



¿Autonomía Vs Utilitarismo Social?

72

Edición N° IV, Primavera, MMV.

*"Enough: the time is coming
when politics will
have a different meaning"*

Friedrich Nietzsche, The Will to Power.

■ Por Diego Ignacio Rao

Abogado U.B.A. Cursando actualmente la Carrera Docente y el Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs As. Ponente con referato en los Congresos Nacionales de Sociología Jurídica en 2003 y 2004.

[www.urbeetius.org]

■ Presentación

En el año 1967 el sudafricano Christian Barnard practicaba por primera vez un trasplante de corazón entre humanos. Se beneficiaba, así, la esperanza de vida humana, a la vez que se vislumbraba la capacidad evolutiva e incesante de la ciencia médica.

Los métodos de trasplante de órganos, su evolución y procedencia, pertenecen al extenso ámbito de la bioética -y la biotecnología-, implicando una problemática que involucra planteamientos ontológicos, antropológicos y

filosóficos, entre otros; situación que nos adelanta la necesidad de una interpretación ética y moral para regular su evolución; desafío éste que corresponde a otro campo: el del Derecho.

El presente trabajo se orienta a la presentación de los distintos dilemas éticos (o morales) que surgen de la problemática de los trasplantes; desde el tratamiento jurídico y las reacciones humanas.

[www.urbeetius.org]

En este orden de ideas, el primer capítulo introduce la hipótesis de análisis; refiere al tratamiento conceptual del término "muerte" en las leyes de trasplantes nacionales en orden de presentar el dilema central: ¿el concepto de muerte en las leyes sobre trasplantes facilita la existencia de órganos para transplantar? Este interrogante no puede ser correctamente abordado sin la dependencia de otros más generales: ¿es moralmente reprochable adaptar el concepto de muerte legislativo a la necesidad y viabilidad de la extracción de órganos? ¿Las definiciones de vida y muerte en sí mismas, exceden el nivel cognoscitivo de la técnica médica?

En efecto, veremos que en la legislación analizada, el concepto de muerte está íntimamente ligado a la posibilidad de acción de la ciencia médica para determinarlo; esto se presenta como problema diametral a la hipótesis central, en la inteligencia que los métodos científicos evolucionan constantemente, subordinando la eficacia de la regulación jurídica.

Una aclaración previa: la hipótesis expuesta no intenta ser comprobada, toda vez que al ser tratada como dilema bioético, las distintas respuestas resultan igualmente válidas.

El capítulo segundo analiza particularmente la autonomía (del donante) desde variables extra-jurídicas, atendiendo a la letra de nuestra legislación, que conjuga el fenómeno del consentimiento (informado) y la necesidad de limitar esa autonomía, dispuesta como libertad de decisión. En efecto, se analizan situaciones que confrontan ese consentimiento con algunos postulados de la LTO, e.g. la autonomía del donante que no se encuentra en situación de muerte cerebro-encefálica -casos que nuestra ley considera actos de disposición proveniente de personas-; o la posibilidad que el Estado intervenga (utilitariamente) en la decisión -autonomía del receptor-^[1].

En consecuencia, se estudia la figura del "donante presunto" (remisión Cáp. III), el rol del Estado, justificaciones paternalistas, interés general, derecho de disponibilidad sobre el propio cuerpo, juicio sustituto.

Por su parte, el tercer y último capítulo presenta un intento de justificación de las resoluciones actuales destinadas a incrementar la disponibilidad de órganos (las causas de la escasez responden al incremento de la esperanza de vida, descenso en la tasa de mortalidad, etc.) y se proponen criterios alternativos para conciliar la problemática de la obtención y adjudicación de órganos con el respeto por los derechos humanos fundamentales.

En concordancia con lo expuesto, resulta conducente preconocer que los órganos se presentan como bienes escasos -no me interesa discutir la procedencia del término bien- por lo que la necesidad de órganos convoca, a su vez, la necesidad de crear mecanismos de obtención que, en casos, pueden devenir disfuncionales a la esfera autónoma de los seres humanos, por implicar recaudos de tipo utilitarista; en mayor medida, respecto de aquellos que se encuentran en estado médico terminal, según referiremos en el desarrollo del presente^[2].

Sin perjuicio de lo expuesto, las legislaciones que hacen honor a un sistema de salud responsable, estructuran la disponibilidad de órganos sobre la base de parámetros científicos: urgencia médica, compatibilidad, utilidad social, etc. Ahora bien, ¿resulta moralmente condenable la adjudicación de órganos sobre la base de la utilidad social de los receptores? ¿Cómo se determina esa utilidad social? Va de sobra que la problemática de los trasplantes, atendiendo a la escasez de los órganos, reviste una preocupación a nivel mundial, al igual que el tratamiento legal para determinar el momento de la muerte -y la vida-; la polémica instaurada no es exclusivamente nacional^[3].

En suma, este trabajo no intenta sino el planteo de interrogantes -dilemas- con el objeto de ofrecer al lector una idea más acabada sobre los principales problemas de los trasplantes; la importancia de su acto, y la necesidad de contrarrestar tales problemas conciliando la ley con nuestra realidad. Estos planteos, en su mayoría éticos, en casos, exceden lo inteligible; en efecto, no siempre resulta prudente intentar resoluciones, por lo que el lector se encontrará con preguntas que hacen las veces de conclusión; empero, dejan subyacente la posibilidad de dis-

cusión; el objetivo general del trabajo no es otro que convocar a la crítica y el debate, extremos fundamentales del desarrollo humano.

CAPITULO I: El concepto de muerte en la Ley de Transplantes

El argumento central ya ha sido planteado: ¿el concepto de muerte en las leyes sobre transplantes facilita (de manera utilitaria) la existencia de órganos para transplantar? ¿Resulta tal extremo, jurídico o moralmente condenable?

Repasemos nuestra legislación; la antigua ley 21.451 establecía en su art. 21: "...exclusivamente a los fines de esta ley será admisible la certificación de la muerte comprobando el cese irreversible de las funciones cerebrales"^[4]. Este marco conceptual suponía una adaptación literal para legitimar y tornar viable la ablación de órganos. Distintos sectores del ámbito de la medicina y del derecho, se manifestaron en contra de tan polémica elaboración legislativa, denunciando la creación artificial e interesada de un concepto de muerte específico que facilitara la disponibilidad de órganos para transplante^[5].

A modo de ejemplo, el Dr. Morelli advirtió: "...Verbigracia, habría un concepto de muerte, real, para todas las relaciones jurídicas (determinación de un homicidio, apertura de una sucesión, etc.) y otro "más sencillo" cuando se trata de obtener órganos para transplantes. No debe extrañarnos entonces las voces alzadas en su momento con objeciones a la regulación legal"^[6].

No conforme, la nota de remisión que acompañó el proyecto de ley respectivo -ley 21.451- indicaba que el nuevo texto postula "la concepción de la muerte como proceso y a la validez del concepto de que por irreversible, tan válido resulta admitir su comienzo como su evolución y por ende, establecido ese comienzo mediante la comprobación simultánea de ciertos signos, resulta lícito resolver la disposición del cadáver".

El parlamento del Dr. Morelli nos presenta uno de los dilemas a tratar, i.e. el momento plausible de determinación de la muerte.

Vuelta a aclarar que el análisis refiere, particularmente, a personas en situación médica terminal, en el encuadre objetivo dado al presente trabajo; sin perjuicio de ello, al estudiar la aplicación de principios éticos refiero, a su vez, a la situación de los donantes que no se encuentran en estado terminal.

A la ley 21.451 le sucedieron las leyes 23.464 (B.O. 25/3/1987), 23.885 (B.O. 1/11/1990), 24.193 que la modificaban, complementaban y/o derogaban. Mediante la ley 23.885 se crea el INCUCAI (Instituto Nacional Central Único, Coordinador de Ablación e Implante). Por su parte, la ley 25.281 (B.O. 31/7/2000) reformadora de la vigente ley 24.193, regula los recaudos a adoptar por la autoridad competente a efectos de requerir el consentimiento de familiares de víctimas de "muerte violenta" que no hayan manifestado su voluntad expresa a los fines de la donación. La actual regulación, ley 24.193 (LTO), dispone -art. 23-: "El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de la constatación conjunto: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas (...) La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible ..."^[7].

Pareciera que la ley 24.193 abandona el concepto restrictivo e interesado de la derogada ley 21.541. Sin embargo, de la terminología de nuestra actual regulación surgen varios interrogantes, algunos ya abordados: ¿tiene derechos una persona "por morir", en la inteligencia que la muerte configura un proceso? Teniendo en cuenta la necesidad de que el "donante", moribundo, muestre leves signos vitales para la viabilidad del transplante^[8], ¿consti-

tuye un homicidio la ablación? ¿Se vulnera el principio de no maleficencia?^[9] ¿Resulta moral prefijar el concepto de muerte? ¿Puede reducirse la vida humana a vida cerebral? (en el capítulo III se ensayan algunas consideraciones al respecto).

Si concebimos a la vida como un proceso, se puede decir, con criterio, que al estar asegurada nuestra muerte, deberíamos predeterminar una escala valorativa para la donación de órganos, atendiendo principalmente a la utilidad social de donantes-receptores^[10]. Inconcebible. Éstas son las principales cuestiones que presenta la LTO con relación al momento en el cual se determina la muerte de una persona, conceptualizada, en este caso, como "potencial donante".

Seguidamente, se analiza la capacidad científica para determinar la muerte, en concordancia con lo establecido por nuestra legislación.

No pocos científicos han denunciado los riesgos en los trasplantes, por la gravedad que reviste el asunto; por un lado, el concepto de cesación total e irreversible depende necesariamente del estado de la ciencia y la tecnología; la precisión del diagnóstico de muerte basado en la falta de respuesta cerebral y encefálica ha sido puesta en duda desde que se han ido descubriendo, con el tiempo y la investigación, casos donde tal diagnóstico no era seguro.

El Dr. Morelli ofreció el siguiente interrogante: ¿no estaremos considerando muertas a personas únicamente porque todavía no hemos agotado las posibles excepciones al diagnóstico de muerte cerebro-encefálica?^[11]

Refiero, a modo de ejemplo, a situaciones reales que jaquean la eficacia de la LTO, sin encontrar fundamentos científicos para determinar la graduación de certeza del momento en que se produce la muerte, y torne idóneas las ablaciones:

"...el caso de un accidentado, con lesiones cerebrales, que fue transferido al Presbyterian Hospital de

Chicago como posible cedente. No se le pudo extraer el corazón porque comenzó a exteriorizar signos de vida. Diez semanas después había recobrado el conocimiento"^[12]. Sin embargo, no podemos evaluar suficientemente estos casos paradigmáticos sin conocer si el error se debió a deficiencias del sistema diagnóstico o fallas humanas.

Cuadra destacar, en este punto, los casos de la evolución metódica de reanimación pulmonar y cardíaca que desequilibran los presupuestos del concepto de muerte que se han determinado durante el transcurso del tiempo, demostrando la improcedencia de limitar conceptualmente a la ciencia, como promotor natural.

En suma, puede que esto no alcance a cubrir preocupaciones jurídicas y deontológicas; i.e. ¿puede establecerse la certeza científica de muerte?

Pareciera, entonces, que la certeza debe transitar el camino de la moral y la razón. La aplicación no objetiva de la ley puede conducir a que el interés social -utilitarista- justifique la muerte de una persona "inocente", vulnerando así el interés individual -autonomía.

En el siguiente capítulo se abordan, desde concepciones ético-morales, algunos de los interrogantes planteados.

CAPITULO II: Autonomía del donante

Se han expuesto los interrogantes que presenta nuestra actual legislación con relación al momento en que se determina la muerte de una persona, conjuntamente con la posibilidad que tal determinación afecte su autonomía^[13].

Resulta necesario, entonces, analizar las siguientes proposiciones surgidas de la problemática central planteada, atendiendo a situaciones relacionadas con la autonomía: si una persona, en situación médica terminal, manifiesta su consentimiento informado^[14], regla bioética

fundamental, y consiente en la ablación de órganos propios para donar, acelerando su muerte, ¿puede asimilarse al caso de la eutanasia? ¿resulta tal extremo legalmente procedente?¹⁶⁵

Sabido es que para un mejor aprovechamiento de los órganos, es necesario que la ablación se realice lo más pronto posible -ej. necrosis no avanzada-; inclusive, sin esperar el paro cardiorrespiratorio; o, tratándose de un trasplante de corazón, se requiere que este continúe latiendo (si bien la respiración espontánea fuera sustituida por un respirador artificial). No es casualidad que la ley responsabilice a los "medios técnicos y/o instrumentales adecuados" de la comprobación de la inactividad encefálica para constatar el fallecimiento de una persona [inciso d) art. 23, Ley N° 24.193]; la polémica apunta al estado de la ciencia para determinar la muerte (¿muerto o moribundo?). Menos problemáticos son los casos en que la persona sufre un paro cardiorrespiratorio (muerto). La pregunta es la siguiente: ¿basta un sólo caso en el que una persona con muerte cerebro-encefálica, conectada a un respirador artificial, recupere su actividad, para revisar los mecanismos científicos de determinación de muerte?

Del otro lado, algunos prevenidos (e.g. potenciales receptores) apelarán al consentimiento positivo del donante para justificar la ablación temprana -viabilidad de los órganos- en defensa de su autonomía.

No faltarán, tampoco, los que atribuyan al Estado la facultad de intervenir.

Antes bien, advierto nuevamente que el grado de certeza (científico-médica) para determinar la muerte (e.g. cesación irreversible de funciones cerebrales y/o encefálicas) debe encontrarse en el campo de la moral y la razón. La cuestión expuesta plantea la disputa entre principistas y utilitaristas. El respeto por el derecho a la vida, la integridad física, y la dignidad¹⁶⁶, compartimientos de la esfera autónoma del ser humano, excluye lineamientos utilitaristas justificados como beneficiarios del bien común.

Trazando un paralelo a los fines dialógicos, si se

concebe la situación aludida, es posible de considerarse a la eutanasia como acto de justicia, si el consentimiento proviene de la persona en situación terminal.

Advertía Juan Pablo II: "No nos es lícito callar ante otras formas más engañosas, pero no menos graves o reales de eutanasia. Estas podrían producirse cuando, por ejemplo, para aumentar la disponibilidad de órganos para trasplante, se procede a la extracción de los órganos sin respetar los criterios objetivos y adecuados que certifican la muerte del donante"¹⁶⁷.

El dilema se centra en la posibilidad de determinar esos criterios objetivos.

Sin rodeos: si no se respetan los lineamientos legales -nos abstraemos, en esta idea, de la discusión sobre la legalidad de la ley 24.193- para ablacionar los órganos de un enfermo con patología terminal, se vulnera directamente su autonomía, independientemente de que haya prestado su consentimiento para la donación. Empero, ¿si una persona, en situación de muerte legal -ley 24.193-, no ha expresado su voluntad a los fines donativos, resulta procedente su ablación en beneficio de terceros interesados? ¿Cuál debe ser el rol de los familiares?

La problemática no se agota con el último interrogante; por el contrario, ¿si una persona que goza de buen estado de salud -o con muerte cerebral-, dona sus órganos voluntariamente, puede esto ser moral o jurídicamente condenable? ¿Debe el Estado intervenir en tales supuestos? Si así fuera, la figura del "donante presunto" (art. 62, Ley N° 24.193) carecería de razonabilidad, atendiendo al propósito perseguido por el Estado.

Propongo modificar el eje de análisis, refiriendo a la intervención del Estado y las distintas variables emergentes (véase Presentación, párr. 6), en supuestos que medie o no el consentimiento del donante, se encuentre éste, o no, en situación médica terminal.

La aplicación de los principios éticos, surgidos del Informe Belmont (publicado en el año 1978), y redefinidos

por los autores Beauchamp y Childress, resultan plausibles para dilucidar comparativamente las cuestiones planteadas[18].

En concordancia, es necesario un análisis sobre la disponibilidad del propio cuerpo: ¿una persona comete "suicidio parcial" al donar sus órganos? Si así fuera, debería revisarse el ordenamiento jurídico-penal en contraste con la LTO^[19].

Kant establecía: "...disponer de sí mismo como un simple medio para cualquier fin supone desvirtuar la humanidad en su propia persona, a la cual, sin embargo, fue encomendada la conservación del hombre"^[20].

No me interesa estudiar la doctrina filosófica sobre disponibilidad^[21]; intento convocar el tratamiento ético que supone la presión social que se ejerce sobre el individuo (donante); y si ésta resulta moralmente aceptable. Asimismo, ¿puede el Estado, amparándose en el principio de justicia, obligar a una persona anciana, moribunda, a donar sus órganos en beneficio de un menor que gozaría de un plan de vida de mayor utilidad (social)? ¿Resulta justo aplicar una selección valorativa -calidad de vida- a los fines de la adjudicación, o ablación, de órganos? ¿Quién está facultado para establecer los parámetros de selección/valoración?^[22]

En la actualidad, la valoración utilitarista para adjudicar los órganos es un problema latente que reclama un tratamiento urgente; desconocido, por operarse al margen de la ley.

Asimismo, cabe advertir que no sólo el Estado presiona a los ciudadanos; la desesperación de receptores o familiares, por demás comprensible, a veces genera una publicidad -e.g. medios de comunicación, campañas de solidaridad, etc.- que atenta contra el criterio de adjudicación de órganos dispuestos por el Estado. Ahora bien, si cada individuo puede disponer libremente de su cuerpo; ó, si alineados en la teoría de dominio imperfecto, éste pertenece a la sociedad: ¿por qué la LTO otorga facultades decisorias a los familiares? (ref. juicio sustituto).

En concordancia, la ley 24.193 contempla, en su art. 62, la noción de "donante presunto"; v.g. las personas que no manifiesten expresamente su oposición a la donación de sus órganos, se presumen donantes: "A partir del 1º de enero de 1996 se presumirá que toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años que no hubiera manifestado su voluntad en forma negativa...ha conferido tácitamente la autorización.... Los familiares...podrán oponerse a la ablación en los términos y condiciones de la citada norma.

Para que lo dispuesto precedentemente entre en vigencia, el Poder Ejecutivo deberá haber llevado a cabo en forma permanente una intensa campaña de educación y difusión a efectos de informar y concientizar a la población sobre los alcances del régimen a que se refiere el párrafo anterior, y deberá existir constancia de que -por los mecanismos previstos en el artículo 20- no menos del setenta por ciento (70 %) de los ciudadanos mayores de 18 años ha sido consultado" (remisión Anexo IV).

Dejemos de lado la discusión sobre disponibilidad, determinante para alinearse con cualquiera de las posturas existentes sobre ética transplanto-lógica.

Preocupa, ahora, otra polémica: consiste en considerar si la campaña propuesta por la LTO vulnera el principio de autonomía; en consecuencia, ¿puede el Estado imponer un campo de acción de justificación utilitarista (social) para la obtención de órganos? Pareciera que el Estado se inviste en propietario secundario de nuestro cuerpo, en beneficio de terceros: ¿resulta esta situación moralmente reprochable? Si el Estado, bajo presupuestos "paternalistas", está facultado para coaccionar al individuo como donante (presunto) ¿qué puede prohibir que una persona venda sus órganos en caso de necesidad, e.g. alimentar a un hijo desnutrido?

Por el contrario, sistematizando los planteos hasta aquí expuestos, puede considerarse la siguiente proposición: si no donamos nuestros órganos, ¿vulneramos derechos de terceros -potenciales receptores-?

En el capítulo que sigue, ensayo, humildemente, algunas consideraciones de los dilemas encontrados en los capítulos precedentes.

■ CAPITULO III: Criterios de adjudicación y obtención de órganos

El último capítulo analiza el criterio aplicado en nuestra legislación para la obtención de órganos, necesidad que incrementa progresivamente ante la escasa disponibilidad de los mismos, extremo ya mencionado: v.g. el análisis se centra en la figura del "donante presunto", actual campaña para someter a la sociedad a un compromiso obligado.

Previo al análisis subsiguiente, y como corolario del debate sobre el momento plausible para determinar la muerte de una persona, esgrimo una reflexión: es insoslayable que la ley responde a una demanda social, y tiende a facilitar la disponibilidad de un "bien" escaso como son los órganos humanos: en consecuencia, resulta contraproducente justificar y/o atacar moralmente el concepto de muerte elaborado por nuestra LTO. Si los médicos aplican objetivamente, y de manera consensuada, el criterio legal -muerte cerebro-encefálica- la LTO será sistemáticamente receptada por el resto de la sociedad, fomentando la confianza, pues creerán que gozan de los mismos derechos y oportunidades que sus conciudadanos (expectativas del tratamiento, conservación, dignidad, etc.); la aprobación social de una norma o acción, subordina las valoraciones supra-empíricas de las mismas, eliminando el escepticismo existente.

En este orden de ideas, es necesario demostrar el trabajo armónico entre la ciencia dinámica y el derecho responsable: ¿debe limitarse el avance científico? ¿El derecho debe estar al servicio de la ciencia, o regular su avance? Estas preguntas representan el debate central de la Bioética, reparando particularmente en el tema de trasplante. La respuesta dependerá de las distintas perspectivas personales, ideológicas o culturales insitas en una sociedad

determinada (ej. científicos vs. reguladores à liberales vs. conservadores, entre otros).

Nos queda, ahora, estudiar -e intentar contrarrestar- algunas de las causas por las que nos oponemos a donar nuestros órganos.

Antes bien, ¿si existe una ley nacional que determina (objetivamente) los parámetros con relación a los trasplantes, tenemos derecho a oponernos?

En general, existe un rechazo sistemático a la donación, basado principalmente en la manutención del esquema corporal ante y post mortem: ¿se relaciona esto con la dignidad? La confrontación se produce entre posturas filosóficas al servicio de los derechos individuales de los hombres (por ej. se han colacionado las ideas de Kant sobre "derechos de propiedad" -cuerpo-).

No discutiremos tal extremo, por su implicancia con postulados filosóficos, religiosos o metafísicos^[23]; sin embargo, no encuentro vinculación alguna entre la dignidad -definida en el presente trabajo- y los argumentos sobre conservación corporal (post-mortem). La dignidad debe manifestarse en vida, toda vez que las "conductas dignas" responden a construcciones culturales de una sociedad determinada.

Otro argumento fuerte para atacar la disposición es que los médicos pueden atenuar su esfuerzo para salvar la vida de un moribundo, por atribuir mayor valor/utilidad de otra vida, por la causa que fuera: si lo hicieran, ¿constituye esto un homicidio? Para intentar una respuesta, ésta debe sustentarse en la figura del "consentimiento", toda vez que supone el respeto por la libertad (de elección) individual y la igualdad, por lo que no habría violaciones de ningún tipo, salvo las posturas kantianas que deben entenderse extemporáneas.

En nuestra época no caben juicios de valor sobre decisiones en las que los individuos prestan su consentimiento (salvo que ese consentimiento -autonomía- se viera vulnerado: e.g. falta de información, incapacidad, u

otras circunstancias particulares -"casuística"- que justifiquen la intervención de familiares o del Estado), pues debe considerarse un acto supererogatorio o altruista, no habiendo lugar para el rechazo "razonable" y progresista (por ejemplo, nadie rechaza el oficio de las fuerzas de seguridad, en constante peligro, y configurando una actitud "altruista"; veremos, igualmente, que la variable económica juega un papel importante).

En contraposición, si no media consentimiento, y nos encausamos en una postura liberal, pareciera que no resulta ético extraerle un órgano a una persona viva, atentando contra su esperanza de vida y derechos naturales, sin perjuicio que esté en proceso de muerte; sino, deberíamos revisar todas las acciones que responden a valoraciones supra-jurídicas, y graduarlas atendiendo a la utilidad social de las mismas. Un consejo: conservemos alguna característica esencialmente humana -libertad de decisión-. Se vienen tiempos difíciles.

De esta preposición surge otro interrogante: ¿son equiparables los derechos de las "personas por nacer y por morir"? Este tema requiere un tratamiento prolongado; cabe destacar, sin embargo, la relación que guarda el tema en cuestión respecto de la problemática del aborto (nacimiento, disponibilidad del cuerpo, aborto terapéutico -valoración-, etc.).

Vinculado a esto último, no hay duda que al Estado no le corresponde decidir ni valorar la vida, tampoco a los médicos; ¿y si el paciente es incapaz de prestar consentimiento, por el motivo que fuera? Por ello, es imperioso una aproximación consensuada al respecto sobre el rol de familiares o del Estado; extremo débilmente tratado por nuestra LTO, la cual contempla el juicio sustituto (familiar) sin establecer los límites; tampoco da cabida a otras figuras, como las ya mencionadas^[24]. Vuelta a destacar una consideración: el esfuerzo y criterio consensuado de la totalidad de los médicos existentes (claro, el Estado la tiene difícil: debe equiparar conocimiento y equipamiento -vale decir, condiciones en general-, a nivel nacional y provincial).

Un argumento más: ¿pueden condenarse los

transplantes en razón del riesgo que representa para el donante? Este argumento parece débil: habría en todo caso que prohibir prácticas riesgosas en beneficio de la sociedad, como la de las mencionadas fuerzas de seguridad (en este orden, cuadra destacar, además, las estadísticas de Rakowski como paradigma de la efectividad de la práctica del transplante)^[25].

Sin alejarnos del objeto del trabajo, es importante tener en cuenta las muchas variables que surgen al analizar la problemática de los transplantes, y que guardan relación con la determinación de muerte que alude nuestra LTO, y que preocupan a los autores del texto.

Sin embargo, ese último punto se vincula con la falta de certeza que caracteriza a los diagnósticos médicos referidos al momento en que se determina la muerte, expuesta sobradamente en el primer capítulo.

En el entendimiento que los médicos operan con compromiso ético, bajo preceptos deontológico, sin considerar al moribundo como potencial donante, el Estado es responsable de fomentar campañas "pro-donación" responsables, que salvaguarden los derechos individuales que constituyen su plataforma democrática.

Asimismo, es responsabilidad y compromiso de los individuos tomar conciencia sobre la utilidad de los transplantes y el fin último. Tanto la religión, como demás valores extra-jurídicos, devienen compatibles con un pragmatismo razonable, que en casos particulares, sin entrar en vanos rigorismos, vanaglorian los mismos. La información responsable y veraz es fundamental para lograr la efectividad de una campaña.

En otro orden de ideas, existe un peligro que los autores contemporáneos no analizan profusamente: la venta de órganos. La LTO, sin intentar presentarse apolítica, resalta la dificultad e indisponibilidad de órganos, particularmente los vitales. Ya se ha hecho mención en que este factor, la escasez de órganos, desembocó en un movimiento mercantil incesante, y consecuente englobe criminal.

No es ajeno que nuestra realidad socio-económica es poco feliz. En concordancia, no faltan inescrupulosos que lucran, o abusan, de personas en situaciones de necesidad extrema o de desesperación con el fin de obtener algún provecho. Bueno, evito la analogía -polémica, por cierto- con los "protocolos de investigación". En fin, va de suyo que es responsabilidad del Estado controlar rigurosamente esos abusos.

No sobran las consideraciones del filósofo Garzón Valdés, quien resalta la importancia de este tema, a la vez que ensaya un estudio interesante de cómo deben interactuar el derecho y la ciencia en general.^[26] La propuesta de Garzón Valdés para contrarrestar la desorganización mundial en la atribución de órganos y su escasez, que deviene de la contención tecnológico-científica que reduce sistemáticamente la tasa de mortalidad, radica en la formación de clubes de órganos, que en principio resulta similar al sistema de banco, pues basa su idea en el principio de solidaridad y de urgencia médica para privilegiar el acceso a los órganos disponibles^[27]. El autor sólo concibe la donación consentida por el particular, en que las campañas estatales juegan un rol trascendental en la captación e impulso de la solidaridad entre conciudadanos.

Resta tratar, por último, la tan mentada figura del art. 62 de la LTO. Una legislación que contemple el supuesto de "donante presunto" puede conspirar contra el intento de aumentar el número de órganos para trasplante, toda vez que la sociedad recibe con rechazo los actos dispositivos del Estado y duda sobre el respeto por los derechos y garantías fundamentales. En palabras de Diego Gracia: "si es consentimiento, no es presunto y si es presunto, no es consentimiento"^[28].

Si concordamos con que la LTO en la Argentina es débil desde el punto de vista científico, ¿cuál sería la solución con relación al tema de los trasplantes?

La respuesta, a mi entender, consiste en el trabajo armónico de los grupos científicos y los legisladores, como he aludido anteriormente. El trabajo conjunto no sólo contribuirá a controlar los vacíos o ambigüedades

legales, sino a legitimar decisiones, a la vez que resulta inexorablemente beneficiada la política de obtención de órganos.

Además, la legislación debe dotarse de suficiente dinamismo para no ser superada por el avance científico-tecnológico.

Por su parte, los jueces deben participar activamente, pues deben, también, contribuir a la funcionalidad de las leyes, adaptando la misma a casos particulares (e.g. Fallo Saguir y Dib, CSJN 302:1284). Una legislación prudente que funcione sistemáticamente con el órgano judicial y se asista de especialistas, minimizará las consecuencias prácticas de una ley como la LTO y contribuirá a un cambio consciente por parte de la sociedad. La responsabilidad atañe a los distintos grupos que conforman nuestra sociedad.

Esto no hace más que reforzar la hipótesis de que los límites a la temática de la bioética-biotecnología resultan inteligibles, aparejando un cúmulo de sensaciones sólo entendidas desde fundamentos ético-morales.

Reflexiones finales

Un autor anotaba que el objeto de la vida de todo hombre consistía en el desarrollo de sus facultades. Es así, que la capacidad del desarrollo humano es ilimitada, en particular su afán de conocimiento y progreso como características connaturales: ¿debemos preocuparnos por las consecuencias de nuestro saber? ¿Puede ser la ciencia éticamente neutral?

En este caso voy a dejar de lado el tratamiento concordante con el fenómeno de la clonación; sin embargo no puede soslayarse la relación entre disponibilidad de órganos y la clonación. En efecto, los opositores a la regulación científica lato sensu encuentran en la clonación de órganos histo-compatibles, es decir, órganos viables para trasplantes, una justificación favorable para sustentar tal postura.

El hombre debe tomar conciencia frente al fenómeno científico; debe utilizar el saber para dominar la Naturaleza en beneficio del Hombre. A la pregunta de cuánta autonomía estamos dispuestos a ceder, respondo: la necesaria, siempre y cuando no se vulneren derechos individuales (naturales) en pos de un Bien Común, que ni sabios como Santo Tomás, Bentham, o Mill han sabido conceputar, o establecido los parámetros morales para extraerla de la inocuidad.

Los temas referidos a la bioética presentan un riesgo latente, con la necesidad imperiosa de conciliar un modo de regulación prudente y responsable que no afecte el avance científico; empero, no ponga en peligro la esencia misma de los seres humanos; v.g. las consecuencias sociales de la eugenesia, la clonación, el transplante de órganos, la fertilización in vitro, etc.

El resultado del uso excesivo puede generar "el comienzo de un futuro pos-humano", como advierte Francis Fukuyama^[29].

Que los científicos menos preocupados respecto de la regulación aludida, por su afán de desarrollo, no los exime de una aplicación (científica) responsable.

Una legislación coherente con Principios consensuados y respetados a nivel universal es un buen comienzo. Como sugiere Manuel Atienza^[30], debe juridificarse la bioética, en orden de ponderar principios contrapuestos. Así encontramos la ética principista de Beauchamp y Childress, la tópica o casuística de Jonsen o Toulmin^[31], o la de "fundamentos jerarquizados" - ética de mínimos y máximos de Diego Gracia^[32]. Con distintos matices, los criterios éticos pugnan por el respeto de los derechos individuales.

La conformación de reglas -particulares- para aplicar subsidiariamente (a los principios) respecto del consentimiento, intervención judicial, interés de los niños, calidad de vida, clonación, mapa genómico, etc., resultan un complemento necesario; la asistencia del Derecho debe intensificarse.

En resumen del tema central: considero necesaria una aplicación unificada del criterio legal de "muerte", de modo de hacer operativa nuestra LTO y obtener un consenso social; al menos, hasta que la ciencia vuelva a desafiarnos. La mayoría de los países ha receptado con aprobación el criterio de muerte cerebro-encefálica. Si nos posicionamos en una postura restrictiva, ningún concepto de muerte resulta adecuado, toda vez que por su implicancia, excede cualquier definición (científica). En definitiva, los individuos conciben a la muerte de diversas maneras, por lo que requiriendo el consentimiento a los fines de la donación, se excluyen lineamientos que pudieran vulnerar nuestra autonomía. Entiendo que la donación de órganos es un acto supererogatorio -ref. propiedad del cuerpo-, por lo que la negativa no vulnera derechos de terceros receptores. Sin embargo, así como aceptamos restricciones que permiten la convivencia social, no dudo que una campaña responsable contribuya a fomentar la solidaridad entre conciudadanos.

Por lo expuesto, encuentro objetable la figura de "donante presunto" contemplada en la LTO; extremo ya criticado en los capítulos precedentes.

Por último, se presenta débil el argumento que se opone a las prácticas transplanto-lógicas en razón del posible riesgo médico, atento las comprobaciones empírico-estadísticas que rechazan esa plana. Es posible que las respuestas puedan buscarse en el entramado socio-cultural.

Verbigracia, la totalidad de las ideas expuestas en el presente trabajo devienen abstractas si no son complementadas con una política de Educación responsable que adoctrine a la sociedad en materia transplanto-lógica. Independientemente de si la donación constituye un acto supererogatorio-altruista, o un acto debido, es necesario concienciar al pueblo sobre su necesidad, encausando su voluntad (no como donante presunto, ejerciendo una carga pública innecesaria y fútil) en orden de disipar los mitos y temores existentes. La ignorancia se suple con educación (información): la educación debe entenderse como promotora de esperanzas.

En suma, la idea del presente trabajo fue presentar los distintos dilemas o interrogantes surgidos de nuestra LTO, y su relación con el momento en que se determina la muerte de los individuos. Asimismo, se refirió a los aspectos y valores que apareja la temática científica, en los que se enfrentan principios éticos y derechos fundamentales, conjuntamente con la presentación empírica de los problemas que genera la escasez de órganos. Se puntualizó, además, en la importancia de la educación como conductora de la toma de conciencia social.

Una solicitud: la investigación, al igual que las esperanzas de los actores de esta problemática, no debe cesar.

Sobra decir que las consideraciones vertidas no son absolutas e invitan a seguir reflexionando:

"Nada es tan incierto como la eficacia de la moral en los temas científicos" (Anatole France); sin embargo, vale recordar que la especie humana merece ser conservada.

"La medicina ha salvado la vida de la ética...pero se la ha puesto mucho más difícil".

Stephen Toulmin, How Medicine Saved Life of Ethics.

Bibliografía

- BEAUCHAMP, TOM Y CHILDRESS, JAMES. PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS, OXFORD UNIVERSITY PRESS, LONDRES, 1989.
- FUKUYAMA, FRANCIS. OUR POST HUMAN NATURE, FARRAR, STRAUS AND GIROUX, NEW YORK, 2002.
- GRACIA, DIEGO. PROCEDIMIENTOS DE DECISION EN ETICA CLINICA, EUEDEMA, MADRID, 1991.
- HIGHTON, ELENA Y WIERZBA, SANDRA. RELACION MEDICO PACIENTE: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, ASTREA, BUENOS AIRES, 1999.
- JONSEN, ALBERT Y TOULMIN, STEPHEN. THE ABUSE OF CASUISTRY. A HISTORY OF MORAL REASONING, BERKELEY-LOS ANGELES-LONDRES, UNIVERSITY OF CALIFORNIA PRESS, 1988.
- KANT, IMMANUEL. LA METAFISICA DE LAS COSTUMBRES, TRAD. POR ADELA CORTINA ORTS, TECNOS, MADRID, 1989.
- MORELLI, MARIANO. JORNADAS INTERDISCIPLINARIAS, ROSARIO, 1996.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. ETICA Y DERECHOS HUMANOS, ASTREA, BUENOS AIRES, 1989.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. INTRODUCCION AL ANALISIS DEL DERECHO, ASTREA, BUENOS AIRES, 1980.
- RAKOWSKY, ERIC. EQUAL JUSTICE, CLARENDON PRESS, OXFORD, 1991.
- RAWLS, JOHN. TEORIA DE LA JUSTICIA, FONDO DE CULTURA ECONOMICA, MADRID, 1979.
- VAZQUEZ, RODOLFO. BIOETICA Y DERECHO (COMP.), ITAM - FONDO DE CULTURA ECONOMICO, MEXICO, 1999.
- GARZON VALDES, ERNESTO. CONSIDERACIONES ETICAS SOBRE TRANSPLANTES.
- ATIENZA, MANUEL. JURIDIFICAR LA BIOETICA.
- YUNGANO, ARTURO. LA LEY N° 21.541 DE TRANSPLANTES DE ORGANOS HUMANOS, ED 76-779.

Notas

- [1] La LTO establece en su art. 15: "...Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos".
- [2] C. S. Nino, en *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980; nos sintetiza la idea: "La dificultad básica de la vida humana está dada...por el hecho de que los recursos son escasos para satisfacer las necesidades de la gente, que los intereses pueden estar en conflicto..., que cada individuo es dependiente de los demás, y vulnerables...no están dispuestos a cooperar..., sino que serán proclives a interferir, a veces hostilmente, con la satisfacción de los intereses de otro...".
- [3] En EE.UU. se ha conformado un Comité para la Definición de la Muerte: "Una persona está muerta cuando ha sufrido una pérdida total e irreversible de la capacidad para integrar y coordinar todas las funciones el cuerpo -físicas y mentales- en una unidad funcional".
- [4] Ley 21.541, publicada en B.O. 4/3/1977 [ED 72-845].
- [5] Entre los trabajos surgidos en torno a la problemática de la ley 21.541, puede verse Yungano, Arturo, La ley N° 21.541 de trasplantes de órganos humanos [ED 76-779].
- [6] Dr. Morelli, *Jornadas Interdisciplinarias*, Rosario, 1996.
- [7] Ley 24.193, publicada en B.O. 26/4/1993 [EDLA, 1993-A-47].
- [8] Es necesario que la persona (moribunda) presente signos vitales (ej. necrosis no avanzada o, tratándose del corazón, que este continúe latiendo).
- [9] Ref. nota pie de página nro. 16.
- [10] La proposición plantea la confusión que surge al conceptualizar a la muerte como "un proceso". SAN AGUSTIN enseñaba que de algún modo hacia la muerte nos dirigimos desde nuestro nacimiento.
- [11] Dr. Morelli, loc. cit.
- [12] Este caso fue expuesto por Irving S. Wright, en una conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Medicina de los EE.UU.
- [13] Véase Beauchamp y Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 3ª Ed., 1989, Cap. 3. La definición de autonomía adoptada, es la propuesta por los autores mencionados: "respeto por las decisiones" (delimitadas por el perjuicio a terceros - derechos de terceros).
- [14] La LTO dispone en su art. 20: "...Todo funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas estará obligado a recabar de las personas capaces mayores de dieciocho (18) años que concurren ante dicho organismo a realizar cualquier trámite, la manifestación de su voluntad positiva o negativa respecto del otorgamiento de la autorización a que se refiere el artículo anterior, o su negativa a expresar dicha voluntad. En todos los casos el requerimiento deberá ser respondido por el interesado". El art. 21 establece a quiénes corresponde la decisión cuando el interesado no puede manifestar su voluntad -juicio sustituto-, sin contemplar mejor calidad de vida u otras variables que considero necesarias para un mejor accionar.
- Para un mayor conocimiento sobre el tema, puede verse E. Highton y S. Wierzbica, *Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- [15] La analogía con la eutanasia se funda en la posibilidad de polemizar sobre la legalidad de la donación.
- [16] C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Bs. As., 1989. Este autor ofrece la siguiente definición de dignidad: "el Hombre debe ser tratado según sus intenciones, deseos o manifestaciones de consentimiento".
- [17] JUAN PABLO II, *Enciclica Evangelium Vitae*, nro. 15.
- [18] Véase Beauchamp y Childress, op. cit. Estos autores redefinen los principios del Informe Belmont: Autonomía, Justicia, No Maleficencia, Beneficencia.
- [19] Cfr. con E. Durkheim, quien utilizaba el término "suicidio altruista" para referir situaciones que posicionaban al ser humano como medio en pos del Bien Social.
- [20] Véase I. Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 283.
- [21] La discusión se centra sobre dos teorías: dominio imperfecto: cuerpo sagrado que excluye la libre disposición (propiedad pública) vs. dominio perfecto: cuerpo como propiedad del individuo (privada).
- [22] Véase Beauchamp y Childress, op. cit, cap. 6. Refiero a la "justicia distributiva", conceptualizada por Rawls, John en *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979: Igualdad y Equidad.
- [23] No pocos científicos adoptan la clasificación de vida material o inmaterial -idea de alma-, extremo de comprobación imposible.
- [24] Ref. nota pie de página nro. 14 in fine.
- [25] Véase E. Rakowski, *Equal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pág. 175. El riesgo de complicaciones es muy reducido: 1/1 600 riesgo de mortalidad quirúrgica y 1.8 % trasplantes de riñón.
- [26] Véase Garzón Valdés, *Consideraciones éticas sobre el trasplante*, en *Bioética y Derecho*, comp. Rodolfo Vázquez, ITAM - Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 214.
- [27] Pueden aplicarse otros más generales: el principio de responsabilidad o prudencia (sopesar riesgos/beneficios), elaborados por Kaufmann.
- [28] Véase H.J.G.A. Eva Perón, *Discutiendo Bioética*, Buenos Aires, 2000, pág. 74.
- [29] Véase F. Fukuyama, *Our post human nature*, Farrar, Straus and Giroux, New Cork, 2002. Es interesante rescatar que este autor encuentra un fundamento utilitarista en la totalidad de las acciones humanas (adhiero a tal postura).
- [30] Véase M. Atienza, *Juridificar la Bioética*, en *Bioética y Derecho*, comp. Rodolfo Vázquez, ITAM - Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 64.
- [31] Véase A. Jonsen y S. Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A History of moral Reasoning*, Berkeley-Los Angeles-Londres, University of California Press, 1988.
- [32] Véase D. Gracia, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Madrid, Eudema, 1991, Cap. 2, pág. 33.