

EL DONANTE PRESUNTO

María Rosa Fernández Lemoine

UBA- Fac. de Derecho- Bs. As.

Celina A. Lértora Mendoza

Conicet- Bs. As.

Introducción

Teniendo en cuenta que el problema del donante presunto implica cuestiones teóricas de iusfilosofía, más allá de las legislaciones positivas, comenzamos a trabajar este tema hace un año, cuando la actual ley N. 26.066 estaba en proyecto y se discutía en el Senado. Ahora estamos ante el hecho consumado de la sanción, pero consideramos que los argumentos que hemos elaborado siguen teniendo validez y ameritan su presentación.

Vamos a argumentar a favor de nuestro punto de vista: para que la presunción de donación de órganos tenga un fundamento legítimo deberían respetarse determinados criterios objetivos y de consenso internacional. La pregunta entonces, es si la ley que establece la presunción de voluntad de donar, salvo que el interesado manifieste explícitamente lo contrario, respeta estos criterios.

Criterios objetivos de legitimación

1. De acuerdo a los principios generales del derecho el consentimiento no se presume, y la presunción es una excepción cuya legitimidad debe ser suficientemente justificada.
2. Acreditar que la población tiene un nivel de educación formal y no formal que permita comprender el sentido de qué significa "consentimiento presunto".
3. Acreditar que cuenta con la información objetiva necesaria y debidamente difundida. Es obligación del estado proveer dicha información y garantizar mediante un adecuado control y que la población de todos los niveles y de todos los lugares haya accedido a ella.
4. La donación presunta implica el consentimiento informado, cuyos requisitos deben cumplirse a su vez.
5. En la medida en que la donación presunta afecta o puede afectar el sentimiento o concepción de la identidad de individuos y/o comunidades, no se puede considerar para todos el mismo criterio de "consentimiento informado".

Marco iusfilosófico de justificación

En el acto de legislar, el legislador debería trasponer los enfoques particulares y necesidades coyunturales, y estar dispuesto a adherir explícitamente a principios generales, que no son estáticos, sino que pueden verse revertidos ante la modificación de situaciones fácticas o cambios de contexto, pero respetando el principio de la generalidad. Esta propuesta es básicamente coincidente con lo que Rawls denomina "equilibrio" reflexivo: ante las situaciones hay que lograr un "equilibrio reflexivo" entre los principios generales y la situación particular a resolver, situación que cambia según los contextos, las personas involucradas, etc.¹

Análisis de la ley a la luz de los criterios de legitimación

En la situación de donación presunta planteada, se presenta un conflicto de intereses: libertad para disponer sobre el cuerpo propio vs. el interés social en la mayor facilidad para obtener órganos a implantar.

Tal como ha sido sancionada la figura del donante, no hay equilibrio entre ambos intereses, sino que pesa excesivamente el invocado interés social, valorado en forma casi exclusiva y a-crítica.

Sin una adecuada formación, la discusión sobre este tema puede derivar, y de hecho ha derivado, en una expresión de diferentes emociones, o en una trágica acentuación de los aspectos conflictivos, o en utilizar metodologías de análisis que debieran ser revisadas y estudiadas con detenimiento, dado que en muchos casos la aplicación de las medidas propuestas podrían generar más conflictos que los que pretenden resolver.

Críticas a la disposición legal de acuerdo al criterio n. 1. Excepcionalidad jurídica del consentimiento presunto

1. Presumir mediante una figura legal el consentimiento de donación afecta la libertad del hombre para disponer de su cuerpo, que es algo que corresponde a la decisión propia, más allá de que en esa decisión pueda haber un beneficio para la sociedad. La afecta porque obliga a cada uno a expresar formalmente una voluntad en contrario, cuando lo lógico es a la inversa (esto es lo que sucede en otros casos, como la cremación). El estado avanza sobre la libertad positiva², es decir sobre todos los ámbitos en que el individuo actúa. Generalmente lo hace en nombre del "bien

¹ El método del "equilibrio reflexivo", desarrollado por John RAWLS, funciona a dos puntas entre nuestras intuiciones comunes respecto de situaciones o conductas justas o injustas y los principios de justicia que permiten ponderar aquellas, corregirlas y traducirlas en juicios considerados y reflexivos. A su vez esos principios son construidos en forma de no violentar desconsideradamente nuestras intuiciones comunes de justicia. Cf. *Teoría de la Justicia*, México, F.C.E. 1978, p. 75 ss.

² Cf. BERLIN, I., *Libertad y Necesidad en la Historia*, Biblioteca de Ciencias Históricas. Revista de Occidente. Madrid. 1974 p. 136 sobre libertad positiva y negativa. Libertad negativa significa que el individuo o grupo no tenga interferencias, detectando quién o qué es causa del control o la interferencia.

común" pero en muchos casos es en beneficio, en realidad, de un grupo³. Al respecto dice Berlin: "Esta concepción positiva de la libertad -no el estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma prescrita de vida-, es la que los defensores de la idea de libertad negativa consideran como algo que no es mejor a veces que el disfraz engañoso en pro de una brutal tiranía"⁴.

La reflexión de Berlin es pertinente teniendo en cuenta que quienes participan activamente (libertad positiva) como representantes y legisladores olvidan a veces que en esa tarea ellos mismos se están cercenando su libertad negativa (resultan donantes sin haberlo decidido por sí mismos) y en definitiva se transforman en un colectivo que atenta contra ellos mismos como individuos libres.

2. La afecta también de hecho porque la aceptación pasiva, escudándose en el principio de que el derecho se supone conocido, en la realidad, no puede ser suficiente para que el estado disponga del cuerpo de un individuo sin que medie una manifestación expresa.

3. Una serie de factores que afectan a la mayoría de las personas destinatarias de la norma constituyen una restricción a su libertad de elegir: la falta de claridad en las directivas, la dificultad de comprensión del alcance de la ley, e incluso el conocimiento real de la misma por falta de información directa, o fallas en la educación formal e informal, inseguridad de los resultados de la publicidad informativa, etc. La tutela jurídica de la vida, como bien de supremo valor, exige eliminar toda posibilidad de error, de abuso o de corrupción en el procedimiento de trasplante, y exige también poner límites éticos a la utilización del cuerpo humano y la constatación de un consentimiento válido del sujeto para la utilización de su propio cuerpo. Está claro, como se dice en otro lugar, que la disponibilidad del cuerpo humano está limitada en primer lugar, por la proporción entre el interés individual eventualmente lesionado con la donación presunta y la potencial ventaja social esperada.

³ CF. BERLIN, ob. cit. p. 145: "El sentido positivo de la palabra 'libertad' se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por decirlo así, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí, dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir, concebir fines y medios propios y realizarlos."

⁴ Ibid. p. 145, añadiendo: "Pues el sentido positivo de la libertad sale a relucir, no si intentamos responder a la pregunta 'qué soy libre de hacer o de ser', sino si intentamos responder a 'por quién estoy gobernado' o 'quién tiene que decir lo que yo tengo que ser o hacer'. La conexión que hay entre la libertad individual y la democracia es mucho más débil de lo que les parece a muchos defensores de ambas. El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida [esto sería el proceder democrático], puede ser un deseo tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizás, históricamente más antiguo." (p. 145)

4. No es suficiente ni se puede alegar los beneficios de la donación para un supuesto "bien común" o "interés general", porque éste no puede ser determinado por un tercero (el estado) que cada vez se apropia y ejerce más poderes. La legitimación de avances en un aspecto que suscita compasión, tiene el efecto pernicioso de legitimar por analogía otros avances, y en definitiva es el camino al totalitarismo legislativo.

5. Se instala la sospecha de que "el Estado benefactor" no es más que un grupo de personas a los que se denomina funcionarios y que no están exentos de incapacidad y omnipotencia, a quienes se les da el poder de no respetar las libertades individuales creando normas jurídicas sancionadas en contra de la opinión de quienes fueron convocados como expertos. En este caso particular, como dice R. Rabinovich.- Berkman, de todos los expositores destacados y en una visión general interdisciplinaria que fueron convocados por la Comisión de Salud y Deportes del Senado, para opinar sobre el proyecto en cuestión, en la votación final sólo se tuvo en cuenta la opinión de dos expositores: el Ministro de Salud Pública y el Director del INCUCAI, precisamente los gestores del proyecto⁵. En cambio no se consideraron las objeciones de todos los demás invitados, quienes se manifestaron o totalmente en contra, o propusieron sustanciales modificaciones: los representantes del Colegio Público de Abogados⁶, del Tribunal de Ética de la Asociación Médica Argentina⁷, del Instituto de Bioética de la Universidad Católica Argentina⁸; de la Sociedad Argentina de

⁵ Cf. "Con la mejor voluntad... (presunta). La reforma de la ley de trasplantes", *La Ley*, 15 de diciembre 2005, p. 2.

⁶ Los representantes del Colegio Público, entre otras cosas, adujeron que en Derecho Civil la donación no se presume, sino que exige serias formalidades; que los registros invaden el derecho de intimidad; que hay 5 millones de analfabetos según el último censo, incapaces de siquiera leer la ley; hay una posible discriminación a los no-donantes, que podrían ser considerados no-solidarios y desatendidos en regímenes de salud.

⁷ Adujeron, entre otros conceptos, que no hay un método fehaciente para establecer qué es y cuándo hay muerte cerebral; que la pérdida de autonomía implicada en la presunción violaría el art. 19 de la Constitución Nacional; que aún reconociendo que las campañas no han sido exitosas en el refuerzo de la solidaridad, si se siguen aflojando los requisitos legales del consentimiento se corren riesgos de ir perdiendo nuestros derechos personales y quedar sometidos a las decisiones de otros.

⁸ Plantea la existencia de cuestiones previas a resolver, por ejemplo si el cadáver es un bien del estado, si el estado tiene libertad para disponer de los cadáveres y qué relación hay entre esta libertad y la de los deudos, que son sus responsables primarios.

Trasplantes⁹, del Instituto de Bioética de la Universidad del Museo Social Argentino¹⁰, y otros.

6. La limitación de la libertad en sí ya es un mal, que tiene que estar muy justificado; en este caso, debería estar bien asegurada la realización del bien social que se persigue con la limitación a la libertad. Este bien social, salvar una vida, implica no sólo la disponibilidad de órganos, sino también los recursos necesarios para su debida conservación y utilización, y una vez utilizado, tener un control o seguimiento terapéutico que asegura la sobrevivencia. Todo esto implica un costo económico que debe soportar el estado, y que debe equilibrarse con otros requerimientos sociales en materia de salud que también está obligado a satisfacer en igual grado. Hay un dilema ético que no se puede soslayar: el costo de un trasplante y su posterior terapia de hecho se está restando a los fondos para atender otras terapias. También habría que preguntarse si los interesados (familiares, etc.) tendrían la misma postura si debieran pagar el costo real de la terapia.

Críticas a la disposición legal de acuerdo al criterio n. 2. Comprensión del concepto "donante presunto"

1. El concepto "donante presunto" en sí mismo es ambiguo y no evidente. Por una parte puede entenderse como equiparando consentimiento tácito con consentimiento presunto. La existencia de consentimiento tácito (que es válido) se deriva del conocimiento fehaciente de la persona a quien se le atribuye (su conocimiento del tema, sus ideas, sus manifestaciones anteriores, etc.). Por lo tanto no es generalizable. La ley anterior establecía una condición para proceder a la generalización legislativa: la constancias de que la gran mayoría de las personas (el 75%) están informadas de: 1. El alcance de su acto de donación; 2. El concepto de muerte que se aplica; 3. El criterio de otorgamiento del órgano donado. En el caso concreto de Argentina es muy dudoso, por lo menos, que se cumpla una mínima condición de generalización, porque tenemos un millón de analfabetos y cuatro millones de personas por debajo de la línea de pobreza, con escaso o nulo acceso a medios de información.

2. No puede suponerse -como resulta de la ley- que las personas implicadas en el proceso de donación, coincidan en su comprensión de "trasplante" y todo lo que involucra esta metáfora botánica al decir de José M. Tau, que en la práctica médica abarca una serie de acciones de muy diversa complejidad, que van mucho más allá de los actos quirúrgicos de ablación e implante, y que difieren sustancialmente en los distintos supuestos

⁹ El expositor, Presidente de la entidad, advirtió que no presentaba la posición oficial de la entidad porque ello requería trámites societarios que llevan mucho tiempo, pero se traían a consideración ideas elaboradas en común. La crítica general fue que la ley "culpabiliza" a l no donante en lugar de mejorar la eficiencia del sistema, destacando que falta suficiente formación médica y social, que no somos un país "transparente" y esto es un obstáculo a la solidaridad de sus habitantes, por lo cual un sistema de procuración eficiente de órganos debe ser ajeno a la política.

¹⁰ Destacó el expositor que en opinión médica concurrente, el consentimiento en la esfera terapéutica nunca es presunto (por eso en España la ley se suma a la consulta familiar); que el órgano no es un insumo; que el autoritarismo despierta desconfianza.

(cadáver con paro cardiorrespiratorio irreversible, paciente con diagnóstico neurológico de muerte, persona viva)

3. No puede suponerse -como también resulta de la ley- un acuerdo sobre la naturaleza de la "donación" presumida, ya que en las discusiones sobre el tema, se suele usar en el sentido de decisión de disponer de parte del propio cuerpo con fines altruistas (durante la propia vida o después de la muerte -comoquiera se entienda ésta) mientras que en el Código Civil la palabra alude a una figura jurídica específica de obligación literal (contrato), por lo cual no puede presuponerse un consentimiento presunto y unilateral. Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en el uso de esta palabra en el contexto sanitario es metafórico.

Críticas a la disposición legal de acuerdo al criterio n. 3. Información objetiva

1. Existe en la sociedad una situación general de desconfianza en el sistema jurídico- sanitario y en las instituciones y colectivos profesionales implicados. En esta circunstancia, el haber sancionado esta ley puede tener efectos contrarios a los pretendidos. Es lo que sucedió en una sociedad similar a la nuestra, como Brasil. La ley brasileña 9424 del 4/2/1997, reglamentada por el Decreto 2268 del 30/6/97, en el art. 4 recogió la presunción del consentimiento para aquellos que no se hayan manifestado en contrario, con presunción absoluta. En su momento, la Orden de Abogados, la Iglesia Católica y el Consejo Federal de Medicina enfrentaron el tema de la presunción absoluta; también, en un primer momento el propio Ministro de Salud (que después varió de parecer) y distintos medios masivos de comunicación se manifestaron contrarios. Las discusiones a favor y en contra enrarecieron el clima y muchas personas pidieron nuevos documentos de identidad para declararse no dadores. Los equipos médicos se enfrentaron a un dilema: debían obedecer la ley y al mismo tiempo herir la conducta ética tradicional y el principio de autonomía de las personas establecido en el Código de Ética del Consejo Federal de Medicina. Es decir, los médicos estaban en el dilema de escoger la obediencia legal o la obediencia a la ética profesional. El Procurador General de la República dictaminó que la ley tenía carácter autorizativo y no obligatorio, dejando a los médicos obedecer su propio código de ética y a sus conciencias. La situación, sin embargo, no se solucionó y el Gobierno Federal tuvo que dictar la medida provisoria N. 1718, del 6/10/1998 estableciendo que: "en ausencia de manifestación de voluntad del potencial dador, el padre, la madre, el hijo o el cónyuge podrán manifestarse contrariamente a la donación, lo que será obligatoriamente acatado por los equipos de transplante y donación" (reforma el art. 4 de la ley 9434). El consentimiento presunto absoluto pasó a ser atenuado por este trámite, pero el público no respondió como se esperaba y el número de donantes fue disminuyendo. Este hecho obligó al gobierno a dictar una nueva medida provisoria (N. 1959-27 del 24/10/2000), que relajaba aún más el texto originario de la ley reconociendo que "la retirada de tejidos, órganos y partes del cuerpo humano de personas fallecidas, para trasplante u otra finalidad terapéutica, dependerá de la autorización de cualquiera de sus parientes mayores, en línea recta o colateral hasta el segundo grado

inclusive, o del cónyuge, firmada en documento suscripto por dos testigos presentes en la verificación de la muerte", y asimismo que "las manifestaciones de voluntad relativas a la retirada post mortem de tejidos, órganos y partes, que constan en el documento de identidad civil y en el documento nacional de habilitación, pierden validez a partir del 1 de marzo del 2001".

En definitiva se volvió al punto de partida, resolviendo respetar la voluntad de los familiares y escapando a los conflictos de interés, porque los patrones culturales y morales de los ciudadanos **no entienden de presunta utilidad social a la hora de hacer valer la libertad, la dignidad y la autonomía de las personas**¹¹. Esto es así porque lo social se integra también con los intereses personales individuales que incluyen por ejemplo, el deseo y la voluntad de integridad corporal post mortem o cualquier otra voluntad relativa al cuerpo. Los integrantes de la sociedad (el "presunto donante" y el destinatario de la posible donación) pueden tener intereses diversos y el derecho tiene que respetarlos y establecer un equilibrio equitativo.

2. La situación de deterioro del tejido social y de las pautas morales generales o moralidad media positiva, hace que, la pretensión de suplir la carencia de solidaridad espontánea, por la aplicación compulsiva de leyes, aparezca como un grado mayor de inmoralidad, que aumenta la desconfianza en lugar de reforzar la confianza. Las muertes que proporcionan órganos trasplantables son, en su mayoría, las que se producen en situaciones de conflicto social (accidentes, tiroteos, etc.) lo que precisamente puede hacer aún más sospechosas esas muertes, aumentando el rechazo social. La seguridad jurídica se arma en un sistema en que intervienen muchos agentes sociales que no siempre gozan de credibilidad¹².

3. Las éticas parciales de los colectivos (por ejemplo el colectivo judicial, el médico, el de los solicitantes de órganos) de alguna manera pueden contraponerse a la moralidad general, cuando acentúan la justificación ética de sus intereses particulares sobre el interés medio general. Por ejemplo, un colectivo de 5000 personas que necesitan órganos presiona para obtener una medida que desmejora la perspectiva moral de todo el resto, que son

¹¹ Con similares conceptos concluyen el análisis de esta experiencia CECCHETTO, Sergio, *Doctrina Promiscua*, Mar del Plata, Ed. Suárez, 2003, pp. 45-55 y GHERARDI, Carlos "Consentimiento presunto. Cuestiones y problemas", *Perspectivas bioéticas*, 2004, n. 17, pp. 118-126.

¹² Por ejemplo, los colectivos policiales constituyen una de las principales agencias de control social, que se manifiesta en el conjunto de acciones, procedimientos de control paralelos, colaterales o puestos en práctica, en ocasión de la aplicación de la ley penal o, más precisamente, al prevenir y conjurar actos criminales o ilícitos. Todo ello brinda a las agencias policiales un conjunto de atribuciones arbitrarias que caen fuera del control o revisión institucional y les proporciona un poder relevante, superior al atribuido formalmente. Cf. SAIN, Marcelo F., *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*, Fondo de Cultura Económica. Bs.As.2002 *passim* 19/22. Las agencias judiciales y penitenciarias se limitan apenas a administrar aquellos casos que fueron criminalizados efectivamente por las agencias policiales (ibid. p. 20).

muchos más. El argumento de la solidaridad que suele invocarse, es un fundamento endeble porque no se puede construir la solidaridad a través de una ley. Es un argumento emotivista y además performativo, porque supone que invocar la solidaridad la genera.

4. En el concepto de "donante presunto" hay una aplicación implícita, pero errónea o malintencionada, del principio del óptimo de Pareto, al decir que al muerto su órgano ya no le sirve (nadie se perjudica) mientras que puede salvar la vida a otro (al menos uno se beneficia). El error está en que se toma un órgano como una materialidad aislada sin tener en cuenta al individuo que es portador del órgano a trasplantar, a su entorno personal o familiar y a otros intereses sociales en juego (preferencias terapéuticas, por ejemplo).

Críticas a la disposición legal de acuerdo al criterio n. 4. Garantizar consentimiento informado

1. El concepto y las exigencias del "consentimiento informado", que éticamente se exige para que la disposición no sea un engaño, también deben ser analizados. Hay que tener en cuenta los diferentes niveles y capacidades de comprensión de la población, debido a la insuficiencia de la educación formal e informal. En este caso, el consentimiento informado requiere comprensión clara de: 1. el alcance del concepto de "muerte" que se presupone cuando se va a trasplantar el órgano; 2. el tipo de acción que se ejercerá sobre el cuerpo del donante. Ambos conceptos pueden no corresponder al imaginario social cuando se emplean las mismas palabras (solamente la gente con una determinada preparación entiende qué significa "espectro cerebral plano"). Los conceptos jurídico, médico y común sobre qué es la muerte pueden no coincidir. No puede presuponerse que el hombre común entiende "muerte" en sentido médico. Por otra parte, el concepto de "muerte encefálica" es el que debe tomarse en cuenta para el trasplante, pero no necesariamente a todos los efectos jurídicos y por eso no puede generalizarse. De hecho las personas "entubadas" se consideran vivas a los efectos del permiso jurídico o moral de "desconectar". Como dice D. Gogliano¹³ la muerte es un proceso lento y gradual, en el que se distingue: 1. la muerte clínica (paralización de la función cardiaca y de la respiratoria); 2. la muerte biológica (destrucción celular); 3. la muerte cerebral, hoy caracterizada como "muerte encefálica" (paralización de las funciones cerebrales del tronco cerebral). Es claro que la evolución del concepto de muerte cerebral al de muerte encefálica tiene en vista caracterizar la irreversibilidad del proceso y garantizar la eficacia de los procedimientos de trasplante¹⁴ Sin embargo permanece la diferencia real y no sólo conceptual, con las otras dos acepciones de muerte.

Críticas a la disposición legal de acuerdo al criterio n. 5. Respeto del sentimiento o concepción de identidad

¹³ "Pacientes terminais", *Bioética*, 1, 1993: 145-156.

¹⁴ Cf. FERREIRA DODGE, Raquel E., "Eutanasia. Aspectos jurídicos", *Bioética* 7, n. 1, 1999, p. 114.

1. No todas las personas tienen la misma concepción y/o sentimiento de identidad psicofísica. El concepto de "muerte" del ser humano es dependiente de lo que en antropología se ha denominado "noción de persona"; es decir, de la constitución, genuinamente teórica, que cada cosmovisión o tradición cultural atribuye al individuo.

Entre los diferentes pueblos originarios que habitan en la Argentina existen nociones de persona marcadamente distintas que condicionan también distintas maneras de considerar aspectos relativos a la muerte. Entre otros varían, por ejemplo, el umbral o momento en el que se considera que una persona comienza a estar muerta; y también las maneras de disponer el cuerpo del muerto, así como su potencial carácter sagrado e intangibilidad. En este sentido es muy frecuente que existan ceremonias de inhumación en las que el tratamiento especial del cadáver y la inclusión de determinados bienes en la sepultura son considerados imprescindibles para el destino ulterior del muerto y de sus deudos¹⁵.

En este caso, la abogada coya Viviana Figueroa, representante indígena, ha puesto de manifiesto que se resolvió "desde arriba" acerca de los órganos de los aborígenes, sin haberlos consultado acerca de sus creencias y de sus reales posibilidades e emitir la declaración negativa. Para su etnia, 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 trasplantológica¹⁶.

2. También desde el punto de vista religioso, el concepto de "donación presunta" puede resultar inaceptable. Por ejemplo, en el derecho hebreo, el concepto se halla definido en la frase talmúdica: "se beneficia al hombre en su ausencia" (es decir, sin haber consultado su consentimiento), con la siguiente limitación "no se compromete (obliga o condena) a una persona en su ausencia" (es decir, sin haber consultado su consentimiento)¹⁷. En todos los casos se analiza profundamente si no existe algún aspecto negativo para la persona sobre la que se pretende aplicar la presunción, en situaciones específicas, de acuerdo al principio: sólo cuando no cabe la más

¹⁵ Como ejemplo de lo expresado, la noción de persona de Tobas y Pilagás, de la región del Gran Chaco Sudamericano, incluye la idea de que el cuerpo se *personaliza* cuando en la infancia se le impone un verdadero *nomen*, es decir, un nombre de ancestro. A éste pueden agregársele otros auxiliares espirituales a lo largo de la vida del individuo los que determinarán su valor, habilidad y poder, en definitiva su *personalidad*, hasta que, cuando muera, todas esas entidades se separarán del cuerpo, al igual que la sombra (*-paqa*) que se convertirá en un fantasma (*panaqa*). La comprensión de esta categoría para cada pueblo permite hallar nexos y explicaciones profundas para comportamientos e instituciones y su manejo comparativo sugiere fecundas correlaciones con otros planos de la organización cultural. Sobre estos aspectos, v. por ejemplo CALIFANO Mario, "Vida y muerte en el cosmos mataco", *Scripta Ethnologica*, 2, II, Buenos Aires, 1974.

¹⁶ Cf. RABINOVICH, art. cit. p. 2.

¹⁷ Cf. el Rab. Abraham SKORKA, especialista en derecho hebreo, Este principio es aplicado en múltiples oportunidades en el Talmud Babilónico (Eiruvín 46, b; 81, b; 95, a; Yevamot 118, b; Ketuvot 11, a; Guitin 11, b; Kidushin 23, a; 42, a; Bava Metzia 12, a; Julin 83, a).

mínima duda de perjuicio para la persona, es que se puede aplicar el mismo¹⁸.

Para el tema que estamos analizando, el consentimiento presunto para la donación de órganos, evidentemente no se cumple el principio exigido de la mínima duda del beneficio, ya que muchas personas podrían negarse a donar sus órganos, por distintas razones, como lo demuestran las consultas públicas sobre el tema.

Conclusión

Tomar conciencia de los diferentes problemas expuestos y formar con seriedad a quienes participen en el tema desde cualquier ángulo, ayudará a que el planteo no resulte meramente burocrático o una moda inútil, desvirtuando su esencia.

Opinamos que sería imprescindible -antes de tomar decisiones legislativas en situaciones como la que estamos analizando- reforzar la formación y la educación, sobre todo en países como el nuestro, con tradiciones democráticas débiles, y necesitados de ciudadanos que participen en forma activa e informada en procesos de toma de decisión, en los cuales la fuerza de los argumentos sirva para hacer respetar los intereses de las partes en conflicto.

El marco jurídico regulativo debe ser el fruto de consensos alcanzados en instituciones intermedias serias y participativas. Las normas jurídicas tienen una función de integración social en la medida en que los ciudadanos destinatarios de las mismas se sienten partícipes en el proceso de su gestación.

¹⁸ De este modo es usado profusamente el concepto en la literatura rabínica posterior al Talmud hasta nuestros días (Piskei Uziel biSheelot haZman, 64; Sridei Esh, II, 91; Heijal Itzjak, Even haEzer II, 52; Iejave Daat III, 21). Cf, informe Rab. SKORKA