definitiva, la incompatibilidad entre una regulación social acerca del acceso y de la distribución de los biomateriales humanos y la mercantilización de tales recursos. En suma, con la mercantilización se trataría igual al diferente respecto a la especialización, el médico, y diferente al igual respecto a la salud, el paciente pobre. La mercantilización pondría injustamente los biomateriales humanos a disposición de un grupo privilegiado desde el punto de vista económico.

Por otra parte, hemos buscado la coherencia del régimen de ciudadanía que permite conciliar la compensación por los gametos, y su precio, con las exigencias de ambos principios. Para ello hemos tenido que recurrir al concepto de bienes vitales. Los biomateriales humanos entrañan un valor vital: son valiosos para la vida, especialmente para la buena vida. Ahora bien, es necesario realizar una distinción. En unos casos, los biomateriales humanos sirven directamente para la conservación o la reproducción de la vida, siendo valiosos en sí mismos por cuanto encarnan este fin. Sin un corazón no hay vida humana posible. Sin embargo, en otros casos los mismos biomateriales tienen un valor de utilidad respecto a la consecución de los mismos fines.

En estos otros casos, el provecho mediato de los biomateriales genera un coste inevitable para lograr la conservación o la reproducción de la vida que se

persigue con distintas actividades biomédicas. Es ante la necesidad de afrontar estos costes cuando tiene sentido hablar de compensación o pago por los mismos (el término que empleemos en el discurso práctico es, en efecto, irrelevante para hacer referencia a dichos costes).

Claro que, para que lo anterior sea congruente con la actual regulación sobre la materia, creemos que la compensación únicamente puede justificarse cuando la finalidad perseguida en las diferentes actividades biomédicas se corresponde con aquello valioso que atribuimos a los bienes vitales, esto es, la conservación o la reproducción de la vida. De esta manera, el valor será el mismo que el designado por los bienes vitales, aunque estos sean ahora de utilidad o provecho mediato y generen unos costes en su obtención.

Mientras exista la congruencia que justifica la compensación por los biomateriales humanos, la habilitación de ese pago no debe interpretarse como una puerta abierta a la mercantilización. Es al detectar una finalidad distinta cuando afirmaríamos que la compensación distorsiona la legalidad definida por los principios de no lucro y de gratuidad. De ahí que tengan cabida en este relato, al menos sin mayores dificultades, la donación gratuita de órganos y la compensación por donar sangre, mientras que otros casos se presentan pisando los márgenes, como la donación de gametos. Aunque su fin se corresponda con la reproducción de la vida humana, esta no resulta incompatible con situaciones tales como la elección de los gametos de un donante en detrimento de otro por motivos ajenos a dicho fin. En la finalidad de reproducir la vida se entremezclan las preferencias personales de quienes acceden a los gametos. No es de extrañar que ello derive en expresiones como la de «turismo reproductivo», pues un fin bueno en sí mismo y valioso para la sociedad en su conjunto no siempre se lleva a la práctica aislado de cualesquiera otros propósitos particulares.

De acuerdo con lo anterior, el altruismo no debe comprenderse como una norma jurídica cuyo carácter deóntico convertiría el resto del ordenamiento jurídico sobre la materia en un conjunto de normas impracticables. Al contrario, el altruismo es un principio establecido con la intención de desalentar aquellas conductas en las que el interés particular se anteponga al vital, impidiendo de este modo que la donación suponga, en realidad, su mercantilización.

4. Bibliografía

- ACEVEDO RODRÍGUEZ, N. (2017). «El alcance de la normativa vigente sobre los materiales corporales humanos.» En *Titularidad y disposición de los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano. Estudio comparado entre España, Estados Unidos y Puerto Rico*. Madrid: Dykinson.
- DEGLI ESPOSTI, S. y PAVONE, V. (2019). «Oocyte provision as a (quasi) social market: Insights from Spain.» *Social Science & Medicine*, núm. 234. Elsevier Ltd.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. Madrid: Tecnos (1.ª ed. 1976).
- GARCÍA MANRIQUE, R. (2016). «Ex machina, o sobre la dimensión corporal de lo humano.» *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 37. Barcelona.
- (2018a). «La dimensión corporal de la ciudadanía.» En *El cuerpo diseminado*. Cizur Menor: Civitas.
- (2018b). «Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos.» En *El cuerpo diseminado*. Cizur Menor: Civitas.
- (2019). «Venta de órganos y desigualdad social.» *Doxa: Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 42, págs. 309-332.
- HARTMANN, N. (2011). *Ética*. Trad. de la 3.ª edición en alemán de Javier Palacios. Madrid: Encuentro (1.ª ed. 1926).
- HERVADA, J. (2008). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Barañáin: Eunsa (1.ª ed. 1992).
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2016). «La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos.» *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 38. Barcelona.
- KENNEY, N.J. y MCGOWAN, M.L. (2014). «Egg donation compensation: ethical and legal challenges.» *Medicolegal and Bioethics*, núm. 4. Dove Press Ltd.
- MERTON, R.K. (1992); *Teoría y estructura sociales*. Trad. en 1980 de la 3.ª edición en inglés, de 1968, de F.M. Torner y R. Borques. México D.F.: Fondo de Cultura Económica (1.ª ed. 1949).
- RAZ, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Trad. de R. Tamaño. México D.F.: UNAM.
- RECASÉNS SICHES, L. (2008). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F.: Porrúa (1.ª ed. 1959).
- ROMEO CASABONA, C.M., PASLACK, R. y SIMON, J.W. (2013). «Reproductive medicine and the Law: Egg donation in Germany, Spain and other European Countries.» *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38. Madrid: Dykinson.
- SANDEL, M.J. (2012). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Trad. de J.P. Campos. Barcelona: Debolsillo (1.ª ed. 2011).

- (2018). *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*. Trad. de J. Chamorro Mielke. Barcelona: Debate (1.^a ed. 2012).
- SANTILLÁN-DOHERTY, P. (2006); «Autonomía vs. altruismo o autonomía más altruismo». *Revista de Investigación Clínica*, vol. 58, núm. 2. México.
- SAVATER, F. (2006). *Las preguntas de la vida*. Barcelona: Ariel (1.^a ed. 1999).
- SCHELER, M. (2011). *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Trad. de H. Rodríguez Sanz de 1942. Madrid: Caparrós Editores (1.^a ed. 1913).
- SEARLE, J. R. (2011). *Speech acts. An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press (1.^a ed. 1969).

