

¿QUÉ EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL TIENE PARA DECIR SOBRE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS DE ANENCÉFALOS?

Adriano Sant'Ana Pedra

Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo – PUC/SP, Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória – FDV, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória – FDV (pregrado, postgrado y maestría), Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo – EMES, Procurador Federal de Abogacía General de la Unión – AGU (Brasil)

RESUMEN: A partir de los principios de la bioética, son analizadas cuestiones ético-jurídicas envolviendo los trasplantes de órganos y tejidos de un anencéfalo. Se distingue la posibilidad de la disposición de órganos en vida y la extracción de órganos del cadáver. Se sustenta que el debate de estas cuestiones sea hecho a la luz del bioderecho constitucional.

PALABRAS-CLAVES: anencefalia; bioética; derechos fundamentales; trasplante de órganos.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Constitutional biolaw and bioethics; 3. Disposal of organs from living and dead donors; 4. Disposal of organs from anencephalic infants; 5. Conclusion; 6. References.

ABSTRACT: This study examines, from the principles of bioethics, ethical and legal questions involving transplantations of organs and tissues from anencephalic infants. A distinction is made between disposal of organs from living and dead donors. This paper argues that the debate on these questions must be made in accordance with the constitutional biolaw.

KEYWORDS: anencephaly; bioethics; fundamental rights; organ transplantation.

1. INTRODUCCIÓN

El progreso que la medicina viene sufriendo, ha ampliado las oportunidades de éxito en la realización de trasplantes de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, haciendo que esto sea visto como un importante repertorio, lo que nos lleva inevitablemente a una serie de cuestiones ético-jurídicas envolviendo este tema. Una de estas cuestiones, la cual vamos a analizar aquí, habla con respecto a la posibilidad de un anencéfalo ser donador de órganos, tejidos y otras partes de su cuerpo.

En Brasil, el Consejo Federal de Medicina aprobó la Resolución CFM nº 1.752, del 08 de septiembre de 2004, donde se dispuso acerca de la “autorización ética del uso de órganos y/o tejidos de anencéfalos para trasplante, mediante autorización previa de los padres”. Establece el artículo 1º de la referida resolución que “una vez autorizado formalmente por los padres, el médico podrá realizar el

trasplante de órganos y/o tejidos del anencéfalo, después de su nacimiento”.

La citada Resolución del Consejo Federal de Medicina autoriza la realización del trasplante de cualquier órgano o tejido, teniendo como donador un ser humano que aún mantiene signos vitales, siendo que el ordenamiento jurídico brasileiro da tal permiso solamente cuando es posible preservar la vida y la integridad física del donador.

Las situaciones que involucran a los anencéfalos también son discutidas en otros países, como en Chile, donde Ángela Vivanco Martínez escribe que, “al carecer de gran parte del cerebro, la situación de los niños anencefálicos ha dado lugar a una discusión acerca de si pueden ser considerados o no como personas titulares de derechos”¹.

Este estudio tratará ésta cuestión a la luz de los postulados de la bioética, siendo necesario analizar la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, mientras tal conducta esté examinada a la luz de los valores y principios morales. La posibilidad de la utilización de los órganos, tejidos u otras partes del cuerpo de un anencéfalo será analizada a partir del sistema jurídico que regula los trasplantes, bajo la óptica del bioderecho constitucional.

2. EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL Y LA BIOÉTICA

Maria Helena Diniz conceptúa el bioderecho como el “estudio jurídico que, teniendo como fuente inmediata la bioética y la biogenética, tiene como objeto principal la vida”². Maria García³ perfecciona éste concepto, apuntando además, que el bioderecho es el conjunto de normas jurídicas que tienen como principios informadores la dignidad de la persona humana y la protección de la vida, además del equilibrio ecológico. El bioderecho constitucional encontrará abrigo en el artículo 5º de la Constitución brasileña, y deberá servir de matriz para las normas jurídicas atinentes al trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano.

José Alfredo de Oliveira Baracho define, entonces, *bioconstitución* como el

conjunto de normas (principios y reglas) formales o materialmente constitucionales, que tienen como objeto las acciones u omisiones del Estado o de entidades privadas, con base en la tutela de la vida, en la identidad y integridad de las personas, en la salud del ser humano actual o futuro, tomando en cuenta también sus relaciones con la biomedicina⁴.

Lo que se nos presenta con las normas jurídicas que disponen acerca del trasplante de órganos, es un dilema entre las garantías individuales de todo ser humano, tales como la libertad, la dignidad de la persona humana, la indisponibilidad de la vida y de la salud y la auto-afirmación, delante del poder del Estado, en busca de intereses colectivos, de procurar órganos y tejidos.

La Constitución brasileña dispone que debe ser facilitada “la remoción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, pesquisa y tratamiento, bien como la recolección, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, siendo prohibido todo tipo de comercialización” (artículo 199, §4º). No obstante, es preciso indagar hasta que punto puede el Estado, bajo la égida del poder a él atribuido en función del cumplimiento de una función social, interferir en la esfera íntima de los individuos y requerir, a él o a su familia, órganos, tejidos y partes de sus cuerpos para fines de trasplante.

De allí la necesidad de una respuesta ética a las situaciones oriundas de la ciencia en el ámbito de la salud, lo que se producirá a través de la bioética. “La bioética deberá ser un estudio deontológico, que proporcione directrices morales para la actuación humana ante los dilemas levantados por la biomedicina”⁵. Las leyes éticas, como expone Goffredo Telles Junior, se caracterizan por ser imperativas.

Precisamente por ser enunciativas e imperativas del deber, son leyes éticas, aunque son integrantes de una orden normativa, son verdaderas normas. Ellas son, de hecho, mandamientos de normalización del comportamiento. Determina lo que debe ser hecho en consonancia con un sistema de concepciones dominantes⁶.

¹ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 274.

² DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 9.

³ GARCIA, Maria (2003): “Biodireito constitucional: uma introdução”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, págs. 105-113.

⁴ OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2000): “Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano”, *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos* 27, págs. 6-7.

⁵ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 15.

⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo (2003): *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, São Paulo, Juares de Oliveira, pág. 205.

Las normas que componen el ordenamiento jurídico pueden asumir dos configuraciones básicas: reglas y principios. Robert Alexy formuló fecunda teoría distinguiendo precisamente las reglas de los principios. Las reglas son normas que son o no son cumplidas. Así si la regla es válida, tenemos que hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. En ese sentido, la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. Robert Alexy sostiene que el punto decisivo para la distinción entre principios y reglas es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esa forma, los principios constituyen *mandatos de optimización*. Segundo Robert Alexy, “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida del debido cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”⁷.

La bioética se pauta en cuatro principios básicos, que constituyen racionalizaciones abstractas de valores que derivan de la interpretación de la naturaleza humana y de las necesidades individuales. Ellos son los principios de la *autonomía* y de la *beneficencia*, de carácter teleológico, y los principios de la *no-maleficencia* y de la *justicia*, de carácter deontológico.

El *principio de la autonomía* impone que se debe respetar la voluntad, los valores morales y las creencias de cada persona, denotando que todos deben ser responsables por sus actos. De esa forma, el profesional de la salud debe respetar la voluntad del paciente, o la de su representante, considerándolo capaz de ejercer sus opciones. Siendo así, la disposición de órganos debe transcurrir dentro de un contexto de consentimiento libre y conocido. El Derecho debe proteger a aquel que no tuviere autonomía suficiente para tomar decisiones, sea por coacción o deficiencia mental, por ejemplo.

El *principio de la beneficencia* indica la obligatoriedad del profesional de la salud y del investigador, de promover primeramente el bien del paciente, buscando atender su bienestar, maximizando los beneficios, no causando daños, y minimizando posibles riesgos. En el juramento de Hipócrates⁸, el principio

de la beneficencia es el hilo conductor; el profesional de la salud solamente puede utilizar el tratamiento para el bien del paciente, y nunca para causarle mal o promover la injusticia.

El *principio de la no-maleficencia* es un desdoblamiento del principio de la beneficencia, porque contiene la obligación de no causar daño intencional y por derivar de la máxima de la ética médica *primum non nocere*.

El *principio de la justicia* indica una obligación que garantice una distribución justa, equitativa y universal de los bienes y servicios (beneficios) de la salud⁹, además de una relación ecuánime en los riesgos y encargos.

Además de estos principios cardinales de la bioética, José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰ afirma que existen principios generales de protección del cuerpo humano que deben ser observados, siendo ellos la primacía de la persona, la dignidad de la persona, el respeto del ser humano delante de la comercialización de su vida, la inviolabilidad del cuerpo humano y su integridad, la necesidad terapéutica (consentimiento y límites), la integridad de la especie humana, la extrapatrimonialidad del cuerpo humano, la no remuneración del donador, el anonimato, la esterilización, la voluntad de procreación, la asistencia médica a la procreación, y la protección del embrión humano.

Merece ser destacado el *principio de la dignidad de la persona humana*, que es el fundamento del Es-

hacer el mal a quien quiera que sea. A nadie dará, remedio mortal para agrandar, ni consejos que induzcan a la destrucción, consejo que la induzca a la destrucción. Tampoco suministraré a una señora presario abortivo. [...] En la casa donde yo fuere, entraré solamente por el bien del doliente, absteniéndome de cualquier mal voluntario o de toda seducción”.

⁹ Nos recuerda Daury Cesar Fabriz “que para ciertas dolencias la penicilina ofrece la cura, haciendo el bien al paciente. Sin embargo Gandhi dejó morir a su mujer, sin que le fuese aplicada la dosis posiblemente salvadora. Actuó según lo que le parecía derecho, y tal vez haya creído que le hacía un bien. Pero...¿fue justo? [...] Tal perspectiva demuestra como el hacer justicia o la idea de justicia puede expresarse en su efectividad como algo cruel o inclusive despojarse de cualquier sentimiento humano”. Cf. FABRIZ, Daury Cesar (2003): *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*, Belo Horizonte, Mandamentos, pág. 112.

¹⁰ OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (1997): “O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica”, *O sino do Samuel* 21, pág. 5. Cf. también: OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2004): “Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 10, pág. 167.

⁷ ALEXY, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 86.

⁸ “Se aplicarán los regímenes para el bien de los dolientes, según mi conocimiento y mi razón, y nunca para perjudicar o

tado Democrático de Derecho (artículo 1º, III, de la Constitución brasileña), y la esencia de todo el ordenamiento jurídico.

Fábio Konder Comparato explica que la dignidad de la persona humana “es el fundamento de toda vida ética, de ese fundamento, la raíz más profunda deviene, lógicamente, de las normas universales del comportamiento, las cuales representan la expresión de esa dignidad en todos los tiempos y lugares y tienen por objetivo su preservación.”¹¹

El principio de la dignidad de la persona humana, según Paulo Bonavides, fundamenta “la totalidad de los derechos humanos positivos como derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-constitucional”¹². Según José Joaquim Gomes Canotilho, la dignidad de la persona humana como base de la República, significa el reconocimiento del individuo “como límite y fundamento del dominio político de la República. En este sentido, la República es una organización política que sirve al hombre y no el hombre que sirve a los aparatos político-organizativos”¹³.

Conforme enseña Maria García, “la dignidad de la persona humana corresponde a la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”¹⁴. De allí la necesidad de la imposición de los límites de la ciencia, reconociéndose que el respeto al ser humano sólo se alcanza si observamos la dignidad humana. La ciencia debe estar al servicio del ser humano para que su vida sea cada vez más digna de ser vivida.

3. DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS EN VIDA Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS *POST MORTEM*

El ordenamiento jurídico brasileiro permite el trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano tanto entre vivos como después de la muerte del donador.

Tratándose de la disposición de órganos en vida, la preocupación primordial es preservar la vida y la integridad física del donador. José Alfonso da Silva registra que “agredir el cuerpo humano es un modo de agredir la vida, pues ésta se realiza en aquello. La integridad físico-corporal constituye, por lo tanto, un bien vital y revela un derecho fundamental del individuo”¹⁵.

De ésta forma, es prohibido el trasplante cuando se refiere a partes vitales, en razón del derecho a la vida y a la integridad física¹⁶. Siendo así, es posible la donación de órganos dobles, como los riñones, o que se regeneran, como el hígado, no comprometiéndolo las funciones vitales.

El artículo 13 del Código Civil brasileiro, con el propósito de proteger la integridad física de la persona, prohíbe cualquier acto de disposición *inter vivos* que pueda venir a lesionarla.

Art. 13. Salvo por exigencia médica, es prohibido el acto de disposición del propio cuerpo, cuando implique disminución permanente de la integridad física, o contrariar a las buenas costumbres.

Parágrafo único. El acto previsto en éste artículo será admitido para fines de trasplante, en la forma establecida en ley especial.

Como bien destaca Maria Helena Diniz, “la donación de órganos, tejidos y partes del propio cuerpo para trasplante *inter vivos* es una decisión exclusiva de la persona. Nada hay que pueda imponer a alguien donar, en vida, sus órganos favoreciendo a otra”¹⁷.

Y para evitar que haya comercio de órganos y otras partes del cuerpo humano, la ley brasileña (artículo 9º, de la Ley nº 9.434/1997, con redacción dada por la Ley nº 10.211/2001) dispone que es permitida a la persona jurídicamente capaz, disponer gratuitamente de sus tejidos, órganos y partes del propio cuerpo vivo, para fines terapéuticos o para trasplantes en cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, inclusive. Si la donación fuera para cualquier otra persona, solamente podrá suceder a través de autorización judicial, para cohibir la práctica del comercio.

Son exigidos además, autonomía y consentimiento libre y declarado del donador, sin el cual la disposición de órganos en vida no podrá ocurrir.

¹¹ KONDER COMPARATO, Fábio (2006): *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, pág. 484.

¹² BONAVIDES, Paulo (2001): *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo, Malheiros, pág. 10.

¹³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim (2002): *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, pág. 225.

¹⁴ GARCIA, Maria (2004): *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*, São Paulo, RT, pág. 211.

¹⁵ AFONSO DA SILVA, José (2005): *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, pág. 199.

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto (1995): *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, pág. 79.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 346.

Para ilustrar la necesidad de información y del amplio consentimiento del donador, Maria de Fátima Freire de Sá¹⁸ trae el triste caso de una criatura de cinco años de edad, con insuficiencia renal regresiva, que no se adaptaba a la hemodiálisis. El equipo médico, considerando la posibilidad del trasplante renal, realizó análisis de histocompatibilidad en los parientes próximos, verificando que el padre, por sus características anatómicas y circulatorias, era la persona indicada para la donación. En consulta realizada tan sólo en su presencia, el padre se decidió por la no donación de su riñón, alegando que sentía miedo de la cirugía, el pronóstico era incierto, había la posibilidad de la obtención de un riñón de un donador cadáver, etc. Conforme a lo solicitado por el padre, que no quería que los motivos reales de su decisión fuesen revelados, el médico afirmó su imposibilidad de donación de un riñón “por razones médicas”.

También debe traerse el caso de un joven con síndrome de Down con 22 años de edad, único pariente de su padre en condiciones de donarle un riñón que le salvaría la vida. Quedó demostrado que el joven tenía menor expectativa de vida, estaría mucho más sujeto a complicaciones y a infecciones, debido al bajo índice de defensa inmunológica, con riesgo quirúrgico aumentado en comparación a las personas en general. Debe ser resaltado que el joven no podía transmitir consentimiento voluntario, libremente expreso, exactamente por las condiciones mentales y físicas, no pudiendo conocer jamás los riesgos que tenía que enfrentar. Al verificar el cuadro de hecho, la decisión del juez fue en el sentido de no acoger el pedido de la madre del joven, aún y cuando ésta argumentase que “la negación sería lo mismo que decretarse la muerte del padre del requerido, con el consentimiento de la justicia”¹⁹.

En la transferencia de órganos entre personas vivas, el acto es realizado *intuitu personae*, o sea, entre donador y receptor individualizado, pero siempre de forma gratuita. Existe así una sutil diferencia entre el acto de donación entre vivos y *post mortem*: en éste, parte de la doctrina sustenta recurrir a la transferencia de los tejidos, órganos y partes del cuerpo humano retirados del cadáver para el Estado²⁰, mientras que en aquel, no hay esa transmisión.

Pasemos entonces a la disposición de órganos *post mortem*.

A pesar de que la persona civil acaba con la muerte, conforme al artículo 6º del Código Civil brasileño, el derecho de la persona se prolonga después de la vida. El cuerpo humano después de la muerte es una cosa, pero una cosa *extra commercium*. El derecho de la persona y la dignidad humana deben orientarse a la donación *post mortem* de órganos y tejidos, que solamente puede ocurrir con fines altruistas. En ese sentido es obra de Adriano De Cupis:

Si la persona no existe después de la muerte, ni aún siendo cadáver deja de ser considerado por parte del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, entretanto, que, no pudiendo ser objeto de derechos privados patrimoniales, debe clasificarse entre las cosas *extra commercium*. No siendo la persona, mientras está viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo tampoco el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el sello y el residuo de la persona viva. La comerciabilidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana²¹.

Los diversos ordenamientos jurídicos del mundo han dado tratamiento diverso a las normas que regulan la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, siendo posible clasificar este conjunto de normas en tres modelos: un sistema de *manifestación obligatoria*, un sistema de *consentimiento presumido*, y un sistema de *consentimiento*.

Cuando se adopta la *manifestación obligatoria*, todos los ciudadanos, mientras sean capaces, deben formalmente optar por la donación o no de sus órganos. Este sistema exige una declaración expresa por parte del individuo, basado en una estructura binaria de consentimiento u oposición, sin que haya una presunción positiva o negativa, cabiendo al legislador disciplinar los efectos jurídicos resultantes del silencio.

Otros países adoptan el sistema de *consentimiento presumido* o sistema de *oposición* o sistema de *dissentimiento* (*opting out system*), que parte del principio de que todo individuo es donador de órganos. Se divide en *sistema fuerte* y *sistema frágil*. El primer sistema posibilita al médico la extracción de todo órgano de cualquier cadáver, tal como ocurre en Austria, en Dinamarca, en Polonia, en Suiza y en Francia. El segundo sistema posibilita que el médico retire los

¹⁸ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (2003): *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*, Belo Horizonte, Del Rey, págs. 79-80.

¹⁹ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (2003): *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*, Belo Horizonte, Del Rey, págs. 78-79.

²⁰ PESSOA PEREIRA DA SILVA, Rodrigo (2002): *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*, In:

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (coord.) (2002): *Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey, pág. 429.

²¹ DE CUPIS, Adriano (1961): *Os direitos da personalidade*, Lisboa, Morais, pág. 93.

órganos apenas de aquellas personas que no declararan oposición a tal procedimiento. Es lo que ocurre en Finlandia, en Grecia, en Italia, en Noruega, en España, en Suecia, y ocurrió en Brasil desde 1997 a 2001, bajo la égida de la antigua redacción del artículo 4° de la Ley n° 9.434/1997, que establecía:

Art. 4° Salvo manifestación de voluntad en contrario, en los términos de ésta Ley, se presume autorizada la donación de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano, para finalidad de trasplantes o terapéutica *post mortem*.

Tal dispositivo, que promovió la estatización del cuerpo humano, recibió diversas críticas, por ofender a la intimidad, la dignidad de la persona humana, y la capacidad de autodeterminación, por una intervención exagerada del Estado en la esfera privada, por discriminar a los no-donadores, y por despreciar completamente la realidad brasilera, donde la falta de información de la población es un factor que impide la manifestación consciente de la voluntad, no existiendo allí ningún altruismo o sentimiento de solidaridad humana.

Brasil entonces pasó a adoptar el sistema de *consentimiento (opting in system)*, que exige la concordancia expresa del donador o de su familia. En ese sentido, la nueva redacción del artículo 4° de la Ley n° 9.434/1997, dada por la Ley n° 10.211/2001, dispone:

Art. 4° La retirada de tejidos, órganos y partes del cuerpo de personas fallecidas con fines de trasplantes u otra finalidad terapéutica, dependerá de la autorización del cónyuge o pariente, mayor de edad, cumpliéndose con la línea sucesoria recta o colateral, hasta el segundo grado inclusive, firmada bajo documento suscrito por dos testigos presentes ante la verificación de la muerte.

Además de Brasil, este sistema también es adoptado en México, en Inglaterra, en los Países Bajos, en los Estados Unidos y en Turquía, y parece ser el sistema más acertado para tal situación.

4. DISPOSICIÓN DE ORGANOS DE ANENCÉFALOS

Tal como fue visto, en Brasil es posible la disposición de órganos *post mortem* y la disposición de órganos en vida. En ese sentido, la discusión gira en torno de la posibilidad de aplicarse al anencéfalo las normas que rigen la disposición de órganos y tejidos *post mortem* o las normas que rigen la disposición en vida.

El anencéfalo puede ser un embrión, feto o recién nacido que, por malformación congénita, no posee sus hemisferios cerebrales, pero que tiene una parte del tronco encefálico que mantiene sus funciones vi-

tales, lo que permite que pueda nacer con vida, llegando a fallecer horas, días o semanas después.

De allí que precisamos identificar a partir de qué momento la vida humana comienza y debe ser protegida por el Derecho.

El Pacto de San José de Costa Rica, del cual Brasil es signatario, establece en su artículo 4° que “1. Toda persona tiene el derecho de que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En Brasil, aunque, el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal sea diferente, el Superior Tribunal de Justicia decidió que, de acuerdo con el artículo 5°, § 3°, de la Constitución brasilera,

la Convención continúa en vigor, con fuerza de enmienda constitucional. La regla emanada por el dispositivo en comento, es clara en el sentido de que los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos en los cuales Brasil sea parte deben ser asimilados por la orden jurídica del país como normas de jerarquía constitucional; (...) El Pacto de San José de Costa Rica fue rescatado por la nueva disposición constitucional (art. 5°, §3°), la cual posee eficacia retroactiva²².

Este pronunciamiento también es confirmado por Ángela Vivanco Martínez, para quien “es lógico concebir que los derechos esenciales reconocidos en un tratado tengan rango constitucional”²³.

Se puede afirmar que el ordenamiento jurídico brasilero considera que la vida humana comienza y debe ser protegida desde la concepción. En tal sentido es el magisterio de Maria García, para quien “la vida se inicia con la concepción y el art. 5° de la Constitución brasileña, garantizando la inviolabilidad del derecho a la vida, va a extenderla hasta ese momento específico de la formación de la persona”²⁴.

Este también es el pronunciamiento de Paulo Otero, para quien la garantía de inviolabilidad de la vida humana impone al Poder Público el deber de preservar el derecho a la vida antes y después del nacimiento, lo que debe ser reforzado tanto más frágil

²² Superior Tribunal de Justicia. Primera Turma. Unanimidad. Recurso en *Habeas Corpus* n° 18.799-RS. Relator Ministro José Delgado.

²³ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 434.

²⁴ GARCIA, Maria (1998): “A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 24, pág. 73.

fuera esa manifestación de vida humana o más insuficiente o débil fuera su titular. De allí que deben ser abandonados los argumentos de aquellos que afirman que los anencéfalos no podrán tener vida relacional, y que su propia vida biológica será reducida. Segundo Paulo Otero²⁵:

Es que la Constitución no se limita a reconocer el derecho *de la* vida, como expresión de la conservación de una vida ya nacida, incluye también la garantía de un derecho *a la* vida, traducido en el desarrollo de todas las manifestaciones de la vida humana, incluyendo el derecho al nacimiento.

Maria Helena Diniz²⁶ da a conocer que en 1987 una señora grávida por medio de inseminación artificial, a fin de que el feto fuese utilizado como donador de tejido nervioso para tratamiento de su padre, afectado por la dolencia de Parkinson. Esta situación caracteriza una afrenta a la dignidad del hijo como ser humano, reduciéndolo a la condición de medio, e ignorando que el ser humano es un fin en sí mismo, lo que torna ilícita su instrumentación a simple medio de algo o de alguna cosa. De allí el imperativo práctico puesto por Kant: “Actúe de tal suerte que considere la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como simple medio”²⁷. No se puede olvidar que el Derecho existe en función de la persona y para propiciar su desarrollo.

De allí entendemos el porqué es equivocada la autorización para utilizar un anencéfalo vivo como donador de órganos, tanto por razones técnicas como por razones éticas. Aún y cuando normalmente no se apliquen a los anencéfalos los criterios de muerte encefálica, esto no significa que no haya otro medio para verificar la cesación de su vida humana. Es oportuna la cita de Paulo Otero, que entiende que “cualquier eventual duda debería ser resuelta jurídicamente a través del principio *in dubio pro vitae*”²⁸.

Según María Helena Diniz, para que haya trasplante de órganos vitales de anencéfalo “será imprescindible aguardar su muerte o la cesación completa

de sus funciones cerebrales”²⁹. Más aún afirma Maria Helena Diniz:

El anencéfalo es un ser humano tanto como un hombre que sufra una grave lesión en los hemisferios cerebrales o perdido parte de su cerebro en un accidente automovilístico o en una intervención quirúrgica para extirpación de un tumor maligno, perdiendo la capacidad de cualquier contacto con el mundo exterior, pero susceptible de regular su homeóstasis, en virtud de la persistencia del funcionamiento adecuado del tronco cerebral. Si así fuere se deberá respetar como persona humana, no hiriéndose su dignidad. (...) El bebé anencéfalo solamente podrá ser donador de órganos y tejidos si llena los criterios legales de la muerte cerebral, o sea, cesación completa del tronco cerebral, que incluya el mesencéfalo, puente y bulbo raquídeo. Para tal proceso de donación, tendrá que ser de la iniciativa de los padres y no por solicitud de algún profesional de la salud. Sus órganos o sus tejidos, por tanto, no podrán ser retirados de su cuerpo mientras no estuviera legalmente muerto. Si no se puede disponer de los órganos de paciente terminal mientras no ocurra su muerte encefálica, tampoco es posible remover órgano o tejido de anencéfalo mientras la muerte cerebral no se configure o no quede comprobada³⁰.

De ésta forma, no obstante que el trasplante traiga beneficios al receptor, no se puede admitir que esto venga a causar daños al donador que esté vivo, aunque éste donador sea un anencéfalo. Según la enseñanza de María García, “la dignidad de la persona humana puede ser entendida como la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como la autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”³¹. El anencéfalo no puede ser tratado como si fuese un banco o repositorio de órganos y tejidos para fines de trasplante, lo que afrontaría su dignidad.

5. CONCLUSIÓN

Al mismo tiempo en que se debe registrar la importancia de los trasplantes para salvar vidas, o para mejorar su calidad, también se debe cuidar por los derechos del donador, especialmente se éste fue anencéfalo. De esa forma, es necesario ponderar los derechos del donador y del receptor. Esto porque no se puede ser extremadamente *solidarista*, exigiendo la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo

²⁵ OTERO, Paulo (1999): *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, pág. 38.

²⁶ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, págs. 359-360.

²⁷ KANT, Immanuel (2002): *Fundamentos da metafísica dos costumes*, São Paulo, Martin Claret, pág. 105.

²⁸ OTERO, Paulo (1999): *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, pág. 41.

²⁹ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 58.

³⁰ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, págs. 351-352.

³¹ GARCIA, Maria (2003): “Biodireito constitucional: uma introdução”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, págs. 112.

humano para aquel que de ellos precisa, pero tampoco se puede ser egoísticamente *individualista*.

Las cuestiones que involucran trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano se han tornado cada vez más complejas en la medida en que la ciencia evoluciona, y esto ha exigido el enfrentamiento de los problemas ético-jurídicos de allí devenidos. Se buscó analizar jurídicamente la posibilidad de que el anencéfalo sea donador de órganos, teniendo como fundamento el bioderecho constitucional, dado que todos los dilemas deben ser solucionados observándose el principio de la dignidad de la persona humana y los postulados de la bioética.

Se puede concluir entonces que, en Brasil, es inadmisibles jurídicamente cualquier trasplante de órganos de anencéfalo vivo. Si para el anencéfalo la muerte es una cuestión de tiempo, como, además, es para todos los seres humanos, se debe aguardar el momento de su muerte para la retirada de los órganos y tejidos. Y, en este caso, será necesaria la autorización de sus padres, de conformidad con las normas jurídicas que se aplican a las disposiciones de órganos *post mortem* anteriormente mencionadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José (2005): *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros.
- ALEXY, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BITTAR, Carlos Alberto (1995): *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- BONAVIDES, Paulo (2001): *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo, Malheiros.
- CORDEIRO LEITE DOS SANTOS, Maria Celeste (1998): *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*, São Paulo, Oliveira Mendes.
- CORDEIRO LEITE DOS SANTOS, Maria Celeste (org.) (2001): *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo, RT.
- DE CUPIS, Adriano (1961): *Os direitos da personalidade*, Lisboa, Moraes.
- DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva.
- FABRIZ, Dauray Cesar (2003): *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*, Belo Horizonte, Mandamentos.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.) (2002): *Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima Freire de (2003): *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*, Belo Horizonte, Del Rey.
- GARCIA, Maria (1998): "A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 24, págs. 73-83.
- GARCIA, Maria (2003): "Biodireito constitucional: uma introdução", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, págs. 105-113.
- GARCIA, Maria (2004): *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*, São Paulo, RT.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim (2002): *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina.
- KANT, Immanuel (2002): *Fundamentos da metafísica dos costumes*, São Paulo, Martin Claret.
- KONDER COMPARATO, Fábio (2006): *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras.
- OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (1997): "O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica", *O sino do Samuel* 21, pág. 5.
- OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2000): "Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano", *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos* 27, págs. 6-7.
- OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2004): "Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 10, págs. 111-168.
- OTERO, Paulo (1999): *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina.
- PESSOA PEREIRA DA SILVA, Rodrigo (2002): *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*, In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (coord.) (2002): *Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey.
- SANT'ANA PEDRA, Adriano (2007): "Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 61, págs. 07-24.
- SANT'ANA PEDRA, Adriano (2008): "Transplantes de órgãos de anencéfalos", *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC* 36, págs. 255-267.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto (2005): *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Rio de Janeiro, Forense.
- SOUZA LIMA, Carolina Alves de (2007): *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*, Curitiba, Juruá.
- TELLES JUNIOR, Goffredo (2003): *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, São Paulo, Juares de Oliveira.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.