



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

DOSSIER MONOGRÁFICO XIII CONGRESO MUNDIAL IAB

Explotación y bioética. Ética individual y regulación jurídica

Exploitation and bioethics. Individual ethics and legal regulation

EDUARDO RIVERA LÓPEZ *

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Eduardo Rivera López. Profesor e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina. Investigador independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina. E-mail: erivera@utdt.edu.

* Trabajo presentado en la sesión especial de la Red Iberoamericana de la International Association of Bioethics (IAB) celebrada en el XIII Congreso Mundial de Bioética de la IAB: "Individuos, intereses públicos y bienes públicos", en Edimburgo (Escocia), del 14 al 17 de junio de 2016.

Resumen

En este artículo discuto los contratos o transacciones explotativas en bioética. El caso más problemático teóricamente parece ser el de lo que Allan Wertheimer llama explotación “mutuamente ventajosa”: el consentimiento de la parte débil (D) para realizar la transacción es un consentimiento efectivo y racional. Además, D no sufre un daño mediante la transacción, sino que, por el contrario, esta transacción lo beneficia en comparación con no realizar la transacción. Mi objetivo en este trabajo es, por un lado, presentar, desde el punto de vista de la ética individual, un modelo para pensar la naturaleza de la incorrección que podemos asignarle a la conducta de la parte fuerte al contratar con D en forma explotativa. En segundo lugar, ofrezco algunas razones por las cuales, en el plano de la ética jurídica, la prohibición jurídica de este tipo de conductas explotativas es problemática y sólo podría ser justificada en casos muy excepcionales.

Palabras clave: explotación; bioética; subrogación comercial; venta de órganos; investigación biomédica.

Abstract

In this paper, I discuss exploitative transactions in bioethics. The most problematic case is what Allan Wertheimer calls "mutually advantageous exploitation": the weak party's (W's) consent for the transaction is an effective and rational consent. Moreover, W does not suffer any harm by the transaction; on the contrary, the transaction benefits W. My aim in this paper is twofold. From the perspective of individual ethics, I offer a model to conceive the nature of the wrongfulness of strong party's action. From the perspective of legal ethics, I suggest some reasons to believe that the prohibition of beneficial, exploitative, contracts is problematic and can only be justified in very exceptional cases.

Keywords: exploitation; bioethics; commercial surrogacy; organ sales; biomedical research.

1. Introducción

Un problema que recorre diversos ámbitos de la bioética, así como otros de la ética aplicada, es el de los contratos o transacciones explotativas, es decir, transacciones en las que una de las partes (fuerte, "F") se beneficia inequitativamente, o toma una ventaja indebida, de la otra (débil, vulnerable, "D").¹ Es posible reconocer dos variables centrales en el análisis de una transacción explotativa. La primera es la de si la transacción es voluntaria o coercitiva para D (presupuesto que siempre es voluntaria para F). En muchos casos, como en el de la esclavitud, hablamos de explotación, en parte, porque F impone por la fuerza los términos de la transacción. La segunda se refiere a si la transacción daña o beneficia a D (presupuesto que siempre beneficia a F). En muchos casos, es posible argumentar que D estaría mejor sin esa transacción (como es el caso, nuevamente, de la esclavitud).²

El caso más problemático teóricamente, dentro de este panorama, parece ser el de la explotación beneficiosa o "mutuamente ventajosa".³ En la explotación beneficiosa (que habría que llamar, en realidad, "explotación voluntaria beneficiosa"), cada una de estas variables se da favorablemente para D. En primer lugar, el consentimiento de D para realizar la transacción es un consentimiento efectivo y racional. En segundo lugar, D no sufre un daño mediante la transacción, sino que, por el contrario, esta transacción lo beneficia en comparación con no realizar la transacción.

Ejemplos posibles de explotación beneficiosa encontramos en al menos tres áreas de la bioética:

1. La investigación biomédica con sujetos humanos en el Tercer Mundo: Una persona con VIH que carece de acceso tanto a un tratamiento específico como a servicios básicos de salud acepta ingresar en un protocolo de investigación para desarrollar un medicamento para el VIH en condiciones diferentes a las que esa misma investigación se lleva a cabo en países

¹ Me referiré siempre a lo que Alan Wertheimer llama explotación transaccional, es decir, la que se da en un contrato o transacción entre dos partes. Dejo de lado lo que él llama "explotación estructural", que es la que proviene de la existencia de un conjunto de normas e instituciones que sistemáticamente benefician indebidamente a una *clase* de individuos (trabajadores, mujeres, etc.). Este concepto macro de explotación es al que se refiere toda la tradición marxista (véase Wertheimer/ Zwolinski 2016). Para una distinción semejante, entre explotación marxista y no-marxista, véase Hawkins 2008, pp. 44-49.

² Para esta clasificación y, en general, para un análisis conceptual exhaustivo del concepto de explotación, véase Wertheimer 1996; 2008, pp. 68-85.

³ La última expresión es la que usa Wertheimer (Wertheimer/Zwolinski 2015).

ricos. Concretamente, en su caso, se utilizará placebo para el grupo de control, cuando el estándar aplicable en los países desarrollados es utilizar el tratamiento existente. Ella accede a ser sujeto de investigación porque, en la situación en la que se encuentra, es la mejor opción para tratar su enfermedad y recibir cuidados mínimos de salud.⁴

2. La venta de órganos (riñones) para trasplante: una persona, en condiciones de pobreza extrema, decide vender un riñón para trasplante, como el mejor modo de ayudar a su propia subsistencia o la de su familia.⁵
3. La maternidad subrogada comercial: una mujer decide aceptar un encargo de gestación, a cambio de dinero, como mejor opción, en las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra, para ayudar a su propia subsistencia o la de su familia.⁶

En los tres casos, un argumento frecuente para rechazar la permisión legal de estas transacciones es el de la explotación. Sin embargo, en los tres casos, es posible argumentar que se trata de contratos que, en las condiciones del contexto, benefician a D (el sujeto de investigación, el vendedor de su riñón, la mujer gestadora) y que, al menos en muchos casos, D contrata en condiciones suficientemente adecuadas como para otorgar un consentimiento válido (o al menos tan válido como muchas otras transacciones que aceptamos).

Suponiendo que estas transacciones son explotativas y, por lo tanto, inequitativas hacia D, es necesario encarar al menos dos tareas. Por un lado, debería determinarse cuál es el estatus moral de las acciones que están involucradas, a saber, la acción del explotador (F) de ofrecer y contratar en términos explotativos y la acción de D de aceptar esos términos. Esto es importante,

⁴ El ejemplo se inspira en dos conocidos casos de investigaciones de este tipo. El primero se llevó a cabo en varios países de África y en República Dominicana entre 1994 y 1997 para encontrar un medicamento más eficiente y barato que evite el contagio materno-fetal del VIH. El segundo fue propuesto para realizarse en Bolivia en 2000 con la intención de probar una nueva droga para el Síndrome de Dificultad Respiratoria Aguda llamada Surfaxina. Allí también se proponía realizar la investigación contra placebo, aun cuando existían otras drogas efectivas (Hawkins/Emanuel 2008, pp. 1-3; 58-61).

⁵ El caso es absolutamente realista. A pesar de la prohibición existente en todo el mundo, la venta de riñones para trasplante es una realidad en países como Pakistán, India, China, Egipto, Turquía y Filipinas. Solamente en Pakistán, se reportan alrededor de dos mil trasplantes de riñón por año a pacientes provenientes de Europa o América del Norte con esta metodología (Kelly 2013, p. 1320). De cualquier modo, debe distinguirse esta práctica de la del tráfico de *personas* con el fin de obtener coactivamente órganos para trasplantes. No entraré en la cuestión acerca de si este tipo de tráfico existe y cuál es su magnitud. No me refiero a él en este trabajo.

⁶ A diferencia del caso de la venta de riñones, ésta es una práctica que se produce (incluso legalmente) tanto en países ricos como pobres. Existe el fenómeno del "turismo reproductivo", dado que los costos del contrato de subrogación son mucho menores en países del Tercer Mundo, pero también mujeres pobres de Estados Unidos aceptan este tipo de transacciones, dado que es legal en algunos Estados (véase Voskoboynik 2016).

porque, aun cuando concedamos que una transacción es explotativa y, por lo tanto, inequitativa hacia D, no está claro exactamente por qué lo es, por qué no se trata simplemente de una transacción voluntaria y mutuamente beneficiosa. Por otro lado, debemos determinar cuál debería ser la actitud de la autoridad jurídica frente a este tipo de transacciones, en el sentido de permitir las (libremente o con alguna regulación) o prohibirlas.

Mi objetivo en este trabajo es presentar un modelo para pensar la naturaleza de la incorrección que podemos asignarle a la conducta de F al contratar con D en forma explotativa (sección II). En segundo lugar, y suponiendo que esas conductas son, en un sentido a definir, incorrectas, ofrezco algunas razones por las cuales, en el plano de la ética jurídica (es decir, la que se pregunta por las razones morales para permitir o prohibir jurídicamente conductas), la prohibición jurídica de este tipo de conductas explotativas es problemática y sólo podría ser justificada en casos muy excepcionales (sección III).

2. Explotación y acción privada

En el plano de la moralidad interpersonal, voy a proponer un modo de entender la naturaleza moral de la conducta explotativa de F (en los casos en los que la transacción explotativa es mutuamente beneficiosa y voluntaria). La idea de que F hace algo incorrecto al contratar explotativamente con D no es, ciertamente, muy original. Estamos naturalmente inclinados a pensar de este modo. Sin embargo, no es tan obvio cuál es la *naturaleza* de esa incorrección y, en todo caso, la razón por la cual la conducta es incorrecta. Mi propósito es ofrecer los lineamientos para responder la primera cuestión. No ofrezco un argumento para justificar mi propuesta, salvo en el sentido de ofrecer razones para pensar que se acomoda bien con intuiciones que tenemos acerca de otros casos similares.

A los efectos de evaluar la conducta de F, cuando realiza una transacción explotativa, el caso interesante es aquel en el cual F tiene la posibilidad de contratar en términos no explotativos y, además, no es, por razones independientes, moralmente inexigible que lo haga. Esto es importante porque podría haber ocasiones en las que F podría argüir que él contrató en estos términos porque no tenía otra opción, o porque hacerlo en condiciones más favorables para D sería demasiado demandante para él (por ejemplo, porque implicaría un sacrificio excesivo de su parte). Estos casos serían discutibles y habría, seguramente, casos grises. Sin embargo, al menos en los casos claros de imposibilidad o inexigibilidad, sería difícil argumentar que F realiza una conducta incorrecta, aun cuando sigamos pensando que el contrato es explotativo y, por lo tanto, inequitativo.

Mi interés, por lo tanto, se concentrará exclusivamente en aquellos casos (claros) en los que, si bien contratar en términos más equitativos tiene un costo para F, no es imposible hacerlo ni hay razones independientes que hagan inexigible que F contrate más equitativamente. Aun en estos casos, podemos preguntarnos por qué F debe acatar la exigencia de esos términos más equitativos, cuando las condiciones explotativas son beneficiosas para D y D las acepta voluntariamente.

Existen dos clases de transacciones explotativas (dos clases de situaciones en las que se pueden realizar transacciones explotativas) que podría pensarse que merecen un tratamiento parcialmente diferente. Por un lado, se encuentran aquellas situaciones en las que D acepta contratar en términos explotativos debido a deficiencias de justicia distributiva de trasfondo. Denomino deficiencias de justicia distributiva de trasfondo (o injusticia de trasfondo) a ciertos patrones distributivos generales existentes en una sociedad que violan criterios aceptables de justicia distributiva y que constituyen una condición necesaria para que D decida realizar la transacción. En estos casos, es plausible afirmar que, en una situación contrafáctica suficientemente justa, D no contrataría (dado que la transacción ya no sería beneficiosa para él) o sólo estaría dispuesto a contratar en términos no explotativos.

Por otro lado, es posible imaginar casos en los que D contrata debido a razones diferentes de las que genera una situación de injusticia de trasfondo. Podría haber situaciones en las que la debilidad o vulnerabilidad de D obedece a su propia negligencia, a la mala suerte o a otros factores de los cuales los otros miembros de la sociedad no son responsables. Por ejemplo, luego de una catástrofe natural, y ante la escasez inevitable de agua potable, los pocos oferentes cobran cifras muy superiores a las habituales por el agua. También en este caso, los compradores realizan una decisión perfectamente racional y beneficiosa para ellos mismos, dadas las circunstancias. Si bien no sería habitual, situaciones de este tipo se podrían dar, también, en casos ligados a la bioética similares a los que he mencionado. Una persona podría haber perdido todo su sustento por mala suerte o negligencia propia y verse "obligada" a someterse a una investigación en condiciones desfavorables, a vender un riñón, o a gestar a cambio de dinero. Y podría muy bien ser que cualquiera de estas decisiones, en sus circunstancias, fuera totalmente racional, voluntaria y beneficiosa para ella.

No es claro que el hecho de que la transacción se produzca (o no) en un contexto de injusticia de trasfondo incida decisivamente en el estatus moral de la acción de F (por lo demás, es claro que *no* incide en el caso de D). Cuando existe ese tipo de injusticia, F se aprovecha de una circunstancia de trasfondo que no es moralmente neutra, mientras que, cuando no existe, F se aprovecha de alguna circunstancia de trasfondo que sí es neutra (en el sentido de que ninguna otra persona es responsable de esa situación, salvo, eventualmente, D mismo). Esta diferencia podría incidir en nuestra evaluación en mayor o menor grado, aunque, hasta donde puedo ver, ello depende de las

circunstancias concretas y es, por lo tanto, altamente contingente. Por ejemplo, puede ocurrir que F sea tan poderoso que, de algún modo, sea creador, partícipe o responsable de la injusticia de trasfondo que da lugar a que la transacción explotativa sea posible. Pero también puede ser el caso que F sólo aproveche una situación de la que no es responsable. Si en un caso determinado la injusticia de trasfondo es una condición necesaria de la explotación (porque ésta no se produciría en condiciones más justas), pero F no es responsable por su existencia, sino solamente un oportunista que aprovecha esa situación, no es claro que el hecho de que sea la injusticia lo que haga que D acepte las condiciones sea relevante para evaluar la acción de F. Ciertamente, uno podría pensar que, cuando F contrata con D en condiciones de injusticia de trasfondo hay un aspecto que es diferente respecto de los casos en los que no hay tal injusticia, que es el hecho de que F, al contratar, es, de algún modo, cómplice de la situación de injusticia. Al aprovechar esas condiciones para maximizar su propio beneficio, convalida y, aunque sea en mínima medida, contribuye a la perpetuación de esas condiciones (Malmqvist 2015). Aun así, no creo que éste sea el aspecto esencial de la incorrección de F. Es necesario encontrar un argumento más general, que abarque todos los casos y explique por qué, con independencia de las razones por las que D acepta la transacción explotativa (injusticia social, suerte, o incluso su propia culpa), existe algo objetable en la actitud de F de realizar la transacción en esos términos.

Hagamos entonces abstracción de cuál sea la causa que da origen a la aceptación por parte de D de los términos de la transacción explotativa. Cualquiera sea esta causa, tenemos la fuerte intuición de hay algo problemático en que F contrate con D en forma explotativa (aun cuando la transacción beneficie a D y su aceptación sea totalmente voluntaria). El carácter problemático de la acción de F parece residir en el hecho de que revela una tensión entre dos intuiciones. Por un lado, tenemos la intuición de que F se aprovecha y abusa de D y, por lo tanto, hace algo incorrecto; por otro lado, también tenemos la intuición de que, aun así, no deberíamos impedir (al menos no en todos los casos) que la transacción se produzca, por ejemplo, porque ello sería perjudicial para D.

El modelo que quisiera proponer para conceptualizar esta tensión consiste en clasificar la conducta de F como una acción "sub-erogatoria".⁷ Las acciones sub-erogatorias tienen dos propiedades de signo opuesto. Por un lado, son acciones de las que podemos decir que son permisibles o que el agente tiene un derecho a realizarla. Por otro lado, se trata de acciones malas, objetables, que el agente no debería realizar. Nuestro discurso moral necesita este concepto para

⁷ Sobre este concepto, véase Driver 1992 y Hurd 1999.

clasificar adecuadamente un gran número de posibles conductas habituales. He aquí algunos ejemplos posibles:

- ◆ Suponiendo que uno tiene derecho a (o tiene la libertad de) elegir libremente los amigos, una persona elige sus amigos con un criterio racial (Hurd 1999, p. 6).
- ◆ Supuesta la libertad de los abogados para elegir y rechazar clientes, un abogado acepta clientes que persiguen propósitos claramente injustos o inmorales (Rivera López 2015).
- ◆ Supuesto el derecho al aborto sin restricciones, una mujer realiza abortos numerosos por razones triviales (Driver 1992).
- ◆ Suponiendo que tenemos un derecho a compensación por los daños que sufrimos, una persona busca cobrar hasta el último centavo de compensación por daños menores (Hurd 1999, p. 6).
- ◆ Suponiendo que realizar un favor no implica ningún tipo de obligación de retribuir, una persona no devuelve nunca ningún favor que se le realiza (Driver 1992, p. 289).⁸

Los casos son diversos. Sin embargo, en todos ellos la persona realiza algo que no está bien, pero que, de algún modo, no podemos prohibirle hacer. Un modo de conceptualizar esta tensión es en términos de “abuso de derecho” (Schauer 1981), o de “un derecho a hacer lo incorrecto” (Waldron 1993). La persona tiene una protección moral (un derecho) a realizar actos que, sin embargo, podemos considerar incorrectos, injustos o impermisibles. Otro modo de entender los actos sub-erogatorios es distinguir entre los conceptos de “deber hacer X” y “tener una obligación de hacer X”. Un acto sub-erogatorio sería un acto que A no debe hacer, pero que, sin embargo, no está prohibido (Driver 1992, p. 291). La discusión acerca de cuál es el mejor modo de conceptualizar este tipo de acciones excede el propósito de este trabajo. Optaré, algo dogmáticamente, por la primera alternativa: la acción sub-erogatoria es aquella que el agente tiene derecho a realizar, y sin embargo, no debe realizar.⁹

Cuando afirmo que el agente tiene un derecho a realizar la acción sub-erogatoria, no quiero decir que el agente tiene (o pensamos que debe tener) un derecho *jurídico* a realizar esa acción (también podría haber esas razones, como veremos en la sección siguiente). Me refiero a la posible existencia de un derecho *moral*. La idea es que un derecho moral que posee un individuo A es un conjunto de razones (morales) que el *resto* de los individuos tienen acerca de cómo tratar a A. Por

⁸ No pretendo que todos ejemplos sean convincentes. Basta con que algunos lo sean. Para otros ejemplos, véase Waldron 1993, p. 63-64.

⁹ Sigo aquí a Waldron (1993).

ejemplo, el derecho de A de realizar una conducta X es el conjunto de razones que el resto de los individuos tienen en relación con el hacer X por parte de A. Esas razones pueden consistir en, simplemente, razones para no (intentar) impedir a A hacer X (en ese caso, A tendría un derecho negativo a hacer X), o, en algunos casos (el de los llamados derechos positivos), a ayudar de algún modo a A a hacer X. El punto central es que el hecho de que A tenga un derecho a X no dice nada respecto de las razones (morales) de A, sino de las de los demás (Waldron 1993, p. 71). Esto hace compatible que A tenga derecho a hacer X, aun cuando A tenga razones morales *en contra* de hacer X.

Cuál es la naturaleza de la incorrección o maldad involucrada en la acción sub-erogatoria depende de cuál sea la naturaleza de las razones que militan en contra de que el agente realice la transacción. Heidi Hurd opta por una justificación basada en una teoría de la virtud: la obligación de no realizar una conducta sub-erogatoria sería un “deber aretaico” (Hurd 1999, pp. 19-24). Otra alternativa es pensar que existen deberes imperfectos de ayuda o de beneficencia que se gatillan en determinadas circunstancias. Estos deberes son razones para impedir o minimizar daños, o para promover o maximizar beneficios sociales. Sin embargo, ellos no se correlacionan con derechos positivos poseídos por otros (los destinatarios de esos deberes). Como anticipé, no ofrezco aquí una teoría que explique por qué las acciones sub-erogatorias son incorrectas, ni elijo alguna de las existentes. Sólo pretendo mostrar que este modo de entender las conductas explotativas es acorde al modo que tratamos otras conductas. Una tarea futura podría ser desarrollar una teoría que explique la naturaleza de todas las conductas sub-erogatorias. Pero ello excede la ambición de este trabajo.

Veamos cómo este modo de concebir las acciones explotativas funciona en cada uno de los tres ejemplos bioéticos que he mencionado. En el primer caso, recordemos, un sujeto de investigación acepta condiciones explotativas de participación voluntariamente porque (aunque las condiciones son abusivas) se ve beneficiado por participar. En la medida en que suponemos que la compañía farmacéutica (el patrocinador) podría haber realizado la investigación en las mismas condiciones que en países desarrollados y ello no resulta inexigible por razones independientes, podemos considerar que es incorrecto para el patrocinador realizar estas transacciones. No debería hacerlo de ese modo. Debería ofrecer a todos los sujetos de investigación las mismas condiciones (por ejemplo, el uso de una terapia alternativa para el grupo de control, en lugar de placebo). En este sentido, los miembros de la corporación que han tomado la decisión de contratar en términos explotativos pueden ser objeto de crítica o reproche moral (si es que no existe alguna circunstancia atenuante o exculpante). Sin embargo, esto es compatible con sostener que el sujeto de investigación no tiene un derecho a la participación en un determinado protocolo de investigación (en determinadas condiciones). El patrocinador podría

perfectamente (por razones moralmente neutras) no llevar a cabo esa investigación y no estaría violando el derecho de ese potencial participante. Contratar sujetos de investigación en condiciones peores de las que se aplican en los países del Primer Mundo es, en este sentido, subrogatorio: tienen derecho a hacerlo, pero es moralmente criticable.

Los casos de la venta de órganos para trasplante y de la subrogación comercial de vientres son similares, aunque con diferencias importantes, dependiendo de los detalles. Según una posible interpretación, una diferencia importante entre estos dos casos, por un lado, y el de la investigación biomédica, por otro, es que en éste existe un escenario posible de transacción no explotativa: el patrocinador podría realizar la investigación con los mismos estándares que en el Primer Mundo. En cambio, parecería que, en los casos de venta de órganos y de subrogación, no hay un escenario posible en el que la transacción pudiera realizarse no explotativamente. Por ejemplo, no hay una suma de dinero a cambio de un riñón o de una gestación que tornara la transacción en una aceptable. Si bien en el caso de la investigación biomédica la injusticia social de trasfondo interviene en que la transacción se realice, hay un elemento natural, la existencia de la enfermedad, que es determinante en la aceptación por parte del sujeto de investigación. En cambio, en los otros dos ejemplos, parecería que la injusticia de trasfondo es lo único que explica la aceptación del vendedor del riñón o de la mujer gestadora. Por ello, en las circunstancias del contexto, no hay nada que puedan hacer el comprador o los padres genéticos para subsanar la situación y tornar la transacción en una no explotativa. En estos casos, el único modo que tiene F (la parte fuerte) para no explotar a D (débil) es no ofrecerle el trato. Paradójicamente, esto, en principio, perjudica a D.

Esta interpretación, sin embargo, no es la única posible. La idea de que no puede haber una transacción no explotativa en los casos de la venta de órganos y de la subrogación comercial parte, quizá, de una interpretación errónea. En estos casos, confluyen otros argumentos, ligados a la utilización del propio cuerpo y su eventual "cosificación", que no está presente en el caso de la investigación. Uno podría pensar que son estos otros argumentos los que nos hacen pensar que no puede haber un "precio justo" en este tipo de contratos. Si dejamos de lado, en cambio, consideraciones kantianas ligadas a la cosificación del propio cuerpo, quizá sea posible pensar en una transacción no explotativa de venta de un riñón o de subrogación. Si esto es así, entonces estos ejemplos se acercan bastante a los otros dos y el análisis sería similar.

En resumen, la acción de F de realizar un contrato explotativo mutuamente beneficioso y voluntario es, por un lado, una acción que F tiene derecho a realizar. La razón de ello es que F no tiene un deber de contratar con D en primer lugar y D no tiene un derecho de que F contrate con él, por lo cual sería llamativo que no tuviera el derecho de contratar en términos que benefician a D. Por otro lado, la acción de F, sin embargo, es incorrecta, en el sentido de que F no debería

contratar con D en estos términos y, salvo que exista alguna excusa, podemos reprochar a F por hacerlo. Una buena persona, una vez que se encuentra en la situación de contratar con alguien en una posición vulnerable, no explota su mayor poder para extraer el mayor beneficio, sino que busca hacerlo en condiciones equitativas. Como he reiterado, esto no es un argumento de por qué es incorrecta la acción de F. Solamente es un modo plausible de pensarla, que es coherente con nuestras intuiciones respecto de un amplio abanico de conductas en las que se manifiesta la tensión entre, por un lado, no querer impedir las, y, por otro, no querer aceptarlas.

3. Explotación y poder público

Supongamos que, desde el punto de vista de la moral individual, la acción de F de contratar con D en términos explotativos es sub-erogatoria. F tiene un derecho moral a contratar, pero es criticable por hacerlo en esos términos. ¿Qué se sigue de ello para la pregunta acerca de si esa acción debería o no estar jurídicamente permitida, o de si debería concederse un derecho jurídico a realizarla? Por lo pronto, no se sigue que haya que conceder ese derecho. Aun aceptando que F tiene un derecho moral (prima facie) a contratar en términos explotativos, podría haber razones que desplacen ese derecho y habiliten a una intervención coercitiva que lo restrinja.

En muchos casos de conductas sub-erogatorias no consideramos que el estado deba inmiscuirse coercitivamente y prohibir estas acciones jurídicamente (por ejemplo, en el caso de la elección racista de los amigos, o el de quien no devuelve favores, entre otros). En algunos casos, incluso, existen razones independientes para *garantizar* que puedan realizarlas, es decir, para otorgarles un derecho jurídico a realizarlas. Por ejemplo, en el caso del editor filo-nazi o del abogado de causas abyectas, existen razones independientes, basadas en la libertad de expresión, en el primer caso, o en el derecho de defensa, en el segundo, que justifican que estas personas gocen de un derecho a publicar “Mi lucha” o a defender causas aberrantes, aun cuando podamos objetar moralmente que lo hagan (Rivera-López 2006). Pero podría haber, también, casos en los que el estado tuviera razones para *no* permitir este tipo de conductas. El caso de la explotación podría ser uno de estos casos.

Comienzo por precisar a qué me refiero exactamente con no permitir o prohibir esta clase de conductas (en este caso, contratar en términos explotativos). Me refiero a no permitir hacerlo *exactamente* como las partes desean realizar el contrato. Una regulación de este tipo de transacciones que las permita sólo si la transacción no es explotativa (por ejemplo, si sólo permite la realización de una investigación biomédica si se cumplen los mismos requisitos que en los países ricos) es, también, una regulación que prohíbe o no permite la transacción, *tal como, de*

hecho, las partes la quieren realizar. En cualquier caso, es importante advertir que F siempre tendría el derecho (legal) de *no* contratar en absoluto con D (en los ejemplos mencionados, no realizar la investigación en el país pobre, no comprar un riñón, no contratar una mujer gestadora).

Desde el punto de vista de la posible justificación de una regulación jurídica, el caso más interesante es aquel en el que la motivación para contratar por parte de D se explica por las condiciones de injusticia de trasfondo. Dejo de lado, por lo tanto, aquellos casos posibles en los que la situación de vulnerabilidad de D se debe a razones neutrales (suerte, catástrofes naturales, o la propia negligencia).

Una de las estrategias más promisorias para responder a la pregunta de si las transacciones explotativas deberían o no ser jurídicamente permisibles se basa en la idea de que ello tiene que depender de qué es lo que contribuye a la realización de un estado de cosas ideal (justo o no explotativo).¹⁰ En esta dirección, Wertheimer menciona (aunque no defiende) el “argumento estratégico” (Wertheimer 2008, p. 81; 1996, pp. 300-305). Según este argumento, puede ocurrir que prohibir una transacción explotativa incentive a las partes fuertes a que comiencen a contratar en términos equitativos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay un dilema de prisioneros entre los potenciales débiles. Todos tienen un incentivo a contratar explotativamente porque los beneficia individualmente, pero, si todos pudieran ponerse de acuerdo en rechazar esos términos, las partes fuertes accederían a términos equitativos. Por ejemplo, si los países en desarrollo pudieran ponerse de acuerdo en rechazar que las compañías farmacéuticas realicen investigaciones con sujetos humanos en condiciones que no serían aceptables en el Primer Mundo, entonces esas compañías quizá lo harían en las mismas condiciones. En la misma dirección argumentan recientemente Athanasiou et al. (2015). Según estos autores, cuando D acepta una oferta explotativa, revela su disposición a contratar en esos términos, lo cual incentiva a potenciales F a continuar con sus políticas explotativas de contratación. Una prohibición de realizar esas ofertas puede disminuir el problema de D de revelar su disposición a aceptar y, por lo tanto, puede crear incentivos para F a realizar ofertas más equitativas (p. 443-444).

Que este tipo de argumento sea plausible o no depende de cuestiones contingentes de cada situación a analizar. Puede haber casos en los que sea verdadero que prohibir transacciones explotativas contribuya a generar incentivos suficientes para suprimir la explotación en el futuro y otros en los que no. Sin embargo, aun en los casos en los que fuera cierto que la prohibición contribuye, está claro que la contribución de cada instancia individual de prohibición sólo es

¹⁰ Esta no es, obviamente, la única estrategia posible. Asumo, sin argumento, que otras estrategias, como el paternalismo, son menos plausibles.

marginal y la distancia temporal entre la prohibición concreta y el objetivo buscado (la no-explotación) puede ser grande. En cualquier caso, es evidente que esa contribución difícilmente sea tan efectiva como para beneficiar a la parte débil concreta a la que se le prohíbe realizarla en una instancia específica. Por ejemplo, en el caso de la investigación con sujetos humanos en el Tercer Mundo, una prohibición (o acuerdo internacional para no permitir) investigaciones que no respeten estándares iguales a los que se respetan en el Primer Mundo, difícilmente podría generar que aquellos sujetos a los que se les ofreció ingresar en protocolos de investigación en términos explotativos pudieran ser beneficiados por esa prohibición. En todo caso, el beneficio de una política restrictiva sería recogido por otros potenciales participantes en el futuro.

Esto plantea el problema de la transición hacia un estado más justo. Durante esa transición, hay personas D a las que no se les permitirá realizar voluntariamente contratos que los benefician. Esto plantea un dilema, que ha sido correctamente identificado por Margaret Radin en su artículo seminal sobre comodificación (Radin 1987, p. 1917): si permitimos la explotación, exacerbamos la opresión de los débiles (al menos mientras no se realicen estándares de justicia distributiva suficientes), mientras que si prohibimos la explotación, dejamos a los débiles aun peor de como estarían.

Si bien es posible afirmar que este dilema o empate sólo puede saldarse en forma específica en cada caso particular, quisiera sugerir algunas razones que hacen especialmente difícil que la balanza pueda inclinarse a favor de la prohibición.

En primer lugar, la discusión sobre explotación parece concentrarse excesivamente en la cuestión acerca de si F, el explotador, tiene derecho a contratar o no con D en términos explotativos. En cambio, el derecho de D, el explotado, no recibe la misma atención. Y bien puede alegarse que, más allá del objetivo meritorio de una sociedad (o de la comunidad internacional) de mejorar sus estándares de justicia social, es discutible que pueda utilizarse a D como un instrumento para lograr ese objetivo. D, después de todo, también es un sujeto de derechos y él manifiesta su voluntad genuina de contratar en términos que lo benefician. No es él el que está realizando una conducta sub-erogatoria, dado que él no está aprovechándose de otro (cosa que sí hace F). Su derecho a contratar, por ello, es difícil de desplazar o desbancar con un argumento consecuencialista.

La segunda razón por la cual es difícil justificar que estado prohíba este tipo de transacciones se refiere a la autoridad moral para realizar esta prohibición. El argumento es

similar al que Glenn Cohen ha llamado “argumento de la hipocresía” (Cohen 2013, p. 279).¹¹ El argumento de la hipocresía se dirige contra la afirmación paternalista de que prohibir la transacción explotativa “protege” al explotado (D). Si la transacción es la mejor alternativa para D, afirmar que se lo protege prohibiéndola resulta ciertamente hipócrita. La idea que quiero presentar aquí, sin embargo, es algo diferente. Cuando el estado (o la comunidad internacional) prohíbe una transacción con el objetivo de generar incentivos para que transacciones futuras no sean explotativas, no está argumentando que esto protege a los potenciales explotados presentes. Es consciente de que ellos serán perjudicados. Ahora bien, en la medida en que el estado es, al menos políticamente, responsable de la injusticia de trasfondo, la pregunta es si tiene autoridad moral para prohibir a individuos de realizar conductas que no dañan directamente a otros y que son beneficiosas para sí mismos.

Se podría argumentar que el estado tiene una justificación para prohibir transacciones explotativas sólo allí donde fuera plausible pensar que hacerlo es el *único* camino para acercarse a una situación de justicia de trasfondo que haga que, o bien la transacción no sea necesaria o bien no sea explotativa. Sería una justificación por estado de necesidad, que involucra la trasgresión de un derecho en función de un beneficio futuro. Sin embargo, este tipo de justificación sólo sería plausible en casos extremos, en los que no existiera ninguna otra alternativa para alcanzar niveles superiores de justicia. Normalmente, los estados cuentan con una enorme variedad de posibles políticas tendientes a mejorar condiciones laborales y de justicia en general, sin que sea necesario prohibir que los más débiles mejoren su propia situación contratando con otros (aunque sea en términos explotativos).

Es comprensible la intención de los gobiernos de mejorar los estándares de equidad en las transacciones, y una estrategia para ello puede incluir (como uno de sus componentes) no permitir este tipo de contratos. No deseo excluir la posibilidad de que una estrategia de este tipo pueda justificarse en algunos casos. Sí he querido advertir que este tipo de estrategia es difícil de justificar en, al menos, muchos casos, en primer lugar, porque las personas vulnerables tienen un derecho, que no puede fácilmente ser sacrificado en pos de un objetivo social, y, en segundo, porque el gobierno carece de autoridad moral para imponer ese sacrificio.

¹¹ Cohen remite a Radin 1987, p. 1910 y a Rivera López 2006, pp. 44-48. El argumento de la hipocresía ha sido defendido también más recientemente en Stone 2013. Stone discute, con un argumento similar al mío, el argumento de Shiffrin (en 2000), según el cual el estado puede no reconocer contratos explotativos, no por razones paternalistas, sino auto-referentes.

Referencias

- ◆ ATHANASIOU, EFTHYMIOS; LONDON, ALEX JOHN; ZOLLMAN, KEVIN: "Dignity and the Value of Rejecting Profitable but Insulting Offers", *Mind*. Vol. 124, N° 494, 2015, pp. 409-448.
- ◆ DRIVER, JULIA: "The Suberogatory", *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 70, N° 3, 1992, pp. 286-295.
- ◆ HAWKINS, JENNIFER: "Research Ethics, Developing Countries, and Exploitation: A Primer", en Hawkins/Emanuel 2008, pp. 21-54.
- ◆ HAWKINS, JENNIFER; EZEKIEL J. EMANUEL (eds.), *Exploitation and Developing Countries. The Ethics of Clinical Research*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- ◆ HURD, HEIDI: "Duties Beyond the Call of Duty", en Sharon Byrd, Joachim Hruschka y Jan C. Joerden (eds.), *Altruism and Supererogation*. Berlin: Dunker & Humblot, 1999, pp. 3-39.
- ◆ KELLY, EMILY: "International Organ Trafficking Crisis. Solutions Addressing The Heart of the Matter", *Boston College International & Comparative Law Review*. Vol. 36, N° 2, 2013 pp. 1317-1349.
- ◆ MALMQVIST, ERIK: "Better to Exploit than to Neglect? International Clinical Research and the Non-Worseness Claim", *Journal of Applied Philosophy*, Vol. *, 2015, pp. 1-15.
- ◆ RADIN, MARGARET JANE: "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, Vol. 100, N° 8, 1987, pp. 1849-1837.
- ◆ RIVERA-LÓPEZ, EDUARDO: "Organ Sales and Moral Distress," *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 23, N° 1, 2006, pp. 41-52.
- ◆ RIVERA-LÓPEZ, EDUARDO: "Is it Morally Wrong to Defend Unjust Causes as a Lawyer?," *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 32, N° 2, 2015, pp. 177-189.
- ◆ SCHAUER, FREDERICK: "Can Rights be Abused?," *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, N° 124, 1981, pp. 225-230.
- ◆ SHIFFRIN, SEANA: "Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accomodation", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 29, N° 3, 2000, pp. 205-250.
- ◆ STONE, REBACCA: "Unconscionability, Exploitation, and Hypocrisy", *The Journal of Political Philosophy*: Vol. 22, N° 1, 2013, pp. 27-47.

- ◆ VOSKOBOYNIK, KATHERINE: “Clipping the Stork’s Wings: Commercial Surrogacy Regulation and its Impact on Fertility Tourism”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 26, N° 2, 2016, pp. 336-382.
- ◆ WALDRON, JEREMY: “The Right to Do Wrong”, en J. Waldron, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 63-87. (Originalmente en *Ethics*, Vol. 92, N° 1 (1981), pp. 21-39).
- ◆ WERTHEIMER, ALAN: *Exploitation*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- ◆ WERTHEIMER, ALAN: “Exploitation in Clinical Research”, en Jennifer S. Hawkins y Ezekiel J. Emanuel (eds.), *Exploitation and Developing Countries. The Ethics of Clinical Research*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- ◆ WERTHEIMER, ALAN; ZWOLINSKI, MATT: “Exploitation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/exploitation/>.

Fecha de recepción: 24 de octubre de 2016

Fecha de aceptación: 6 de abril de 2017