

Eduardo Rivera López, *Ética y trasplantes de órganos*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM/Fondo de Cultura Económica, México, 2001, 225 pp.\*

Si bien es cierto que los temas y los problemas que ocupan la atención de la bioética están de moda y que, en cierto sentido, según la célebre frase de Stephen Toulmin, “la medicina le ha salvado la vida a la ética”,<sup>1</sup> no por ello estamos en presencia de una nueva ciencia filosófica, ni mucho menos que la ética haya sido desplazada, o peor aún, sustituida por la bioética. Por ello es bienvenida la advertencia inicial del autor en el prólogo de su libro: la bioética “no es más que la disciplina ética de siempre ahora aplicada a estos temas [...]. Los temas tradicionales de la ética siguen teniendo, creo, vigencia, y tiene pleno sentido continuar luchando por que se reconozca la importancia de la discusión filosófica de esos problemas” (p. 7). No cabe duda de que los avances en la técnica médica representan un reto para las reflexiones éticas y, como dijera un ilustre filósofo británico, Richard Hare: “Si el filósofo de la moral no puede prestar su ayuda en los problemas de la ética médica, debe cerrar el negocio.”<sup>2</sup>

El libro de Rivera López debe leerse, entonces, en clave filosófica, en clave de ética y de ética aplicada. Desde este punto de vista, el problema de los trasplantes de órganos constituye sin duda uno de los temas más apremiantes y, por su misma problemática, un verdadero *test* para las grandes teorías éticas (por ejemplo, las teorías deontológica y consecuencialista, esta última especialmente en su versión utilitarista) y para los recurrentes problemas morales: la persona y la muerte, el consentimiento en sus diversas modalidades, la responsabilidad y el paternalismo, los criterios de justicia distributiva, etc. Además de la información actualizada sobre el tema, de la puesta al día en los debates más recientes sobre el mismo, la lectura del libro constituye un genuino placer por la elegancia en la exposición de sus ideas y por la argumentación fina, puntual e inteligente.

La estructura del libro es clara: parte de la distinción entre trasplantes *post mortem* y *ex vivo* después de dedicar un capítulo inicial (cap. I) al análisis y elección de algún criterio para distinguir personas vivas de personas muertas. El tema de los trasplantes de órganos *post mortem* se desdobra a su vez en los problemas éticos para su obtención (cap. II) y para su distribución (cap. III). Al problema de los trasplantes *ex vivo* se dedica todo el capítulo IV. Se cierra el estudio con dos apéndices: uno para tratar el problema de la política sanitaria en materia de trasplantes, y otro para los llamados “xenotrasplantes”, es decir, el trasplante de los órganos animales a los seres humanos.

La problemática, como se puede apreciar, es amplia, minuciosa en su tratamiento y compleja, imposible de abarcar en el espacio de que dispongo. Me limitaré

\* Presentación del libro leída el 28 de febrero de 2002 durante la XXIII Feria Internacional del Libro del Palacio de Minería. Agradezco a Paulette Dieterlen su invitación para comentar este reciente libro de Rivera López, amigo y profesor distinguido de la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires.

<sup>1</sup> S. Toulmin, “How Medicine Saved the Life of Ethics”, en J.P. De Marco y R.M. Fox (comps.), *New Directions in Ethics. The Challenge of Applied Ethics*, Routledge and Kegan Paul, Nueva York/Londres, 1986.

<sup>2</sup> R. Hare, *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 1.

a destacar algunas tesis y argumentos del autor concentrando mi atención especialmente en el capítulo II, es decir, en los problemas éticos para la obtención de órganos *post mortem*. Como dice el autor, quizás sea “éste el problema respecto del cual existe menos resistencia en aceptar que se trata de un problema centralmente ético (y ético-jurídico)” (p. 67).

La pregunta fundamental por resolver sería la siguiente: ¿qué tipo de derechos se deben conceder a la persona respecto de sus órganos, luego de su muerte? Se abren aquí tres posibilidades:

- a) que se le conceda un derecho de propiedad completo: modelo de mercado;
- b) que sólo se le conceda el derecho de donar. Aquí se abren ocho modelos posibles según se combinen tres variables con respecto al consentimiento: explícito o tácito, universal o condicionado (bajo la condición de reciprocidad), o con validez absoluta o restringida. En un extremo tendríamos entonces el modelo de donación con consentimiento explícito, universal y absoluto, y, en el otro, el modelo de donación con consentimiento tácito, condicionado y restringido;
- c) que no se le conceda ningún derecho en absoluto, ni a la persona (ni a los familiares), considerando a todos como donantes obligatorios: “modelo obligatorio”.

El autor critica, con razón, el modelo de mercado irrestricto, pero contra lo que pudiera esperarse a primera vista, no apela a argumentos deontológicos como el del carácter inalienable del propio cuerpo, o a argumentos consecuencialistas, siempre sujetos a una constatación empírica sólo verificable después de la aplicación del propio modelo. Para Rivera López:

No es la venta de órganos lo moralmente rechazable, sino el hecho de que, en un mercado libre, sólo aquellos que pueden pagarlos estarían en condiciones de recibir órganos. [...] No se trata de que esté intrínsecamente mal recibir algún incentivo (incluso económico) para dar órganos *post mortem* [...]. Lo que es incorrecto es que el acceso a los órganos dependa de la situación económica del enfermo. (p. 78).

Comparto esta afirmación. Ciertamente, no todo es obtenible por un precio. No pueden ser objeto de transacciones los bienes básicos, por ejemplo, los derechos humanos; pero esto no se aplica a la venta de órganos, a menos que se sostenga que cada parte del cuerpo es una entidad racional y autónoma: lo que es verdad del todo no necesariamente es verdad de cada una de sus partes. Más bien, lo censurable es el efecto de la explotación centrado en las circunstancias socio-económicas en que se realiza la venta; por lo tanto, si el donador mercantil se encuentra en estado de indigencia, ese estado de indigencia es lo moralmente reprochable. Por supuesto, se puede contrarrestar el modelo del mercado complementándolo con algún tipo de seguro estatal que garantizara la igualdad de condiciones de todos los asegurados. Si esto es factible, ya no estaríamos en un modelo de mercado irrestricto, sino, por ejemplo, en un modelo del club, sobre el que el autor volverá más adelante.

Rivera López rechaza también el modelo obligatorio según el cual, como se dijo, el consentimiento de la persona o el de los familiares no tiene ningún peso y, por lo mismo, todos estamos obligados a dar nuestros órganos luego de nuestra muerte. No resulta tan sencillo objetar este modelo. Sus defensores han echado mano de argumentos muy bien pensados del tipo *a fortiori* o han utilizado la vía del estado de necesidad justificante. Así, por ejemplo, si para practicar la autopsia en caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad la autoridad no da margen alguno al consentimiento de la persona o de la familia en aras de salvaguardar el valor de la justicia penal, *a fortiori* tampoco debe darlo cuando se trata de salvar la vida de una persona que requiere del órgano *post mortem* para salvar su vida. Si de lo que se trata es de proteger un bien jurídico más valioso, ¿por qué rechazar un sistema de dación de órganos obligatorio? Hay que tener en cuenta que en el modelo obligatorio no se trata de usar este tipo de argumentaciones para justificar excepciones a la regla general —por lo demás contempladas en cualquier legislación moderna—, sino más bien para invalidar la regla general y exigir la donación obligatoria por encima del consentimiento de la persona. Como resulta obvio, esta situación puede resultar poco atractiva para los miembros de una sociedad. La pregunta, entonces, es si puede argumentarse a favor de algún modelo que sin menoscabar la eficacia, es decir, que garantizando mejor el abastecimiento de órganos, sea menos agresivo con la autonomía de las personas. Ésta es la tarea que emprende el autor al repasar cada uno de los ocho modelos que se colocan entre los dos extremos: el del mercado irrestricto y el del obligatorio compulsivo.

No es posible siquiera intentar sintetizar cada uno de los ocho modelos. Me limitaré a una exposición sucinta de la propuesta del autor. Por lo pronto, hay buenas razones para preferir el consentimiento tácito al explícito. Así, por ejemplo, contra el argumento consecuencialista a favor del consentimiento explícito —que sostendría que implantar un modelo de consentimiento tácito podría acarrear tal malestar en la población que llevaría a un rechazo masivo y, en consecuencia, a que la cantidad de donantes disminuyera, en lugar de aumentar—, la experiencia internacional muestra que los países con modelos de consentimiento tácito poseen tasas de donación claramente más altas que aquellos con modelos de consentimiento explícito.<sup>3</sup>

Asimismo, con respecto al consentimiento universal o altruista vs. el consentimiento condicionado o recíproco, el autor defiende este último. Esta propuesta resulta novedosa si consideramos que los modelos jurídicamente vigentes en casi todos los países están fuertemente basados en el altruismo.<sup>4</sup> La argumentación en favor del modelo de consentimiento recíproco no se orienta a satanizar el comercio; más bien, se ofrecen buenas razones para aceptar tal modelo sobre el de donación

<sup>3</sup> En México se reformó el título XIV de la Ley General de Salud, que contemplaba la posibilidad del consentimiento explícito, para disponer ahora en su artículo 324 que: “Habrà consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes.” El decreto de reforma de ley entró en vigor en abril de 2000.

<sup>4</sup> Por ejemplo, en México, por el mismo decreto de reforma de ley ya citado, se establece en su artículo 327: “Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.”

universal aceptando que aquellos que no son donantes deberán ser excluidos de la posibilidad de recibir órganos. La pertinencia de este modelo es que evita la existencia de *free raiders*, de parásitos o gorriones, que no están dispuestos a donar sus órganos pero sí a recibir sin asumir ningún costo y aceptando que otros lo corran cuando se trata de su beneficio.

Por lo que hace al consentimiento absoluto (si interviene sólo el donante) o restringido (si tiene algún peso el consentimiento de la familia), parece haber buenas razones para optar por el primero.

¿Puede ser *tan* relevante el consentimiento de los familiares, se pregunta el autor, como para sobrepasar el interés por salvar o prolongar la vida de una persona? Recordemos que el sujeto ya está muerto; la familia, por más profundo que sea su dolor, no lo va a recuperar. El daño más decisivo y dramático ya ha ocurrido. Siempre que se respeten normas mínimas de piedad con el fallecido —por ejemplo, restauración estética del cadáver, realizar la ablación en el menor tiempo posible, etc.— y de contención psicológica de los familiares, el dolor adicional de la ablación me parece difícil de comparar con el dolor producido por la muerte misma. (p. 96)

Cabe la posibilidad de que un familiar no otorgue su consentimiento y, por supuesto, prevalecerá la voluntad del familiar sobre el posible deseo de donar del fallecido, dado que en la práctica la voluntad del fallecido y la propia voluntad del familiar resultan indistinguibles. Lo cierto es que la ley ha reflejado la cautela del legislador en sociedades, como la mexicana, donde el componente familiar es muy relevante.<sup>5</sup> Sin embargo, para efectos de la argumentación, concuerdo con Rivera López en que esta cautela no constituye por sí misma una buena razón moral que sobrepase el interés por salvar o prolongar la vida de una persona.

Dado que no nos es posible asegurar que con el consentimiento tácito la voluntad del fallecido haya sido la de donar sus órganos, sería preferible exigir su consentimiento explícito y de esta manera darle a la persona un poder de decisión que sea irrevocable por parte de los familiares. Se evitaría, por ejemplo, caer en situaciones poco sinceras y ciertamente incoherentes; además, por supuesto, de permitir la salvaguarda de la autonomía del individuo. Parecería que el modelo ideal sería el de un *consentimiento explícito, recíproco y absoluto*. Éste es precisamente el modelo del club que propone Hartmut Kliemt. Después de revisar y criticar los otros modelos, el autor manifiesta su simpatía por el modelo del club, pero también toma distancia de éste para adoptar finalmente un modelo de *consentimiento tácito, recíproco y absoluto* (modelo Rivera López). Este modelo, como se puede apreciar, se distingue del modelo del club porque propone el consentimiento tácito en lugar

<sup>5</sup> En el citado decreto de reforma de ley se renuncia a la distinción entre disponente originario y disponente secundario. En estricto sentido, el familiar no es un disponente, y llamarlo secundario confunde más que aclara la situación. Esta modificación me parece ciertamente un avance en términos de coherencia y claridad. Sin embargo, en el mismo artículo 324, después de introducir el consentimiento tácito del donante se añade que habrá tal consentimiento “siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada”.

del explícito. Veamos primero la propuesta del modelo del club y luego la propuesta del autor.

*Modelo del club.* La idea de Kliemt es que la donación de órganos funcione como una sociedad de beneficio mutuo: aquellos que están dispuestos a donar constituyen una suerte de club al que las personas pueden asociarse libremente. Pensemos en organizaciones de donantes totalmente privadas; ¿cómo funcionaría un esquema de este tipo? Cualquier ciudadano adulto podría asociarse a uno o varios clubes. Él adquiere el derecho de recibir órganos de los miembros de los clubes de los que es socio y, a su vez, sus órganos serán donados (en el caso de su muerte) a los miembros de esos mismos clubes. Aquellos que no se han asociado a ningún club, no pueden recibir órganos (salvo de algún posible club de altruistas, si existiera). Un par de dificultades asoman inmediatamente con este modelo. La primera es práctica, es decir, una política de trasplantes requiere que el banco de donantes sea lo más grande posible, debido a los problemas de compatibilidad donante-receptor; pero un sistema de clubes privados, en cambio, traería aparejada una multiplicidad de pequeños bancos. La segunda dificultad es que se enfrenta a problemas éticos relacionados con la discriminación. Un sistema de clubes privados permitiría la existencia de clubes de no fumadores, de no bebedores, de católicos, de blancos, de ricos, de sanos, en fin, discriminatorio, por ejemplo, con personas mayores, enfermas, pobres o no nacionales. A manera de ejemplo, recordemos el caso de Luiza Magardician, una rumana de 22 años que llegó a Nueva York en junio de 1985 con la esperanza de obtener un riñón. En su país había agotado todos los métodos de tratamiento y era imposible obtener dicho órgano. El director de la National Kidney Foundation of New York and New Jersey denegó el pedido de la ciudadana rumana alegando que “dada la enorme escasez de donantes en los Estados Unidos, los ciudadanos estadounidenses deben tener preferencia”. Así, el Estado se convertía en un gran club donde el “criterio legítimo” para tomar decisiones de adjudicación debía ser la “membresía en la comunidad que proporciona los órganos”.

*Modelo Rivera López.* Tanto en el modelo del club como en el de Rivera López hay dos cuestiones que requieren consentimiento: por un lado, el consentimiento en la donación, y, por otro, el consentimiento en renunciar al derecho a recibir (rechazar el tratamiento). En el *modelo del club*, el consentimiento en la donación se resuelve mediante el consentimiento explícito, mientras que la renuncia al derecho a recibir un órgano se resuelve mediante consentimiento implícito, es decir, se presume que, si la persona no donó explícitamente sus órganos, no tiene el deseo de recibir órganos. En el *modelo Rivera López*, la situación es a la inversa, es decir, se presume el consentimiento para donar, mientras que la renuncia al derecho a recibir es explícita (la persona debe renunciar expresamente cuando rechaza ser donante). ¿Cuáles son las bondades de este modelo comparadas con las del club? Por lo pronto, desde un punto de vista consecuencialista, este modelo puede contribuir de manera más efectiva a atenuar el problema de escasez: “si yo sé que no ser donante va acompañado de la desagradable consecuencia de no poder recibir órganos en caso de necesitarlos, pensaré dos veces antes de tomar esa decisión” (p. 90). El consentimiento implícito, como ya se dijo, garantizaría la posibilidad de un mayor número de donantes y de órganos disponibles; por lo tanto, se incrementaría la posibilidad de congeniar el receptor con el órgano apropiado. Pero,

además, desde un punto de vista deontológico, dado que la renuncia al derecho a recibir debe ser explícita (y no presunta como en el modelo del club), se respeta el interés en no participar en el sistema de trasplante. Dado que tal interés se sustenta generalmente en convicciones religiosas o metafísicas muy arraigadas y, por lo tanto, importantes para los individuos, tal superioridad resulta notoria. Nadie está obligado a recibir un órgano si no lo desea. Este modelo está ejemplificado en Singapur, donde la ley vigente desde 1987 establece el consentimiento implícito para el caso de los riñones. Tampoco se requiere el permiso de la familia (aunque de hecho se la consulta). Además, la ley establece un sistema de incentivos: por un lado, establece que los donantes tienen prioridad sobre los objetores para recibir riñones y éstos pueden conseguir la misma prioridad sólo luego de dos años de haber revocado la objeción —el modelo de Rivera López, creo, es aún más radical porque no les concede prioridad, sino que los excluye desde un principio—; por otro lado, establece un incentivo positivo: los familiares de los donantes reciben el 50 % de todos los gastos médicos hospitalarios durante los cinco años posteriores al fallecimiento del donante.

Pienso que los argumentos que aduce Rivera López para defender su modelo son pertinentes. También pienso que se hace cargo del fuerte déficit del modelo del club en términos de los graves problemas de discriminación a los que se enfrenta. Es cierto que, para dar cuenta de este problema, buena parte de sus respuestas se encuentran en el capítulo dedicado al problema de la distribución de los órganos. Sin embargo, lo que extraño en este punto es, quizás, una propuesta mucho más firme y clara. El autor menciona de pasada una versión moderada del club, tal como la propone Gundolf Gubernatis. Una versión que abogaría por la existencia de un solo gran club de donantes, un sistema en el que rige el consentimiento explícito, pero agregando que sólo los donantes explícitos pueden tener acceso y la familia no puede acceder a la ablación cuando la persona fallecida no había consentido previamente. En este modelo, defendido por el autor alemán con el nombre de “modelo solidario” (nota 49, p. 112), el no donante no es excluido, sino que, en igualdad de condiciones, el donante tiene prioridad. Quizás, se deba ser aún más radical que esta versión moderada del club y exigir, incluso, una cuota que permita dar entrada a todos aquellos casos en los que el consentimiento esté restringido, y no sólo pienso en el caso de los menores o de los incapacitados, sino en aquellos que, por una situación tan azarosa como el nacimiento, no son nacionales. Me temo, sin embargo, que este modelo ya estaría muy alejado del modelo del club con su consentimiento recíproco y estaríamos deslizándonos a un modelo de bienestar, preferentemente solidario, con una intervención mucho más activa de los Estados y, especialmente, de la comunidad internacional.

RODOLFO VÁZQUEZ  
*Departamento Académico de Derecho*  
*Instituto Tecnológico Autónomo de México*  
rvazquez@itam.mx