

Morelli, Mariano G.

*Extracción de órganos de cadáveres con fines de trasplante.
Voluntariedad y consentimiento presunto*

Vida y Ética. Año 10, Nº 2, Diciembre 2009

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

MORELLI, Mariano G., “Extracción de órganos de cadáveres con fines de trasplante. Voluntariedad y consentimiento presunto”, *Vida y Ética*, año 10, nº 2, Buenos Aires, (diciembre, 2009).
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/extraccion-organos-cadaveres-consentimiento-presunto.pdf>

Se recomienda ingresar la fecha de consulta entre corchetes, al final de la cita Ej: [Fecha de acceso octubre 9, 2001].

EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS DE CADÁVERES CON FINES DE TRASPLANTE. VOLUNTARIEDAD Y CONSENTIMIENTO PRESUNTO

*Ciudad de Buenos Aires,
viernes 18 de septiembre de 2009*

Dr. Mariano G. Morelli

- Abogado y profesor en Abogacía (Pontificia Universidad Católica Argentina -UCA-)
- Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral)
- Magíster en Desarrollo Humano (Universidad Libre Internacional de las Américas, Valencia)
- Doctorado en Derecho -tesis en elaboración- (Universidad Nacional de Rosario)
- Diplomado en Bioética (Universidad Católica de Chile)
- *Certificate Course in Bioethics* (Curtin University, Australia)
- Docente en carreras de grado y posgrado en diferentes Universidades (UCA, Universidad Aeronáutica, Universidad Nacional de Rosario, entre otras)
- Autor de cinco libros y decenas de artículos sobre cuestiones de Bioética, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho

Palabras clave

- Consentimiento presunto
- Voluntad
- Legislación

Key words

- Presumed consent
- Will
- Legislation

RESUMEN

El tema del llamado "consentimiento presunto" a los fines de habilitar la extracción de órganos cadavéricos ha suscitado debate e interés en ámbitos bioéticos y biojurídicos. Cuestiones como la del valor y significado del cuerpo y el cadáver, la relación entre el individuo y la comunidad, el papel de la voluntad y la libertad en las decisiones relacionadas con el propio cuerpo, tienen aquí especial relevancia. Varias leyes han tratado estos temas y distintos países se rigen por diferentes sistemas. La gran pregunta que recorrerá este trabajo se remite al papel y relevancia que se considera debe darse a la voluntad del difunto a la hora de disponer de sus órganos para trasplante.

ABSTRACT

"Presumed Consent" which makes it possible to use a corpse's organs for transplantation has raised both, debate and great interest in bioethics and bio-judicial fields. Subjects such as the value and real meaning of the body and the corpse, the relation between individual and community, will and freedom to take decisions in relation to one's body have special relevance. Several laws have dealt with these subjects and different systems have been put into practice in different countries. The great question that will be present all along this piece of work is about the role and relevance of an individual's decision about organ donation after his death.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los trasplantes de órganos ha suscitado debates y polémicas entre bioeticistas y juristas. En cuanto a la extracción de órganos cadavéricos, han sido tres los temas más discutidos: el problema del diagnóstico y certificación de la muerte, la necesidad de consentimiento para poder proceder a la extracción, y la posibilidad de trasplantar algunos órganos que comprometen aspectos relacionados con la identidad del ser humano (testículos, ovarios, tronco cerebral).

Este trabajo se enfocará únicamente en una de tales cuestiones. La gran pregunta que recorrerá este trabajo se remite al papel y relevancia que se considera debe darse a la voluntad del difunto a la hora de disponer de sus órganos para trasplante.

El tema se relaciona con profundos fundamentos antropológicos, filosóficos, éticos y jurídicos, y no resulta sencillo de abordar en el contexto cultural predominante en las sociedades occidentales. Esto último porque la vigencia de éticas liberales e individualistas por un lado, o utilita-

ristas y hedonistas por el otro, enturbian un abordaje realista sobre la temática.

En efecto, la ética liberal e individualista consagra una exaltación desmedida de la libertad individual y una negación de deberes de solidaridad, lo que suele dar al consentimiento no sólo su lugar razonable sino un papel desorbitado.

Por el otro lado, la ética de base utilitarista y hedonista reduce los análisis éticos a un simple cálculo de consecuencias, lo que prescinde a veces del debido respeto a cualquier ser humano y su dignidad individual, fácilmente deriva en el colectivismo (los derechos más inviolables de cada sujeto quedarían a merced del interés mayoritario), y hace de la salvación de la vida el criterio determinante de cualquier valoración moral.

La primera (liberal e individualista) es incapaz de advertir que resulta razonable exigir a las personas, en alguna medida, que colaboren con las necesidades de las otras. La segunda (utilitarista y hedonista), imposibilitada de considerar la ilegitimidad de pensar a un ser humano como mero objeto o instrumento en interés de otros. Dos tópicos relevantes para un análisis integral y equilibrado de un tema tan complejo como el que se va a abordar.

2. MARCO CONCEPTUAL

Con lo dicho se puede advertir desde ya que la respuesta a este tema depende íntimamente del marco fundamental desde el cual se lo piensa. Como en otras oportunidades, las reflexiones se inspirarán en una perspectiva *biojurídica* personalista (que reconoce la dignidad inviolable de toda persona), *jusnaturalista* (que admite la existencia de exigencias de justicia no impuestas por el ser humano sino connaturales a él), y *solidarista* (que recoge el deber de todos de contribuir al bien común).

Con tal inspiración se pueden reconocer dos tesis fundamentales que deben tenerse en cuenta para reflexionar sobre este tema:

- El cadáver no es una persona, y consiguientemente el tratamiento del mismo no está sujeto a las mismas regulaciones éticas y jurídicas que las relaciones interpersonales. Pero el cadáver fue parte constitutiva y consustancial de una persona. Parece razonable por ello admitir cierto respeto por las decisiones de las personas respecto del destino de su cadáver, como una manifestación *post mortem* de su dignidad, libertad y responsabilidad personal.

- La persona no es sólo un elemento de la sociedad, tiene una dignidad propia y específica. Pero ello no obsta a que resulta razonable exigirle el cumplimiento de deberes de solidaridad para con quienes comparte la comunidad humana. Y esta solidaridad se pone de manifiesto también poniendo a disposición de los otros el propio cadáver.

En el marco de estas tesis, creemos que no resulta sencillo llegar a conclusiones ciertas en cuanto a si debe considerarse necesario el consentimiento explícito en vida del difunto para proceder a la extracción de sus órganos. Entendemos que hay argumentos de peso en ambos sentidos y por eso que la cuestión resulta sumamente opinable.

3. UN CASO HISTÓRICO PARA REFLEXIONAR

Quizás resulte interesante para introducirnos en la consideración de nuestra temática referir a un caso histórico en principio ajeno a la Bioética, pero que permitirá advertir algunos principios importantes.

Pongamos nuestro pensamiento en uno de los grandes próceres argentinos, Manuel Belgrano. Creador de la bandera nacional, vocal de la Primera Junta, general del ejército del Norte, modelo de hombre íntegro. El día de su muerte es feriado nacional y en esa fecha se recuerda la cre-

ación de la bandera. Pero, ¿qué tiene que ver con el tema que aquí se trata?

Es sabido que en la ciudad de Rosario se erige uno de los monumentos más espectaculares del país, el Monumento a la Bandera. Una construcción de más de 500 metros cuadrados, con una torre de 72 metros de altura, rodeado por un parque de varias hectáreas. Ese monumento, inaugurado el 20 de junio de 1957, cuenta con un mausoleo dedicado a Manuel Belgrano, con instalaciones pensadas para albergar su cadáver. Pero el cadáver de Belgrano no está allí. Descansa en el Convento de Santo Domingo, en la ciudad de Buenos Aires. ¿Por qué? Por respeto a la voluntad del difunto, quien dejó escrito en su testamento su deseo de que *"mi cuerpo, amortajado con el hábito de patriarca de Santo Domingo, sea sepultado en el panteón que mi casa tiene en dicho convento"*.

El caso nos permite realizar reflexiones interesantes. Sin duda, sería más "útil" trasladar sus restos mortales al monumento. Sería más visitado, honrado y conocido que donde se encuentra. Pero aun así, y pese a que el prócer no podría ya hacer nada contra una decisión contraria, se lo mantiene donde está. Pero no respetar su última voluntad suena irrespetuoso frente a alguien que hizo tanto por el país. Tanto, que se antepone esa voluntad al interés social presente en el traslado. Probablemente, la solución sería diferente si hubiese una uti-

lidad pública especial, como sería el caso si fuera necesario demoler el convento para una obra pública. En tal contexto, sería razonable pensar que se decidiera mudar los restos mortales. Pero mientras no exista una necesidad apremiante, se prefiere respetar su testamento.

Se percibe así cómo el respeto por la memoria de los difuntos exige dar cierto lugar a su voluntad en cuanto al destino que tendrá su cadáver.

4. EL CADÁVER

Como se ha adelantado, el cadáver (y sus partes) no es una persona, y por eso no resulta razonable extender automáticamente a éste los principios éticos que gobiernan la relación con las personas. Utilizar una persona en exclusivo interés de otra es inaceptable. Al contrario, procurar que los objetos y las cosas beneficien a las personas es un imperativo ético. Y en alguna medida esto último debe ser aplicado al cadáver.

Sin embargo, tradicionalmente se reconoció que lo único que era lícito hacer con un cadáver era sepultarlo. Incluso las mismas autopsias fueron moralmente

cuestionadas por la cultura dominante hasta no hace mucho. Con el tiempo se admitieron algunas potestades del difunto, de sus familiares o de las autoridades, respecto del mismo. Y el avance médico se abrió paso rápidamente generalizando las prácticas experimentales, las autopsias, y recientemente las ablaciones con fines de trasplante.

Pero son numerosos los ordenamientos jurídicos que carecen de disposiciones expresas relacionadas con la naturaleza y disposición del cadáver, por lo que termina regido por normas derivadas de la costumbre y la jurisprudencia. Es el caso de la Argentina.

Se suele reconocer cierta potestad de la persona en vida para fijar su última voluntad respecto de su futuro cadáver. Por ejemplo, disponiendo dónde debería ser sepultado, [1] voluntad atendible mientras no atente contra principios más importantes. También se ha reconocido a los parientes la potestad de definir cuestiones relacionadas con el entierro, [2] impedir intromisiones de terceros o abusivas del Estado, o que se tergiverse la voluntad del difunto. Pero la naturaleza y vinculatoriedad de tales potestades se encuentra discutida, siendo consideradas por algu-

[1] BELUSCIO, Augusto y ZANONI, Eduardo, (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias Comentado - Anotado - Concordado*, tomo 8, Buenos Aires, editorial Astrea, 2001, p. 788.

[2] Por ejemplo, lo prevé el art. 13 del Código Civil del Perú.

nos como un verdadero derecho de los familiares, pero por otros autores como un interés legítimo que no se traduce en un verdadero derecho exigible en todos los casos.

La naturaleza jurídica del cadáver continúa siendo materia de debate, [3] en particular cuando no se encuentra prevista una categoría en los ordenamientos civiles que lo encuadre adecuadamente. Algunos autores entienden que se trata de una cosa como cualquier otra, de la que incluso podría disponerse onerosamente. Otros la contemplan como una cosa fuera del comercio, hablando incluso de una "cosa personalísima". La doctrina predominante lo concibe -acertadamente, nos parece- como un objeto material fuera del comercio, que no tiene valor económico, y no puede ser objeto de derechos personales o reales. De tal manera se lo reviste de cierto halo de "sacralidad" que lo excluye de operaciones mercantiles.

Pero esa cierta sacralidad que se reconoce al cadáver se suele perder cuando el cadáver corresponde a sujetos no identificados. En tales casos, no habiendo memoria que guardar ni sentimientos de piedad de familiares que preservar, el cuerpo se suele cosificar separándolo de la persona

en vida, y sus huesos y órganos son utilizados, sobre todo con fines científicos y didácticos, [4] disponiéndose de ellos incluso, en algunos casos, a título oneroso.

La jurisprudencia argentina esporádicamente se ha ocupado de la materia, [5] señalando que:

- Una vez producida la muerte de una persona los restos se convierten en un bien material que está fuera del comercio, pero que, como los demás derechos personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas pudiéndose disponer dentro de ciertos límites. De modo que debe indemnizarse a los padres del niño cuando un establecimiento asistencial extravió su cadáver (Cámara Nacional Civil, sala F, 24 de marzo de 1980).
- Las disputas sobre la posesión del cadáver deben tomar en cuenta principios generales del Derecho más que normas sobre propiedad y posesión (Cámara en lo Civil, sala F, 1969).
- Si no hay manifestación expresa de voluntad de cremación, la voluntad de los parientes que desean sepultarlo debe prevalecer sobre la de los más próximos que optan por cremarlo.

[3] Cfr. SAGARNA, Fernando, *Los trasplantes de órganos en el Derecho*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1996, pp. 208 y ss.

[4] Por ejemplo, ver el Código Civil de Colombia de 1979, art. 528.

[5] Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, 4ª ed., Buenos Aires, editorial Lexis Nexis, p. 77.

5. EL DESTINO DEL CADÁVER

La cuestión de cómo debe decidirse el destino que va a darse a los restos mortales del difunto presenta diversas alternativas y posiciones.

Puede concebirse, por un lado, que existe un derecho de disposición que debe ser ejercido en vida por el difunto. Sería como una forma de dar cierta continuidad o sobrevida a manifestaciones de la persona más allá de su defunción. Claro, no faltan quienes conciben que habiendo ya fallecido, sus actos en vida han perdido valor y no debería otorgárseles reconocimiento jurídico. Pero el ordenamiento reconoce, en otras áreas, "actos *mortis causa*" que si bien se realizan en vida, no tendrían sentido si su voluntad no se respetara después de la muerte (la misma Constitución Nacional reconoce el derecho "*a testar conforme a las leyes*"). ¿Qué sentido tendría un testamento cuyo valor desapareciera una vez fallecida la persona? Parte del deseo natural del ser humano de trascender a su muerte se manifiesta en la pretensión de que su voluntad respecto de algunos elementos suyos sea respetada incluso cuando haya dejado de convivir entre los mortales.

También se ha postulado que una vez fallecido ya no existe potestad del difunto respecto de sus bienes o su organismo, pero su lugar es ocupado por sus familiares, que son los que deben decidir respecto de ellos.

Aunque no faltan posiciones que indican que los familiares no tienen potestad legítima respecto de los órganos de sus parientes porque no forman parte de su herencia, y que debería ser la comunidad política, teniendo en cuenta razones de utilidad social, la que debe disponer de ellos.

6. DONACIÓN DE ÓRGANOS CADAVÉRICOS Y DERECHO NATURAL

Raramente se discute hoy en día la legitimidad de que una persona done sus órganos cadavéricos con fines de trasplante. En el pasado, cuando la cultura dominante rechazaba las mismas autopsias como formas de falta de respeto a los restos mortales, la cosa no resultaba tan clara.

Todavía resulta discutible la cuestión de si puede considerarse tal donación como una exigencia ética, es decir, si hay obligación ética de ser donante de órganos. Y más aún, específicamente, si puede considerarse esta obligación como de "justicia". Y de manera todavía más específica, si como ocurre con otras obligaciones de justicia puede en algunos casos procederse sin o contra la voluntad del sujeto obligado.

El abordaje del tema no es sencillo. Se debe distinguir, por un lado, el planteo desde el punto de vista objetivo: ¿existe obligación ética de ser donante de órga-

nos? Algunos autores responden afirmativamente considerando la cuestión bajo el prisma de la dicotomía entre "egoísmo" y "solidaridad": no ser donante sería un acto reprochable de egoísmo. Argumentan también que si se puede proceder incluso a prácticas más invasivas del cadáver aun contra la voluntad del difunto o sus familiares, con la finalidad de realizar autopsias tendientes a descubrir las causas de la muerte cuando existe interés público en juego, no debiéramos ser tan estrictos cuando lo que está presente es el interés de tantas personas que se beneficiarían con los órganos objeto de la extracción. Otros, en cambio, analizan los temores razonables que pueden tener los donantes respecto a la atención sanitaria que recibirían en sus últimos momentos de vida como justificantes de una negativa a expresar la voluntad de donar.

El profesor Lino Ciccone se ha manifestado por la respuesta afirmativa, [6] insistiendo en la existencia de una obligación ética de donar órganos, y citando en su favor el dictamen unánime del Comité Nacional de Bioética de Italia: "*Hay que adherirse a una ética que considere obligada la donación después de la muerte*". [7] Para argumentar en tal sentido, propone comparar el caso con el de quien encuentra personas en peligro próximo de morir de hambre y no

las auxilia, no existiendo riesgo para ella, pasando indiferente frente a ellos o incluso desechando alimentos o dinero. Señala expresamente que tal actitud equivaldría a decir: "Oyendo esos gritos de ayuda, responden: '¿Nuestros órganos?, que vayan a pudrirse a la tumba, pero para vosotros, ¡nada!'. Precisamente, eso es lo que ocurrirá: se pudrirán en la tumba inútilmente órganos que hubieran podido servir para salvar a alguien de una muerte prematura, o a restituir a otro la felicidad de una vida sana y libre, a volver a dar al ciego la alegría de ver los rostros de sus seres queridos y la belleza de la naturaleza. Todo rechazo se convierte en la muerte de alguien o en la prolongación para otros de graves sufrimientos... El rechazo es un gesto de incalificable maldad, un verdadero crimen. El no preocuparse, la indiferencia, es un reprochable y cínico egoísmo". [8] Aunque aclara que su valoración moral refiere a la dimensión objetiva, y no una condena a la persona que realiza tales conductas. Sobre todo, exime de culpabilidad a la familia que niega autorización para la extracción, en circunstancias tan difíciles como lo son las próximas al fallecimiento de un ser querido.

En el mismo sentido se ha escrito que "resulta claro que los beneficios del trasplante de órganos cadavéricos resultan tan grandes, y las razones para objetarlo

[6] CICCONE, Lino, *Bioética: historia, principios, cuestiones*, Madrid, editorial Palabra, 2005, p. 315.

[7] COMITÉ NACIONAL DE BIOÉTICA, *Donaciones de órganos con fines de trasplante*, 7 de octubre de 1991.

[8] CICCONE, Lino, *Bioética: historia, principios, cuestiones*, op. cit., p. 316.

tan claramente egoístas o supersticiosas, que deberíamos remover toda tentativa de buscar el consentimiento del fallecido o de sus familiares". [9] A nosotros no nos resulta tan clara la solución. El cadáver ha sido parte constitutiva del ser humano, relacionada con aspectos sumamente identificados con su mismo ser, y no estamos seguros que pueda considerarse equivocado a quien considera que no tiene obligación de aceptar su utilización por parte de otros seres humanos.

Se ha dicho en la misma línea que el cadáver, con todo el respeto que merece, ya no es portador de derechos; y consiguiendo el derecho de la persona enferma que necesita los órganos debe prevalecer sobre el interés de mantener íntegro el cadáver. Coincidimos en que el cadáver no es portador de derechos. Pero no creemos que pueda decirse que no practicándose la extracción se esté lesionando un derecho de quien necesita el órgano. Se debe distinguir lo que es una legítima expectativa, de lo que es un derecho, y como tal, algo exigible. Una persona puede necesitar un riñón, y tener un interés legítimo en recibir un riñón. Pero no tiene propiamente un "derecho" a reclamar un riñón, aunque sin él pudiese morir. Porque el derecho a la vida no incluye el de disponer de órganos que pertenecen o han pertenecido a otras personas.

Pero enfocado el tema desde la perspectiva de la dimensión subjetiva del donante, el abordaje ético es todavía más complejo. Porque aunque se conciba que verdaderamente existe una obligación ética de ser donante, quienes no donan podrían ser disculpados por circunstancias que les impiden conocer o cumplir adecuadamente tal exigencia, y que pueden remitir a sus cosmovisiones culturales (algunas tribus indígenas, por ejemplo, dan al cadáver un sentido diferente al predominante en occidente), o situaciones familiares (por ejemplo, la presencia psicológica que tiene la última "imagen" del difunto y su posible alteración con la extracción).

Entre quienes favorecen la utilización de órganos cadavéricos incluso prescindiendo de la voluntad del difunto o sus familiares, suele estar presente la explicación de que el interés social en procurar órganos debe prevalecer sobre el individual de preservar el cadáver. Pero creemos que se trata de una simplificación. Porque el bien común requiere del respeto por las exigencias éticas y la dignidad del ser humano y por eso una afirmación así presupone la previa conclusión acerca de qué grado de intervención al consentimiento del difunto o su familia resulta indispensable para garantizar el respeto debido a la dignidad de la persona y la importancia de la familia.

[9] HARRIS, J., *Clones, Genes and Immortality*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 125.

7. PRINCIPIOS PARA REGIR LA EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS CADAVERÍCOS

En el marco de un bioderecho personalista, jusnaturalista y solidarista, creemos poder identificar tres grandes principios a tener en cuenta para iluminar respuestas sobre nuestra temática:

- El respeto por cierto margen de libertad humana en la configuración de su proyecto de vida y su "proyecto de morir".
- El respeto por el principio de subsidiariedad y de la familia como célula básica de la sociedad.
- La primacía no totalitaria del bien común sobre el mero interés individual.

Creemos que cualquier solución debería atender, simultáneamente, a estos tres postulados. Pero vemos una pluralidad de soluciones susceptibles de considerarse respetuosas de ellos, por lo cual nos abstendremos de dar una resolución o definición única y unívoca. Presumir el consentimiento del paciente cuando existen indicios de éste, remitir la decisión a los familiares, requerir consentimiento expreso, por ejemplo, nos parecen todas soluciones en alguna medida compatibles con nuestro marco conceptual.

8. EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO DEL DIFUNTO: POSIBLES SOLUCIONES

Diversas son las respuestas posibles a la pregunta respecto del papel que debe otorgarse al consentimiento del difunto y/o sus familiares a la hora de proceder a la extracción de órganos cadavéricos con fines de trasplante.

Una es la de considerar que *sólo puede procederse a la extracción con previo consentimiento expreso del difunto*. Este consentimiento puede manifestarse cumpliendo algunos requisitos formales (forma escrita, instrumento público, etc.), o admitiéndose en su lugar que se recoja interrogando el testimonio de familiares o terceros.

Otra posibilidad es la de admitir que ante la ausencia de consentimiento del difunto, pueda recurrirse a la *autorización sustitutoria de sus familiares*.

Pero cabe aún la tesis que da menos intervención al consentimiento del difunto, concibiendo que *los órganos pueden ser objeto de extracción por la sola disposición legal*. En general para que sea posible tal disposición se exige la ausencia de voluntad negativa expresa del difunto, y a veces también la inexistencia de voluntad negativa expresa de sus familiares.

Según el lugar que dan a la manifestación de consentimiento del difunto, los sistemas jurídicos suelen ser clasificados en dos grupos principales o mayoritarios:

1. *Opting in*. En este caso, se procede a la extracción sólo ante consentimiento expreso favorable en vida del difunto o eventualmente de sus familiares. Es el que predomina en los Estados Unidos -excepción hecha de la extracción de córnea-, Inglaterra, Dinamarca, Japón.

2. *Opting out*. A diferencia del anterior, aquí la extracción tiene lugar ante la sola ausencia de oposición expresa en vida del difunto y, en algunos casos, de sus familiares. El prototipo de este sistema ha sido recogido por Austria, y lo siguen en alguna medida Bélgica, España, Francia e Italia.

Cada uno de estos sistemas tiene defensores y detractores, y los argumentos que ensayan a favor o en contra dan lugar a encendidos debates, que se reseñarán más adelante.

De todos modos, no siempre un sistema se defiende con los mismos fundamentos. Piénsese, por ejemplo, en el que autoriza a la comunidad política a disponer de los órganos sin requerir consentimiento expreso del difunto. En algunos casos, la solución se funda en la idea de que se trata de una manera sencilla y simplificada de manifestar la voluntad: quien

no se opone, tácitamente acepta. En última instancia se estaría apuntando, acertada o equivocadamente, a respetar la voluntad del difunto. Pero la misma solución puede defenderse con fundamentos diferentes, considerando que al fallecer la persona ya no tiene interés alguno y por ello la comunidad está legitimada para disponer de los órganos del difunto sin requerirse consentimiento.

Esta diversidad de fundamentaciones explica que el sistema *opting out* que se ha descrito resulte llamado a veces como del "consentimiento presunto", otras como de "consentimiento tácito", o en cambio, de "disposición legal". Sin advertirse muchas veces que se trata de ideas muy diversas.

Consentimiento tácito remite a una forma de expresar la voluntad. La persona expresa su deseo a través de su silencio.

Consentimiento presunto, conduce en cambio a las presunciones. Aquí no se trataría de una forma cierta de expresar la voluntad sino una manera de interpretar la voluntad según lo que se considera más probable en la generalidad de los casos.

Disposición legal, por otro lado, implica que la voluntad o consentimiento del difunto es irrelevante. La comunidad decide sobre sus órganos entendiendo que luego del fallecimiento ya no hay un sujeto de derechos sobre los mismos.

9. ¿CONSENTIMIENTO PRESUNTO?

Contra la solución que plantea la posibilidad de presumir el consentimiento se ha sostenido que el mismo no puede presumirse, ni tampoco la donación.

Las presunciones son recursos utilizados en Derecho cuando se toma como cierto lo que es probable que así sea. Se presumen, por ejemplo, hijos del marido los nacidos entre 180 días y 300 días antes de la separación o fallecimiento del cónyuge. Muchas veces estas presunciones admiten prueba en contrario (presunciones *juris tantum*), como un examen de ADN en el caso indicado.

Pero no deben ser confundidas con otro recurso jurídico, el de las ficciones, que toman como cierto lo falso, generalmente por alguna razón práctica. Por ejemplo, si diversos parientes fallecen en un mismo accidente, se considera que han fallecido simultáneamente a fin de evitar disputas sobre quien falleció antes y quien después, lo que podría alterar el derrotero de la herencia (art. 109 del Código Civil).

¿Es posible presumir el consentimiento? Se ha dicho que "consentimiento presunto" es una contradicción. No creemos que sea así. Cualquier hecho podría ser objeto de presunciones, en la medida en que resulten probables. Cuando el consentimiento tiene suficiente grado de probabilidad, puede ser razonable establecer una

presunción a favor del consentimiento, de modo que sea quien sostiene lo contrario el que deba probarlo.

Es obvio que establecer una presunción supondrá que existirán casos en los que no se ajustará a la realidad, casos que deberían ser minoritarios. Ahora bien, no se puede olvidar que en materia de actos personalísimos, como regla general, se recurre al consentimiento expreso y no al presunto, porque comprometen aspectos muy inherentes al ser humano.

En cuanto al uso del término "donación" para hacer referencia a la extracción de órganos cadavéricos, se debe notar que se trata de una calificación imprecisa. La donación es un contrato y, como tal, un acto entre vivos (cuyos efectos habrían de producirse en vida) y referido a contenidos patrimoniales, de valor económico. De allí que no puede aplicarse con propiedad a órganos cadavéricos. Además la regla general establece que los actos gratuitos (como las donaciones) son de interpretación restrictiva y no se presumen (el trabajo no se presume gratuito, prevé la ley de contrato de trabajo).

En virtud de lo dicho se podría afirmar que es posible hablar de presunciones en la materia, aunque se trate del consentimiento y de un acto que no busca contraprestación (gratuito). Pero siendo un acto personalísimo, que compromete aspectos íntimamente vinculados con dimensiones

profundas de la persona, deberían extremarse los recaudos para evitar que las "presunciones" no encubran verdaderas "ficciones". Cuando se está ante una persona que pertenece a una comunidad indígena, por ejemplo, cuya cultura confiere al cuerpo y al cadáver un significado peculiar, no parece razonable "presumir" que consiente la donación sólo porque no ha manifestado oposición.

10. CONSIDERACIONES CRÍTICAS CON RESPECTO A LAS POSIBLES SOLUCIONES

Los diversos sistemas ensayados para resolver el papel otorgado al consentimiento del difunto en la disposición de órganos cadavéricos son susceptibles de análisis y valoraciones de lo más complejos. Se recorrerán seguidamente algunas de las razones a favor y en contra de cada uno de ellos.

10.1. ¿Es legítimo prescindir de la voluntad del difunto para disponer de los órganos de su cadáver?

Los sistemas de disposición legal, como el de Austria, postulan la indiferencia respecto a cuál fue o habría sido el deseo del difunto respecto de sus órganos. Diversas argumentaciones apoyan esta solución. El difunto, luego de fallecer, carecería ya de derechos e incluso de intereses sobre su cadáver. Más aún, el interés del fallecido sería

menos relevante que el de quienes necesitan sus órganos para vivir. Además, el Derecho no debería amparar actitudes egoístas o individualistas como sería la de aquellos que rechazarán la donación. Incluso, otras intervenciones más invasivas sobre el cadáver se realizan sin necesidad de consentimiento (como en el caso de las autopsias). Por último, dar lugar a la decisión del paciente implica recoger la arbitrariedad y el capricho, como cuando se les admite que elijan qué órganos donar y cuáles no o con qué destino.

Lino Ciccone escribió que "no queda duda alguna que la manifestación del consentimiento por parte del sujeto constituye la solución óptima (...). Pero esta norma, en muchos Estados que carecen todavía de una cultura de la donación, se traduciría en una escasez grave de órganos disponibles, con la consiguiente pérdida de vidas humanas que podían ser salvadas. Así se configuraría una situación jurídica contradictoria y absurda, situando el respeto, no sólo de la autonomía, sino de la desatención e incluso del egoísmo, de algunos por encima del respeto y fundamental derecho, el derecho a la vida de los demás. Si, a continuación se reflexiona sobre el hecho que llega mucho más allá de la norma, adoptada universalmente, que autoriza la autopsia por motivos judiciales, sin necesitar el consenso de nadie, emerge otra paradójica antinomia jurídica". [10] No

[10] CICCONE, Lino, *Bioética: historia, principios, cuestiones*, op. cit., p. 317.

coincidimos con esta afirmación en la parte en que entiende comprometido el derecho a la vida de quien necesita el órgano. Como hemos dicho, tal derecho incluye el no ser privado de la vida y el tener acceso a los medios razonables de subsistencia, pero no incluye el reclamar órganos provenientes de otras personas. Quien necesita un órgano tiene un interés legítimo en recibirlo, pero no propiamente un derecho al mismo.

Enfrentando tales argumentaciones favorables, es posible identificar razones que conducirían a cuestionar esta prescindencia de la voluntad del difunto. Primero, aceptar que en muchos casos, si no en la mayoría, la negativa a consentir la extracción se basa menos en el egoísmo que en el temor de no recibir los cuidados adecuados ante la proximidad de una muerte posible. Incluso más: estas legislaciones podrían contribuir a incrementar tales temores.

Desde posiciones liberales se alega que el derecho no exige todo lo que es mandado por la ética, sino un mínimo. De modo que puede ser egoísta rechazar la donación, pero la generosidad no puede ser impuesta jurídicamente. Por nuestra parte, no coincidimos totalmente con esta tesis, porque ciertos deberes de solidaridad son exigidos por la justicia en cuanto integramos una comunidad y debemos buscar su bien común.

En relación con la comparación con las autopsias, se puede pensar que en ellas no se dispone de los órganos, sólo se los examina; y por eso no aparece como una afrenta a la libertad de la persona que se disponga de su cadáver sin su previo consentimiento. Y además, que se lo hace para esclarecer las razones de la muerte y eventualmente responsabilizar a sus autores, cosa que en general se cree respondería a los deseos del difunto.

Desde una perspectiva más sociológica, se insiste en que la disposición legal que prescinde del consentimiento implica el riesgo de que se abandonen las campañas para incentivar las donaciones (y con ellas el crecimiento del altruismo y la solidaridad), pues tales campañas ya no resultarían necesarias. Y además de ello el peligro de que poblaciones vulnerables, que por razones culturales y socioeconómicas no se plantean el asunto, terminen siendo instrumentalizadas, resultando que la mayoría de ablaciones provengan de cadáveres de personas de escasos recursos para ser trasplantados a sectores sociales más favorecidos: ablaciones en hospitales públicos y trasplantes en sanatorios privados.

10.2. ¿Es legítimo considerar el silencio como manifestación positiva de consentimiento para la extracción de órganos cadavéricos?

Como se ha señalado, el sistema *opting out* puede sustentarse en una línea de ar-

gumentación diferente de la anterior, que no rechaza la necesidad del consentimiento sino que considera al silencio como una forma de manifestarlo. Si las personas saben que de no manifestar oposición, sus órganos podrían ser objeto de extracción, entonces la ausencia de tal manifestación puede considerarse una manera simple y económica de expresar el consentimiento, descansando sobre la idea de que la mayoría sería donante sólo que no se toma el trabajo de dejar manifiesta esa voluntad. [11] El "consentimiento presunto" sería una de las formas en que puede expresarse el consentimiento para la extracción de órganos y tejidos. [12] Se ha dicho incluso que ambas formas "dan prioridad a la decisión que el fallecido hubiera tomado en vida, si bien difieren en la forma en que la persona exterioriza su voluntad sobre la donación". [13]

La posición se sustenta en encuestas que revelan que, en determinadas poblaciones, la mayoría de las personas desearían donar sus órganos. De modo que el sistema incurriría en menor número de errores presumiendo que quienes no formulan oposición admiten la donación, que si lo que se considera es lo contrario. A ello se suma el argumento de la economía registral: si es mayor el número de

personas que desea donar que el de aquellos que optan por la negativa, resulta más práctico y económico llevar registros de quienes se oponen y no de los donantes.

En el año 2000 la *British Medical Association* (BMA) alteró su posición previa y aceptó el consentimiento presunto, siempre que se asegure la posibilidad de oponerse a quienes están en contra de donar sus órganos. Sus argumentos fueron:

- Es razonable asumir que la mayoría de las personas desearán comportarse de manera altruista y ayudar a sus semejantes donando sus órganos cadavéricos.
- Los estudios muestran que la mayoría de las personas desearían donar los órganos pero pocas se inscriben en los registros, de modo que su apatía termina perjudicando a numerosos pacientes.
- Siendo que la mayoría de las personas desearían donar, lo razonable es exigir que se registren más bien quienes se oponen a hacerlo; lo cual además será más eficiente y económico.
- Instalar el consentimiento presunto provocará un mayor debate y conoci-

[11] MCLEAN, Sheila y WILLIAMSON, Laura, *Xenotransplantation: Law and Ethics*, Ashgate Publishing, Ltd., 2005, p. 13.

[12] LÓPEZ NAVIDAD, A.; KULISEVSKY, J. y CABALLERO, F., *El donante de órganos y tejidos: evaluación y manejo*, Barcelona, Ed. Springer - Verlag Ibérica, 1997, p. 211.

[13] RUIZ DE LA CUESTA, Antonio, *Bioética y derechos humanos: implicancias sociales y jurídicas*, Sevilla, edición de la Universidad de Sevilla, 2005, p. 123.

miento sobre la donación de órganos y un mayor diálogo familiar sobre el tema.

- Con el consentimiento presunto, la opción residual será la donación, y de ese modo se la alienta en la opinión pública.

En el fondo, tales consideraciones descansan sobre la idea de que de este modo se potencia el respeto por la autonomía individual. Los últimos cuatro son argumentos de base consecuencialista o utilitarista.

Encuestas realizadas en los Estados Unidos contribuirían a conclusiones semejantes, pues el 80% estaría de acuerdo con la donación de órganos, pero sólo el 5% suscriben documentos autorizándolo, [14] aunque otros estudios hablan de un 50% dispuesto a donar sus órganos. [15] De todos modos, la defensa de la libertad individual propia de la cultura norteamericana lleva a rechazar soluciones que admitan extracciones de órganos si no consta la voluntad positiva del difunto.

También son de peso las posibles objeciones a considerar el silencio como ma-

nifestación positiva de la voluntad de donar órganos cadavéricos. Se puede advertir, por un lado, que todavía son demasiados los que no desean manifestar su aceptación a la donación de órganos como para que el número de quienes guarden silencio se ajuste razonablemente al de quienes desean ser tenidos como donantes. En 1994, la Asociación Médica Americana observaba que "la pretensión de que el consentimiento presunto refuerza la autonomía individual es dudoso (...). Si el 69% de la población desearía donar sus propios órganos, entonces la presunción de consentimiento sería errónea en el 31% de los casos". [16]

La principal objeción contra el consentimiento presunto es que en los hechos puede encubrir situaciones en las que en realidad no exista dicho consentimiento. Especialmente entre jóvenes, que no tienen mucha conciencia de su propia muerte, el silencio debería considerarse más bien una negativa a donar. [17] Además, debería prescindirse de la presunción cuando la persona pertenece a grupos sociales que por diversas razones (desconocimiento, pautas culturales o religiosas, etc.) la vo-

[14] LÓPEZ NAVIDAD, A., KULISEVSKY, J. y CABALLERO, F., *El donante de órganos y tejidos: evaluación y manejo*, op. cit., p. 213.

[15] WEISSTUB, David N. y DÍAZ PINTOS, Guillermo, *Autonomy and Human Rights in Health Care: an International Perspective*, editorial Springer, 2007, p. 182.

[16] ASOCIACIÓN MÉDICA AMERICANA, "Estrategias para la obtención de órganos para trasplante", *Journal of the American Medical Association*, n. 272, (1994), p. 809.

[17] PRICE, D., *Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 113.

luntad de donar no resulte ampliamente mayoritaria. Se ha considerado por ello que el régimen del consentimiento presunto no es ético, porque no garantiza una válida expresión de voluntad; que debe ser sustituido por importantes campañas de concientización pública que resalten a la donación de órganos como un acto siempre espontáneo. [18]

Por otro lado, en el plano jurídico, sólo excepcionalmente el silencio se considera consentimiento, y en actos personalísimos sólo de manera muy excepcional. Una cosa es concebir que en caso de no ser contestada una intimación laboral dentro de las 48 horas o no ser rechazada una sanción disciplinaria laboral dentro de los 30 días se considerará al silencio como aprobación de la intimación o la sanción (art. 57 y 67 - Ley 20.744 de Contrato de Trabajo). Otra cosa, disparatada, sería considerar válido el matrimonio cuando uno de los cónyuges guardó silencio frente a la propuesta matrimonial del otro...

Además, se ha objetado que admitir el silencio como manifestación de voluntad positiva difunde la idea de que el Estado dispondrá de los órganos de la persona a su muerte, además de incrementar los te-

more y desconfianzas haciendo crecer la manifestación de voluntad negativa.

10.3. ¿Es razonable prescindir del consentimiento de los familiares del difunto cuando se decide la extracción de órganos cadavéricos?

Un recurso común en las legislaciones ante la ausencia de manifestación expresa del difunto es requerir el consentimiento de sus familiares.

Se ha defendido la solución argumentando que los familiares son lo que generalmente más se acercan a los criterios culturales del difunto y por eso su consentimiento es una manera indirecta de reconstruir el de aquél. Además, es razonable pensar que de este modo se contribuye a la vigencia del principio de subsidiariedad y al respeto por la familia como célula básica social. Además, saber que existirá una decisión familiar incrementa la confianza de las personas. Sin contar que se atiende también al interés de aquellos más afectados por la muerte de la persona.

Quienes defienden soluciones que prescinden de la intervención de los fami-

[18] SPAGNOLO, Antonio y SACCHINI, Dario, "Elementi di bioetica ed economia sanitaria", en SGRECCIA, Elio; SPAGNOLO, Antonio G. y DI PIETRO, Maria Luisa, *Bioetica: manuale per i diplomati universitari della sanità*, Italia, Instituto de Bioética / UCA, Vita e Pensiero, 2002, p. 562.

liares sostienen, por su parte, que el cadáver no pertenece a los familiares ni es un bien que integre la herencia. Que el momento de la muerte de un ser querido no es el indicado para requerir su consentimiento maduro y razonable, pues suelen encontrarse sumamente afectados. Y que la memoria de la imagen física del cadáver, argumento poco racional pero altamente influyente por el estado afectivo de aquéllos, puede conspirar contra su deseo de donar. "No es fácil para la familia del fallecido que dona, aceptar la mutilación del cuerpo que conlleva la extracción. Para la familia, el cuerpo del fallecido está representando su última imagen. Es muy importante por tanto que una vez terminada la extracción, se hagan todos los esfuerzos necesarios para que su aspecto sea reconstruido con la mayor fidelidad posible". [19]

11. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LOS ÓRGANOS DISPONIBLES PARA TRASPLANTE Y LAS ESTRATEGIAS COMUNES PARA CONSEGUIRLO

Sin dudas la cuestión que más impulsa el debate sobre el tema que se está abordando es la necesidad de obtener una mayor cantidad de órganos para atender la demanda.

Pero son diversas las estrategias disponibles con ese objetivo, sin que la prescin-

dencia del consentimiento del paciente resulte la única exitosa. Entre tales estrategias se pueden mencionar:

1. Campañas públicas a favor de donación.
2. Implementación de la obligación de interrogar a las personas sobre su voluntad de donar cuando realizan determinados trámites (ante el Registro Civil, por ejemplo; o al emitir su sufragio).
3. Fortalecimiento de los servicios hospitalarios de coordinación o procuración de órganos (estrategia exitosa en España).
4. Implementación de la disposición legal de los órganos, en virtud de la cual no se pregunta a nadie sino que directamente se recurre a la extracción de órganos cuando resultan útiles (es el caso admitido en países como Austria).

La última de las estrategias formuladas es la que ha recibido mayores cuestionamientos. No por su efectividad a la hora de procurar órganos -efectividad difícil de discutir-, pero sí por la imagen que presenta a la sociedad sobre el respeto debido al moribundo y al cadáver, dado que fácilmente transmite una visión utilitarista en la que las personas sienten que al morir se repartirán sus miembros sin la menor consideración.

[19] RUIZ DE LA CUESTA, Antonio, *Bioética y derechos humanos: implicancias sociales y jurídicas*, op. cit., p. 121.

La información sobre la utilidad de los sistemas de consentimiento presunto para obtener órganos es contradictoria. Algunos estudios revelan mayores tasas de extracciones de órganos en aquellos Estados que han adoptado el sistema, mientras que otros concluyen que no incide de manera determinante en la cantidad de trasplantes, que depende de otras variables. Se ha explicado esta escasa incidencia por el hecho de que en muchos casos, pese a reconocerse legalmente el consentimiento presunto, el personal médico consulta a los familiares, como ocurre en España. [20]

12. BREVE RECORRIDO POR EL DERECHO EXTRANJERO

Las soluciones recogidas por el Derecho extranjero muestran un abanico

sumamente variado y complejo. [21] Es posible sintetizarlas de la siguiente manera: [22]

a) *Sistema "opting in" o de consentimiento explícito*: se trata de Estados que sólo autorizan la extracción cuando existe manifestación positiva de voluntad del difunto. Es el caso de Chipre (para donación de córnea), Gran Bretaña, [23] Alemania, [24] Suecia [25] y Países Bajos [26] (del difunto o de sus familiares), Dinamarca [27] y Turquía (aunque admite presunciones de consentimiento). Es también el sistema predominante en los estados norteamericanos [28] y en Canadá.

En algunos casos se admite el consentimiento de parientes ante la ausencia de expresión escrita del difunto (Alemania, Finlandia, algunos estados norteamerica-

[20] WEISSTUB, David N. y DÍAZ PINTOS, Guillermo, *Autonomy and Human Rights in Health Care: an International Perspective*, op. cit., p. 183.

[21] Encontramos una síntesis en CIFUENTES, Santos, *Estudio jurídico civil sobre trasplante de órganos humanos*, volumen 1, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho, 29/08/2006.

[22] ARAMINI, Michele y DI NAUTA, Silvana, *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Paoline, 1998, p. 56; CALO, Emanuele, *Il testamento biologico*, Roma, editorial IPSOA, 2008, p. 201.

[23] *Human Tissues Act*, 2004. No existiendo consenso expreso del difunto, debe requerirse consentimiento de sus parientes más cercanos.

[24] Ley del 5 de noviembre de 1997. Prevé que de no existir constancia de voluntad favorable o contraria del difunto debe interrogarse a sus familiares sobre cuál habría sido su deseo, y en caso de no poder identificarse el deseo del difunto, se requiere el consentimiento de éstos para proceder a la ablación.

[25] Ley 190 de 1975. Puede procederse ante ausencia del consentimiento del difunto, si no existe objeción de sus familiares ni la intervención puede considerarse contraria a las ideas del difunto o de sus familiares cercanos.

[26] Aunque carece de una ley que regule la materia.

[27] Ley 402 de 1990. Debe existir consentimiento del difunto o consulta a sus familiares.

nos). O incluso, terminan definiendo los familiares aunque exista voluntad manifestada por el difunto. [29]

Por otro lado, en algunos sistemas la expresión de voluntad es totalmente facultativa. Pero en otros regímenes existe obligación de responder positiva o negativamente respecto a la extracción de órganos cadavéricos cuando realizan algunos trámites ante oficinas públicas.

b) *Sistema "opting out" o de consentimiento presunto*: estados que autorizan la extracción ante la inexistencia de manifestación expresa de voluntad contraria del difunto. Es el caso de Austria, [30] Noruega, [31] Portugal, España, [32] Suiza, Bélgica [33] para ciudadanos belgas (en caso de extranjeros se requiere consentimiento expreso positivo), Grecia (aunque la falta de oposición no se considera consentimiento en todos los casos), Luxemburgo (que exige

que la oposición sea por escrito), Francia, [34] Italia [35] y Singapur.

Mientras en algunos Estados no se exige siquiera notificación a los familiares, en otros se requiere informar a la familia sobre la extracción (Noruega, Finlandia, Suiza, España).

Como se observa, en Europa continental la legislación que admite la disposición legal o el consentimiento presunto es común, aunque no universal. En los países anglosajones, en cambio, suele requerirse el consentimiento expreso, con excepción del caso de las córneas.

En los Estados Unidos predomina la tesis del consentimiento expreso, pero desde mediados de la década de 1970 se fueron sancionando leyes que admitían el consentimiento presunto en materia de donación de córneas, como la ley de

[28] Que siguen la *Revised Uniform Anatomical Gift Act* de 1968.

[29] Así ocurre en la práctica en algunos estados norteamericanos, según George Patrick Smith, en ELGAR, Edward (ed.), *Distributive Justice and the New Medicine*, Cheltenham, Inglaterra, 2008, p. 97.

[30] Ley 273 de 1982. Puede procederse a la ablación cuando no existe oposición expresa del difunto. Según parece, es una tesis que hereda la posición histórica del país autorizando la realización de autopsias sin consentimiento alguno.

[31] Ley 6 de 1973. La ablación tiene lugar cuando existe consentimiento expreso del difunto, o no habiendo expresado voluntad, no existe oposición de sus parientes más cercanos.

[32] Ley 30 de 1979 y Decreto 426 de 1980. La ablación puede tener lugar si no existió objeción expresa del difunto, debiendo informarse a los familiares. En la práctica, sin embargo, no se aprovecha la presunción sino que se consulta a los familiares, obteniéndose altas tasas de donantes gracias a los servicios hospitalarios de procuración de órganos que dialogan con las familias.

[33] Ley 13 de 1986. La ablación tiene lugar cuando no exista oposición del difunto ni de sus familiares.

[34] Ley 1.181 de 1976 y Ley 654 de 1994. De no existir voluntad expresa del difunto, se consulta a los familiares quienes pueden testimoniar sobre la oposición del difunto. Como se observa, la consulta a los familiares es para conocer mejor la voluntad del difunto, no para expresar su propia voluntad.

[35] Ley 644 de 1975 y Ley 91 de 1999.

Mariland de 1975. Tales leyes admitían remover las córneas del cadáver si tal intervención no interfería en la investigación ni en la imagen exterior del cuerpo, y en la medida en que no existieran objeciones de los familiares del difunto. [36] Pero las legislaciones estatales vigentes no son uniformes en cuanto a la exigencia hacia las autoridades de extremar recaudos para ubicar a los familiares y requerir su consentimiento. Algunas no requieren ningún esfuerzo especial; otras, un esfuerzo razonable, o de buena fe; o una espera de cuatro horas e incluso de 24 horas antes de la extracción.

Excepcionalmente, legislaciones recientes admiten el consentimiento presunto también para otros tejidos diferentes de la córnea, siempre que se haya realizado un esfuerzo razonable por ubicar a los parientes e identificar la voluntad del fallecido. No han faltado casos en que los familiares, a los que no se ha podido ubicar previo a la extracción, han introducido luego demandas judiciales cuestionándolas. [37] Lo común es que las leyes que no exigen el esfuerzo de ubicar a familias sólo admitan extracción de cór-

neas o la glándula pituitaria, mientras que para otros tejidos se requiera de tal esfuerzo. [38]

En la causa *Powell vs. Florida* [39] la Suprema Corte estatal consideró constitucional la legislación sobre consentimiento presunto para la extracción de córneas, entendiendo que la cirugía de córneas era cada vez más eficaz y más demandada, que su extracción no altera la apariencia del cadáver, y que resulta menos intrusiva que una autopsia a la que se procede, en caso de ser necesario, sin consentimiento. Agregó que el 80% de los familiares no pueden ser ubicados, y que de todos modos no tienen un derecho de propiedad sobre el cuerpo de su pariente sino sólo un limitado derecho de posesión sobre el cadáver con fines funerarios.

La solución es diferente cuando existen constancias de oposición. En la causa *Kirker vs. Orange County* [40] se hizo lugar a la demanda de una madre que reclamó daños y perjuicios morales y psicológicos por la mutilación del cuerpo de su hija, al que se extrajeron los globos oculares pese a que en su historia clínica estaba regis-

[36] SANBAR, Shafeek S., *Legal Medicine*, 7a. edición, Elsevier Health Sciences, 2007, p. 213.

[37] Ídem.

[38] RANDOLPH, Mary, *The Executor's Guide: Settling a Loved One's Estate Or Trust*, 3a. edición, editorial Nolo, 2008, p. 35.

[39] Supreme Court of Florida. State of Florida, et al., Appellants, v. Wade POWELL, et ux., et al., Appellees. No. 67755. Oct. 30, 1986. Rehearing Denied Dec. 22, 1986.

[40] *Sandra Vee Kirker v. Orange County and Shashi B. Gore* (01/28/88), Court of Appeal of Florida, fifth district filed: January 28, 1988.

trado el rechazo a la donación de córneas.

Contrasta con tales consideraciones, a título de ejemplo, la situación normativa en Italia. La Ley 644 de diciembre de 1975 permitía ya la extracción de órganos de un cadáver si el fallecido no había manifestado en vida su oposición, y tampoco existía oposición de los familiares. Tal oposición, sin embargo, no resultaba válida frente a la necesidad de realizar una autopsia. La solución da cierto lugar a la voluntad del difunto y sus parientes, pero para algunos autores no resulta suficiente porque presume consentimiento si no existe oposición. Debe tenerse en cuenta que el Código Penal italiano, dentro de los delitos contra la piedad hacia los difuntos, incluye su uso indebido con fines experimentales o pedagógicos no amparados por la ley (art. 413). Se ha planteado que frente a la mera oposición de los familiares, el interés por el uso social del cadáver podría ser considerado prevalente y en este sentido amparada su extracción merced al justificante del estado de necesidad (art. 54 Código Civil italiano). [41] La norma del silencio como manifestante de consenso se encuentra también en la Ley 91 de 1999.

La legislación española es similar a la italiana. Prevé el consentimiento presunto,

pero aunque la ley no lo exige en la práctica se interroga a los familiares sobre la voluntad del difunto. En efecto, la Ley 30/79 dispone en su artículo 5.2 que "la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición". El Real Decreto 426/80 regula la forma de dejar constancia escrita de su oposición (art. 8), disponiendo que el personal médico, antes de proceder a la extracción, debe examinar si no existe oposición del difunto expresada en la ficha de ingreso al centro sanitario, o manifestada a algunos de los profesionales que lo atendieron, o en la documentación y pertenencias personales que tenía consigo; y exigiendo que si fuese posible se informe a los familiares sobre la necesidad y circunstancias de la extracción (art. 9).

El Consejo de Europa ha realizado una importante actividad tendiente a armonizar la legislación sanitaria en el continente, y en lo que refiere a trasplantes a garantizar la colaboración, la seguridad y evitar el lucro. Ya aludía a nuestra temática la recomendación 78/29, del 11 de mayo de 1978, que invita a los Estados miembros a favorecer la adopción del

[41] CELESTI, Renzo, "Attuali problemi medico-legali in tema di trapianti d'organi", en SGRECCIA, Elio y LOMBARDI RICCI, Mariella, *La vita e l'uomo nell'età delle tecnologie riproduttive: una domanda di sapienza e di agire responsabile: atti del 4o Convegno di studio "don Lorenzo Vivaldo"*, Savona, 1995, Vita e Pensiero, 1997, p. 46.

[42] ARAMINI, Michelle, *Introducción a la Bioética*, Bogotá, editorial San Pablo, 2007, p. 302.

consentimiento presunto para la donación de órganos cadavéricos en todos los casos donde no aparezca explícita la voluntad contraria del difunto. [42] Este criterio fue ratificado por la Conferencia de Ministros de Salud de Europa reunidos en París en noviembre de 1987. [43]

Tal posición, que recomienda pero no impone la adopción del consentimiento presunto, fue fundada por el Consejo de Europa con los siguientes argumentos: [44]

En Europa la mayoría de la población ha alcanzado un nivel socioeducativo suficiente como para acceder a la información necesaria en la materia y poder formular oposición si la tuviese, de modo que la falta de ella puede suponerse debida a la voluntad de donar.

Es necesario incrementar los donantes cadavéricos, dada la necesidad de órganos para trasplante y el riesgo que implica la donación en vida.

13. DERECHO ARGENTINO

En la República Argentina la Ley 21.541 no reconocía la figura del donante presunto, recurriendo al consentimiento del difunto o de sus familiares. Aquella

fue introducida años más tarde por la Ley 24.193, pero no llegó a tener vigencia práctica, la cual recién se concretó con la Ley 26.066 de 1996, reglamentada por decreto 1949/2006, sancionada pese a la oposición de importantes especialistas. Se van a recorrer brevemente sus disposiciones y derrotero legislativo.

13.1. La Ley 21.541

La Ley 21.541, con las reformas de la Ley 23.464, disponía que "toda persona mayor de 18 años, en pleno uso de sus facultades mentales, podrá disponer para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en otros seres humanos o con fines de estudio o investigación. La reglamentación promoverá formas y modalidades que faciliten la manifestación expresa, registro y constancia de esta voluntad" (art. 17).

La reglamentación precisó que el gobierno "a) realizará en forma permanente la adecuada campaña educativa (...); b) implementará las siguientes medidas: I) Que todo establecimiento asistencial público o privado obre, a los efectos de este artículo, como delegación del Centro Único Coordinador de Ablación e Implante de Organos (CUCAI) (...). II) Que esta ma-

[43] ARAMINI, Michele y DI NAUTA, Silvana, *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Italia, Paoline, 1998, p. 54.

[44] ARAMINI, Michelle, *Introducción a la Bioética*, op. cit., p. 305.

nifestación de voluntad pueda hacerse por telegrama o carta-documento, de carácter gratuito (...). IV) Todo oficial público nacional provincial o municipal encargado de otorgar documentación personal de identidad, carné de conductor o autorización para conducir cualquier clase de vehículo, actas ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas así como la inscripción a una universidad, incorporación a una obra social o de citación para el servicio militar, recabará del interesado la manifestación sobre la voluntad de donar todos o parte de sus órganos". Y además, dio intervención a los familiares previendo que "a los efectos de este título se establece el siguiente orden de familiares legitimados para la disposición, que se encuentren en el lugar del deceso, en pleno uso de sus facultades mentales, que regirá en ausencia de voluntad expresa del causante: a) el cónyuge conviviente; b) los hijos mayores de edad; c) los padres; d) los hermanos mayores de edad; e) los abuelos y nietos mayores de edad; f) los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive; g) los parientes por afinidad hasta el segundo grado. Tratándose de parientes del mismo grado, es suficiente el consentimiento de uno solo de ellos; sin embargo, la oposición de alguno de éstos eliminará la posibilidad de disponer del cadáver a los fines aquí previstos. El vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de documento público".

Como se puede observar, el sistema era sencillo: para que se proceda a la extracción debía existir constancia de voluntad positiva del difunto, y ante la ausencia de esta manifestación, podía solicitarse el consentimiento de los familiares, quienes serían interrogados sobre su voluntad de donar los órganos de su pariente.

13.2. La Ley 24.193

La Ley 24.193 introdujo una línea argumental diferente. De sus antecedentes parlamentarios surge que el principio fundamental rector de la reforma fue el de incrementar las ablaciones de órganos cadavéricos. Ello para reducir las ablaciones de órganos provenientes de donantes vivos sabiendo de los riesgos que éstas suponen para la salud del donante y manteniéndose la limitación de que debe tratarse de personas relacionadas por parentesco.

Inspirada en esos principios, la Ley 24.193 agregó a los dos supuestos previstos en la legislación anterior, el consentimiento expreso del difunto y el de sus familiares ante la ausencia de voluntad de aquél, un tercero: el de autorizar la extracción ante la ausencia de manifestación de oposición del difunto, posibilidad sometida a la condición suspensiva de que se realice una adecuada campaña previa de información que alcance un porcentaje mínimo de consultas (70%).

Obsérvense primero las disposiciones de la Ley 24.193 que recogen los dos criterios tradicionales (manifestación expresa del difunto o sus familiares):

"Toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá autorizar para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en humanos vivos o con fines de estudio o investigación. La autorización a que se refiere el presente artículo podrá especificar los órganos cuya ablación se autoriza o prohíbe, de un modo específico o genérico. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados todos los órganos o tejidos anatómicos del potencial donante (...). Esta autorización es revocable en cualquier momento por el dador; no podrá ser revocada por persona alguna después de su muerte" (art. 19).

"En caso de muerte natural, ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que se refiere el artículo 19 podrá ser otorgada por las siguientes personas, en el orden en que se las enumera, siempre que se encuentren en el lugar del deceso y estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales: a) el cónyuge (...); b) cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; c) cualquiera de los padres; d) cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; e) cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pa-

riente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive. Tratándose de personas ubicadas en un mismo grado dentro del orden que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas eliminará la posibilidad de disponer del cadáver a los fines previstos en esta ley" (art. 21).

"En caso de muerte violenta, no existiendo voluntad expresa del causante y ante la ausencia de los familiares referidos en el artículo anterior, la autoridad competente adoptará los recaudos tendientes a ubicar a éstos a efectos de requerir su conformidad a los fines de la ablación" (art. 22).

La ley incluía también una previsión un tanto confusa, pues consideraba que en caso de que tales familiares no pudiesen ser hallados era el juez el que debía autorizar la extracción. Pero omitía dar al juez herramientas o criterios para decidir sobre qué bases autorizarla... ¿Debía autorizarla en todos los casos en que se hayan cumplido los requisitos legales?, ¿debía intentar reconstruir la voluntad o deseo del paciente o sus familiares? La falta de previsiones sobre la materia hacía que muchas veces se dilataran las autorizaciones. En efecto, el art. 21 citado terminaba diciendo: "En ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se solicitará autorización para practicar la ablación. Será competente el juez ordinario en lo

Civil con competencia territorial en el lugar de la ablación, quien deberá expedirse dentro de las seis (6) horas de producido el deceso"; el art. 22, por su parte, afirmaba que "en caso de que no se localizara a los mismos en el término de seis (6) horas de producido el fallecimiento, deberá requerirse del juez de la causa la autorización para ablacionar los órganos y materiales anatómicos que resultaren aptos, cuando surja de manera manifiesta e indubitable la causa de la muerte y no exista riesgo para el resultado de la autopsia".

Podemos sintetizar el sistema de la Ley 24.193, hasta aquí descripto, de la siguiente forma:

La extracción y trasplante de los órganos cadavéricos resultaba lícita si:

- existió consentimiento previo del difunto, o en cambio;
- si no existiendo manifestación de voluntad previa del difunto:
 - brindaban consentimiento sus familiares más cercanos; o en su defecto
 - no habiéndose podido ubicar a los familiares, lo autorizaba el juez.

Pero la ley agregaba una nueva alternativa: la de autorizar la extracción de toda persona que no haya manifestado en vida su voluntad negativa. Sólo que para que opere tal autorización resultaba necesaria una consulta masiva, que hubiese llegado al menos al 70% de los ciudada-

nos mayores de 18 años, número que no se cubrió.

"A partir del 1º de enero de 1996 se presumirá que toda persona capaz mayor de 18 años que no hubiera manifestado su voluntad en forma negativa (...) ha conferido tácitamente la autorización (...). Los familiares enumerados (...) 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 (...) no menos del setenta por ciento (70%) de los ciudadanos mayores de 18 años ha sido consultado" (art. 62, Ley 24.193).

Se trataba así de una especie de cláusula gatillo: una vez alcanzado el 70% de las consultas ya podía procederse a la presunción de autorización. El recurso no dejó de ser cuestionado. Además de las objeciones generales que caben a la presunción de consentimiento, puede pensarse que este inicial 70% resulta insuficiente sin requerirse nuevas consultas en el futuro para determinar si el porcentaje de personas que aceptaban la donación o al menos que se han planteado la decisión se mantenía con el transcurrir del tiempo. Cabe destacar que la presunción de consenti-

miento no tenía valor si existía oposición de los familiares. De todos modos, son consideraciones abstractas porque no se alcanzó el porcentaje y la cláusula gatillo no llegó a activarse. De haberlo alcanzado, el sistema vigente hubiese autorizado la extracción si:

- existía consentimiento previo del difunto, o en cambio,
- si no existiendo manifestación de voluntad previa del difunto:
 - brindaban consentimiento sus familiares más cercanos; o
 - no existía oposición de sus familiares.

13.3. La Ley 26.066

La Ley 26.066 (1995) procuró recurrir sin más a la extracción de órganos de cadáveres provenientes de sujetos que no se oponían a la donación. Por eso, quiso sortear el escollo que significaba una condición suspensiva que limitaba la vigencia del instituto a una consulta que abarcara el 70% de las personas. Suprimió también el recurso al consentimiento de los familiares, reemplazándolo por un testimonio de los familiares sobre cuál entienden habría sido la voluntad del difunto.

En suma, la Ley 26.066 introdujo tres grandes reformas, a saber: [45]

- Autorizar la extracción de órganos ante la ausencia de voluntad negativa del difunto, no condicionada a que las campañas que se realicen verifiquen determinada cantidad o número de consultas.
- Convocar a los familiares para que brinden testimonio sobre su voluntad.
- Brindar la posibilidad de manifestar oposición gratuitamente a través del correo argentino.

En efecto, por medio del art. 19 bis., la Ley 26.066 prevé que "la ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz, mayor de 18 años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado. Este artículo entrará en vigencia transcurridos 90 días de ejecución de lo establecido en el artículo (...) 62 de la Ley 24.193".

Realizada la campaña de concientización, sin importar qué porcentaje de la población ha sido efectivamente consultado, entró en vigencia la autorización de extracción no existiendo constancia de

[45] Por ello, no coincidimos con Bertoldi de Fourcade, María Virginia, quien escribió que "*la reforma que nos ocupa es un mero 'retoque' que no genera ningún cambio sustancial*", en su trabajo *Consentimiento presunto. Reforma a la ley de trasplantes: ¿cambiar para que todo siga igual?*, Anales de Legislación Argentina, tomo 2006 - A, Buenos Aires, Editorial La Ley, p. 1344.

oposición, y siempre que sus familiares no den testimonio de su voluntad negativa: "En caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumera siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma. a) El cónyuge (...); b) cualquiera de los hijos mayores (...); c) cualquiera de los padres; d) cualquiera de los hermanos mayores (...); e) cualquiera de los nietos mayores (...); f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pariente consanguíneo hasta el 4to. grado; h) cualquier pariente por afinidad hasta el 2do. grado; i) el representante legal, tutor o curador. Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis. La relación con el causante y el testimonio de su última voluntad, serán acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las 48 horas la documentación respectiva, cuando correspondiere (...). En el supuesto de duda

sobre la existencia de autorización expresa del causante, el juez podrá requerir del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) o del organismo jurisdiccional correspondiente los informes que estime menester" (art. 21).

Como se puede observar, aquí se da intervención a los familiares ante la ausencia de manifestación del difunto, pero no para que expresen su consentimiento como en el régimen anterior, sino para que testimonien cuál habría sido el deseo del difunto. Modificación que nos parece válida; pero hubiese sido de desear que además se previese que, en caso de no poderse establecer el deseo del difunto, sean los familiares más cercanos los que deban autorizar la extracción.

13.4. Consideraciones sobre el tratamiento legislativo de la ley

El tratamiento legislativo de la ley dio lugar a la convocatoria de especialistas para que, durante el debate en comisión, brindaran su opinión sobre el instituto. Participaron del mismo la Sociedad Argentina de Trasplantes, la Asociación Médica Argentina, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, la Asociación de Jóvenes Indígenas de la Argentina, el Instituto de Bioética de la Universidad Católica Argentina, el Instituto de Bioética de la Universidad del Museo Social Argentino, el Ministro de Salud y el Director del INCUCAI.

Llamativamente, sólo estos dos últimos, parte orgánica del Gobierno, estuvieron de acuerdo con la iniciativa. Pero resultó cuestionada por todos los otros especialistas -cuestionamiento que no obstaculizó su sanción-. Tómese en cuenta, por ejemplo, la observación de "la abogada colla Viviana Figueroa, la representante indígena que lamentó que se resolviese desde arriba acerca de los órganos de nuestros hermanos aborígenes, sin tomarse el trabajo de consultarles acerca de sus creencias, y de sus reales posibilidades de emitir la declaración negativa. Para su etnia, por ejemplo, según explicó, la muerte sólo se entiende sobrevenida nueve días después del cese de las funciones cardíacas, razón por la cual no pueden estar de acuerdo con la donación trasplantológica". [46]

El debate parlamentario recoge, además, demasiadas confusiones sobre la materia a regularse. Aunque no refiere al tema del consentimiento sino a la determinación de la muerte, en la transcripción de la intervención de una legisladora se encuentran expresiones como la siguiente: "Es el médico quien decide. Puede declarar clínicamente muerta a una

persona que todavía respira y cuya sangre circula por sus venas. ¿Y los pacientes que reaccionaron luego de varios años de coma? La prensa ha dado cuenta sobre estos casos. La misma Iglesia Católica acaba de pronunciarse afirmando que aún en estado vegetativo hay vida". [47] Como puede observarse existe en la intervención una asimilación indebida entre la muerte cerebral y el estado vegetativo persistente. Confusión que se reitera en intervenciones de otros legisladores: "Existen sustanciales diferencias entre la muerte cerebral y la muerte natural. Hemos tomado conocimiento de numerosos casos, algunos de ellos de notoria trascendencia en los medios de difusión, de personas que se han mantenido durante varios años con vida a pesar de encontrarse en estado vegetativo y haberseles desconectado los medios artificiales de respiración". [48]

Se realizaron varias objeciones al proyecto de ley durante su trámite parlamentario. Algunas dieron lugar a modificaciones en el texto sancionado. Otras, en cambio, no resultaron recogidas por éste. Entre estas últimas se pueden mencionar las siguientes:

[46] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., "Con la mejor voluntad... (presunta). La reforma a la Ley de Trasplantes", *revista La Ley*, tomo 2006-A, Buenos Aires, (2006), p. 1273.

[47] Diputado Pascual M. Cappelleri, U.C.R., disidencia parcial al dictamen de comisión.

[48] Diputada María L. Chaya, P.J., Salta, disidencia parcial al dictamen de comisión.

- La consideración de una manifestación tácita como expresión de consentimiento da lugar a:

- Un avance indebido del Estado respecto de la autonomía y privacidad personal. [49]

- Una lesión a derechos personalísimos y a la libertad.

- Una discriminación de las poblaciones vulnerables, que terminarán siendo a la fuerza proveedoras de órganos para trasplante.

- Una marginación del papel de la familia, cuya voluntad no interesa sino sólo como testigo de los deseos del difunto.

- Que se admita el consentimiento presunto sin que se cumplan requisitos relacionados con la consulta a un número suficiente de la población.

- Que se tome como acreditado el parentesco a los fines de recabar testimonios sobre la voluntad del difunto con la sola declaración jurada del declarante.

- Que se habilite a jóvenes de 18 años para dar consentimiento cuando la mayoría de edad la adquiere recién a los 21 años.

En cambio, otras objeciones planteadas sí se tradujeron en modificaciones al proyecto original a fin de mejorar el que resultaría sancionado:

- Se estableció el carácter obligatorio y no facultativo de la consulta al testimonio de familiares (la redacción del proyecto original dejaba la idea de que consultar a los familiares resultaba una posibilidad y no una necesidad ante la ausencia de expresión de voluntad del difunto).

- Se ha reducido el número de personas cuyo testimonio es valorado como prueba de la voluntad del difunto (el proyecto original del Poder Ejecutivo refería también a cualquier familiar, relación de amistad, relación laboral, o quien hubiese estado con el causante al momento del deceso).

- Se introdujo la posibilidad de manifestación gratuita de oposición a través de correo argentino.

[49] No coincidimos totalmente con esta aseveración, pues la ley da amplia intervención a la voluntad del difunto manifestada expresamente o a través de sus familiares. "Es básico y elemental tener en cuenta que la Ley 24.193, ni siquiera con las reformas de la Ley 26.066 establece la procedencia de la ablación como un principio general, menos como paso ineludible. Lo primero a ponderar en tal sentido es la voluntad -expresa o referenciada- de la respectiva persona, siempre que al momento de su decisión hubiere sido mayor de 18 años y jurídicamente capaz" (AMARANTE, Antonio Armando, "El valor y la relevancia de la decisión de los familiares del difunto en orden a la ablación de órganos", *revista El Derecho*, tomo 221, Buenos Aires, p. 809).

14. CONCLUSIONES

Como ya se ha señalado, el tema es complejo y nos parece imposible dar una respuesta cierta y contundente sobre la licitud de recurrir al consentimiento presunto. Creemos que existen diversas soluciones compatibles con el respeto de lo justo y la dignidad de la persona humana. Que si bien es mejor recurrir al consentimiento expreso, no resulta irrazonable autorizar extracciones no mediando constancia de oposición, en la medida en que pueda presumirse la voluntad favorable del difunto y se dé intervención razonable a su familia. [50]

Pero más allá de ello merece la pena preguntarse por el grado de necesidad que tiene un instituto tan polémico. Piénsese que países que no lo tienen consagrado o lo tienen pero en los hechos no utilizan la

figura del donante presunto, consiguen tasas de extracción de órganos mayores que la Argentina (España 34/millón, EE.UU. 27/millón, el primero sin recurrir al donante presunto, el segundo sin preverlo legislativamente).

En el año 2005, Uruguay (con una tasa de 30/millón) y Argentina (de 10,8/millón) encabezaban las listas de donantes, pese a no disponer de consentimiento presunto en sus legislaciones.

De allí que las alternativas planteadas a una figura tan conflictiva y discutida, como la consulta obligatoria en actos electorarios, la ampliación de las situaciones en las que el ciudadano debe expedirse sobre su voluntad y el fortalecimiento de la figura de coordinadores o procuradores hospitalarios, parecen recursos que deben ser preferidos al elegido por la Ley 26.066.

[50] Un juicio mucho más contundente se encuentra en ANDRUET, Armando S. (h.), "Trasplantes de órganos entre la autonomía y la justicia: el consentimiento presunto", *revista El Derecho*, tomo 211, Buenos Aires, p. 641: "Pensamos que el principio rector en materia de trasplante de órganos y en lo que ha sido materia de esta contribución, resulta que la autorización de ser donante debe ser un acto expreso por parte de la persona que realiza la donación".