

UN MERCADO PARA LA COMPRA Y VENTA DE RIÑONES HUMANOS*

(Glosa a un “tigre asiático”, economista y “welfarista”)

Angel Carrasco Perera**
Catedrático Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla–La Mancha

Fecha de publicación: 26 de julio de 2019

1. Presentación. El economista chino-singapurano-australiano Yew-Kwang NG (apellido notoriamente impronunciable en fonética castellana) publica en el presente año un libro que es una reviviscencia interesante de las clásicas tesis del *Law & Economics* por las que se propone una reducción conceptual de los problemas morales a factores de mercado (costes, beneficios, individuales y sociales), de forma que puedan ser cuantificados en el cálculo de la eficiencia económica. El libro lleva por título *Markets and Morals. Justifying Kidney Sales and Legalizing Prostitution*. El libro se lee bien, y pronto se aprecia que el escritor no es un mero cínico que escriba por el divertimento de *épater le bourgeois*.

El postulado fundamental del libro (Apendix B) es que “Happiness is the Only Ultimate Value”, entendiendo por felicidad sólo el “affective subjective feeling”. En el fondo, y él lo confiesa, se calificaría a sí mismo de *hedonista* si esta locución no tuviera tan mala prensa.

2. Digresión sobre los tigres asiáticos. En honor de los nuevos tigres asiáticos del mercado hay que decir dos cosas. Primera, que tiene validez general para todos los practicantes del *Law & Economics*, y que llamaremos la entronización de la economía del bienestar (“welfarismo”) La concepción welfarista, frente a la libertaria, tiene que contar con los sentimientos y las aprehensiones de todos los constituyentes del cuerpo social, no sólo con los directamente interesados en el intercambio de que se trata. El libertario se limitaría a cuestionarse si entre

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” del que soy investigador principal con la profesora Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>

quien vende y quien compra el riñón se ha producido un intercambio no distorsionado y voluntario, sin importarle las percepciones negativas que pudieran producirse en terceros que no son los protagonistas del intercambio y respecto de los cuales el intercambio del riñón no produce costes externalizados mensurables. Esto es, la persona que sienta repugnancia ante este mercadeo con órganos humanos debe aguantarse, porque dicho intercambio no obliga a terceros a proceder de la misma manera, si les repugna el trato, ni -otro efecto externo- aumenta tampoco la posibilidad de que los ciudadanos repugnantes del trato sufran por aquello un incremento de riesgo de ser objeto de secuestros para la extracción mafiosa de sus órganos.

Dicho aquí de paso, y aunque no quiero entretenerme en ello, el profesor NG incurre en diversos paralogismos cuando trata de demostrar que el libre comercio de riñones causaría una disminución de los delitos de sustracción de personas para la extracción de órganos.

El welfarista no puede acomodarse en aquel retiro intelectual del ácrata. Para el primero, el sentimiento de repugnancia inevitable de sectores no marginales de la población tiene que ser computado en el cálculo de la eficiencia. Si la cosa repugna a otros que no son los actores del intercambio (e internalizadores de los costes principales del negocio), el intercambio de riñones está produciendo una “externalidad moral” que tiene que ser computada como coste social del intercambio, y no puede negligirse como mera intromisión impertinente de terceros.

La segunda reserva que quiero hacer en favor de los tigres asiáticos repartidos por las costas plurales del Mar de China (sigo la nomenclatura geográfica dictada por Beijing) es que sus sociedades (Taiwan, Hong Kong, Singapur; en menor medida Shangai) son más igualitarias y socialmente inclusivas que la sociedad americana de los *Chicago Boys*, en la cual el *Law & Economics* ha venido asociado (sin postular ahora una relación causal directa o inversa) a un incremento de riqueza para los ricos y a una degradación en la miseria de grandes estratos de la antigua clase media americana, una fractura social que parece sólo restañarse cuando toca seguir el griterío bombástico y patriotero de tipos como Mr. Trump. El capitalismo del Mar de China es *comunista*, entendido el término en un sentido *confuciano* y no marxista. Los valores chinos tienen en su estrato más profundo raíces holísticas. Quien conozca aquellas sociedades comprende que ésta que destaco es una de las razones que justifican que la sociedad china haya *durado desde siempre* y seguirá durando cuando las civilizaciones occidentales inestables hayan desaparecido. Curiosamente, y a pesar del título, la obra del profesor NG hace gala de una sensibilidad comunitaria que es rara de tocar cuando se leen equivalentes productos americanos.

3. Ideología al margen. Personalmente no tengo ninguna predilección ideológica en favor o en contra del mercado de riñones humanos. Puedo sentirme igualmente cómodo dentro de una jurisdicción que prohíba este mercado o de otra que lo permita. Mis observaciones críticas a la propuesta de NG no tienen raíces ideológicas y pretenden ir más allá del inmediato problema de la legalización del mercado de riñones, como se verá.



4. La repugnancia como coste. Lo más duro para una concepción welfarista es tratar de diluir el “sentimiento de repugnancia social”, porque, mientras dure, o dure como un coste “a tener en cuenta”, el problema del coste externalizado persiste. Se trata de rebajar la importancia de la repugnancia frente a la *happiness* que al vendedor y comprador les produce el intercambio de riñones por precio. El autor podría intentar demostrar que el sentimiento de repugnancia de tercero produce *unhappiness* a la larga en este tercero, por lo que convendría tirar por la borda este peso muerto de la mala conciencia y hacerse moralmente tolerante con las decisiones ajenas, lo que incrementa notoriamente la propia felicidad (“pasar de los otros”). Pero una propuesta de esta clase sería un postulado normativo irreductible a términos de eficiencia, porque la cosa no se arregla diciéndole a la gente lo que tiene que sentir en cada momento.

Hay en el tráfico de riñones una particularidad que hace destacable la repugnancia social frente a otros tipos de repugnancia social que pueden producir intercambios de otra clase. Puede existir un grupo social que sienta repugnancia social ante el matrimonio homosexual, ante la contratación de vientres de alquiler, ante la adopción por una pareja de lesbianas. Pero en el escenario de los riñones es notorio que una de las partes del intercambio ingresa en el mercado insidioso impulsado por una angustia económica: sólo los pobres venderían sus riñones. Esta particularidad permite al economista dar un valor a la variable-repugnancia, que en los otros escenarios no parece posible, en el entendido de que la repugnancia vendría motivada por el escándalo moral que nos produciría un mercado en el que los pobres venden su cuerpo para seguir viviendo. Si a usted le repugna la venta del riñón ajeno, contribuya socialmente con su dinero a mejorar de condición del miserable que no tiene otra salida para seguir viviendo y manteniendo a los suyos. El valor de su repugnancia se mide por el montante económico prorrateado que tendría usted que afrontar para proveer a una distribución social de riqueza que permitiera a los pobres escapar de esta jaula de miseria.

Sin embargo, hay razones, incluso económicas, que impedirían en mi opinión esta cuantificación de la variable-repugnancia. Se trata del conocido coste (casi infinito) de conseguir una acción colectiva concertada, que tendría que superar el obstáculo enorme, primero, del *free riding* (yo sólo pago si los demás pagan, luego nadie paga) y, segundo, de la *corrupción* institucional en el manejo y reparto de estos fondos, seguramente en un 50% amortizados en proveer un chiringuito de empleo a un *insider* del político de turno o desviados a otra urgencia más perentoria.

Pero hay más. Y más serio. Simplemente, el ciudadano repugnante puede sustraerse a la maldición del “doble vínculo” negándose a comunicarse con el profesor NG en el discurso propio de éste. Imaginemos este discurso posible. *La única moralidad respetable (la kantiana) tiene como postulado que ningún humano puede tratar a otro humano como instrumento sino como un fin en sí mismo.* O bien ésta más cercana al público, de extracción evangélica. *No olvidéis que vuestro cuerpo es templo de Dios. ¡Ay de quien hace de la casa del Señor una guarida de mercaderes!* Una vez introducida esta irreductible proposición fundamental, nuestro

repugnante ciudadano puede seguir: *No pienso dar un euro para socorrer su pobreza. Por tanto, déjeme a mí con mi repugnancia y quédese usted con su miseria, como yo me quedo con las mías.*

5. El consenso no es viable, ni deseable. Puede pensarse lo que se quiera de este figurado discurso. Pero en su contexto comunicativo es tan válido como cualquier otro discurso y con las mismas pretensiones de verdad. En este nivel comunicativo, el repugnante ya se ha puesto fuera del juego maldito en el que el economista puede dar a su repugnancia un precio. Las pretensiones de verdad se hacen irreductibles y el consenso imposible. Porque el repugnante – si de verdad quiere triunfar – ha de esforzarse en no buscar consenso. Reparemos que, en su propio contexto comunicativo, el ciudadano repugnante empieza por negar que la tolerancia sea un valor social, y su pretensión es tan valiosa o desvaliosa como la pretensión contraria.

6. El “consentimiento informado”. Vamos a un segundo punto del análisis del economista NG, que para un jurista es el fundamental. Condición indispensable para que se pueda defender un mercado de riñones con precio – reconoce el autor – es que el consentimiento contractual sea libre, se haya formado correctamente, no haya operado el influjo de ninguna restricción externa o ambiental, no esté aturdido por la angustia de la miseria económica que amenaza a los suyos ni con la ilusión de las ventajas palpables al corto plazo.

Ahora bien, esto que se postula como condición dada es lo que se niega de partida por el jurista que repugna el trato. Eso mismo que NG no disputa, por parecerle su posibilidad obvia, es el mismo *tema quod est disputandum*, porque el adverso partirá necesariamente de que no es posible de ninguna manera un consentimiento de esta clase en un escenario como el de la extracción “en frío” de un riñón en favor de un tercero que no tu padre ni tu hijo. Y hay no pocos ejemplos de tratos prohibidos, que lo son por una presunción legal implícita de que el intercambio contractual no puede tener lugar sino de una manera viciada. Ni se cuestiona el legislador la posibilidad de, partiendo una lanza en favor de la libertad contractual, permitir *prima facie* determinadas transacciones, aunque en un margen fuera posible que alguna de las transacciones de este tipo se produjera sin violencia psíquica o intelectual. Los costes sociales de prohibir son menores que los costes sociales de permitir, y la pérdida de bienestar individual que supone la prohibición de contratar queda justificada ante la amenaza de que será mayor la ineficiencia social que produciría el fallo del contrato en la mayoría de los casos. Ahí están, entre otros muchos, el caso de la usura prohibida, la condena del pacto societario leonino, del acuerdo de apropiación comisoria, de la donación universal, de la adopción por precio. La eficiencia marginal de estos negocios sería escasísima, en comparación con los costes individuales y sociales que impondría el natural fallo del mercado en la mayoría de las hipótesis a considerar.

No es esto todo. Propongo hacer una comparación entre el negocio de venta de riñón y los ejemplos anteriormente aducidos. En estos casos (y otros, como el de las renunciaciones

prematrimoniales a la compensación debida postruptura) no existe realmente una compulsión de decretar la invalidez del negocio *prima facie*. Dado que el negocio (fracasado) sería normalmente reversible (restitución de lo cobrado) o que, todavía mejor, no existiría ni siquiera un coste mínimo en retardar el juicio de legalidad hasta el momento relevante en que tenga lugar el supuesto contemplado (vg. si se revela ahora lesiva para la mujer divorciada la renuncia histórica a la compensación compensatoria postruptura), el ordenamiento podría proceder sabiamente concediendo un pasaporte interino de validez bajo reserva de revocación futura, cuando los costes de esta reposición no fueran significativos como para hacer inviable la restitución *cum omni causa*

Pero la venta de un riñón crea una situación postcontractual de absoluta irreversibilidad. No es posible *rectificar* en el acto del juicio el desastre que supuso *hic et tunc* haber autorizado aquella transacción, supuesto que el negocio tuviera lugar (lo más probable) en un escenario de consentimiento contractual vilificado por coerciones, angustias y sesgos.

Se reargüirá que lo mismo o parecido puede ocurrir en el consentimiento dado por la madre en el puerperio para que su recién nacido sea entregado en adopción a un tercero: consentimiento inicialmente válido y situación de irreversibilidad postcontractual. Es cierto, y no hay diferencia de concepto. Pero sí de grados. Como la madre no puede cobrar dinero por su consentimiento a la adopción, tienen que haber existido razones *humanamente poderosas* que acrediten una decisión que muy bien puede no ser esclarecida de juicio. En todo caso, la irreversibilidad es aquí puramente jurídica, ya que no existen obstáculos de facto para una restitución del niño, y es seguro que el juez encontrará la vía de la reversión para los casos graves de fracaso notorio del consentimiento contractual.

7. Mercados paralelos. Nos queda una consideración final sobre el mercado de riñones. A diferencia de lo que ocurre con la prostitución, no existiría en este caso un mercado paralelo en pleno funcionamiento y con existencia tolerada socialmente. Cuando este mercado existe, no tiene valor social aferrarse a consideraciones valorativas para evitar la emergencia de un mercado legal equivalente. Porque es evidente que un mercado legal equivalente reduciría enormemente los costes sociales actuales de la prostitución. Lo mismo ocurre con los negocios de gestación subrogada, prohibidos pero tolerados, con un alto precio especulativo de mediación, que se reduciría enormemente si se permitiera la existencia lícita de un mercado semejante en España. Y también sirve de ejemplo el mercado paralelo y tolerado de consumo de cannabis. Afortunadamente no existe un mercado ilegal de riñones que sea floreciente y tolerado socialmente. La alternativa al mercado legal es el delito de secuestro y extracción de órganos, que ni individual ni socialmente es visto como un equivalente fáctico de un mercado legal posible.

8. Una vez más: romper la comunicación racional es racional. Finalmente, también en este segundo extremo tratado (sobre la posibilidad de un consentimiento contractual libre), el

discurso del profesor NG y el discurso del ciudadano repugnante se hacen irreconciliables, sin posibilidad de consenso, *sin que tenga sentido siquiera la discusión argumentativa orientada a un consenso*. Uno afirma que puede existir un consentimiento contractual aceptable. Otro lo niega de principio. Y no hay más que decir. Que gane el que tenga más votos el día relevante en la cámara legislativa que haya de tomar una decisión al respecto, o el que sea capaz de hacer más ensordecedor ruido. Lo que finalmente tenga lugar, será lo “real” y *lo real es lo racional* (Hegel).

9. Esclavismo. Reconozco que me sorprende que el autor adopte una posición antimercado en la hipótesis de que un sujeto quisiera venderse a un tercero como esclavo. En este lugar, el profesor NG apela a la probabilidad grande de un consentimiento equivocado. Pero no se entiende por qué en este caso no puede solucionarse esta asimetría mediante un asesoramiento independiente como el que propone para la venta de riñones. Sostiene además que en la autodación como esclavo se están tratando intereses personales más serios que los riñones, lo que no es más que una opinión personal que no tiene más ni menos peso que la contraria, y que seguramente presupone inconscientemente una forma de esclavitud feroz como acaso (no lo sé) se diera en Asia o se visiona en las películas americanas de cultivos sureños de algodón. Pero hay otras formas de esclavitud, como la romana en el Bajo Imperio después de la conversión de Constantino, que son mucho más llevaderas y seguramente tanto o más apetecibles para sus afectados que la brutal alienación del trabajo libre por cuenta ajena en forma de asalariado eventual. Bastaría que, como entonces en el *Corpus Iuris* de Justiniano, se determinara legalmente un marco legal protector mínimo a favor del esclavo (manumisiones legales, unidad familiar, tenencia de peculio propio, prohibición de abandono por sus dueños, etc).

Mas lo decisivo vuelve a ser que la autodación como esclavo es reversible si una sentencia estima insuficiente el consentimiento prestado. Es reversible incluso mediante el derecho a readquirir la libertad por precio.

El argumento de NG presenta aquí otra inconsistencia. En algún lugar de la obra ha sostenido -afirmación muy cuestionable para un economista- que a veces hay que sacrificar las “preferencias” humanas a favor de un bienestar “real”. Ahora hace uso de esta idea para reforzar su tesis sobre el esclavismo. ¿Pero por qué no lo aplica también a la venta de riñones?