



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía**

**El consentimiento y la responsabilidad de
los profesionales médicos en los trasplantes
de órganos**

Nº 80

Mariana Denise Ormeño

Tutora: Alicia Castro

**Departamento de Investigación
Octubre 2003**

Indice

CAPÍTULO 1. Derecho Civil	5
Derechos Personalísimos	5
Trasplantes de Órganos y Material Anatómico	5
El consentimiento y la responsabilidad de los profesionales en los trasplantes de órganos	5
CAPÍTULO 2. Estado de la cuestión	7
Sección 2-1: Evolución científica	7
Sección 2-2: Evolución legislativa	7

PARTE II : Interpretación Jurisprudencial

CAPÍTULO 1. Jurisprudencia durante la vigencia de la ley 21.541	9
Jurisprudencia del año 1980	9
Sección 1-1: 1° Instancia	10
Sección 1-2: 2° Instancia	13
Sección 1-3: Corte Suprema de Justicia	15
Sección 1-4: Comentario del fallo	20
Jurisprudencia del año 1983. 1° Instancia	21
Comentario del fallo	22
CAPÍTULO 2. Jurisprudencia durante la vigencia de la ley 23.464	23
Jurisprudencia del año 1989	23
Comentario del fallo	24
CAPÍTULO 3. Jurisprudencia a partir de la ley 24.193	25
Jurisprudencia del año 1995	25
Comentario del fallo	30

PARTE III: El consentimiento y la responsabilidad profesional en los trasplantes de órganos

CAPÍTULO 1. Bioética y trasplantes de órganos	31
Sección 1-1: Los avances científicos y técnicos	31
Sección 1-2: Antecedentes	31
Sección 1-3: Enfoque legislativo y cooperación internacional	31
Sección 1-4: La ética en los trasplantes de órganos. Problemática	32
Sección 1-5: El consentimiento informado	33
CAPÍTULO 2. Dación de órganos entre vivos	34
Relación entre dador y receptor	34
Legislación comparada	34
CAPÍTULO 3. Ablación de órganos por menores de edad	35
CAPÍTULO 4. Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el trasplante cadavérico de órganos según Ley 24.193	38
Determinación del momento de la muerte	38
El consentimiento del dador	38
CAPÍTULO 5. Los derechos de los pacientes. El derecho a recibir información	40

CAPÍTULO 6. El consentimiento y la responsabilidad de los profesionales de la salud.	
Clases de consentimiento.....	41
Sección 6-1: Consentimiento liso y llano con aplicación de técnicas recomendables para tales eventos	41
Sección 6-2: Consentimiento del paciente ante la situación de riesgo mediante el uso de técnicas especiales y cuya adopción fuera recepcionada como exitosa....	42
Sección 6-3: Consentimiento del paciente en situación límite para la intervención valiéndose el profesional médico de técnicas de avanzada, pero cuya aplicación resultó hasta entonces dudosa en su eficacia, contando o no con el respaldo de organizaciones o instituciones médicas	42
Sección 6-4: Consentimiento tácito del paciente dejando librado al arbitrio médico el medio a utilizar ante el grado cierto de peligro que corre el primero	43
Sección 6-5: Consentimiento del paciente para el uso de una técnica determinada y empleo de otra por el médico, ante el peligro inmediato del primero	43
Parte IV. Conclusión	45
Bibliografía	46

Capítulo 1. Derecho Civil

Opté por el área de derecho civil, especialmente por derechos personalísimos, debido a la importancia de dicha disciplina en nuestra legislación y en la de otros países; a la diversidad de temas que plantea, que están en constante modificación; y a su recepción en la actualidad.

El derecho civil, como una de las ramas más importantes del derecho, lleva a la formulación de interrogantes que hacen interesante su análisis continuo.

Derechos personalísimos

Los derechos personalísimos - también llamados derechos de la personalidad - son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría menoscabo de la personalidad.

Los derechos personalísimos constituyen una categoría de derechos subjetivos esenciales.

En esta categoría quedan comprendidos el derecho a la vida (antes y después del nacimiento), el derecho a la integridad física y el derecho a la disposición del cadáver, que son los que hacen a la personalidad física. También están comprendidos los derechos al honor, a la identidad personal, a la intimidad y el derecho a la imagen, como tutelares de la personalidad espiritual.

El tema de los derechos personalísimos, en general, como así el de su reconocimiento y adecuada protección legal, tiene actualmente gran importancia.

“Trasplantes de órganos y materiales anatómicos”

El tema de los trasplantes de órganos es tratado en el ámbito de los derechos personalísimos.

La terapia clínico - quirúrgica consistente en el trasplante de órganos o de material anatómico entre los seres humanos, o de cadáveres humanos a seres humanos, ha asumido un papel importante en el ámbito médico y en el jurídico - social. Ello por los intereses y bienes personalísimos directamente involucrados, los fines altruistas que la motivan y los exitosos resultados obtenidos.

Es una técnica que presupone la realización de operaciones mutilantes en el cuerpo de una persona (dador) con la finalidad de beneficiar no a ésta sino a otro individuo (receptor), afectado de una enfermedad considerada incurable de otro modo y previsiblemente mortal.

Derecho argentino: en nuestro derecho la regulación fue establecida por la ley 21.541, el decreto reglamentario número 3011 y la ley 23.464 (B.O. 23/III/87) que modifica la primera ley citada. En el año 1993 se sancionó la ley 24.193; y recientemente, en el año 2000, se sancionó la ley 25.281.

Los principales planteos y problemáticas que presenta el tema son :

- 1) Ablación de órganos por menores de edad;
- 2) Ablación de órganos de un insano;
- 3) Personas legitimadas para dar y recibir órganos;
- 4) Dación de órganos entre parientes;
- 5) Implantación de órganos cadavéricos;
- 6) Ablación de órganos y concubinato;
- 7) El consentimiento en la dación de órganos.
- 8) Responsabilidad de los profesionales en los trasplantes de órganos.

“El consentimiento y la responsabilidad de los profesionales en los trasplantes de órganos”.

Los trasplantes de órganos constituyen un progreso de la medicina de alcances imprevisibles, y su contrapartida: los grandes problemas jurídicos que conlleva.

Como todo procedimiento médico de avanzada sus riesgos sólo pueden aceptarse cuando se han llenado determinados requisitos científicos y éticos. Éstos hacen a la selección del dador y receptor y al consentimiento previo al procedimiento; a la capacidad específica del grupo quirúrgico y a las condiciones del medio en que deberá actuar.

Esta técnica quirúrgica no fue de igual forma receptada, fue cuestionada en diversos ámbitos, especialmente en el médico y en el jurídico.

Desde una posición desconfiada y prejuicios, se pasó a la justificación ética y hasta religiosa, llegándose a la ponderación y encarecimiento de daciones aunque, todavía, con conceptos restrictivos que deben ser dejados atrás.

Dentro de las diversas problemáticas que presenta este tema, el *consentimiento y la responsabilidad de los profesionales* tiene relevancia tanto médica como jurídica en la actualidad. Pero es necesario un profundo tratamiento legislativo, fuera de los grandes avances en el plano de la medicina.

También es importante destacar que no todos los sectores de la sociedad aceptan los trasplantes de órganos, ya sea por razones religiosas, culturales, etc. Cuestión que se relaciona con la voluntad y el consentimiento.

Para la declaración del consentimiento, mejor llamado “expresión de voluntad”, se exige que los médicos den una información completa, suficiente y clara, adaptada a la comprensión y nivel cultural de cada paciente, a fin de que se enteren de los riesgos, secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, evolución previsible y limitaciones que se puedan producir, así como las posibilidades de mejoría del receptor. Así se asegura que declaren su voluntad meditadamente, con entera libertad, debiendo persuadirse los médicos de que han entendido el significado de la información dada. De todos estos datos y de la opinión médica sobre riesgos, secuelas, evolución previsible y limitaciones, se debe dejar constancia documentada (art. 13 ley 24.193). Si se tratara de incapaces y por la médula ósea, la información debe darse a ellos y a su representante legal. En todos los casos el lapso entre la información y la operación no puede ser inferior a cuarenta y ocho horas, que es un plazo mínimo de meditación.

Tal lapso se relaciona con la responsabilidad contractual médica, su prueba y el plazo de prescripción decenal de cualquier acción al efecto.

La ley exige que dicha información, tratándose de dadores capaces y mayores, sea comunicada a sus familiares más directos en el orden excluyente del art. 21. En este aspecto la ley pareciera carecer de sentido en su disposición. Es decir que el dador no puede mantener en su esfera de privacidad la dación sin que se enteren los parientes enunciados en la ley. Las personas que quieren donar sus órganos tienen que previamente dar información de tal acción a los familiares que menciona la ley, lo que hace todo más complicado. Es una restricción a capaces mayores que desean mantener en secreto su disposición, cuando se trata que tomen por sí una decisión que sólo al dador interesa.

Además esa declaración no es vinculadora ni obliga para el futuro. Puede ser retractada hasta el momento de la intervención. Tal retroceso del dador no le crea obligación alguna. Es legítima únicamente la entrega espontánea.

También el receptor debe ser informado, pero no hay limitaciones en cuanto a su edad. Igualmente tiene la potestad de retractarse.

Capítulo 2. Estado de la cuestión

Sección 2-1: Evolución científica

En Córdoba, en 1968, se realizó el primer trasplante de riñón.

Ante esta situación era necesario una junta médica y la autorización judicial, para que los tribunales vigilaran el cumplimiento de todos los recaudos. La ley no debía guardar silencio. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales había dirigido una nota al secretario de Estado de Salud Pública poniendo énfasis en la necesidad de una legislación especial “desde que las normas deontológicas y éticas existentes pueden no ser suficientes para que el derecho de las personas y de la sociedad quede protegido”, agregando que “cuando exista una sanción legal sobre quiénes actúen en estas operaciones sin sujetarse a las condiciones que la ley puede adoptar, será más difícil que un trasplante inadecuado se realice afectando la vida de la persona”. No se tenía como fin entorpecer el progreso, sino de que hubiera una mayor protección jurídica sobre el cuerpo.

Las dificultades y gran cantidad de fracasos con fallecimiento de trasplantados detuvo esa práctica médica, pero en la década de los ochenta resurgió. Varios factores influyeron. No sólo el adelantamiento en las técnicas quirúrgicas, sino también el mayor conocimiento del sistema de inmunidad del cuerpo humano y la elaboración de una droga que combate el rechazo de los órganos injertados, la *ciclosporina*, que apareció en 1979. Se informaba en 1983 que, gracias a esa droga, el 80 % de los trasplantados de riñón lograron sobrevivir.

En la década del 80 se mostró un avance considerable. La cantidad de trasplantes fue aumentando, así como los buenos resultados y el abaratamiento de costos, además de extenderse en lo que hace a los órganos.

Sección 2-2: Evolución legislativa

En general las leyes de los países se ocuparon de los requisitos para el acto y órganos trasplantables, la voluntad y capacidad de las partes, los establecimientos, autorizaciones y bancos de órganos, reglamentando separadamente los realizados entre vivos y los de materias cadavéricas. La primera fue la de África del Sur (1952), seguida por las de Dinamarca e Italia. En Brasil, la ley 5479 (1968), regla los trasplantes de órganos cadavéricos. En Francia se dictó la ley 76-1181 (22-12-76) y el decr. 78-501 (31-3-78), sobre extracción de órganos; en Venezuela rige desde el 28-2-71; en Colombia, la ley 9 de 1979, reglamentada por decr. 2642 de 1980; en Uruguay la de agosto de 1971; en Honduras del 11-11-82, decr. 131; en México la materia está tratada en la ley general de la salud (art. 321 y S.S.), del 3-3-73; Perú sancionó la ley 23.415, el 1-6-82, modificada el 19-6-87 por ley 24.703. En España la ley 80/79, del 27-10-79, derogó la de 1950, con adelantados principios.

Algunos aspectos destacables de la ley 24.193. Esta última reglamentación, igual que las anteriores, limita sus disposiciones a los órganos renovables, y comprende también el tratamiento con médula ósea.

En nuestro sistema primero fue la ley 21.541, del 18 de marzo de 1977, y su decr. Reglamentario 3011, del 3 de octubre de 1977; después la ley modificatoria 23.464, del 25 de marzo de 1987; la ley modificatoria 23.990 de 1999; luego un nuevo ordenamiento de fondo, derogatorio de los tres anteriores: la ley 24.193, del 24 de marzo de 1999; y por último la ley 25.281 del 13 de julio de 2000.

Se declaraba en las leyes 21.541 y 23.464 que sólo eran posibles la “ablación e implantación” cuando todos los otros medios y recursos disponibles no artificiales se hubieran agotado o no fueran suficientes como alternativa terapéutica para la recuperación de la salud del paciente. Era el principio de subsidiariedad cerrada y absoluta. Para trasplantes aquellas leyes eran más severas, pues todos los otros tratamientos, incluso quirúrgicos; debían haberse agotado o ser insuficientes. Sumaba al estado de necesidad, el descarte completo de las demás técnicas médicas. Era más exigente dicha subsidiariedad que el carácter de excepción que otros regímenes contemplan. Pero la subsidiariedad cerrada no era coherente con la declaración inicial de técnica corriente no experimental (art. 2 ley 21.541, según ley 24.193), dado que, si era así, quedaba sin fundamento la exigencia de que se tratara de un esfuerzo de última instancia, una vez demostrada la inutilidad de todos los otros comunes posibles.

La ley 24.193 no sólo establece, como las anteriores, que la ablación e implantación de órganos y materiales anatómicos podrán ser realizadas cuando los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado, sino que agrega que también pueden efectuarse cuando tales medios y recursos sean “insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente”. La subsidiariedad absoluta se desvanece. Los médicos pueden elegir por conveniencia. Se consolida el carácter no experimental y de técnica corriente de trasplantes.

La declaración del art. 2 de la ley 21.541 - que se encuentra en las tres leyes - no es al solo efecto de excluir procedimientos quirúrgicos de investigación o estudio experimental. Reafirma que son prácticas terapéuticas ajenas al concepto de la indagación o pesquisa. "Se considerarán", serán estimados como de cirugía corriente.

El decr. Reglamentario 3011/77 indicó cuáles prácticas de ablación e implante serían consideradas de técnica corriente.

Ya habían sido declaradas de técnica corriente por la ley sustancial, la cual sólo delegó aceptar prácticas similares en la reglamentación.

El decr. 512/95, dictado el 10 de abril de 1995, reglamentario de la ley 24.193, y después de haberse dado el principio general de que los trasplantes son de técnica corriente, señala en particular con mayor amplitud cuantitativa, a cuáles se les concede este carácter.

Hoy se ha vuelto, en general, a la edad de 18 años para disponer por sí (art.15). Para la médula ósea pueden ofrecerla los menores de 18 años previa autorización del representante, siempre que hubiere vinculación de parentesco. No se puso límite de edad, pero se exigió que el consentimiento de dador y representante no sea sustituido ni complementado.

La ley 25.281 del 2000 sustituye el art. 22 y el inciso b) del art. 27 de la ley 24.193. Además agrega a dicha ley el art. 22 bis.

Debe tenerse en cuenta en los trasplantes de órganos la importancia de los derechos involucrados. Tales son el Derecho a la Vida, el Derecho a la Salud y a la Integridad Corporal.

Los derechos fundamentales reconocidos en diferentes Tratados internacionales son de aplicabilidad en el ámbito interno de los Estados que los han ratificado, se trate de derechos civiles y políticos, cuanto de los económicos, sociales y culturales. Es dentro de esta última categoría donde los Estados decidieron incorporar el Derecho a la Salud.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuanto el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocen, en sus preámbulos, que el ideal de los seres humanos libres sólo se puede alcanzar cuando sea posible asegurar el disfrute de todos los derechos.

En este marco se encuentra el Derecho a la Salud y a la Vida. Como principio general, el art. 12 de dicho tratado, sostiene el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Cuando fue constituida la Organización Mundial de la Salud, en 1946, ya se proclamaba que el disfrute de la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, opinión política y condición económica o social.

Entre las medidas que debe adoptar Argentina como Estado miembro del tratado figuran las siguientes:

- a) la reducción de mortalidad, de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños ;
- b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene y del medio ambiente ;
- c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, epidémicas, profesionales o de otra índole y la lucha contra ellas ;
- d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad ;
- e) el aporte para hacer efectivo avances científicos, en la medida de lo posible.

En el ámbito internacional existen otros referentes que reconocen el Derecho a la Vida y a la Salud, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros.

Parte II: Interpretación jurisprudencial

Capítulo 1. Jurisprudencia durante la vigencia de la ley 21.541.

Uno de los temas que ha sido motivo de discusión en nuestra jurisprudencia es “la relación de parentesco” exigida por la ley. En un caso se trataba de una amiga que quería donar un riñón a una enferma terminal de nefritis crónica. El juez, considerando que los parientes no tenían posibilidad histocompatible y que la paciente inscripta en el CUCAI no lo obtenía de algún cadáver - había una larga lista de espera, y teniendo en cuenta que la amiga daba buenos resultados en los estudios de histocompatibilidad, mencionando el que llamó “derecho al heroísmo” - que surgiría implícitamente del art. 33 de la Constitución Nacional - concedió la venia supletoria. En otro caso, la vinculación entre la dadora y la receptora era de primas segundas, es decir, excediendo el parentesco colateral dentro del cuarto grado que establece la ley, pero se habían criado juntas. La enferma tenía riñones poliquisticos. El CUCAI no autorizaba la operación por aplicación del art. 13 de la ley. El juez de primera instancia no habiendo en el caso peligro de comercialización de órganos y atendiendo el preeminente derecho a la vida, concedió la autorización supletoria.

Pero se negó el recurso judicial si se trataba de dadores y receptores unidos por una relación de hecho - concubinato - Actualmente se avanzó sobre el tema considerando en profundidad cada caso llevado a la justicia.

De la misma forma que se consideró la situación de personas que no tenían la edad requerida por la ley, se planteó la de suplir la voluntad dadora de un insano. Se trataba de obtener el riñón del incapaz en beneficio de su hermano. El curador y el ministerio pupilar se oponían. La Cámara Civil y Comercial de San Martín confirmó la sentencia que rechazó la autorización judicial supletoria solicitada.

En otro caso se dio una situación diferente, declarándose que el órgano jurisdiccional no tiene por qué prestar autorización. Se trató de la extracción de médula ósea a un menor para injertarla en su hermano. El juez estimó que era cometido de los padres, en ejercicio de la patria potestad, y que tal decisión no debía ser suplida por el juzgador.

Jurisprudencia del año 1980

Durante la vigencia de la ley 21.541 tuvo trascendencia un caso que por las opiniones encontradas de la justicia y por su decisión última sentó un gran precedente. A continuación detallaré los motivos que llevaron a cada instancia a arribar a tales decisiones controversiales.

Entre los llamados derechos de la personalidad se encuentra el derecho a la integridad corporal. Por consiguiente, el acto de disposición de la ablación en vida de algún órgano de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano es de aquéllos denominados personalísimos, en los que no juega el principio general de que los incapaces pueden celebrar todos los actos lícitos por intermedio de sus representantes legales (arts. 56, 57 y 59 Cód. Civ.). En tales casos, la decisión personal juega un papel primordial y no secundario.

Tanta es la trascendencia del tema vinculado con el trasplante de órganos humanos, que no puede pensarse que para una decisión de esta naturaleza la voluntad de una incapaz - menor con 17 años y meses que desea donar un riñón a su hermano, careciendo por ello de la edad mínima requerida por el art. 13 de la ley 21.541 para disponer por sí - puede ser suplida o integrada por sus padres o por el órgano jurisdiccional

No pueden sustentarse excepciones al principio de que hasta los 18 años la persona no puede disponer la ablación de un órgano de su cuerpo para ser implantado en el de otra

(art. 13 ley 21.541), ni siquiera con autorización de sus padres o del órgano jurisdiccional, atendiendo a las circunstancias de la causa - el menor pretende donar un riñón a su hermano que carece de ambos -, cuando en las actuaciones los médicos forenses dictaminantes han planteado interrogantes sin resolver acerca de las posibilidades de sobrevida del receptor, las cuales que determinaron la extracción de sus riñones y el rechazo del que le donara su madre, la disminución funcional que sufrirá la hermana dadora y las complicaciones que eventualmente originará dicha circunstancia.

Podrá argüirse que, a escasos cuatro meses de que la menor que desea donar un riñón a su hermano cumpla 18 años - la edad mínima requerida por la ley para disponer la ablación por sí -, la decisión judicial negativa frente a la autorización solicitada incurriría en mero formalismo, con los consiguientes riesgos que supondrá la espera de ese lapso. Pero a ello cabe contestar que cuando la menor cumpla 18 años su decisión será personal, lo cual resulta trascendente atento a la índole de la cuestión y la naturaleza del derecho que se quiere ejercitar.

Con mayor razón debe respetarse el límite de edad impuesto por la citada ley, para disponer la ablación en vida de un órgano, cuando dicho límite es sorprendentemente exiguo. Ello así, ya que es atendible que puedan donarse los órganos cadavéricos a los 18 años (art. 17 ley citada) porque tal facultad condice con la de testar (art. 3614 Cód. Civ.), pero no resulta lógico el establecimiento de la misma edad para la ablación de órganos en vida, si se advierte que, por ejemplo, para disponer de un inmueble la persona debe haber cumplido 21 años.

Las pautas cronológicas previstas por la ley 21.541 no deben ser consideradas con estrictez tal como para que la aplicación de la norma que las determina importe cercenar derechos esenciales de la persona, cuyo íntimo manejo le es exclusivo y que corresponden más a la naturaleza humana antes que al ordenamiento jurídico. (Disidencia del Dr. Igarzábal).

Si es verdad que, en la mayoría de los casos, la validez del derecho positivo puede justificarse por las exigencias de la seguridad jurídica, no es menos cierto que, en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe también la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes por razón de su injusticia (en el caso se trata de la aplicación del art. 13 de la ley 21.541 -, que establece el límite mínimo de edad para disponer la ablación de un órgano, frente a la solicitud de autorización judicial efectuada por una menor de 18 años para donar un riñón a su hermano que carece de ambos). (Disidencia del Dr. Igarzábal).

No pueden dejar de contemplarse, ante la realidad que importa el caso en análisis - menor que no cumplió los 18 años que le faltan 4 meses para cumplir esa edad, que solicita autorización judicial para donar un órgano -, la posibilidad de que la ley, también producto de las circunstancias, haya dejado de advertir que no cabe limitar la responsabilidad de las personas, ni su capacidad de heroísmo, cuando un estado de imperiosa necesidad condiciona a la par que alienta sus decisiones. Pautas legales como la señalada, terminan por constituirse en una irritante intromisión dentro del exclusivo e íntimo ámbito que todo hogar supone: precisamente porque la familia es el nexo único que posibilita el éxito de la gestión del Estado, acercándolo a todos y cada uno de los individuos que componen la sociedad, es que no puede patrocinar precepto legal alguno que la sortee, que la desvirtúe, que la limite, cuando de asumir toda su jerarquía se trate. En el caso se juega la vida o la muerte de dos hermanos, valores que adquieren su mayor relevancia cuando se conjugan en el medio familiar (Disidencia del Dr. de Igarzábal).

No puede sostenerse que la actitud de uno de los integrantes de la familia, consciente de sus decisiones, con discernimiento propio adecuado a su edad cronológica, pueda ser el resultado de una presión familiar, de una suerte de temor reverencial, antes que el resultado de la formación recibida a través de sus padres, más aún del testimonio de éstos, de su madre que ya le entregara sin éxito uno de sus riñones al hijo enfermo, de sus hermanos mayores de 18 años que los ofrecieron a su vez pero por incompatibilidad no pueden ser utilizados. Bajo tales circunstancias, antes que por un imperativo legal, por razones de humanidad y en resguardo de la familia y de la conducta personal, debe acordarse la autorización para donar requerida, aunque el donante carezca de la edad mínima exigida por el art. 13 de la ley 21.541. (Disidencia del Dr. de Igarzábal).

C.N.Civ., sala A, setiembre 4-980 - S.J y otra.

1º Instancia.- Buenos Aires, junio 19 de 1980

Considerando: I.- J.S. y N.A. D. de S. se presentan en su carácter de padres de C.G.S. y D., solicitando autorización judicial para que la menor citada done uno de sus riñones a favor de su hermano J.I.S. y D.

El carácter invocado ha sido debidamente acreditado con la partida de nacimiento de la que resulta que C.G.S. cuenta al presente 17 años y 5 meses de edad.

II.- De la partida obrante a fs.4 resulta que J.I.S. cuenta al presente 19 años, por lo que también es menor de edad.

De acuerdo a las constancias de autos, éste padece insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo y se halla en tratamiento de hemodiálisis, habiéndosele practicado con anterioridad un trasplante renal, siendo dadora su madre, el cual fracasó.

Desde el 4 de agosto de 1978 se halla en la lista de espera del Centro Unico Coordinador de Ablación e Implante de la Secretaría de Estado de Salud Pública del Ministerio de Bienestar Social, sin que haya surgido algún riñón cadavérico compatible para efectuarle el trasplante.

Es por ello que ante la situación de peligro de muerte para el menor por la evolución de la enfermedad, su hermana, también menor, ofrece donar uno de sus riñones y sus padres solicitan la pertinente autorización judicial.

Mucho ha meditado la suscripta sobre tal petición, pues no puede apartarse del ánimo las posibles

consecuencias que pueden derivarse en el caso de adoptarse una u otra resolución, en el grupo familiar S. y D.

En un primer momento, tal como lo hace el profesional letrado y la Asesora de Menores en su dictamen, sólo consideré y estudié cuáles eran los beneficios, los perjuicios y las probabilidades para ambos menores en el hipotético caso de efectuarse o no el trasplante de órgano, pues resulta difícil, ante lo dramático del caso, divisar el real alcance del problema que se plantea.

Sin embargo, meditado con honda reflexión, debo concluir que tales cuestiones no hacen a la resolución judicial que se debe adoptar.

III.- En el caso, C.G.S. y D. cuenta 17 años de edad, por lo que nos encontramos ante una persona incapaz (art. 126, Cód. Civ.), con el alcance del art. 55 del Cód. Civ., es decir, sólo tiene capacidad para los actos que las leyes autorizan otorgar, para los otros, sólo puede adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes necesarios (art. 56 del mismo ordenamiento legal), siendo éstos sus padres (art. 57 Cód. Civ.) y la representación es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en el Código (art. 62 del Cód. mencionado), necesitando autorización del juez en los casos del art. 297 del Cód. Civ., es decir que encuadraría la solicitud de autorización judicial en el supuesto de remisión de derechos que contempla dicha norma, por lo que corresponde proceder a determinar si ésta corresponde o no.

IV.- Hay intereses en todo ser humano que son consustanciales con su propia formación como tal, comunes a todos los individuos entre sí y que interesan por lo tanto a la sociedad, entrando dentro del campo del derecho como bienes jurídicamente protegidos, tal es el derecho a la vida, ya sea en su extensión más amplia, es decir para impedir el acortamiento del tiempo que naturalmente viviría una determinada persona, o en su aceptación más restringida, es decir, para impedir que no se goce con la plenitud de la capacidad psíquica y física con que el individuo fuere dotado.

Así, el homicidio se halla penado en los arts. 79 a 88 del Cód. Penal, y las lesiones en los arts. 89 a 94 del mismo ordenamiento legal, debiendo señalarse especialmente que el art. 89 contempla un daño en el cuerpo o en la salud, el 98 la lesión que produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra y el art. 91 la lesión que produjera una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

Tan supremo es el interés jurídicamente protegido a la vida, que ni aún la voluntad del propio interesado es tomada en cuenta por la legislación, así se pena la ayuda del tercero al que se suicida o lo intenta, y las lesiones o muerte que se ocasionan a duelistas (arts. 83 y 97, Cód. Penal).

Sólo ante razones superiores de humanidad, se establecen excepciones al resguardo de la vida de las personas, con la sanción de la ley 21.541, adquiriendo preeminencia esencial la voluntariedad del donante, adoptándose las precauciones necesarias para que la misma no se halle viciada.

Así, en el art. 11 establece que los profesionales o equipos de profesionales médicos especializados, sus jefes y subjefes, deberán informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente acerca de los riesgos de la operación de ablación o implante, según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes. Luego de asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar, debiendo quedar documentada debidamente el cumplimiento de tal requisito, así como la decisión del dador y receptor.

Aún así se establecen importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad, ya que únicamente puede efectuarse la ablación de uno de los órganos pares o de materiales anatómicos, cuya remoción no implique riesgo razonable previsible que pueda causar la muerte o incapacidad total y permanente del dador (art. 12) y asimismo a que el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo, así como también, cuando circunstancias excepcionales lo justifiquen, podrán realizarse los actos médicos referidos, entre cónyuges y padres con hijos adoptivos (art. 13).

Tan importante es la voluntad que la misma ley dispone específicamente que la decisión es revocable hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras el dador conserva capacidad para expresar su voluntad

Ahora bien, ¿puede la menor C.G.S. lograr la comprensión de las circunstancias y consecuencias que hacen a la obligación del riñón que se pretende?. Desde el mismo momento en que el art. 921 del Cód. Civil le otorga discernimiento cabe concluir que sí.

Pero ello no implica posea suficiencia psicológica y emocional que avalen la decisión que al respecto pueda adoptar, insuficiencia ésta que fundamenta la incapacidad de hecho para el pleno ejercicio de sus derechos que determina el art. 55 del Cód. Civil.

Es el insuficiente desarrollo mental de los menores, lo que ha provocado que en todas las legislaciones se les brinde la protección debida (art. 58 Cód. citado) llegando a la suficiencia *jure et de jure* en nuestro país a los 21 años (art. 126 del Cód. Civil).

Y han sido declarados incapaces los menores de tal edad (arts. 54 y 55 del mismo ordenamiento legal).

Al respecto el art. 31 del Código Civil establece que las personas pueden adquirir los derechos o contraer obligaciones que el Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina, su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados les conceden o niegan las leyes.

Por lo tanto, la capacidad de las personas consiste en la aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones, la falta de tal aptitud constituye la incapacidad.

La capacidad emana de la ley, pero tal como lo señalan Salvat - López Olaciregui ("Derecho Civil Argentino. Parte General", t. I p.593) es el elemento modelador de las categorías básicas de la realidad jurídica positiva, ello confiere al hombre el atributo jurídico en que su personalidad consiste, le asigna una posición o estado y una aptitud o capacidad, pero haciendo todo esto la ley no hace sino ajustarse a principios de razón que actúan en un plano que la trasciende, la ley es instrumento realizador de fuentes jurídicas más profundas, y en tal forma, no podría negar arbitrariamente personalidad o capacidad a los seres humanos, lo que no impide que los sujetos reciban de la ley su capacidad.

Ahora bien, nuestro Código Civil ha establecido una distinción entre capacidad o incapacidad de derecho y de hecho, y el Codificador en la nota al art. 949 la explicita: "La capacidad civil de derecho es el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos o ejercer actos por sí o por otros, que no le sean prohibidos. Las personas a quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos, o el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho, es decir, de esos derechos o de esos actos prohibidos".

Es así que la ley 21.541, al establecer una excepción al bien jurídico protegido de la vida, al autorizar la ablación en vida de algún órgano, o de material anatómico de su propio cuerpo, la limita por el art. 13 a toda persona capaz mayor de 18 años.

Ello constituye una incapacidad de derecho para la menor de 17 años, y es una restricción legal fundada en la situación subjetiva de la persona, que no puede ser modificada por los particulares por hallarse interesado el orden público (art. 21 del Cód. Civ.) ni tampoco renunciarla porque ha sido instituida tanto en mira al individuo como a la sociedad (art. 19 del mismo ordenamiento legal).

Debe señalarse que su no observancia hace caer al acto en la legislación penal, motivo por el cual no cabe en el presente ninguna disquisición sobre si la incapacidad de derechos deben ser de interpretación restrictiva, pues tal como la suscripta ha penetrado, mediante el análisis de la evolución del problema, en la inteligencia y la voluntad real de la ley, ninguna duda cabe de que la incapacidad de derecho que norma la ley 21.541, en su art.13 constituye una prohibición legal para todas las demás personas de existencia visible no contempladas en la autorización.

En su consecuencia, por lo anteriormente expuesto, y normas legales citadas, resuelvo denegar la autorización solicitada para que la menor C.G.S. y D. done uno de sus riñones.- Graciela González (Sec. Jorge Quagliardi).

Dictamen del Asesor de Menores de Cámara.

Hay situaciones que por su dramatismo golpean duramente en nuestros sentimientos y, al par que nos mueven a compasión, nos impelen a buscar una solución que puede llegar a ser posible, pero de valor sólo relativo y aun dañosa para quien colabora en la misma. La honda preocupación del caso queda trasuntada en la actitud paterna y fraterna, que compone la acción intentada y sostenida, pero también se revela evidente en el dictamen del Ministerio Público y en la sentencia dictada. Frente a la respuesta negativa quizás el argumento más efectista sea aquel que afirma que la hermana menor, que pretende ser donante, podrá de cualquier manera efectivizar directamente su voluntad dentro de escasos 4 meses, aunque tal vez entonces su acto filantrópico llegue demasiado tarde. En consecuencia, cabe preguntarse que sentido tiene retacearle la posibilidad de hacerlo ahora y tal vez en tiempo. Entonces, si me dejara llevar por un sentido realista diría, tras apreciar que los médicos constaron su real voluntad donante con heroísmo y con desinterés propio, que atento a aquel escaso tiempo faltante y a su manifiesta voluntad, V.E. debía acceder a lo peticionado. No sería así la primera vez que, interpretando la ley, procurara hacerla más acorde con los requerimientos de la vida de relación. Pero lamentablemente entiendo que en este caso no me es posible hacerlo, atento a lo normado en una ley de interpretación restrictiva, como es la 21.541, el carácter de derecho personalísimo que tiene la facultad donante de un órgano propio y los límites a las facultades paternas, referidos en el Código Civil. Por ello, debo expedirme en el sentido de que V.E. debe confirmar la sentencia apelada.

En efecto, la ley 21.541 fija en 18 años la edad mínima del donante (Arturo Ricardo Yungano . "La Ley 21.541 de trasplantes de órganos humanos") al decir " toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá

disponer de la ablación en vida de un órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano". En tales términos, estimo que no cabe interpretación distinta a la explícita del texto, es decir que se necesitan 18 años cumplidos para poder efectuar la ablación de referencia. Con esto ya sería suficiente para denegar la pretensión, pero entiendo que dada la característica del caso y aun para agotar las argumentaciones, podríamos preguntarnos si antes de cumplir tal edad no podría manifestarse la voluntad en tal sentido y expresarse por medio de su representante legal. La respuesta también debe ser negativa. El derecho de la ablación filantrópica es un derecho personalísimo, entendiéndose por tales los "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tiene por objeto manifestaciones interiores de las personas y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden disponerse en forma absoluta y radical" (Santos Cifuentes, "Los Derechos Personalísimos" p. 157). Consecuente con ello sólo puede ejercerlos personalmente quien tenga capacidad al efecto, en las condiciones legales y, obviamente, los mismos no se encuentran comprendidos en las facultades delegadas en los representantes legales y, por ende, en el ejercicio de la patria potestad. De allí que la pretensión paterna, invocando tal ejercicio y manifestando la voluntad de la hija en esta circunstancia, no tiene sustento jurídico, porque ni la misma puede disponer válidamente de uno de sus órganos, por su edad menor a los 18 años, ni sus padres pueden transmitir esa voluntad viciada por incapacidad para disponer de tal derecho personalísimo.

Por ello y algunas de las valederas razones expuestas en la sentencia en recurso, reitero a V.E. que estimo que debe confirmar la misma. Ruego a Dios, sin embargo, que si la hermana al cumplir los 18 años persiste en su voluntad generosa y filantrópica, ello ocurra aún en tiempo hábil para salvar la vida de su hermano. No quiero cerrar estas líneas sin recordar aquellas palabras de Paul Claudel que explican su conducta : "La juventud ha nacido para el heroísmo".- Agosto 20 de 1980.- Julio Martínez Vivot.

2° Instancia. - Buenos Aires, setiembre 4 de 1980.

Considerando.- : Fundado en razones de insuficiencia de madurez y para amparar al sujeto sobre quien recae, nuestro Código Civil establece la incapacidad de hecho de los menores (arts. 54 y 55)

Y si bien la plena capacidad se adquiere a los 21 años, a medida que aquéllos van desarrollando su aptitud intelectual - lo que se presume de acuerdo a las distintas edades - ven ampliada su facultad de ejercicio de los derechos subjetivos.

Tal es lo que ocurre con los menores que cumplen 18 años de edad, a quienes la ley 21.541 autoriza a disponer de la ablación en vida de algún órgano de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto se satisfagan ciertos requisitos (art. 13).

Ahora bien, entre los llamados derechos de la personalidad y sin necesidad de indagar acerca de su naturaleza jurídica, se encuentra el derecho a la integridad corporal.

Por consiguiente, el acto al cual se refiere el citado art. 13 de la ley 21.541 es de aquéllos denominados personalísimos..

Es que la vida humana es el fundamento de todos los bienes, la fuente y condición necesaria de toda actividad humana y de toda convivencia social (conf., "L'Osservatore Romano del 6/7/1980, p. 8) ; de allí los conflictos que suscitan los trasplantes de órganos humanos, al afectar la integridad física del hombre y entrar en colisión con normas morales y principios religiosos, los que torna necesario una adecuada y estricta regulación legal (conf. Jorge Carranza, "Los trasplantes de órganos", p. 19).

Quizá la clave radique en la circunstancia puesta de resalto con acierto por María Antonia Leonfanti ("Trasplantes de órganos humanos", en Rev. LA LEY), en el sentido de que en la nota de remisión del Poder Ejecutivo de la ley 21.541 se señala expresamente respecto de la disposición de órganos provenientes de personas vivas, que se han eliminado a los menores de edad como posibles donadores. Ello lleva a pensar que se ha incurrido en error al redactar la norma, quizá porque es en la edad señalada por el art. 13 cuando según algunas legislaciones civiles se adquiere la mayoría de edad.

Cabe al respecto, y por su claridad, transcribir las razones que dio el legislador para fundar su pretendida exclusión de los menores: "... creemos que los antecedentes estudiados señalan adecuada atención en lo relativo a los menores de edad, punto que consideramos crucial dadas las especiales características de inestabilidad emocional, dependencia de influencias externas, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, etc., circunstancias todas que hacen de ellos sujetos que requieren muy especial protección jurídica. Esa protección debe extremarse a todos los efectos previstos en el proyecto".

Conforme a este criterio, cabe preguntarse cuál es el grado de libertad en la determinación de la menor, frente a la consciente o inconsciente presión del medio familiar y cuánta su comprensión de las consecuencias que acarreará una decisión de la trascendencia señalada.

Alguna vez se dijo que "el médico no puede sacrificar la salud de un hombre para salvar a otros", siendo razonable preocuparse más por la conservación de un estado cierto y actual que por la persecu-

ción de una ventaja hipotética y futura (conf., comentario bibliográfico de Julio Dassen a la obra de Jacques - Michel Grossen : "La protección de la personalidad en derecho privado", en J.A., t. 1964-IV, ps. 3 y sigts., sec. Bibliografía).

Desde dicha óptica y tras una entrevista personal, los suscriptos arribaron a la conclusión de que no cabe autorizar la excepción solicitada, sobremanera si se atiende a la circunstancia de que siempre que deban resolverse casos como el ahora analizado se invocarán razones de suma urgencia, con lo cual las excepciones se convertirían en principio general, derogando el límite legal que por los fundamentos expuestos es menester preservar.

Tal decisión - quizás una de las más difíciles en largos años de ejercicio de la magistratura - es fruto de una profunda reflexión, inspirada en el ideal de justicia al que todos aspiran, máxime quienes, como este Tribunal, tienen la honra de administrarla (conf., Ripert "Le declin du droit", cit. Por esta sala en la causa R. 230.769 del 14/06/79).

Por lo expuesto y de conformidad con el dictamen que antecede del Asesor de Menores de Cámara, se resuelve : Confirmar la resolución de fs. 85/8.- Jorge Escuti Pizarro.- Alfredo Di Pietro.- Félix R. de Igarzábal (en disidencia) (Sec. ; Diego N. Quirno).

DISIDENCIA : Las pautas cronológicas previstas por la ley 21.541 no deben ser consideradas con estrictez tal como para que la aplicación de la norma que las determina, importe cercenar derechos esenciales de la persona, cuyo íntimo manejo le son exclusivos y que corresponden más a la naturaleza humana, antes que al ordenamiento jurídico.

Más, aún cuando, antes que del ejercicio de derechos, se trata de la adopción de una conducta determinada por el imperio de las circunstancias.

En el caso de autos una joven de menos de 18 años, pero próxima a cumplirlos, ha decidido entregar uno de sus riñones a los fines de que le sea trasplantado a su hermano que carece de ambos. La ley mencionada sólo admite que ello pueda serlo a partir de la edad de 18 años señalada por el art. 13.

He sostenido en otras oportunidades que : "Sería en verdad inconcebible que un hecho empírico como la ley, por otra de una armonía preestablecida, estuviera tan en consonancia con el valor del derecho, que de ello se derivara una validez sustraída a toda excepción, un deber ser que no admitiera excepción alguna. La seguridad jurídica no es sino un valor como otro cualquiera que el derecho positivo garantiza, cuando se trata de una ley que por imperio de las circunstancias deviene en injusta, pierde este valor si la injusticia contenida en ella, alcanza tales proporciones que a su lado pierda toda importancia la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo. En casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes por razón de su injusticia. ("Introducción a la filosofía del derecho", por Gustavo Radbruch,

Breviarios del Fondo de Cultura Económica, reimpresión de 1955, México, p. 51)", (conf., C.N.CIV., esta sala, mayo 30-1980, en E.D., fallo 33.417).

A su vez, el objeto del Derecho es conseguir el orden social y por lo tanto tiene que regular las relaciones entre los hombres y no su conciencia íntima.

Sería equivocado creer que las leyes, por cuidadosamente que hayan sido redactadas, reducen la aplicación del derecho al mero proceso mecánico de encajar un caso dentro de un determinado artículo.

Según Aristóteles, el Derecho necesita del suplemento de la equidad (epikeia), tiene que haber un poder de adaptación que de flexibilidad al proceso jurídico, dictando a veces decisiones que sean contrarias a todo Derecho formalmente reconocido como tal y que, sin embargo, resulten ser intrínsecamente justas.

Los filósofos idealistas desde la época de Sócrates, Platón y Aristóteles, se refirieron a la existencia de un Derecho no escrito, grabado en el corazón del hombre, o de un Derecho común que se repite en las diferentes tribus, o de un Derecho natural que las criaturas razonables están obligadas a reconocer en todas partes y en los recuerdos de Sócrates por Jenofonte leemos que se citan como ejemplos concretos de esas normas, siempre repetidas de la ley natural, las relaciones familiares entre marido y mujer, padres e hijos ("Introducción al Derecho" de Sir Paul Vinogradoff, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1952). Creo con el espíritu agustiniano que Dios ha revelado su ley a los hombres y se las ha implantado en sus corazones como conciencia y razón.

Los estados de la tierra crean sus leyes que en parte sirven a la finalidad de la educación moral de los hombres y en parte reflejan los propósitos egoístas y pecaminosos de éstos, pero en caso de conflicto, los hombres deben conformar su conducta a la ley eterna, de la cual es la Iglesia el principal intérprete, que a su vez termina por nutrir el sentimiento y la razón de los jueces.

Las normas del Derecho Positivo tienen que justificar su existencia por referencia a las pautas establecidas por la doctrina filosófica de su época. De ahí que todo tiempo debe tener su Derecho Natural, su "Derecho Justo", al lado de su Derecho Positivo.

Si las leyes medidas por este criterio resultan defectuosas, tienen que ser corregidas por la legislación o por la práctica judicial.

En el tiempo actual pautas filosóficas menos imbuidas de un rígido racionalismo, determinan que el hombre en su quehacer, busque conformar la realidad jurídica con la realidad, existencial, condicionada por la agresividad de un medio insensible, pero que no claudica respecto de los principios e ideales que son finalmente su propia esencia.

Cómo entonces no contemplar ante la realidad que importa el caso en análisis, la posibilidad de que la ley, también producto de las circunstancias, haya dejado de advertir que, no cabe limitar la responsabilidad de las personas, ni su capacidad de heroísmo, cuando un estado de imperiosa necesidad condiciona a la par que alienta sus decisiones.

Debe asimismo tenerse en cuenta que pautas legales como las invocadas, terminan por constituirse en una irritante intromisión dentro del exclusivo e íntimo ámbito que todo hogar supone.

No puede sostenerse que la actitud de uno de los integrantes de la familia consciente de sus decisiones con discernimiento propio adecuado a su edad pueda ser el resultado de una presión del núcleo familiar, por lo constado en autos.

Bajo tales circunstancias considero que antes que por un imperativo legal por razones de humanidad, y en resguardo de la familia y de la conducta personal, debe acordarse la autorización requerida.

Persuadido de que no se trata de ponderar la posibilidad de ejercer derechos sino que la necesidad de cumplimentar una conducta del quehacer más íntimo de la personalidad, considero que como pauta legal rectora en la cuestión, además de los enunciados, principios de equidad y derecho natural, sólo cabe tener en cuenta el precepto del art. 19 de nuestra Constitución Nacional que establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Por ello voto porque se conceda la autorización requerida.- Félix R. de Igarzábal.

C.S.J.N., S. y D., C.G. s/ AUTORIZACIÓN, 6/11/80.

CONSIDERANDO : 1º) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105 la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor "C.G.S. y D.", en su representación, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano "J. I.". Contra esa decisión aquellos dedujeron el recurso extraordinario en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del art. 13 de la Ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2º) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (art. 13 de la ley 21.541), ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial. Ello así porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma. Sobre tales bases no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte.

3º) Que según resulta de autos, el menor J.I.S. y D., que nació el 31 de diciembre de 1960 padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente; debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el art. 3 de la referida ley, informa "creemos que la posibilidad de trasplante renal, debe ser evaluada de inmediato, dada la reversibilidad del mismo de gran parte de estos padecimientos" y el jefe del equipo médico que realizaría la operación de trasplante expresa en su declaración ante esta Corte "que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte".

4º) Que corresponde, en primer lugar, señalar debidamente las particularidades de orden fáctico que surgen de las constancias de autos con respecto a la operación en sí misma y a sus eventuales consecuencias para el receptor y la dadora.

El informe de los Sres. Médicos Forenses carece de las necesarias conclusiones asertivas en su fundamentación, habida cuenta de que la casi totalidad del dictamen se compone de interrogaciones que no permiten extraer consecuencias con fuerza de convicción.

Al iniciar la serie de esos interrogantes dicen los Médicos Forenses "... pero nos preguntamos y preguntamos a los facultativos intervinientes" y al terminarla expresan "estimamos que todas estas preguntas deberán responder los médicos del equipo quirúrgico a los padres del paciente y de la probable y futura dadora..."

Frente a la situación reseñada y a la urgencia en resolver esta causa ante el riesgo de muerte del receptor, esta Corte citó inmediatamente y con habilitación de días y horas al jefe del equipo médico que se encargaría del trasplante, y le efectuó una serie de preguntas y pedidos de explicaciones, que constan en acta.

5°) Que sobre la base de elementos de juicio que obran en la causa, este tribunal acoge con fuerza de convicción bastante para llegar a una certeza moral suficiente, para adoptar una decisión conforme a la naturaleza y características del caso, las siguientes conclusiones :

- a) Desde el punto de vista inmunológico la compatibilidad entre dador y receptor es buena ; uno y otro son histoidénticos, lo cual permite la viabilidad del trasplante y aleja la posibilidad del rechazo.
- b) De no haber rechazo luego de la operación, el receptor podría llevar una vida normal y el "medio interno" se soluciona con la operación de trasplante.
- c) Se puede descartar que el receptor tenga en la actualidad alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente al riñón nuevo.
- d) Que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte.
- e) Que por la experiencia personal del declarante le constan casos de personas que han vivido hasta trece años con riñón trasplantado, pero la experiencia mundial registra casos de personas que han vivido veinticinco años, no pudiendo registrarse mayores lapsos porque tales operaciones comenzaron a realizarse hace aproximadamente veinticinco años.
- f) Que con anterioridad al trasplante se reactualizarán los exámenes inmunológicos a fin de asegurar la improbabilidad del rechazo, como así también, se volverán a evaluar la situación del receptor en cuanto a su osteopatía, polineuropatía, estado cardiovascular, etc., y también el estado anatómico y funcional de los órganos urinarios a fin de determinar su capacidad de funcionamiento. La última vez que examinó al paciente - alrededor de mes y medio - llegó a la conclusión que su estado físico era capaz de soportar la operación y el post - operatorio.
- g) Con respecto a la dadora, expresa el declarante que "... los riesgos de la intervención que requiere la ablación son remotos dado el estado de salud de la menor. La internación en general es de una semana. La vida de los dadores con un solo riñón es plenamente normal y no significa ninguna invalidez. Los inconvenientes podrían derivar de un accidente que sufriera en el único riñón. El riñón subsistente no está especialmente expuesto a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos. La dadora podrá llevar una vida normal en su matrimonio y en su maternidad".
- h) Agrega el médico en su declaración que, a su juicio, la menor donante es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente libre, apreciación que coincide en un todo con la obtenida por los suscriptos en la detenida conversación que mantuvieron a solas con la menor y posteriormente con sus padres. Asimismo dejan constancia los suscriptos de su convencimiento de que no media inestabilidad emocional en la menor donante en cuanto a su firme y serena decisión, como tampoco inexperiencia para valorar las consecuencias de sus actos ni dependencia de factores externos ; baste señalar su espontánea manifestación de que, sin conocimiento de sus padres, concurrió a hacerse todos los análisis y exámenes necesarios para establecer su compatibilidad para el trasplante de un riñón a su hermano y, al concluirse que aquella era total, sólo entonces comunicó a sus progenitores la decisión de donar su riñón, circunstancia ésta que luego ratificaron sus padres. Con lo expuesto precedentemente en este párrafo h) se puede dar por satisfecha, con intervención de los órganos jurisdiccionales, la especial protección jurídica de la menor referida en el art. 11 y en la nota de elevación del proyecto de la Ley 21.541.

No existiendo en autos prueba fehaciente que haga poner en duda la opinión del equipo médico especializado que realizaría el trasplante, como primera conclusión de lo expuesto en este consideran-

do cabe afirmar - dentro de la limitación propia de las previsiones humanas en cuestión tan delicada como la que aquí se trata - que en tanto el menor "J.I." está en una situación actual y permanente de riesgo de muerte, la ablación del riñón a su hermana "C.G.", aparte de ofrecer sólo riesgos remotos propios de toda intervención quirúrgica, no le produciría ninguna invalidez y podría llevar una vida plenamente normal, incluso en su eventual matrimonio y maternidad.

6°) Que sentado lo que precede en cuanto a las circunstancias fácticas de la causa, corresponde abordar la interpretación de la norma específica en la materia a fin de conjugarla con aquéllas y con el todo orgánico del ordenamiento jurídico. El art. 13 de la Ley 21.541 establece: "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo..." A la dadora, en el caso, le faltan a la fecha dos meses para cumplir la edad señalada por la ley.

El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

7°) Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto: lo cual iría en desmedro del propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad... La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial.

8°) Que, sobre la base de las pautas orientadoras supra expuestas, cuadra señalar ante todo que si bien la ley 21.541 se preocupa de precisar las distintas condiciones que han de cumplirse para la procedencia del trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no puede dejar de tenerse presente que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de la salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos, que considera son ya de técnica corriente y no experimental (cf. art. 2° de la ley 21.541). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (advuértase que en la nota al art. 16 del Código Civil, que remite a los principios generales del derecho, el Codificador expresa "Conforme al art. 7 del Cód. de Austria", y éste se refiere a "los principios del Derecho Natural"). No es menos exacto, ciertamente, que la integridad corporal es también un derecho de la misma naturaleza, aunque relativamente secundario con respecto al primero, por lo cual la ley de la materia se ocupa de las condiciones que debe reunir el dador. (art. 13).

Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro.

La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico.

9°) Que en cuanto a lo primero baste con hacer remisión al considerando 5° de la presente y a la conclusión de su último párrafo; de lo que cabe deducir que frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado.

10) Que en cuanto a lo segundo cuadra reconocer, por cierto, que el límite de edad establecido en el art. 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica.

Sin embargo, cabe observar en primer lugar que la norma citada no prohíbe suplir la ausencia del citado requisito de edad por el asentimiento expreso de sus padres - como ocurre en el caso - o por

la venia judicial, situación que no puede dejar de tenerse especialmente en cuenta en las circunstancias singulares de autos en que a la dadora le faltan sólo dos meses para llegar a cumplir los 18 años y en ese lapso la vida de su hermano receptor está expuesta permanentemente al riesgo de muerte. Frente a esta última situación, el tribunal no puede dejar de expresar su convicción de que cumplidos esos dos meses la menor mantendría su consentimiento, argumento corroborante que sólo adquiere validez, por cierto, frente al derecho a la vida de su hermano gravemente amenazado en ese lapso. Nada indica que en sólo dos meses la madurez psicológica, el grado de discernimiento, responsabilidad y estabilidad emocional de la dadora pueda experimentar un cambio relevante.

En este orden de ideas cabe recordar lo dispuesto en el art. 921 del Código Civil en cuanto al discernimiento de los menores adultos y los arts. 58 y 62 relativos al modo y alcance de suprimir los impedimentos de la incapacidad y que la representación se extiende a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados, con lo cual cobra fuerza la razón supra expuesta sobre la base de que la ley 21.541 no prohíbe a los padres completar el asentimiento de la menor dadora (cf. art. 19 inc. 3° in fine ley 17.132). Por lo demás, conforme a lo expresado en el considerando 5° apartado h) y en el presente, es válido concluir que se encuentran reunidos los requisitos de los actos voluntarios previstos en el art. 897 del Código Civil.

Por otra parte, debe recordarse que la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad la excepción y que éstas han de ser expresas y de interpretación restrictiva; principio que, conforme a las excepcionales particularidades de esta causa y a las normas jurídicas citadas, ha de ser tenido especialmente en cuenta en la solución de este caso, máxime frente al consentimiento de los padres y a la intervención de la autoridad jurisdiccional.

11) Que aparte del fin primordial de la ley de la materia a que se hizo referencia en el considerando 8°, es particularmente digno de tenerse en cuenta que del art. 13 de la ley 21.541 surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la Carta Magna en cuanto enuncia la garantía de “la protección integral de la familia”; en este aspecto de la cuestión no sería razonable desconocer la relevancia que tiene en el caso la conformidad con el trasplante de parte de ambos progenitores y de los hermanos, dadora y receptor. Tampoco cabe prescindir de la ejemplar generosidad, muestra de amor fraterno y unión familiar que implica la espontánea decisión de la dadora, con suficiente discernimiento, actitud que el derecho no puede reprobar si se tienen presentes los fundamentos morales del orden jurídico.

12) Que no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia.

13) Que la conclusión a que se arriba guarda validez en tanto se cumplan previamente al trasplante, con resultados favorables, los exámenes y estudios a que se hizo referencia en el apartado f) del considerando 5°, sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y subsistiendo la facultad de revocar su decisión por parte de la dadora, conforme al segundo párrafo del art. 13 de la ley 21.541.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se deja sin efecto la sentencia recurrida y, atento a la urgencia del caso, se autoriza a la menor “C.G.S. y D.” a que se le practique la ablación de uno de sus riñones para ser implantado en su hermano “J.I.S. y D.” en las condiciones establecidas en el considerando 13 (art. 16, segunda parte, de la ley 48). - *Adolfo R. Gabrielli.* - *Abelardo F. Rossi.* - *Pedro J. Frías (según su voto).* - *Elías P. Gustavino (según su voto).*

Voto de los señores ministros doctores don Pedro J. Frías y don Elías P. Gustavino.- CONSIDERANDO: 1°) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó por mayoría, la sentencia de primera instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor “C.G.S. y D.”, en representación de aquélla, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano “J.I.”. Contra esa decisión aquellos dedujeron el recurso extraordinario en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del art. 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2º) Que media en el caso interés constitucional. Por estar afectadas la integridad corporal de la dadora y la vida y salud del receptor, no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, adecuada y oportuna a su naturaleza. Todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte.

3º) Que según resulta de autos, el menor "J.I.S.y D.", nacido el 31 de Diciembre de 1960. Padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente; debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el art. 3 de la referida ley, informa, "creemos que la posibilidad del trasplante renal, debe ser evaluada de inmediato, dado la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos".

4º) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (art. 13 de la ley 21.541), que no ha sido atacada de inconstitucional, ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las particulares circunstancias de la causa, pues la admisión de soluciones notoriamente injustas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial. Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma.

5º) Que importa señalar que la regla general - fundada en el esencial respeto a la libertad y dignidad humana - es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos y ello con más razón respecto a los derechos de la personalidad.

Las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico (arts. 19 de la Constitución Nacional, 53 y 62 del Código Civil). No pueden por lo demás, extenderse por analogía los impedimentos o restricciones de la capacidad. Aun las denominadas incapacidades de hecho deben estar consagradas en normas legales y no han de establecerse irrazonablemente, sino conforme a los valores humanos trascendentes y con arreglo a las garantías de la Constitución Nacional.

Como ya se ha dicho, en el caso se trata de armonizar la integridad corporal de la dadora con la vida y la salud del receptor. Todos ellos son derechos de la personalidad que

preexisten a cualquier reconocimiento estatal. El Estado y sus leyes, sin embargo, no se desentenden de los mismos. Por su naturaleza se acentúa la protección en múltiples aspectos, se sanciona su violación y se dilucidan cuestiones dudosas y conflictivas.

La existencia de tales derechos ha sido reconocida ya en la nota al art. 2312 del Código Civil, cuando dice: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.", y también han sido objeto de numerosas normas legales posteriores.

Mientras algunos derechos de la personalidad humana tienen un régimen minuciosamente previsto en las leyes, otros por el contrario, se caracterizan por su imprecisión. Las dificultades son causadas por la falta de sistematización de las normas respectivas y, desde otro punto de vista, por los adelantos de la ciencia y de la técnica, que suscitan riesgos y generan, al mismo tiempo, esperanzas de mejorar la salud y el bienestar general.

6º) Que "C. G. S. y D.", nacida el 30 de diciembre de 1962, goza de discernimiento conforme a los arts. 127 y 921 del Código Civil. No surge de autos que ella padezca de ignorancia, error o dolo que obstene a su intención, ni que se encuentre afectada su libertad con relación al acto de ablación en vida que motiva la causa. En la audiencia de comparecencia personal, se pudo verificar también que la referida menor ha comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quiere someterse y que no ha sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos; circunstancias que fueron corroboradas en la audiencia por el Tribunal. De todo ello cabe concluir que se encuentran reunidos los elementos de los actos voluntarios establecidos en el art. 897 del mismo cuerpo legal y que está satisfecha la exigencia del art. 11 de la ley de trasplantes en cuanto se refiere a la comprensión del acto.

7º) Que el art. 13 de la ley 21.541 establece, en lo que aquí interesa que: "Toda persona capaz, mayor de 18 años. Podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuese con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo..." .

Tanto la reducción del límite respecto a la regla general de mayoría de edad, como la autorización de trasplantes directos entre seres humanos vivos encuentra justificación en los principios de solidaridad familiar y protección integral de la familia, pues tal especie de práctica quirúrgica sólo es lícita respecto a los integrantes de aquélla en su sentido más genuino y directo. El citado precepto legal únicamente contempla la hipótesis de dación de órgano dispuesta por el menor que tiene 18 años, por sí mismo. La cuestión a decidir es si resulta arbitrario interpretar que una persona muy próxima a alcanzar dicha edad - faltándole para ello menos de cuatro meses al tiempo de la sentencia recurrida - no pueda disponer válidamente la cesión de un riñón, con asistencia de los padres o de los jueces, en las graves circunstancias de autos, donde deben conciliarse los derechos personalísimos de los hermanos: el derecho a la vida del receptor y el derecho a la integridad corporal de la dadora; justificando la defensa de aquél un amplio respeto de la voluntad del donante.

Ante todo debe observarse que la norma no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial. Si bien por principio la incapacidad para realizar actos de carácter personalísimo no sería susceptible de ser superada por los representantes legales, corresponde señalar que dicha regla no se opone a que la voluntad de ciertos incapaces - voluntad que en el caso existe conforme lo expuesto en el considerando 6° y que es esencial a los fines de resolver lo discutido - sea integrada mediante el asentimiento de sus progenitores o autorización judicial. Tal lo que surge, por ejemplo, del art. 10 de la ley 2393 para la celebración del matrimonio y del art. 19, inc. 3°, de la ley 17.132; e inclusive - dejando a salvo lo concerniente a su valoración moral o validez constitucional - del art. 86, inc. 2°, del Código Penal (texto según ley 21.338).

8°) Que si bien la ley 21.541 precisa las distintas condiciones que han de cumplirse para permitir el trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no debe omitirse que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos (cf. art. 2° de dicha ley).

9°) Contribuye a fundar esta solución la calificación de los trasplantes como "técnica corriente" (art. 2 de la ley 21.541 y art. 2 del decreto reglamentario n° 3011/77), que el paciente "J.I.S. y D." haya estado sin éxito en espera de un riñón cadavérico desde el mes de agosto de 1978, y asimismo, el brevísimo tiempo faltante para que "C.G.S. y D." cumpla la edad que le permitiría decidir por sí sola la ablación, circunstancia esta última que no autoriza a suponer una modificación sustancial de su madurez psicológica y estabilidad emocional. Las particularidades indicadas en el considerando 3° han sido corroboradas por el Dr. "R" al declarar que el citado "J.I.S. y D." estará expuesto al mismo riesgo de muerte en los dos meses próximos, que ha venido sobrellevando hasta ahora...

Además no existen en autos datos ciertos que pongan en duda la opinión del equipo médico especializado respecto de la viabilidad de la operación. Por el contrario, en la referida audiencia el jefe del equipo propuesto para efectuar la ablación, suministró información suficiente respecto a la viabilidad del trasplante desde el punto de vista inmunológico por ser dadora y receptor histoidénticos, precauciones que se toman antes de su realización e inexistencia en el receptor de alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente el nuevo riñón. En lo que concierne a la dadora, informó que son remotos los riesgos de la ablación dado su estado de salud, y que tiene la posibilidad de llevar una vida normal...

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se deja sin efecto el fallo apelado; y, atento a la urgencia del caso se autoriza a la menor "C.G.S. y D." a que se le practique la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano "J.I.S. y D.", en las condiciones establecidas en el considerando 10 (art. 16, segunda parte, de la ley 48).- Pedro Frías.- Elías Gustavino.

Comentario del fallo

J.I. de 19 años de edad, sufre una grave nefropatía con insuficiencia renal, por lo cual se le extirparon ambos riñones. Hace unos años se le injertó un riñón ablacionado por su madre, pero luego de un año se le debió desarraigar. Se encuentra en tratamiento prolongado de diálisis (paso de solventes y solutos a través de las membranas porosas), y desde hace dos años en lista de espera del CUCAIO sin que aparezca un riñón cadavérico compatible para que le sea implantado. Su estado general de salud es delicado: tiene dificultad para movilizarse; sus masas musculares son acentuadamente reducidas de tamaño y tono, aparentando tener menos edad; su deterioro físico es grande con dolores óseos importantes, con posible pérdida del último acceso vascular para hemodiálisis, lo cual sería reversible con el trasplante.

Su hermana de 17 años y 8 meses al tiempo del dictado de la sentencia de la alzada, es una joven normal y sana. Según un centro de histocompatibilidad e inmunogenética es histoidéntico con el RPR de su hermano, siendo la única dentro del grupo familiar que está en condiciones de donar un riñón.

Son los padres quienes se presentan requiriendo la autorización judicial para la realización del trasplante de riñón, la que es denegada.

El caso sometido a resolución judicial ha originado diversas cuestiones que han llevado a su exhaustivo estudio con respecto a lo establecido por la ley que rige la materia, en este caso la ley 21.541. Se contrapone la existencia de la urgencia del trasplante del riñón en cuestión, y la edad de la dadora que según el art. 13 de la ley 21.541 no cumple la exigencia de los 18 años. Es dable tener en cuenta que se pone de manifiesto la protección del derecho a la vida del receptor, y el derecho a la integridad corporal de la menor dadora. La solución a la que se arribe debe ajustarse a estos derechos pero, además, es importante tener en cuenta que si bien la dadora no tiene la edad requerida por la ley, sólo le faltan pocos meses para cumplir 18 años, y que en ese interin su voluntad no se modificaría. Es menester también tener presente que no hubo presión de ningún tipo por parte de su familia, que se demostró que la menor manifestó su decisión de donar sin error, dolo o violencia, dicho acto fue realizado espontáneamente por la menor, con discernimiento y libertad, es decir expresó su consentimiento, sin estar afectado el mismo por ningún tipo de vicio.

De lo expuesto se desprenden dos posiciones que se individualizan claramente. Una opinión sostiene la relevancia de lo racional en la toma de la decisión de tal magnitud como de la que se trata en este caso, es decir, se toma una posición rígida no teniendo en cuenta la voluntad de la menor dadora y la urgencia del trasplante de riñón, se interpreta la ley en forma restrictiva. Fundamenta esta posición invocando el derecho a la integridad corporal de la dadora, y tomando como esencial el no cumplimiento del requisito de la edad.

La otra posición no da preeminencia a la rigidez de la norma y sus conceptos, sino a la urgencia del caso y tomando como esencial las circunstancias del caso (consentimiento de la menor, discernimiento, voluntad, inexistencia de error, dolo o violencia en la toma de decisión, urgencia del caso, etc.).

Se debe dejar en claro que al autorizar la ablación e implante del riñón no se está vulnerando el derecho a la integridad corporal de la dadora ya que el equipo médico ha establecido que la menor luego de dicha intervención quirúrgica podrá sobrellevar una vida normal.

Con respecto al consentimiento de la dadora, se verificó la total comprensión de la información suministrada a la misma referida a la intervención quirúrgica y a sus consecuencias, además demostró una gran madurez que da la pauta de tal comprensión. Se satisface el requisito del art. 11 de la ley 21.541 en cuanto a la comprensión del acto. Se encuentran reunidos los requisitos de los actos voluntarios.

En este caso debe dejarse de lado el formalismo y la interpretación restrictiva del art. 13 de la ley 21.541, dado sus especiales circunstancias.

Se tornaría injusta la norma si no se superaran dichos ápices formales en virtud de la urgencia de la situación y de los derechos en juego, cuya tutela no admite demora alguna.

Con este fallo se ha llegado a una decisión correcta, aunque difícil, que sentó un precedente importante en la materia. Las discusiones formales no llevan a nada, por lo menos en este caso, de lo contrario se estaría dando más validez a dichas cuestiones técnicas dejando de lado una circunstancia tan delicada como lo es el derecho a la vida de una persona que se encuentra en grave estado; la justicia es quien tiene en sus manos la decisión y en consecuencia el destino de esa persona. Debemos llevar la letra de la ley a la realidad y no escapar de ella aplicando e interpretando los preceptos rígidamente, sin tener en cuenta el fondo de la cuestión, en este caso el salvar una vida.

Jurisprudencia del año 1983

Continuando con los casos dados durante la vigencia de la ley 21.541, citaré un fallo en donde el tema se centra en la ausencia de relación parental y la autorización judicial.

1° Instancia Juzgado Civil y Comercial 13° Nominación Rosario, firme, mayo 9-1983.- Colombo María I.

1° Instancia.- Rosario, mayo 9 de 1983.

Considerando :1-Que del expediente administrativo acompañado del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, surge la demostración de los hechos afirmados por la solicitante.

2- Que es decisivo como precedente para la resolución de la especie, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se autorizó a una menor a donar un riñón a su hermano, a pesar de que aquélla aún no había cumplido los 18 años que exige la ley 21.541, art.13 (sentencia del 6 de Noviembre de 1980).

3- Que allí la Corte dejó sentada la doctrina de que tal norma (el art. 13 de la ley 21.541), ha de ser interpretada armónicamente considerando la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías

de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial. Se hizo notar que esa norma no prohíbe suplir la ausencia del requisito de edad por la venia judicial.

4- Que siguiendo el mismo criterio hermenéutico de la Corte, es suplantable por la autorización judicial la falta de relación parental prevista en el citado art. 13 de la ley 21.541. Según Leonfanti la "ratio legis" de la exigencia sería evitar la comercialización. Pero ese riesgo se descarta ante el juramento de la solicitante, y frente al testimonio de su reconocida probidad e integridad moral que da la hermana Norma María Davicino, Rectora del Instituto educativo donde la solicitante presta servicios como Secretaria de las Secciones Secundaria y Profesorado. Para Ricardo Levene (h) el fundamento estaría en procurar evitar el rechazo inmunológico.

5- Que entre dos interpretaciones posibles del art. 13 de la ley 21.541, una entiende que es irremediable la exigencia de un determinado parentesco entre dador y receptor, y otra admitiendo la autorización judicial supletoria, hay que preferir esta última, pues estando a la primera habría que concluir en que esa norma es inconstitucional. La declaración de la misma es, como se sabe, la "última ratio" del orden jurídico, y por ello hay que procurar encontrarle a las leyes un sentido acorde con la Carta Magna, pues debemos presumir que los legisladores quisieron acatar la Constitución Nacional, y no infringirla.

6- Que tal inconstitucionalidad se configuraría porque la ley no puede impedir irremediamente el ejercicio del derecho al heroísmo, que se considera reconocido en la Constitución Nacional, de modo implícito o incluso comprendido en la libertad de cultos. La señorita Colombo dice profesar al cristianismo, y tiene derecho no solamente a que se le permita cumplir con los consiguientes ritos externos, sino también a que se le deje cumplir en plenitud de la doctrina del Evangelio. Ella parece haber entendido muy bien aquello de que: "Nadie tiene mayor amor que quien da la vida por sus amigos"; "Que os améis los unos a los otros como Yo os he amado"; "Amad al prójimo como a ti mismo". Por lo expuesto, resuelvo autorizar a Martha Colombo, para que se haga realizar por el cuerpo médico del Sanatorio Güemes los estudios de histocompatibilidad respecto a Arturo O. Santecchia, y en caso de ser positivo el resultado, se le proceda a la ablación de uno de sus riñones para ser implantado en el cuerpo de Santecchia.- Omar U.Barbero.- Ante mí Avelino J. Rodil.

COMENTARIO: En este caso se otorga la autorización requerida para la ablación de un riñón para ser implantado en otra persona que padece una enfermedad incurable denominada nefritis crónica terminal. Lo relevante es que no existe entre ambas personas, dador y receptor, relación de parentesco.

El juzgador consideró que la falta de relación parental exigida por el art. 13 de la ley 21.541, cuando se trata de un trasplante de órganos entre personas vivas, es susceptible de sustituirse por la autorización judicial.

Por ello, concedió la venia a la institución médica para realizar a la peticionaria los estudios de histocompatibilidad y, en el caso de que estos resultaran positivos, para proceder a la ablación del riñón con el fin de ser implantado en el cuerpo de la persona que presenta la nefritis crónica.

La sentencia dictada tiene los siguientes fundamentos: a) el consentimiento de la dadora; b) la adopción del criterio de la Corte Suprema cuando autorizó la ablación de un órgano a una menor de 18 años con el fin de ser implantado en el cuerpo de su hermano; c) la inconstitucionalidad del art. 13 de la ley 21.541, si se interpretara que él requiere indefectiblemente la relación de parentesco, sin posibilidad de que el recaudo sea sustituible por la autorización judicial, cuando se tratara de efectuar la dación del órgano a un sujeto no pariente, inconstitucionalidad que se configuraría porque la ley no podría impedir el ejercicio del derecho al heroísmo, que el juez considera estar reconocido implícitamente en la Constitución Nacional, e incluido en la libertad de culto.

Debe tenerse en cuenta que fue el mismo dador quien se presentó ante el órgano jurisdiccional solicitando la autorización.

En este caso se está ante el ejercicio del derecho de disponer del propio cuerpo, que se relaciona con el derecho a la vida y a la integridad corporal. Estos derechos hacen a las manifestaciones físicas de la personalidad.

Los derechos personalísimos son irrenunciables, pero a la vez son susceptibles de disposición por el titular, el acto de disposición ha de resultar siempre relativo, y no tiene que ser contrario a la ley o a las buenas costumbres.

Es menester señalar que no es suficiente con el consentimiento del dador del órgano, para que sea legítima la ablación de que se trate. Esa voluntad no debe ser contraria a la moral y a las buenas costumbres.

La disposición de partes del propio cuerpo, importa el ejercicio de atribuciones extraordinarias que constituyen excepciones a la regla de que la integridad corporal debe ser preservada. Por ello, la posibilidad de que un ser humano viviente dé sus órganos no renovables a otra persona es excepcional, pues

más allá de la seguridades que puede dar la medicina en orden a la supervivencia y a la reintegración a la vida normal del dador, éste queda expuesto a determinados riesgos creados por dichas circunstancias particulares. Por todo esto el acto de que se trata debe ajustarse a todo el ordenamiento jurídico interpretado en su totalidad en forma armónica.

Capítulo 2. Jurisprudencia durante la vigencia de la ley 23.464

Jurisprudencia del año 1989

Con la modificación de la ley 21.541 por la ley 23.464 también se presentaron casos que dieron a la controversia. En este caso se trata la dación en vida, límites, sujetos autorizados, excepciones, y el tema más relevante es la imposibilidad de los concubinos para donar sus órganos entre sí.

CNCiv., sala H, 21 de Abril de 1989.-

2° Instancia.- Considerando : En primer lugar cabe dejar sentado que la peticionante dadora no ha interpuesto recurso de apelación alguno respecto de la denegatoria. Únicamente lo ha efectuado el supuesto receptor. Si bien éste último ha sido tenido por parte no es menos el consentimiento prestado por H. C. a lo decidido por el juzgador de por sí impide la viabilidad del reclamo efectuado por la vía recursiva en la persona de A.

De lo expuesto en el art. 13 de la ley de trasplantes de órganos humanos - 21.541 modificada por la ley 23.464- surge que en la legislación argentina los trasplantes de órganos sólo están permitidos cuando medien entre dador y receptor determinados lazos familiares. Adopta un sistema que podemos considerar "restrictivo" pues limita a un estrecho vínculo de parientes la posibilidad de dar y recibir órganos en vida. La regla general indica que los sujetos de esta especial relación extrapatrimonial deben estar ligados por lazos de consanguinidad (padre, madre, hijo o hermano). La excepción a este principio está constituida por "circunstancias excepcionales" en las que se aceptan estas intervenciones quirúrgicas entre marido y mujer, o entre padres e hijos adoptivos.

Las limitaciones con respecto de los dadores y receptores de un trasplante en vida obedecen, en primer lugar, a comprobaciones científicas que han demostrado que, cuanto más próximo es el vínculo de consanguinidad mayor es la histocompatibilidad y por consiguiente menor el riesgo del rechazo inmunológico. A estas razones médico - biológicas se suman otras fundamentadas en la trascendencia de la decisión de ablación, que sólo resulta justificada cuando el dador la asume en aras del bienestar y sobrevivencia de un ser querido, integrante de la familia, en un sentido más genuino. En tal sentido Santos Cifuentes "Estudio Jurídico Privado sobre Trasplantes de Órganos Humanos" piensa que prevalece la idea de que la gravedad de la dación del órgano, y el moderado equilibrio de circunstancias en un campo que está penetrado por el interés público, la moral y las buenas costumbres, en el manejo de la vida, el cuerpo y la salud. Queda demostrado ello con el 2° párrafo del art. 13 que abre la posibilidad cuando circunstancias excepcionales lo justifiquen de realizar los actos médicos entre cónyuges, padres con hijos y parientes consanguíneos en línea recta de segundo grado y colaterales hasta cuarto grado. Habría más que un problema médico de resistencia e intolerancia del injerto por el lado del receptor, la necesidad de un lazo parental que sustente en sumo grado el sacrificio por el lado del dador. De lo contrario, como la ley venezolana hubiera previsto ensanchar el terreno de posibilidades por vía reglamentaria.

Ello tiene su motivación también en que puede acaecer que una persona - por un precio - contrate la entrega de un miembro a cambio de dinero. El mencionado autor menciona el comentado injerto "Voronoff". La convención atenta contra la moral y las buenas costumbres. Es ineficaz porque el objeto está fuera del comercio. La ley en consonancia con estas ideas, ha dictado una prohibición que es fuente de delito penal : el ofrecimiento de donaciones, retribuciones, cesiones de derechos, etc., susceptibles de valor pecuniario para el dador o para terceros. La ley argentina se ha inclinado sin lugar a dudas, por el carácter liberal puro, en acuerdo con la extrapatrimonialidad del bien donado.

Es sabido que el éxito de los implantes de órganos depende de que no se produzca el rechazo en el organismo del receptor ; esto es, la reacción de los mecanismos de repulsión que tiene el ser humano, contra aquello que le es extraño, conocidos bajo la denominación de inmunidad. Las posibilidades de rechazo son menores cuanto mayor sea la histocompatibilidad entre dador y receptor. La histocompatibilidad llega al grado máximo, en el supuesto de los gemelos univitelinos, en razón de que éstos al provenir del mismo óvulo dividido y al haber sido fecundados por el mismo espermatozoide, ostentan genotipos iguales ; de ahí su parecido físico y la identidad de los sexos. (Luna Bisbal M,

“Trasplantes, Bases para una legislación”).

Entonces no es dudoso que la primera razón de ser del sistema instaurado por el art. 13 de la ley 21.541 reside en que se trata de evitar sacrificios inútiles; sólo es justificable la autorización para dar un órgano de mediar una expectativa lógica de que ello se proyecte en la salvación o prolongación de la vida del receptor. Agrega que sin embargo el régimen no es rígido ya que el propio art. 13 permite que se efectúen daciones de órganos entre cónyuges y entre padres e hijos adoptivos. Es inatacable que en este supuesto la autorización no puede hallar sustento en las razones antes mencionadas. Nada da pie a suponer que entre dichos sujetos pueden verificarse mejores perspectivas de obtener una intervención de cirugía sustitutiva feliz que en los casos en que una persona recibe el órgano de un extraño vivo o muerto. Por lo tanto las motivaciones del legislador descansan en principios de “solidaridad familiar”. De ocurrir las circunstancias de excepción que prevé la ley, no puede negarse a un cónyuge su propósito de sacrificarse por el otro, o a un padre adoptivo la asunción de análoga actitud en pro de la salud o la vida de su hijo (o viceversa). Prevalecerá la fuerza del sentimiento familiar por encima de las consideraciones que el legislador pudo tener en cuenta al estructurar el sistema estricto que aparece insertado en la parte 1° del art. 13 de la ley 21.541.

En la doctrina clásica se habla con persistencia de la creación judicial del derecho. Así se afirma que el juez no realiza tan sólo una operación lógica de ajustar la norma general al caso concreto (o a la conducta) al dictar sentencia aunque esto sea exacto, el magistrado para asumir la decisión crea una norma jurídica individual destinada a surtir en la especie sometida a su conocimiento. Esto no significa equiparar el juez al legislador, pues aquél no está autorizado para dictar normas generales; únicamente se ceñirá a la ley o a la norma genérica que gobierne el caso.

Es sumamente conocido el decisorio del más Alto Tribunal que menciona el Fiscal de Cámara del 6 de Noviembre de 1980 admitiendo la solicitud de los padres de un menor de diecisiete años y ocho meses (habido al tiempo de la sentencia definitiva), tendiente a que se autorizara por vía judicial la extracción de un riñón del cuerpo de dicho menor para ser injertado en el cuerpo de su hermano, también hijo de los peticionarios. En el caso se trataba de analizar la capacidad jurídica para ser donante y que unía al receptor por lazos sanguíneos.

En tal orden de ideas, dicho precedente no puede avalar una petición de una persona que dice ser concubina del receptor. La situación de hecho que se denuncia entre los mismos no puede asimilarse al estado de casado. Si bien no resultaría negable la existencia de lazos afectivos que impulsaría la decisión de ablación, no es menos que en la especie ni siquiera se ha intentado ofrecer prueba idónea que corrobore la intención de sobrevida del ser querido y desmerezca la presunción de una transacción entre las partes. Simplemente se ha señalado una situación de hecho. No se ha corroborado la misma para suponer una relación sentimental o afectiva entre las partes. Es más, no se ha explicitado impedimento de ligamen alguno que obstruya satisfacer reunir el vínculo matrimonial exigido por la ley 21.541 - art. 13.

La dación en vida de una parte del cuerpo para beneficiar a otro sujeto puede concretarse cuando concurren determinadas condiciones que, en nuestro ordenamiento jurídico están definidas legalmente. No hay posibilidad que alguien se sienta afectado o restringido en el goce de sus derechos si la ley le impide autorizar una mutilación de su cuerpo, ya que es indudable que todos los derechos reconocidos constitucionalmente se ejercitan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 de la Constitución Nacional).

Por lo expuesto el Tribunal resuelve confirmar la resolución recurrida.

COMENTARIO: Es otra vez el art. 13 de la ley 21.541 el centro de la controversia. En este caso se pone hincapié en la falta de relación parental entre dador y receptor.

Al momento de otorgar la autorización es viable dar atención a la voluntad del dador y a su relación afectiva que lo lleva a tomar la decisión de donar sus órganos, es decir, a la relación solidaria.

Se repite la restricción irrazonable e inflexible de la ley, no teniendo en cuenta lo verdaderamente importante que es la vida del receptor y la voluntad de donar del dador que como se dijo está ejerciendo un derecho reconocido implícitamente en la Constitución Nacional, el “Derecho al Heroísmo” y al de ser Solidario

La decisión de donar un órgano implica una razón de humanidad en la que no caben límites rígidos e irrazonables, por lo que la ley debería contemplar dicha cuestión dejando de lado tal formalismo excesivo.

Entonces una vez cumplidos ciertos requisitos como la compatibilidad funcional entre dador y receptor y el consentimiento otorgado libremente por parte del dador, es dable otorgar la autorización para llevar a cabo la ablación e implantación del órgano en cuestión. Es decir que una vez comprobado que el dador a manifestado su voluntad de donar con pleno discernimiento, no debe discutirse sobre si existe o no una unión de hecho y una relación afectiva que avalen dicha decisión.

Al tratarse de una cuestión urgente, como lo son los trasplantes de órganos, en donde está en juego la vida de una persona, no puede detenerse la solución de dicho caso en la interpretación de los preceptos de la ley, y en una discusión doctrinaria.

Además no hay nada contrario a la ética en el hecho generoso, humanitario y solidario, de donar un órgano y de recibirlo entre concubinos.

Capítulo 3. Jurisprudencia a partir de la ley 24.193

Jurisprudencia del año 1995

Con esta ley también se dieron a conocer casos en donde se pone en evidencia la existencia de puntos controversiales planteados por la propia ley y por las circunstancias particulares de cada caso.

A continuación se falla sobre una cuestión traída por uno de los artículos de la ley 24.193. Tal caso es el siguiente.

Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N°3, Mar del Plata, 6 de Junio de 1995.-

Acción de Amparo promovida conjuntamente por I.B.R. y M.D.B. tendiente a la autorización judicial para el trasplante de riñón entre personas, intervención médica en donde la Sra. R. intervendría en su calidad de potencial dadora, y el Sr. B, en el carácter de paciente receptor.

Se destaca en la presentación que habiendo contraído matrimonio el día 7 de Marzo de 1984, fruto de dicha unión nació la niña D.C.B., actualmente de nueve años de edad, agregando que por desavenencias surgidas en el matrimonio en el año 1989 tramitaron el juicio de divorcio.

Expresan también que no obstante la separación “siguió existiendo entre ambos una buena comunicación humana basada fundamentalmente en que más allá de nosotros se encontraba nuestra hija D...” Añade que a partir de junio de 1989 M.B. comenzó el tratamiento de Hemodiálisis crónica como consecuencia de una poliquistosis renal y hepática, sumado a un cuadro de anemia renal y otras complicaciones que surgen de las certificaciones médicas acompañadas, dolencia crónica y terminal para la cual se indicaría un trasplante de riñón, peticionando la Sra. R. ser aceptada como eventual donante.

Se señala en la presentación inicial que se encuentra en juego el derecho a la vida de raigambre constitucional, y el derecho a la salud, fundamentándose la petición en las previsiones de los arts. 2, 18, 33, 43, 75 inc.22 y 121 de la Constitución Nacional, documentos internacionales en materia de Derechos Humanos y arts. 12 inc. 1ro ;1, 36, incs. 8° y 29, inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, estimando de aplicación al caso concreto lo resuelto por este Juzgado en otra causa del 12/08/91.

Se recurre a la tutela judicial, en razón de la certificación expedida por el jefe del Servicio de nefrología del Hospital Privado de Comunidad, Dr. Alfredo Introzzi, donde se consigna que atento a disposiciones de la ley nacional de trasplantes de órganos, “de no mediar una orden judicial” M.B. no puede recibir un riñón de I.R. (su ex cónyuge), resultando del contexto de la aludida certificación que el impedimento surge de la interpretación literal de las previsiones del art.15 de la ley 24.193, que limita la ablación de órganos con fines de trasplante entre personas en los supuestos de parentesco o vínculos contemplados en dicha norma.

II.- Que el Sr. titular de la Fiscalía N°1 Departamental., Dr. Eduardo O. Alemo se notifica de la resolución en cuanto declara formalmente admisible la Acción de Amparo promovida, interponiendo contra la misma recurso de apelación por considerar que se ha denegado implícitamente la declinatoria de competencia planteada por dicha Fiscalía, planteo desestimado.

Asimismo, reitera peticiones sobre cuestiones previas referentes a la determinación de la parte actora, la falta de objeción de la constitucionalidad de los arts. 15 y 27, inc. a) de la ley 24.193, la aplicación del precepto contenido en el art. 13 de la mencionada ley a fin de garantizar el consentimiento informado del donante y donatario, y la necesidad de contar con un patrocinio letrado diferenciado e independiente que permita asegurar la libertad absoluta de decisión, toda vez que considera que no se encuentra garantizada la inexistencia de intereses o voluntades encontradas.

Funda su petición en los arts. 13, 15, 27, inc. a), 56 1° párr., 56 inc. b y f, y segunda parte de la ley 24.193, arts. 7, 34 inc. 5°, 40 del C.P.C.C. ; arts. 22, 71 inc. 4°, 85, 289, y 415 del C.P.P, art.21 y cc., y 25 de la ley 7166 ; y art. 75 de la ley 5827.

III.- Que a fin de valorar la existencia de un consentimiento informado, libre y esclarecido, se señala la audiencia a fin de que comparecieran en el Juzgado M.D.B. e I.B.R, con la presencia de la perito psicólogo oficial licenciada Alicia Cendoya, la que se llevó a cabo en presencia del suscripto, la perito psicólogo y el Sr. Agente Fiscal.

Que habiéndose dado intervención a la Sra. Asesora de Incapaces, en turno, obra el dictamen de la nombrada quien estima que la acción promovida “no concierne a la menor, hija de los peticionantes de la acción de amparo, y en pleno ejercicio de la patria potestad”, invocando la Convención sobre los Derechos del Niño de rango constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.).

El Ministerio Fiscal planteó la incompetencia del Juzgado en razón de lo previsto en el art. 56 de la ley 24.193, en cuanto atribuye competencia a tribunales en lo civil para la resolución de las cuestiones “extra-matrimoniales” relativas a la ablación e implante de órganos, estimando aplicable el procedimiento previsto en la ya citada disposición del art. 56 de la ley de fondo.

IV.- Que el procedimiento especial previsto en el art. 56 de la ley 24.193, tal como se prevé en el párrafo primero in fine de la referida disposición rige exclusivamente para el orden federal, toda vez que de la sanción de los códigos o leyes de fondo, no alteran la jurisdicción local (art. 75, inc. 22 C.N., en concordancia con las previsiones de los arts. 5º, 121, 122 y cc. De la misma carta constitucional).

Que ante la inexistencia de un procedimiento especial en el ámbito jurisdiccional de la Provincia de Buenos Aires, la Acción de Amparo, ley provincial 7166, ley 7261, “como acción - procedimiento o, vía de tutela esencial que juega como alternativa principal no subsidiaria...”, directamente operativa, constituye la vía idónea para la protección efectiva del derecho a la vida y su corolario el derecho a preservar la salud.

La Constitución Nacional en su art. 43, reconoce el derecho fundamental de toda persona de “interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”, todo ello en orden a la efectiva tutela de derechos y garantías reconocidos por la Constitución, pudiendo el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva en sentido coincidente regula esta acción - procedimiento la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 20).

Según prevé expresamente el ya citado art. 20, inciso segundo, párrafo dos de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires “... el Amparo procederá ante cualquier juez”, en sentido coincidente con lo preceptuado en el art. 4º de la ley Provincial de Amparo 7166, en cuanto establece la competencia de “todo juez o tribunal letrado de primera instancia con jurisdicción en el lugar...”.

En orden a los fundamentos expuestos precedentemente, corresponde declarar formalmente competente el Juzgado para entender en la Acción de Amparo promovida.

En sentido coincidente con la antedicha solución estimo pertinente los términos del voto del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Carlos Fayt, en cuanto expresa “...si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, no cabe excluirlo como forma idónea para la efectiva protección del derecho, con fundamento en una apreciación meramente ritual, puesto que el objetivo de la institución es aquella protección y no el resguardo de la competencia”. En ese mismo orden de ideas, tuvo oportunidad de resolver la C.S.J., en un caso sobre ablación y trasplante de órganos que guarda similitud con el ahora bajo juzgamiento, que en atención a los valores fundamentales en juego, “no es aceptable la demora en la tutela de derechos comprometidos que, en cambio, exige consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, lo cual, impone superar ápices formales...”. Bidart Campos en nota aprobatoria al criterio sostenido por el Alto Tribunal destacó con acierto que “la vida y la salud son bienes muy valiosos protegidos constitucionalmente...”, y que ante la existencia de “dos intereses jurídicamente tutelados por la Constitución. Dos derechos cuya protección y coordinación no admitía demoras. Las formas son serviciales para la Justicia, y no deben actuar como obstáculos...” lo que lo lleva a propiciar obviar eventuales ápices procesales, puesto que “las formas están al servicio de la solución objetivamente justa...” (Bidart Campos, Germán “Interpretación Constitucional y Legal. Vida, Integridad corporal, familia y Justicia”).

V.- Que en atención a las implicancias bioéticas, por resolución se solicitó al Coordinador de la Comisión de Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, la integración de un comité interdisciplinario ad hoc a fin de dictaminar en la presente causa.

El Comité Ejecutivo quedó integrado por el Dr. Justo Zanier, médico genetista coordinador del Programa para Investigación y Perfeccionamiento en Bioética, la Licenciada Estela Chaparro, enfermera, representante de la Escuela de Ciencias de la Salud y el Comportamiento, la Dra. Dolores Loyarte, Directora del Instituto de Derecho de Familia, Colegio de Abogados de Mar del Plata, el Dr. Jorge Mancini, Coordinador del Comité de Bioética del Hospital Privado de la Comunidad, el Dr. Horacio Salvador, del Instituto de Filosofía del Derecho, Colegio de Abogados de Mar del Plata, y el Dr. Humberto Titarelli, médico psiquiatra, profesionales todos pertenecientes al Programa Interdisciplinario Bioética de la UNMdP.

El Comité Bioético ad hoc, emitió dictamen. A lo largo del mismo abordan en forma precisa y circunstanciada los diversos aspectos bioéticos en cuestión, que podemos sintetizar de la siguiente manera : 1) Consentimiento informado : se estima que en base a las constancias documentadas en la causa, y entrevista personal de la Comisión con los peticionantes del amparo, se considera “plenamente garantizada la existencia de un consentimiento capaz (lúcido y con juicios críticos conservados), libre (sin coerción

interna y externa), e informado (con la adecuada información de los riesgos y beneficios respecto de la donante y paciente receptor), destacándose además la presencia activa en la entrevista del actual marido de la Sra. R., quien manifestó su coincidencia con la decisión adoptada por ésta; 2) a. - Se puntualiza que más allá de la disolución del vínculo matrimonial, subsiste "...el deber de los padres de ejercer una paternidad responsable y activa respecto de sus hijos", en orden a la cual consideran procedente el trasplante petitionado. Se señala que en cambio una negativa en el tema de la ablación - trasplante resultaría "perjudicial para la esfera emocional de todos los integrantes involucrados" (padres e hija); b. - no advierte la comisión de "potenciales daños que superen el beneficio familiar..."; c.- en lo concerniente al riesgo físico que implica esta "praxis médica", siendo el mismo muy bajo, entiendo que ello no constituiría motivo de disuasión de la decisión final de la donación; d.- se puntualiza que contemplado el bienestar de la niña D., su madre resolvió que en caso de resultar también la menor portadora del gen, que ocasiona la enfermedad que actualmente padece su padre, ella preservaría su riñón con miras a una futura donación a favor de su hija. 3) En cuanto a las proyecciones jurídicas del caso, postula el Comité de expertos una interpretación amplia del texto legal compatible con el espíritu de la legislación, por entender que en el caso se disipa todo peligro de una compraventa entre donante y receptor, al haberse acreditado fehacientemente el alto grado de altruismo y afectividad que relaciona a los ex - cónyuges R.B. A ello se agrega la subsistencia de ciertos efectos del matrimonio, aun después del divorcio vincular (deberes asistenciales, impedimentos matrimoniales por afinidad y cotitularidad de patria potestad).

A modo de síntesis se expresa en el dictamen, que el Comité en forma unánime, ha entendido "que no existen impedimentos de carácter bioético que desaconsejen esta intervención quirúrgica".

Las consideraciones de la Junta interdisciplinaria ad hoc, que fueron sintetizadas, resultan ajustadas a las demás constancias de la causa, y compartidas plenamente por el suscripto (doctrina art. 255 del CPP).

VI.- Que del informe coincidente del Hospital Privado de Comunidad (que suscriben el Jefe del Servicio de Nefrología Dr. A. Introzzi y el Jefe del Departamento Médico Dr. J.C. Pomposiello), resulta que M.D.B. presenta una patología renal crónica, que afecta gravemente su salud, con potencial peligro para su vida. En tal sentido resulta ilustrativo lo expuesto por el Dr. Da Ponte González cuando explica que el amparado "se trata... con tres sesiones de hemodiálisis semanales de cinco horas cada una. Que padece de una insuficiencia renal crónica terminal, secundaria a una enfermedad poliquística renal y hepática... que el trasplante renal sería para el paciente...la mejor opción de tratamiento terapéutico, toda vez que le consta que vive solo, y su deterioro resulta físico y consecuentemente psíquico...", explicando con precisión los beneficios derivados de un eventual trasplante, coincidente con lo informado por el Hospital Privado de Comunidad, y dictamen del Sr. Perito Médico Forense Oficial, de manera que se cumplen en este aspecto las exigencias del art. 2 y cc. de la ley 24.193, tratándose de una praxis médica categorizada como de "técnica corriente y no experimental" (art. citado in fine, y art. 2º, inc. 6º del Decreto Reglamentario 502/95).

De las premencionadas constancias de la causa surgen entonces razonables expectativas de éxito frente a la intervención quirúrgica petitionada, con beneficios evidentes para la futura salud del paciente receptor, que supera los riesgos, implícitos en la ablación, calificados como mínimos en el dictamen pericial (art. 14 de la ley 24.193 y su doctrina).

VII.- Que obra en la causa el dictamen del Sr. Perito Médico Forense de la oficina pericial departamental, Dr. Mauricio Laner quien, en base a las constancias obrantes en autos, considera "que es compatible la indicación del trasplante renal indicado, en razón de la patología de carácter irreversible que padece el enfermo".

VIII.- En razón de los antecedentes expuestos en los considerandos que anteceden, ante la existencia de un consentimiento informado, claro, lúcido y esclarecido tanto de la parte de la potencial donante como del paciente receptor, no surgiendo el más mínimo indicio que permita inferir la existencia de intereses encontrados entre la Sra. R. y el Sr. B., estima el Juzgado innecesario el patrocinio jurídico diferenciado que en su momento solicitara el Ministerio Fiscal.

En tal sentido, estima el juzgador que la audiencia llevada a cabo en el Juzgado con los peticionarios Sra. R. y Sr. B., cumplida en presencia del Sr. Agente Fiscal y la Perito Psicólogo quien por otra parte dictaminara por separado, en concordancia con las consideraciones pertinentes vertidas en el dictamen bioético, el consentimiento informado, en el sentido de una decisión libre, sin coerción alguna, adoptada luego de un largo proceso de reflexión, y con pleno conocimiento de las consecuencias de la decisión adoptada, se encuentra suficientemente garantizado en autos.

IX.- Que la legislación vigente, art. 15 de la ley 24.193, establece una limitación en cuanto a las posibilidades de ablación de órganos con fines de trasplantes en vida, que circunscribe a personas vinculadas entre sí por lazos de parentescos especificadas en la norma o situaciones asimiladas ("relación

de tipo conyugal”, en la terminología de la ley), con lo cual fue ampliado el contexto limitativo más severo que preveían las anteriores leyes 21.541 y 23.464, cuyo texto no debe ser interpretado en un sentido estrictamente literal, sino en armonía con los valores constitucionales en juego y los fines mismos contemplados en nuestra actual legislación.

El criterio limitativo que el art. 15 de la ley 24.193 estatuye, según se ha observado, obedece prioritariamente al propósito de evitar, de manera absoluta, toda posibilidad de comercialización de órganos humanos. Los problemas de compatibilidad, insuperables hasta no hace mucho tiempo, se han relativizado últimamente gracias a la existencia de técnicas como el cross - match y la inmuno - supresión, o inmunodepresión, de manera que, en el esquema actual - el criterio ya no surge de la compatibilidad sino de la relación afectiva, que para ciertas vinculaciones se presume, y que aventaría el temor de la existencia de una compra venta...”.

La ley vigente autoriza expresamente la ablación de órganos, con fines de trasplantes por parte de un donante capaz, (competente, en sentido bioético), mayor de 18 años, cuando el receptor sea su pariente, en los grados contemplados en el art. 15 de la ley 24.193, su cónyuge o persona que conviva con el donante “en relación de tipo conyugal” en forma inmediata, continua o ininterrumpida, durante tres años, plazo que se reduce a dos si de dicha relación hubieran nacido hijos.

De lo expresado se infiere entonces que el caso sometido a decisión judicial, no se encuentra literalmente contemplado en la ley vigente.. Sin embargo, y en razón de las múltiples circunstancias jurídicas y éticamente relevantes, estimo que procede hacer lugar a la acción de amparo, autorizando expresamente a ablación y trasplante de riñón peticionado que encuadra en una situación no prevista expresamente en la normativa vigente.

Coincido en tal sentido en forma plena con el criterio de interpretación constitucional y legal que sostuvo la CSJ, cuando al efectuar una interpretación extensiva del criterio limitativo de la ley de trasplantes entonces vigente (ley 21.541), sostuvo que “sin desconocer las palabras de la ley, debe darse preeminencia a su espíritu y a sus fines, al conjunto armónico del orden jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y con la jerarquía en que son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada solamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos incompatibles con aquellos principios axiológicos...”, fallo en el que se puntualizó también que “las soluciones notoriamente disvaliosas no se compadecen con el fin que debe cumplir la tarea legislativa y la judicial...”, habiendo sostenido también el Alto Tribunal en la sentencia de referencia, que es deber de los jueces “superar ápices formales” con miras a la efectiva y plena realización de los valores protegidos por la Constitución. Nuestro constitucionalista Bidart Campos, al comentar favorablemente el criterio interpretativo de la Corte remarca esa necesidad de interpretar toda norma legal de modo armónico con la totalidad del ordenamiento jurídico, y computando los principios y las garantías de raigambre constitucional...Se trata no solamente de que las normas generales sean justas, “también deben serlo su aplicación a los casos concretos”, pronunciándose en definitiva el renombrado jurista a favor de la realización de un acto quirúrgico apropiado para salvar una vida y recuperar la salud, al advertir que en ese caso (de modo análogo a lo que ocurre en autos), “había dos intereses jurídicamente tutelados por la Constitución. Dos derechos cuya protección no admite demoras”.

X.- Sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la limitación estatuida en el art. 15 de la ley 24.193, considero que una interpretación teleológica o finalista, atenta a los valores constitucionales en juego, la filosofía que informa la ley 24.193, en armonía con el orden jurídico en su totalidad, con preocupación por las consecuencias valiosas o disvaliosas de las sentencias, autorizar la ablación y posterior trasplante impetrado en autos deviene como la solución más justa y conforme a derecho.

Del propio art. 15 de la ley 24.193, se extrae otro criterio interpretativo acorde con la solución propuesta. En efecto, luego de autorizarse la ablación y transplante en el caso de existencia de tipo conyugal, el plazo exigido para esa convivencia se ve reducido cuando existe un hijo en común, criterio este que aparece en la legislación más reciente incluso al regularse otros institutos jurídicos. De ello infiere la particular importancia que el derecho vigente asigna a la existencia de un hijo habido, y que responde, en su significación más amplia al propósito de tutelar al grupo familiar, todo ello con sustento constitucional (art. 14 bis de la Constitución Nacional ; art. 36 inc. 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En este orden de ideas, el bienestar de la menor D.B., de nueve años de edad, nacida del matrimonio oportunamente celebrado entre los peticionarios de autos, se verá favorecido en caso de autorizarse la ablación y trasplante peticionada. No obstante el divorcio vincular decretado, habida cuenta de los vínculos armoniosos preservados entre los ex cónyuges, quienes en forma conjunta ejercen la patria potestad, con miras a la formación integral y bienestar de la hija de ambos, un resultado favorable de la acción de amparo promovida fortalece entonces los vínculos familiares, para lo cual no dejo de valorar que inclusive el actual marido de la Sra. R., en un acto de plausible altruismo y solidaridad ha asentido a la decisión adoptada por

la futura donante.

La Sra. R. también pretende al tomar dicha decisión preservar un padre, y un padre con buena calidad de vida.

En una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupa un lugar prioritario y central, dicha dignidad “ exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí...todo ello en la medida en que no perjudique a terceros (ni afecte al bien común) la intimidad o privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad...”.

La mencionada “autonomía”, constituye asimismo uno de los principios bioéticos de reconocimiento universal (juntamente con los principios de beneficencia y justicia), derivándose de dicha autonomía la denominada regla del consentimiento informado o esclarecido, de modo que aquí se conjuga la autonomía personal, de raigambre constitucional, y pleno reconocimiento en nuestro derecho vigente, con el principio bioético de igual denominación.

Es por ello que analizado el caso desde la perspectiva bioética, se advierte una precisa armonización entre los principios de autonomía, beneficencia y justicia, que hace inobjetable la realización de la praxis médica solicitada.

Como bien se ha sostenido la autonomía forma parte inclusive de un concepto bioético más amplio como es el de la “integridad personal”, que incluye la totalidad fisiológica, psicológica y espiritual del individuo, y que requiere también, en cada caso particular el respeto a lo que cabe llamar “integridad axiológica”, la decisión de la Sra. R. responde así no sólo al ejercicio de su autonomía personal, protegida constitucionalmente, sino que resulta acorde al concepto de integridad premencionada. Es que dentro de su plan de vida, y escuela de valores, el altruismo y la solidaridad, presentes en toda donación de órganos (no exigible por la sociedad ni moral ni legalmente), han motivado la decisión de la Sra. R. de donar un riñón a favor de su ex cónyuge.

En este contexto, no sólo la decisión adoptada resulta autónoma sino que deviene asimismo adecuada desde la perspectiva del principio de beneficencia, que en su formulación clásica, y según la tradición hipocrática, tiene en cuenta el bien del paciente. En este caso debe tenerse en cuenta que conforme (“Declaración sobre el Comercio de órganos vivos en la 37° Asamblea Médica Mundial”) y la Organización Mundial de la Salud, tanto el donante como el receptor son encuadrados en el concepto de “paciente”. En un sentido estrictamente biológico sin duda que el beneficio directo ante un futuro trasplante lo será para el paciente receptor, pero, en atención al concepto de “integridad de la persona”; con referencia a la Sra. R., “su bien” no se limita a la dimensión corporal o biológica sino que comprende a esas otras dimensiones a las que se hiciera referencia. De esa manera “su bienestar”, en el caso concreto, en razón de los valores de altruismo y solidaridad, y sobre todo en orden al bienestar integral de su hija, resulta a su vez compatible con el principio bioético de “beneficencia”. Por último, en cuanto al principio bioético de justicia, éste en nada se ve afectado de otorgarse la autorización de ablación y trasplante. Muy por el contrario, el principio de justicia se ve realizado, al brindarse tutela jurisdiccional al valor solidaridad, que permite así la protección de valores reconocidos constitucionalmente.

Confrontados estos principios bioéticos, con la filosofía de nuestro sistema constitucional, nuestro ordenamiento jurídico vigente en su totalidad, hacen que la acción de amparo promovida deba prosperar.

La salud, y potencialmente la vida del paciente receptor, se encuentra afectada, peligros que pueden ser razonablemente mitigados o superados mediante una afectación mínima de la integridad corporal de la donante, que, según consideraciones vertidas en la presente resolución, se legitima ética y jurídicamente.

El Derecho a la Vida, estrechamente vinculado con el derecho a la preservación de la salud, goza actualmente de expreso reconocimiento y tutela en los modernos ordenamientos constitucionales y en los instrumentos regionales y universales en materia de Derechos Humanos, derechos a la vida y a la salud, que guardan íntima relación con el principio fundante de la dignidad de la persona humana, soporte y fin de los denominados derechos humanos o fundamentales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, aprobados por ley 23.313).

El desarrollo progresivo de los derechos humanos, en el caso del derecho a la atención de la salud, requiere la existencia de medios instrumentales rápidos y eficaces para garantizar su efectiva vigencia, aplicando el principio de unidad de los órganos jurídicos, con una penetración creciente del derecho internacional (de los derechos humanos) en el derecho interno.

XI.- Es dable observar que tanto en la legislación comparada como en la literatura bioética, tratándose de la dación del órgano de una persona viva, la preocupación prioritaria se centra en evitar que dicho acto

pueda tener como sustrato una contratación onerosa, con una tendencia hacia la ampliación del espectro de receptores, haciéndose particular hincapié en el aseguramiento de la concurrencia de un verdadero consentimiento libre, espontáneo e informado.

XII.- Que dentro de un sistema constitucional - democrático -, el reconocimiento, protección y promoción de los derechos y libertades fundamentales importa un objetivo prioritario. Es por ello, que el principio supremo de justicia que consiste en atribuir a cada individuo una amplia esfera de libertad, que permita su personalización, el desarrollo de su personalidad, exige el respeto a las decisiones autónomas en la medida que las mismas no afecten la moral, las buenas costumbres, el orden público y los legítimos derechos de terceros (art. 19 de la Constitución Nacional). En ese orden la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 consagra un sistema armónico de reconocimiento y protección de las libertades fundamentales otorgándose particular relevancia al derecho a la vida y a la atención de la salud (arts. 10, 11, 12, y cc.), lo que determina que traspasando las referidas restricciones fundadas en razones legítimas, una actitud de prohibición, como la que sería en el caso, vedar la ablación y trasplante petitionado en autos, se transformaría en una actitud paternalista ilegítima.

A lo ya expresado cabe finalmente agregar que la misma Constitución de nuestra provincia en su art. 15 asegura "la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia...", para cuyo logro efectivo la acción de amparo resulta operativa.

Dentro del mismo ordenamiento normativo, ya a nivel de legislación ordinaria las previsiones de los arts. 207, 208, 209 y cc. del Cód. Civ., ofrece criterios orientadores que apuntan a una resolución favorable de la acción entablada, en la medida en que prevén deberes asistenciales entre los cónyuges, aun después de la sentencia de divorcio, con la salvedad de que en el caso particular de autos dichos deberes se transforman en derechos.

Por último, la cuestión atinente a la autorización judicial para la realización de determinadas intervenciones terapéuticas, no es tampoco ajena al ordenamiento, como puede verse por ejemplo, por caso lo estatuido en el art. 19, inc. 4° de la ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina.

Por todo ello, citas constitucionales, legales y doctrinarias efectuadas, de conformidad con los dictámenes periciales obrantes en la causa : resuelvo : hacer lugar a la acción de amparo promovida por M.D.B. e I.B.R., declarando que no existe impedimento jurídico para la praxis médica, consistente en la ablación de un órgano - riñón - a la Sra. R., en el carácter de dadora, para su ulterior trasplante al Sr. B., paciente receptor, sin perjuicio del cumplimiento de todos los demás recaudos previstos en la ley 24.193 y normas reglamentarias por parte del equipo médico autorizado y responsable de los actos quirúrgicos pertinentes, praxis médica que se autoriza expresamente. (arts. 14 bis, 19, 33, 43 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional ; 12 inc. 1°, 20, inc. 2°, 36 inc.1°, 2° y 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 1°, 4° y cc. de la ley de Amparo. 7166. Sin costas atento a las particularidades del caso...- Pedro Federico Hooft (Sec. Marcos R. Pagella).

COMENTARIO: En este caso se trata de una ablación y posterior trasplante entre ex cónyuges. La cuestión a resolver se plantea cuando es su ex esposa quien manifiesta su decisión de ablacionar a favor de su ex marido. Es menester tener en cuenta que entre ambos existía una excelente comunicación aún después de disuelto el vínculo.

Es de resaltar la existencia de la menor, hija de ambos (dador y receptor), que en cierta forma pudo llegar a condicionar la sentencia. Es decir que además de procurarse el bienestar del paciente, también está en juego el bienestar de la menor. Para lograrlo es necesario que su padre viviera y recuperara su salud. Por ello la decisión de la dadora, quien dio preeminencia al manifestar su voluntad, al bien de su hija, a la vida de su ex cónyuge y a la posibilidad de que la menor pueda desarrollar su vida en un ambiente familiar.

En dicha causa el juez interpretó la ley en forma amplia, como es debido en estos casos en donde está en juego derechos como el derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud, y resolvió consecuentemente de acuerdo a las especiales circunstancias dadas en los hechos. Es importante el tratamiento y solución dado a este caso ya que muestra un avance en la forma de interpretar cada situación en particular dejando de lado circunstancias que a los fines de una solución justa no son relevantes.

Como se dijo anteriormente, interpretar la ley de esta forma no significa alejarse de sus preceptos sino de dar preeminencia al fondo de la cuestión, y en el caso en particular al derecho a la vida.

Además se ha comprobado mediante los estudios de histocompatibilidad que es viable la ablación e implante del órgano correspondiente (riñón); y también se da el requisito del consentimiento informado y la libre toma de decisión por parte de la dadora.

Por todo ello, habiéndose cumplidos dichos requisitos, es correcto otorgar la autorización para efectuar la intervención quirúrgica correspondiente.

Avalan la decisión del magistrado la importancia de los derechos humanos, la dignidad de la persona, del derecho a la vida, a la integridad corporal, a la salud; el bienestar de la menor; el principio de solidaridad, y los principios bioéticos, tratados todos como un conjunto en forma armoniosa.

Parte III: El consentimiento y la responsabilidad profesional en los trasplantes de órganos

Capítulo 1. Bioética y trasplantes de órganos en el hombre

Los avances científicos y técnicos

La intervención de la ciencia médica y de las técnicas quirúrgicas en el campo de los trasplantes representa uno de los campos en el que se ha progresado con más continuidad y rapidez. En pocos decenios se han venido haciendo trasplantes de órganos cada vez más importantes : de riñón, corazón, páncreas o hígado, etc.

En líneas generales el problema ético, que hasta hace unos años parecía bastante sencillo, ahora se ha ido haciendo más complejo. A primera vista parecería que, siendo el fin claramente terapéutico - una vez garantizada la comprobación de la muerte, en caso de la obtención de cadáver, o la supervivencia del dador vivo -, el problema ético sería sencillo de solucionar en sentido positivo.

Pero, por el contrario, con el progreso de las técnicas, el aumento de las solicitudes, la escasez de donadores y la calidad de los órganos susceptibles de trasplante, los problemas éticos se han vuelto mucho más complicados.

El consentimiento informado del receptor ; la libertad del donador y de los familiares ; el derecho de la sociedad a obtener órganos de cadáveres prescindiendo del consentimiento explícito ; la licitud de las recompensas, o de ciertos trasplantes que pueden influir en la identidad de la persona receptora ; la legitimidad del trasplante experimental, y la comprobación de la muerte para los trasplantes de cadáver con corazón palpitante, son todos ellos problemas complejos, múltiples y de reciente aparición.

Tras cada una de las hipótesis y de la problemática particular, subsisten siempre los problemas de fondo de toda la bioética: la relación de dominio - respeto de la persona sobre la naturaleza corpórea, la relación entre tecnología y ética.

Antecedentes

Desde el punto de vista histórico, los primeros trasplantes experimentales de riñón los llevó a cabo Ulman ya en 1902. Ese mismo año, el francés Carrel perfeccionó la técnica de la anastomosis para el trasplante renal, pero el primer trabajo científico sobre el trasplante renal en el hombre fue publicado en 1955 por Hurne en Estados Unidos: en él describe trasplantes hechos sin la terapia inmunosupresora y llevados a cabo sólo con el estudio de la compatibilidad ABO, con una supervivencia de 30 a 120 días. En Italia el primer trasplante renal con éxito lo ejecutó el grupo del profesor Casciani en Roma, el 20 de Mayo de 1966, manteniéndose la paciente durante mucho tiempo en buenas condiciones.

A partir de entonces se ha avanzado mucho y hasta 1990 se habían efectuado en todo el mundo más de 200.000 trasplantes renales, volviéndose este tipo de operación rutinario en los grandes hospitales.

Enfoque legislativo y cooperación internacional

El Consejo de Europa, según los principios que inspiraron la Convención de los Derechos Humanos que es su carta fundamental, ha desplegado una intensa actividad de cooperación entre los Estados miembros en el plano de las legislaciones sanitarias.

En el ámbito europeo, hay que recordar ante todo, la Carta Social Europea, que en el art.11 prevé la obligación que tienen los países miembro de salvaguardar y proteger la salud de los ciudadanos.

Los lineamientos que inspiraron la legislación del Consejo de Europa en materia de transfusiones de sangre ; para el intercambio de las pruebas de compatibilidad tisular y para los problemas concernientes a los trasplantes, los injertos y la obtención de tejidos y órganos de origen humano, están orientados a favorecer la colaboración y la seguridad sanitaria y a impedir la comercialización.

La Recomendación 78/29 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de Mayo de 1978 contiene una serie de reglas y definiciones, invitando a los Estados miembros a que las acojan en su legislación respectiva.

Se señalan en especial las indicaciones relativas al consentimiento para el trasplante desde un ser vivo, y a las sanciones concretas cuando se declara falsamente la muerte al fin de obtener el trasplante anticipado de cadáver. En la misma Recomendación se invita a los gobiernos a prever, en el documento de reconocimiento, la posibilidad de declaración preventiva por parte de los ciudadanos para la donación post mortem. La indicación general y la tendencia del documento es fomentar entre los Estados miembros la posibilidad de valerse del "consentimiento presunto" -si no existe una voluntad explícita en contrario del sujeto cuando estaba vivo-, para la obtención de órganos post mortem. Esta posición ha sido reiterada por la Conferencia de Ministros Europeos de la Salud, celebrada en París el 16 y 17 de Noviembre de 1987.

La tendencia es, por esto, la de considerar al cadáver como res communitatis, como propiedad de la comunidad; sin embargo se trata de respetar las convicciones religiosas de la persona cuando estaba viva, si éstas comportaban una disposición contraria a la donación de órganos post mortem.

En cuanto a la comprobación de la muerte clínica, se prohíbe la extracción si el donador no ha perdido sus funciones cerebrales de manera total e irreversible, esto no excluye que se puedan mantener artificialmente con vida algunas funciones de ciertos órganos.

Gracias a estas disposiciones se han organizado bancos de datos y las colaboraciones para transferir éstos en el ámbito internacional, con el fin de localizar los órganos susceptibles de trasplantar, para conocer su tipificación y para el transporte aéreo de los órganos; y, en caso de desastre, también de sangre para las transfusiones y otras sustancias destinadas al trasplante.

Los puntos controversiales en el trasplante de cadáver entre quienes cultivan la medicina legal y los médicos son principalmente dos: el problema de la determinación exacta de la muerte y el problema del consentimiento explícito o presunto que se debe solicitar.

Existen propuestas de modificación en la legislación internacional respecto del tema del consentimiento presunto (el llamado asentimiento silencioso).

La tendencia es la de fomentar el concepto de consentimiento presunto si existe una razón de urgencia y, por esto, de agilizar su utilización cuando el interés de la sociedad lo requiera. En materia de donación de órganos la legislación se orienta en la misma dirección en que se mueve la normativa sobre las autopsias de cadáveres con fines de diagnóstico, didácticos o higiénico sanitarios.

Lo que se pretende es superar la normativa actual que establece como requisito la manifestación explícita del consentimiento del donador, cuando estaba aún con vida, o de los familiares después de su muerte, proponiendo que el trasplante pueda efectuarse en todos los casos en que no se demuestre que el donante se habría rehusado explícitamente cuando vivía; tal rechazo debería resultar de la voluntad manifestada por escrito, o de una declaración sustitutiva de los familiares confirmando que el dador manifestó ese rechazo cuando estaba vivo.

La ética en los trasplantes de órganos. Problemática.

Los principios generales que definen el problema ético de los trasplantes de órganos son tres: la defensa de la vida, la protección de la identidad personal y el consentimiento informado.

Podría darse por descontada la licitud del trasplante efectuado con el fin de prolongar la vida de un enfermo grave, incurable de otra manera. Se debe considerar que, incluso en la hipótesis de un beneficio efectivo para el paciente que recibe el órgano, se acaba a menudo por requerir de quien lo dona un detrimento, cuando se trata de un donante vivo; además, con frecuencia la vida prolongada del enfermo que recibe el órgano trasplantado es una vida de calidad no satisfactoria.

Incluso en el caso de extracción de un órgano de cadáver, se podría estar atentando contra la vida, si la muerte no hubiera sobrevenido efectivamente o no se hubiera comprobado adecuadamente.

El principio de la vida física de la persona importa la obligación consiguiente de la no disponibilidad del propio cuerpo, si no es para un bien mayor del cuerpo mismo (principio de la totalidad) o por un bien mayor, moral, superior, relativo a la misma persona. El principio de la totalidad, o terapéutico, justifica por sí sólo la licitud de los trasplantes autólogos (incluso de carácter estético correctivo); para justificar, en cambio, los trasplantes homoplásticos (de riñón, corazón, etc.), el principio de la totalidad debe estar acorde con el principio de solidaridad y de sociabilidad.

El trasplante homólogo es lícito si se dan las siguientes condiciones:

- a) que el donante (en el caso que esté vivo) no tenga que sufrir un daño sustancial e irreparable para su propia vida y su propia operatividad. Es el caso de las donaciones de órganos dobles (riñones) en los que, al haberse perfeccionado las técnicas el donante puede normalmente continuar viviendo y trabajando, si le queda un riñón sano e íntegro. Se comprende por qué la moral católica, que cuando

comenzaron los experimentos de trasplantes era más bien renuente a admitir su solicitud, poco a poco ha ido abriéndose hasta recomendar la donación de los órganos después de la muerte. La actitud sobre la licitud depende de los logros técnicos, ante todo en la conservación de la vida del dador ;

- b) se deberá tener y comprobar una alta posibilidad de éxito en el paciente receptor : el sacrificio del dador debe ser proporcional a las posibilidades de beneficio real para la vida del paciente receptor. Sólo se podrá someter a un tratamiento tan peligroso, si existen esperanzas fundadas de obtener una prolongación real de su vida ;
- c) el trasplante deberá presentarse como el único remedio válido para prolongar la vida del paciente. Por ejemplo, para el trasplante renal la oportunidad de realizarlo se presenta cuando la diálisis renal no da ya resultados duraderos ;
- d) además, cuando se trata de la extracción de cadáver, se habría de comprobar exactamente la muerte del dador.

Existen tres criterios al momento de seleccionar los pacientes que tendrían acceso al trasplante. Para el criterio utilitarista, la distribución de los órganos se habría de hacer con base en el criterio de productividad social, por la que se escogería como receptor preferiblemente a quien, una vez curado, pudiera reanudar su vida laboral.

El criterio casual se basa en el principio de imparcialidad, y confía la distribución de los órganos que se han de trasplantar a la casualidad, según la prioridad de las solicitudes.

El criterio terapéutico tiene presentes algunos parámetros clínicos, como la urgencia, la posibilidad de éxito del trasplante en relación con las condiciones del paciente, la previsión de aceptación del órgano por parte del receptor y, en última instancia, la prioridad de la solicitud. La selección del paciente que se va a someter a la intervención debe obedecer, además, al principio de no discriminación por ninguna razón, ni social ni racial, quien tiene realmente necesidad e indicaciones para la intervención, debe ver cerrada la posibilidad de acceso a ella.

Otro de los problemas éticos que se plantea es el problema moral, que se da en los trasplantes no ejecutivos, sino estructuralmente vinculados con el pensamiento y la identidad biológica - procreativa del sujeto.

Cuando la calidad de la vida y la identidad personal se ven fuertemente amenazadas y comprometidas; cuando el resultado del trasplante amenaza y trastorna tan profundamente al sujeto, se plantea el problema de la licitud del mismo, incluso con la finalidad de obtener una supervivencia que resultaría simplemente biológica.

El consentimiento informado

Respecto del problema del consentimiento informado se debe considerar ambas hipótesis : cuando la obtención de tejidos o de un órgano se hace de un dador vivo, y cuando se hace de un cadáver.

Pero en cualquier caso y ante todo, se debe observar la obligación de informar exacta y completamente sobre los riesgos, las consecuencias y las dificultades en orden a quien recibe el órgano o el tejido,

Puesto que a veces se trata de correr riesgos muy altos, y otras de afrontar en cualquier caso incertidumbres y consecuencias indeseables en cuanto al rechazo o a otras circunstancias que hacen a la intervención quirúrgica, antes de proceder a la implantación del órgano en cuestión, es necesario que la información sea suministrada en forma correcta, circunstanciada y cuidadosa, y el consentimiento explícito y formalizado.

Cuando el trasplante se hace de un donante vivo, como en el caso de tejidos de órganos dobles (riñones), la obligación del consentimiento informado se refiere también al dador y concierne a todas las consecuencias sobre su salud y sobre su futura capacidad laboral.

El dador debe conocer el procedimiento y todas las consecuencias de dicha intervención quirúrgica, de forma tal que el consentimiento que preste para la realización de la misma sea válido.

En el caso de que el trasplante se realice de un cadáver, la tendencia jurídica considera el cadáver como res communitatis, como algo perteneciente a la comunidad, y destinada a favorecer su utilización para el bien común, siempre que exista una urgencia social y que además no se presente la voluntad contraria del dador manifestada en vida.

Algunos autores no están de acuerdo con este criterio. Aunque siga siendo verdad que la utilidad del bien común puede justificar algunas operaciones de carácter higiénico-sanitario, no se debe excluir completamente su vínculo de pertenencia afectiva por parte de los sobrevivientes. Por ello, la consideración para con la voluntad misma del sujeto y, cuando es posible, la información y la consideración también de la voluntad de los sobrevivientes tienen y conservan un peso de orden ético. La utilidad pública que puede requerir sacrificios incluso por parte de los vivos, puede requerir manipulaciones y extracciones de cadáveres (sin daño alguno ya para la vida); pero con esto no cesa el respeto que se debe a esta res, cosa, que tiene una relación psicológica con la persona.

Capítulo 2. Dación de órganos entre vivos

Relación entre dador y receptor. Sistema de la ley 21.541. Fundamentos. Legislación comparada.

Para autorizar la dación de un órgano perteneciente a una persona viva, comúnmente llamada donante o dador, la ley establece ciertos requisitos especiales, pues, por un lado trata de garantizar que el donante conozca en forma fehaciente las consecuencias de su decisión (art.11), y que la ablación no le produzca la incapacidad permanente o la muerte (art.12). Y, por otro lado, exige que el receptor sea respecto del dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo ; salvo en circunstancias excepcionales en que podrá permitirse la dación entre cónyuges y entre padres e hijos adoptivos.

El art. 13 de la ley 21.541 lo que hace es tratar de evitar sacrificios inútiles ; sólo es justificable la autorización para la dación de un órgano de existir una expectativa lógica de que ello se proyecte en la salvación de la vida del receptor.

Dicho art. permite que se efectúen daciones entre cónyuges y entre padres e hijos adoptivos.. En estos casos los motivos del legislador descansan en principios de solidaridad humana, específicamente en la solidaridad familiar. Habiéndose cumplido con las condiciones de excepción establecidas por la ley, no puede negarse a un cónyuge el sacrificarse por el otro, o a un padre adoptivo hacer lo mismo por la salud y vida de su hijo (o viceversa). Prevalecerá el sentimiento familiar por encima de las consideraciones que el legislador puede tener en cuenta al estructurar el sistema estricto que establece la primera parte del art.13 de la ley citada.

No se determinaron en el decreto reglamentario cuáles son esas circunstancias excepcionales a que alude el art. 13 de la ley 21.541. Se establece en la doctrina nacional que las operaciones de ablación e implante pueden estimarse legitimadas cuando, cumplidos los requisitos generales impuestos por la ley citada, la histocompatibilidad justifique el trasplante entre personas.

Es menester tener presente que la ley con estos preceptos pretendió evitar que la dación de órganos de una persona viva fuera la base o fundamento de un acto oneroso, es decir , que encubriera la comercialización y ventaja a favor del dador.

Legislación comparada

Generalmente, las leyes de otros países adoptan un sistema más amplio que el seguido por el sistema argentino.

La ley francesa 76-1181 del 22 de Diciembre de 1976, sólo establece una limitación cuando el donante fuera menor, en ese caso, la extracción únicamente podrá efectuarse si se tratara de un hermano o hermana del receptor.

En Alemania rige el decreto sobre realización de trasplantes de órganos del 4 de Julio de 1975. Dicho decreto dispone que el dador podrá dar su asentimiento para la extracción del órgano con la condición de que el implante se realice a favor de un receptor determinado ; y agrega que si después de la extracción se hiciera imposible el trasplante al receptor previsto, podrá implantarse a un tercero de no estar disponibles otros órganos y en tanto no sea factible su reimplantación en el dador o éste no lo desee.

En Italia se sancionó el 26 de Junio de 1967 la ley de trasplantes de riñón entre personas vivas.

La dación se permite a los padres, hijos, hermanos del paciente. Sólo en caso de no existir los parientes consanguíneos mencionados o de que ninguno de ellos sea idóneo o disponible, podrá consentirse que el enfermo reciba el órgano de un dador extraño.

La ley española 30/1979 del 27 de Octubre establece como recaudo para la obtención de órganos provenientes de un donante vivo, que el destino de la pieza extraída sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente sus condiciones de vida. Se garantiza el anonimato del receptor (ha de evitarse cualquier información que relacione directamente la extracción y el ulterior injerto o implante).

La ley uruguaya del 10 de Agosto de 1971, sólo permite, en principio, las daciones de órganos no personalizados, salvo que sea a favor de un pariente por consanguinidad o afinidad en línea recta o colateral hasta el segundo grado.

La ley venezolana, sobre la que informa Bergoglio de Brouwer de Köning, adopta un régimen genéricamente cerrado dado que ab initio admite como dadores de órganos y materiales anatómicos a padres, hijos y hermanos mayores del receptor. Pero el propio instrumento legal autoriza a que el Poder Ejecutivo determine, por vía reglamentaria, si otras personas mayores de edad podrían ser dadores de órganos, oído el parecer de la Academia de Medicina.

Conclusión : el examen de las legislaciones extranjeras revela que existe una tendencia a ampliar el espectro de receptores. Es que los avances en la materia inmunológica permiten obtener resultados valiosos cada vez más frecuentes, aun en los casos en que el dador es un extraño.

Por otra parte, no siempre existirá un pariente en condiciones de donar un órgano, y en países como el nuestro donde todavía no se cuenta con un número suficiente de órganos cadavéricos, aparece como extremosa la solución cerrada de nuestra legislación.

Capítulo 3. Ablación de órganos por menores de edad

Según el art.1 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina, que tiene fuerza moral en todo el país, en toda ocasión el médico cuidará de sus enfermos ateniéndose a su condición humana. No utilizará sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad. En ninguna circunstancia le es permitido emplear cualquier método que disminuya la resistencia física o mental de un ser humano., excepto por indicación estrictamente terapéutica o profiláctica determinada por el interés del paciente y aprobada por una junta médica. No hará distinción de nacionalidad, de religión, de raza, de partido, o de clase, sólo verá al ser humano que lo necesita.

Por el art. 15, el médico no hará ninguna operación mutilante sin previa autorización del enfermo, exceptuándose los casos en los cuales la indicación surja del estado de los órganos en el momento de la realización del acto quirúrgico o el estado del enfermo no lo permita, consultándose con el familiar más cercano, y en ausencia de todo familiar o representante legal, con otros médicos presentes. Tratándose de menores de edad., el médico no practicará ninguna operación sin la previa autorización de los padres o tutor del enfermo, y en caso de menores adultos, su consentimiento será suficiente tratándose de operaciones indispensables y urgentes, y no hubiese tiempo de avisar a sus familiares (art.18).

En relación a la eutanasia el art. 117 prescribe : "En ningún caso el médico está autorizado para abreviar la vida del enfermo, sino para aliviar su enfermedad, mediante los recursos terapéuticos del caso". Es que frente a un paciente en estado de muerte cierta y próxima, el médico debe prestarle, hasta el momento de su muerte, toda la asistencia posible.

Ante el trasplante de un órgano vital, el mismo se torna legítimo cuando la vida del receptor se encuentra realmente en peligro, no siendo posible o se ha tornado imposible otra terapéutica, y así permitir para él una existencia más larga y mejor que la que tendría sin la intervención, en tanto presente idoneidad inmunológica, clínica y psicológica.

En relación a la edad y a los trasplantes de riñón, los mejores resultados fueron obtenidos por debajo de los 14 años de edad; por arriba de los 45 años las complicaciones aumentan, siendo el tope máximo aceptable 50 años, y esto en razón de la escasa posibilidad de larga sobrevivida.

Respecto de la idoneidad clínica del receptor se deben dar los siguientes elementos: a)Estar afectado de una enfermedad del órgano a sustituir que no pueda ser objeto de solución mediante la terapéutica tradicional y estar destinado a una crisis mortal aun no lo suficientemente inminente como para constituir condición de fracaso quirúrgico, y tampoco lo suficientemente lejana de esa crisis como para no saber si las posibilidades de sobrevivida no serían mayores de no mediar la intervención ; b)No estar afectado de enfermedades capaces de lesionar el órgano injertado; c) No estar afectado de enfermedades de otros órganos o aparatos, por sí mismas, incurables.

La ley 21.541 en su art. 1 permite la ablación de órganos y material anatómico para la implantación de los mismos, entre seres humanos y de cadáveres humanos a seres humanos. Según el art.2, la ablación e implantación de órganos y material anatómico, se considerarán como de técnica corriente y no experimental, pudiendo ser aplicadas cuando todos los otros medios y recursos disponibles, no artificiales, se hayan agotado y no exista otra alternativa terapéutica para la recuperación de la salud del paciente. El decreto 3011, reglamentario de la ley, considera como de técnica corriente la práctica médica quirúrgica de ablación e implante de riñón.

Los actos médicos que se practiquen de acuerdo a la ley sólo podrán ser realizados por profesionales o equipos de profesionales médicos, especializados y de acreditada experiencia, reconocidos por la autoridad correspondiente (art3), remitiendo la reglamentación al art.21 ley 17.132, por lo cual el médico para emplear el título de especialista deberá acreditar alguna de las siguientes condiciones : a) ser profesor universitario en la materia ; b) poseer título otorgado por universidad nacional o privada y habilitado por el Estado Nacional ; c) poseer título otorgado por el colegio o sociedad médica reconocida de la especialidad ; siempre que tales entidades hubieren acreditado antigüedad en el ejercicio de la especialidad, valorado títulos, antecedentes, trabajos y examen teórico práctico, fijando en cada caso la Secretaría de Estado de Salud Pública las condiciones mínimas que exigirá para el reconocimiento de

tales títulos ; d)poseer certificado otorgado por la Secretaría mencionada, previa acreditación de antigüedad de cinco años en el ejercicio de la especialidad en servicios hospitalarios aprobados y previamente reconocidos por la Secretaría.

Los equipos de profesionales médicos estarán a cargo de un jefe, a quien eventualmente reemplazará un subjefe, siendo sus integrantes solidariamente responsables del cumplimiento de las disposiciones de la ley, referidas en su cometido, debiendo ser expresamente autorizados por la autoridad sanitaria nacional para el desempeño de sus funciones (art.4), por lo cual, y según la reglamentación, quien pretende obtener autorización como jefe o subjefe de equipo deberá acreditar su especialidad conforme la ley 17.132 según curriculum y antecedentes con prácticas médico quirúrgicas referidas por la ley de trasplantes, debiendo ser además para la ablación e implante de riñón :médicos nefrólogos o médicos cirujanos.

Estos equipos sólo podrán desarrollar su actividad en servicios o establecimientos oficiales o privados, que dispongan de adecuada estructura física e instrumental, contando con el personal calificado necesario para esta clase de actos médicos, autorizados por la autoridad sanitaria nacional (art.7), imponiendo la reglamentación que el equipamiento e infraestructura mínima para la ablación e implante de corazón, vasos y estructuras valvulares: pulmón, hígado, páncreas, intestino y riñón será de : a) dos quirófanos de uso simultáneo y contiguos; b) instrumental quirúrgico adecuado y suficiente de ablación e implante simultáneo; c) contar dentro del establecimiento con servicio permanente de laboratorio de análisis de rutina y de la especialidad de : radiología, de hemoterapia con banco de sangre, de terapia intensiva con posibilidad de aislamiento individual y radiología dentro del ámbito del mismo servicio de terapia intensiva, guardia médica activa y permanente; d)contar en quirófanos con: equipo de monitores, cardioversión y estimulación eléctrica cardíaca y perfusión vascular, y para el de riñón además con : servicio de cirugía regular y continuo, más equipo de diálisis peritoneal y extracorpórea.

Los jefes y subjefes de equipo deberán informar de manera suficiente y clara de acuerdo con el nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación o implante, según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes, y luego de que se aseguren de que dador y receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos, la decisión que corresponda adoptar (art.11), de lo cual se deberá dejar constancia en el Registro de dadores, receptores y trasplantes, que cada servicio o establecimiento debe llevar, asentándose claramente que tanto dador como receptor han comprendido el significado de la información suministrada, y la libre decisión de ellos, bajo firma e individualización.

En cuanto a los actos de disposición de órganos y material anatómico proveniente de personas vivas, únicamente se podrá efectuar de uno de dos órganos pares, o de materiales anatómicos cuya remoción no implique riesgo, razonablemente previsible, que pueda causar la muerte o incapacidad total y permanente del dador (art.12), estableciendo la reglamentación que los órganos que podrán ablacionar las personas vivas son : riñón y uréter ; piel ; elementos del sistema osteoarticular ; dentarios erupcionados y no erupcionados, y córnea, limitada a casos de compromiso inmunológicos y fracasos previos de implantes convencionales, lista que puede ser modificada por la autoridad sanitaria nacional.

El art.13 de la ley 21.541 establece que "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo, para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere respecto del dador; padre, madre, hijo o hermano consanguíneo ; así como también, cuando circunstancias excepcionales lo justifiquen, podrán realizarse los actos médicos referidos entre cónyuges y padres con hijos adoptivos. Será indispensable, además, el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el art.3, con observancia de las disposiciones de esta ley. Cualquier decisión en el sentido previsto por este artículo es revocable hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras el dador conserve capacidad para manifestar su voluntad. La revocación del dador no genera en su contra derechos de ninguna clase".

Con respecto a la primera parte del art.13 el interrogante es, cómo conciliar "persona capaz" con "mayor de 18 años", cuando se sabe que una persona con esa edad es menor de edad (art. 126 C.C), por más que se haya considerado que a los 18 años una persona puede disponer de su cuerpo.

El art. 2312 en su nota establece : "Hay derechos, y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente ; pero en la acción nada hay de personal : es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in jure". Además, Vélez termina su nota del art. 2311 diciendo : "Así todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie".

Vélez en la nota a la Sección de los Hechos y Actos Jurídicos expresa: “Respecto de la materia objeto de esta sección, podemos decir con Ortolan, que “hecho”, que por su etimología supondría una acción del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en su sentido más amplio, como designando un suceso cualquiera, que ocurra en el mundo de nuestras percepciones... El hecho puede producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, y a la que éste no haya podido ni auxiliar ni poner obstáculo, ya con participación directa o indirecta del hombre, y ya finalmente por efecto inmediato de su voluntad... Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas, relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir o aniquilar derechos, tales como los contratos, los actos de última voluntad, etc. Estos son hechos que designamos bajo la calificación general de actos jurídicos”.

Es decir, ni la voluntad que exterioricen dador y receptor para la ablación, ni ésta en sí misma son actos jurídicos, dado que éstos son una especie de los hechos jurídicos, que tienden a establecer una relación jurídica con personas o con una cosa, lo cual no ocurre con el trasplante, ya que los hechos jurídicos son o no actos jurídicos, pues dependen del fin que tenga la manifestación de la voluntad, quedando sujetos aun a la relevancia jurídica para que el hecho pueda ser jurídico, ya que si no existe éste queda en el campo del hecho.

Como la ley 21.541, en su art. 27, inc. b) prohíbe la comercialización de órganos y tejidos que conforman el cuerpo humano, lo cual merece la represión de prisión de seis meses a cinco años (art.28), significa que la ablación queda fuera del ámbito de los arts. 944 y 953 del C.C., por lo cual no se puede traer el ejemplo de que el menor de 21 años no puede disponer de un inmueble, ni tampoco que el acto tenga puntos de contacto con la donación, pues según el art. 1799, “las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas”, y los órganos y materiales anatómicos de personas vivas no son cosas ni están en el comercio. Así es que queda excluida toda relación jurídica bilateral que puede ser fuente de derechos y obligaciones entre dador y receptor, lo cual descarta toda vinculación con fuerza obligatoria entre ellos, pues el receptor no podría exigir la ablación por el dador, porque no tiene derecho alguno sobre el cuerpo de éste, ya que sólo es legítima la voluntad del dador, todo plasmado en el párrafo final del art. 13 de la ley, según el cual mientras el dador conserve capacidad para expresar su voluntad, su decisión de ablacionar la puede revocar hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, revocación del dador que no genera en su contra derechos de ninguna clase.

Entonces lo que el art. 13 de la ley citada hace es referirse no a la capacidad definida en el art. 52 del Cód. Civil, con su complemento del art 126, por más alcance de los arts. 55 y 56, sino a la capacidad para expresar la voluntad. Una posición considera que el consentimiento es un negocio jurídico, por lo cual son capaces quienes tienen la capacidad negocial, y otra posición, la dominante, que sostiene que es suficiente que exista en el que otorga el consentimiento, una dirección reconocible de la voluntad; capaz es, por lo tanto, el que tiene conciencia y voluntad del hecho o daño a consentir.

La teoría de la dirección de la voluntad es la aplicable, pues la que exige la capacidad para los actos jurídicos no tiene en cuenta la distinción entre hecho, hecho jurídico y acto jurídico. Es por ello que puede haber incapacidad para la realización de los actos jurídicos, aunque se tenga voluntad, y puede el mismo incapaz tener voluntad para la realización de hechos que como no son actos jurídicos, lo tornan capaz para efectivizarlos.

Como la ablación no es un acto jurídico, nada interesa que el dador sea un incapaz para la realización de un acto jurídico, sino que sea capaz para consentir, o sea que tenga voluntad; conciencia y facultad de discriminar con sensatez entre dos conceptos que es el discernimiento: dirección impresa con juicio ponderado a la voluntad para producir el hecho que es la intención, y con libre determinación, independiente de toda sugestión, es decir, con libertad. Así los hechos se juzgan voluntarios (art. 897), voluntad que se debe exteriorizar según lo dispuesto por el art. 11 de la ley 21.541.

Toda persona mayor de 18 años capaz de tener conciencia y de exteriorizar su voluntad puede ablacionar un órgano, por más que fuese un incapaz relativo. En cambio, no pueden ser dadores los incapaces absolutos ni los capaces restringidos menores de 18 años, ni éstos aunque fuesen mayores de 18 años cuando no tengan conciencia y voluntad.

Como la ablación es un hecho personalísimo, el consentimiento corresponde con exclusividad al menor que posea conciencia y voluntad, por lo cual los padres nunca pueden otorgar por él dicho consenso, máxime que se está en presencia de una mutilación. Es que depende de la persona el derecho a la integridad física.

Capítulo 4. Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el trasplante cadavérico de órganos según Ley 24.193

Determinación del momento de la muerte

Si la ablación del órgano ha de ser implantado en el cuerpo de un ser vivo, solamente puede practicarse después de haber cesado la vida del donante. El problema de determinar el momento de la muerte del donante es fundamental, pues de otra forma la extirpación del órgano vital de un ser aún con vida sería la causa inmediata de un deceso, con las consiguientes responsabilidades civiles y penales del médico cirujano que ejecuta ese acto el cual resulta así verdaderamente homicida.

La muerte real o biológica ha sido definida como el cese irreversible de todas las funciones vitales del individuo: celular, textural y visceral, lo cual sucede cuando la circulación, la respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente.

Actualmente se considera de forma unánime que un deterioro sustancial del cerebro, o más concretamente del encéfalo como conjunto de los órganos nerviosos contenidos en el cráneo, es totalmente irrecuperable, es decir que cuando se produce la muerte cerebral, puede considerarse a la persona clínicamente fallecida. La ley anterior ya adoptaba el criterio más evolucionado de la muerte cerebral, desechándose el concepto tradicional de la muerte aparente que se comprobaba por la cesación de la actividad cardíaca. Es decir que aunque el cadáver se halle en estado de sobrevivencia artificial, la muerte se ha producido desde el momento en que se comprueban las alteraciones necróticas del cerebro que denotan la destrucción irreversible de la célula nerviosa acusada por un electroencefalograma.

Se presenta entonces el problema jurídico de saber cual es el criterio a adoptar: la muerte del cerebro o la detención de la circulación y de la respiración. La cuestión es de gran importancia en este tema pues los órganos nobles (corazón, hígado, riñón) de estos enfermos en comas prolongados se hallan en excelente estado y constituyen una de las mejores fuentes posibles de injertos que se tengan hoy; los órganos retirados después de la muerte reportan a partir de ese momento muchos problemas por las modificaciones inmunológicas y de los tejidos que sobreviven desde que la circulación se detiene.

Si el enfermo padece un daño cerebral irreversible (coma dépassé) aunque su corazón funcione artificialmente debido a un procedimiento de reanimación, una vez comprobadas las alteraciones necróticas del cerebro, sería posible suspender las tareas de supervivencia artificial y proceder a la extracción del órgano necesario a los fines del trasplante.

La ley 24.193 establece en su art. 23, cuáles son los requisitos indispensables para tener por producido el fallecimiento de una persona. Para ello será necesario que se verifiquen acumulativamente los siguientes signos, los cuales deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta; a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Centro Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), pero esto último no resulta necesario en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.

Aunque la ley 24.193 mantiene el concepto de muerte cerebral, exige en su propio texto, la concurrencia acumulativa de los signos descriptos durante un lapso de seis horas, que constituyen suficiente garantía de que el proceso de la muerte ha comenzado de manera irreversible sin posibilidad de un error de diagnóstico. Resulta así lícito resolver la disposición del cadáver para los fines que se persiguen mediante la observancia de los requisitos condicionantes, que permitirán realizar la ablación inmediatamente después que el proceso de la muerte haya comenzado y aunque el mismo no hubiese culminado, facilitando el implante en el receptor en las mejores condiciones inmunológicas para evitar su posible rechazo y el consiguiente fracaso de la operación.

En el art. 24 de la ley se dispone que la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano que no deberán ser el médico o el integrante del equipo a cargo del trasplante.

El consentimiento del dador

El art. 19 de la ley 24.193 establece que toda persona mayor de 18 años puede prestar su consentimiento en vida para la dación post mortem de órganos o material anatómico de su propio cuerpo. La norma no alude a la capacidad de la persona para la realización de actos jurídicos, sino a la edad de 18 años referida a la fecha de su nacimiento, reputándose que a partir de ese momento la persona tiene

suficiente discernimiento para adoptar la trascendente decisión de disponer de su cuerpo para después de su muerte.

Esa manifestación de la voluntad del donante está exenta de toda formalidad, es decir que su eficacia no depende de la observancia de ninguna forma especial exclusivamente admitida como expresión de la voluntad, tal como lo enuncia el art. 916 del Cód. Civil.

La expresión de voluntad a los fines de la ley de trasplantes podrá ser positiva o tácita. En el primer caso puede ser dada por escrito, verbalmente o por signos inequívocos con referencia a los hechos sobre los cuales versaría el contenido de la voluntad en orden a la dación post mortem. La manifestación del consentimiento puede estar referida a la donación de los órganos o material anatómico separados del cuerpo después de del fallecimiento con especificación de ellos y de su destino. De no existir estas especificaciones “se entenderán abarcados todos los órganos o tejidos anatómicos del potencial donante”; a los fines de implantación en seres humanos vivos, excluyéndose los fines de estudio o investigación científica. Esta autorización es revocable en cualquier momento por el dador (art. 19 de la ley 24.193). A su vez los familiares del difunto enumerados en el art. 21 de la ley citada podrán oponerse a la ablación consentida por presunción legal.

En caso de muerte natural y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, el art. 21 de la ley establece que la autorización podrá ser otorgada por familiares o personas muy allegadas al difunto, presentes en el lugar del deceso y siguiendo un orden prioritario y excluyente que la misma ley establece. Existe también la posibilidad de obtener autorización supletoria judicial dentro de las seis horas de producido el deceso, en casos excepcionales de ausencia de las personas mencionadas o en caso de muerte violenta cuando surja de manera manifiesta e indubitable la causa de la muerte y no exista riesgo para el resultado de la autopsia.

Puede apreciarse que la ley instaura un principio de solidaridad humana facilitando de todas formas la disponibilidad de órganos de personas fallecidas para salvar las vidas de quienes los necesitan como único y último recurso de sobrevivencia. La ley 24.193 en su art. 14 dispone que la extracción estará permitida sólo “cuando se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor”. Este criterio de solidaridad humano está limitado a los casos particulares en los cuales un trasplante de órganos se halla justificado por ser el único medio de salvar la vida de un individuo o mejorar sus condiciones de vida en punto al estado de su salud, afectada por una grave dolencia que no tiene otro medio de curación o alivio, pero no se admite universalmente con el sólo interés de promover el avance de la ciencia.

En relación a la voluntad presumida por la ley en caso de silencio, se ha dicho que debe tenerse en cuenta que “el derecho a disponer del propio cuerpo para después de la muerte integra el cuadro de los derechos personalísimos y que por lo tanto su ejercicio le corresponde exclusivamente a la persona y su voluntad no puede ser sustituida”.

Sin embargo, la ley respeta la voluntad de la persona respecto al destino final de su cadáver, pues la presunción legal fundada en fines humanitarios puede ser evitada manifestando de manera expresa su voluntad en contrario en los términos del art. 20 de la ley 24.193.

El desconocimiento de aquella voluntad declarada en vida, sólo podría verificarse después de la muerte y no existiría ya el sujeto legitimado para ejercer la acción. Los herederos del muerto lo suceden en los bienes del patrimonio relicto, y no podrían actuar en representación de aquel ni a título de sucesores de un derecho intransmisible. Solamente podrían hacerlo a título propio invocando un pretendido daño moral por la lesión a un interés de afección (*pretium affectionis*). Sin embargo, en nuestro derecho, según el art. 1078 del Cód. Civil. Esos terceros no se hallan legitimados para ejercer la acción en nombre propio.

El respeto debido a la voluntad del muerto en cuanto al destino de su cadáver no pasa de ser un deber moral y la voluntad declarada en vida no constituye el ejercicio de un derecho subjetivo sino una facultad que es una categoría jurídica de rango inferior que no está potenciada como un derecho personal.

Capítulo 5. Los derechos de los pacientes. El derecho a recibir información

El derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, entre otros, constituyen el núcleo irreducible de los derechos humanos.

Este derecho constituye un mecanismo idóneo para evitar consecuencias perjudiciales en el ejercicio de otros derechos fundamentales, siendo un derecho de garantía.

La importancia del derecho a recibir información que tiene el paciente ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina. Su aplicación permite el ejercicio del derecho a optar, cuya utilidad no debe ser sólo evaluada por los médicos. Informar no significa persuadir, coaccionar, tampoco ejercer una determinada presión sobre el paciente. Significa explicar las alternativas, las consecuencias, los pormenores de las prácticas médicas de que se trate, siempre con la cautela y prudencia debida a la circunstancia.

Como referencia al tema del derecho a la información, en el leading case "Shloendorf, M. c/ Society of New York", de 1914, se desarrollaron una serie de principios y pautas considerados como antecedentes de la doctrina del consentimiento esclarecido o informado.

En el derecho a recibir información se debe tener en cuenta las siguientes pautas o aspectos principales :

1) En la primera consulta médica el profesional de la salud es el depositario de aquellas informaciones fundamentales que le solicitará al paciente a fin de comenzar a dilucidar - a través de determinadas pautas - el motivo que llevó a la persona a acercarse a un profesional de la salud. Al recibirlas, comienza el deber de guardar silencio frente a terceros : se está gestando el secreto médico.

En esta primera consulta el médico informará al paciente acerca de todos los estudios que éste debe realizar a fin de poder elaborar un diagnóstico adecuado. De no poderlos llevar a cabo, debe informar al paciente cuáles son los inconvenientes.

2) Una vez que se hayan efectuado todos los análisis y el médico esté en condiciones de diagnosticar, informará al paciente acerca de la situación existente de manera precisa y comprensible, en términos claros y accesibles para el paciente ; además, deberá informarle sobre el tratamiento, sus riesgos, naturaleza, inconvenientes, ventajas, duración, costos y la posibilidad de tratamientos alternativos.

De todo ello se dejará constancia por escrito, y ambas partes firmarán. Se llega en esta primera etapa a lo que se considera el consentimiento esclarecido o informado del paciente, que no consiste en una firma obtenida bajo presión o coacción.

Se considera que eludiendo la información completa y continuada, verbal y escrita, el paciente no está informado, aunque su firma figure al pie de un formulario impreso - por ejemplo, cuando se debe intervenir quirúrgicamente y se le hace firmar un formulario impreso sin que el paciente tenga el tiempo suficiente para leerlo y comprender eficazmente el sentido correcto del texto que está firmando.

3) En caso de internación - siempre el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar - se debe informar al paciente el tiempo aproximado que deberá quedar internado, a fin de poder tomar los recaudos del caso, los resultados conocidos según el actual desarrollo de la ciencia médica en esa especialidad y la estadística general que indica esos resultados con motivo de la internación, y demás informaciones adecuadas para el mejor estado de ánimo del paciente. De todo ello se dejará constancia escrita.

4) En caso de internación con intervención quirúrgica, mayores deberán ser las informaciones que deberá recibir el paciente: naturaleza y fines de dicha intervención, ventajas e inconvenientes, complicaciones según estadísticas obrantes en el medio científico donde se desarrollan los hechos - se exige actualización científica -, así como las consecuencias de no llevar a cabo el acto quirúrgico por decisión informada del paciente.

En caso de aceptar la cirugía aconsejada, se deberá informar al paciente, el tiempo de recuperación - con la relatividad que implica toda pauta temporaria - teniendo siempre en cuenta las características individuales e intransferible de cada paciente.

En el momento de la internación el paciente decidirá qué familiar o amigo de su elección debe ser informado frente a una situación de emergencia y el alcance del poder de decisión atribuido a esa persona.

5) Después de una internación, el médico que la aconsejó debe continuar informando sobre las pautas recuperatorias que se vayan presentando y el tiempo que considera necesario para una recuperación definitiva.

6) Para llevar a cabo las experiencias de investigación científica aceptadas por las autoridades correspondientes, así como para las presentaciones personales de individuos no médicos ni auxiliares en el

marco de la enseñanza, se precisa el consentimiento esclarecido del paciente por escrito. El paciente puede siempre y en todo tiempo revocar su consentimiento, inclusive oralmente, en cuyo caso la experiencia o la presentación deben ser interrumpidas inmediatamente. Esta situación deviene de la información previa.

Lesiona el derecho a la privacidad mostrar el cuerpo del paciente a personas que no son profesionales de la salud ni auxiliares, con la excepción del consentimiento esclarecido.

7) Todo paciente debe recibir en el momento de la internación hospitalaria o al comienzo del tratamiento, una información escrita de sus derechos y de los medios con los cuales cuenta para hacerlos efectivo (por ejemplo, un libro de quejas en el centro asistencial, donde se pueda presentar el reclamo con la constancia correspondiente de la presentación, las quejas deberán ser evaluadas por personas competentes, independientes e imparciales).

8) Todo paciente tiene derecho, una vez internado, a llamar a su médico o a un profesional de la salud que trabaje fuera del centro asistencial, para que tome conocimiento del caso, consulte con el o los profesionales que lo tratan dentro del establecimiento, y emita su opinión.

9) Todo paciente tiene derecho a vivir su propia enfermedad. Éste es un derecho derivado de la libertad personal y, al mismo tiempo, derivado del derecho a recibir una información completa. El médico debe dar al paciente las pautas necesarias, incluso para obtener la participación adecuada al tratamiento elegido.

10) Ante las situaciones precedentemente citadas se debe tener en cuenta los límites impuestos por la ley sobre capacidad y estado de necesidad - catástrofes de la naturaleza, accidentes en los cuales se ha perdido la posibilidad de expresar las decisiones por causas ajenas a la voluntad o frente a una enfermedad terminal donde la disimulación de tal diagnóstico puede llegar a constituir un imperativo terapéutico.

Dentro del deber de informar se encuentra el derecho a acceder a la historia clínica, es decir el derecho a consultar los informes, registros, datos referentes a su persona y a su salud.

Capítulo 6. El consentimiento y la responsabilidad de los profesionales de la salud

Clases de consentimiento

Son diversas las formas en que el consentimiento puede ser expresado y otorgado al profesional para someterse a sus directivas dentro del marco que señala la ciencia. Estos son :

- 1) Consentimiento liso y llano con aplicación de técnica recomendable y autorizada para tales eventos ;
- 2) Consentimiento del paciente ante la situación de riesgo mediante el uso de técnicas especiales y cuya adopción fue proclamada como exitosa;
- 3) Consentimiento del paciente en situaciones límites para la intervención, valiéndose el profesional médico de técnicas de avanzada, pero cuya aplicación resultó hasta entonces dudosa en su eficacia, contando o no con el respaldo de organizaciones o entidades médicas;
- 4) Consentimiento tácito del paciente dejando librado al arbitrio médico el medio a utilizar en la intervención propuesta;
- 5) Consentimiento del paciente para el uso de una técnica determinada y utilización de otra por el médico, ante el grado cierto de peligro que corría el primero.

Consentimiento liso y llano con aplicación de técnicas recomendables para tales eventos

La conformidad del paciente o del que deba prestarla debe manifestarse de modo expreso, sin que pueda originarse una dualidad interpretativa, puesto que será tal claridad la que dirima cualquier problema que se suscite en el futuro, de darse una contingencia que pueda canalizarse hacia la mala praxis.

Que el paciente preste el consentimiento no significa que dicha manifestación dispense de pena al médico, cuando ello sea contrario a la moral y a las buenas costumbres, o no se haya guardado una fiel observancia de las reglas que señalan la ciencia y técnicas respectivas.

La ley argentina en el caso de mala praxis resulta muy exigente para transformar el consentimiento en causal exculpatoria, ya que no aparece sino soslayada en su texto, y es la jurisprudencia, al no ser permanente y uniforme, la que hace de relativo valor el consentimiento que pueda prestarse en cualquiera de las modalidades reseñadas.

Pero cuando en condiciones normales se procede a la exteriorización de ese consentimiento, no cabe duda de que el mismo tendrá que obrar obligatoriamente, por significar la exteriorización de voluntades libremente expresadas en acto o convención que debe resultar riguroso para las partes suscriptas.

Un sistema o método autorizado que cuenta con el respaldo de instituciones específicas y que goza de predicamento entre los profesionales médicos y que fuera utilizado con la complacencia del paciente o autorizado para el acto, debe encontrara incondicional apoyo en la ley, mediante su inserción expresa. Cuando así se procediera, cuando se hayan aunado criterios y voluntades y no puedan oponerse óbices

legales o convencionales, la voluntad expresada mediante el consentimiento para la intervención profesional no puede quedar supeditada a otra interpretación que no sea la señalada, habiéndose guardado de manera rigurosa todas las reglas atinentes a la ciencia y técnica aplicable.

Es de concluir entonces que el consentimiento así expresado debe ser recogido por la ley y aplicarse sin más trámite al caso en concreto.

Pero para que ello ocurra, será la propia ley la encargada de propiciar la obligatoriedad del consentimiento cuando éste se exprese y exteriorice con las modalidades o exigencias que serán requeribles para el caso; y cualquier interpretación subjetiva debe ser relegada, al ser reemplazada por la obligatoriedad en la aplicabilidad del consentimiento prestado.

El consentimiento liso y llano, en definitiva, obliga no sólo a las partes vinculadas por aquél, sino que su exteriorización hace perfectible el sometimiento como si se tratara de la propia ley disponiendo al respecto; la única restricción estaría dada por la comprobación de las pautas que hacen a un ejercicio profesional correcto y admitido por la propia disciplina médica.

Consentimiento del paciente ante la situación de riesgo mediante el uso de técnicas especiales y cuya adopción fuera recepcionada como exitosa

Existen oportunidades en que los procedimientos convencionales de intervención quirúrgicos o tratamiento médico pueden ser resistidos por el mal que afecta al paciente y su utilización no garantiza el resultado eficaz. En tales supuestos, cuando surgen metodologías nuevas pero ya experimentadas con éxito, su empleo no aparece como descabellado y la recurrencia a él no deja de ser aceptada por las posibilidades ciertas que ofrece.

No significa ello que el buen resultado obtenido en casos similares pueda extenderse y beneficiar al caso en examen, pero los antecedentes reunidos si bien hacen prematuro la contención o solución del mal, no puede descartarse que su empleo pueda provocar modificaciones favorables en la sintomatología y estado general del paciente.

La adopción del procedimiento o técnica no corriente, sino excepcionalmente empleado, resaltando la eficacia de su uso, debe contar con la adhesión inevitable de quien será sometido a ella, y en última instancia, ante la imposibilidad de obtener un consentimiento directo y personal, éste deberá ser requerido de aquellos que se encuentran facultados para su otorgamiento.

La obtención de este consentimiento resulta vital para que la responsabilidad profesional se diluya, siempre que el médico haya sido estricto en la observación de las reglas que la técnica empleada y el propio ejercicio profesional exigen.

La aceptación del riesgo que significa el uso de nuevas técnicas a despecho de sistemas convencionales cuyo resultado y eficacia resultan dudosos, coloca al médico en posesión de asumir su defensa y que lo ubique al margen de toda responsabilidad ante un resultado, que, aunque previsible, no era esperado.

Pero el riesgo asumido ante la posibilidad cierta del recupero es modalidad que hace compartir la idea de discriminación del médico afectado a la intervención o, tratamiento o en su caso, diagnóstico.

La manera adecuada de demostrar la adhesión del paciente a la técnica a emplearse no resulta ser sino su clara suscripción al riesgo que conlleva al empleo del método en cuestión; es esa suscripción la que autoriza su voluntad consagrada al acogimiento de la técnica referenciada. La voluntad así manifestada debe constituirse en elemento idóneo y excluyente cuando deba ser interpretado el motivo de la aludida adhesión al riesgo, de producirse el accionar por mala praxis, mediante la impetración de demanda.

Habrà de evaluarse en esta oportunidad precedente cuál ha sido el comportamiento médico; si éste se ha atenido a las reglas y normas establecidas por la nueva modalidad con cumplimiento de las mismas, o si, contrariamente, ha introducido variantes o innovaciones peligrosas, no siendo fiel intérprete de aquella técnica.

De comprobarse el buen uso y aplicación, la responsabilidad del médico quedará a salvo de cualquier ulterior consecuencia.

Consentimiento del paciente en situación límite para la intervención valiéndose el profesional médico de técnicas de avanzadas, pero cuya aplicación resultó hasta entonces dudosa en su eficacia, contando o no con el respaldo de organizaciones o instituciones médicas

Este es un caso muy particular, y atinar a la aplicación de una regla de carácter absoluto no es fácil.

Pero partiendo del principio que el consentimiento prestado en condiciones normales tiene eficacia jurídica, el convalidar aquél tiene la significación de la imposibilidad de su repulsa por parte del que así lo prestó.

Cuando el grado de la dolencia o enfermedad hace a ésta terminal, la aplicación o uso de técnicas que

no resultan inconcebibles con los antecedentes reunidos, puede ser adoptado aun cuando el rendimiento no haya sido integral sino meramente parcial, haciéndola ingresar a dicha técnica dentro de aquellos que conllevan dudas; su empleo, de ser aceptado por el paciente, provocará una exención de responsabilidad, siempre que la norma se acomode a exigencias y ortodoxia médicas y resulten aceptables todas las posibilidades ciertas que brinda la curación o mejora, por lo menos, de la dolencia padecida.

Si cuenta con el respaldo de instituciones serias que se hayan pronunciado sobre la materia, su empleo se hace aconsejable si con él se logra concretar la efectividad que promete, pero el consentimiento se hace de rigor ya que su empleo no logró consenso en el resultado, hasta entonces, sobre pacientes tratados.

Pero el apoyo de asociaciones o entidades médicas le otorgan el viso de seriedad que tal técnica de avanzada debe gozar para su empleo o uso; no es necesariamente así cuando aquella encuentra solamente detractores que exponen sobre lo inútil o riesgoso del empleo de tal técnica. En este supuesto, aun con la conformidad del paciente, la situación del médico interviniente aparece complicada, con toda la carga de responsabilidad.

Las excusas absolutorias en el caso no podrán identificarse o asimilarse al consentimiento, ya que la duda que genera su uso, en relación al éxito perseguido, autoriza a arbitrar también la posibilidad de desacierto en su elección.

Consentimiento tácito del paciente dejando librado al arbitrio médico el medio a utilizar ante el grado cierto de peligro que corre el primero

Se trata de una circunstancia especial, ya que al salir de una metodología convencional para ingresar a otra cuya eficiencia o posibilidades queda librado al arbitrio del médico asistente, éste asume una responsabilidad que lo puede colocar en situación premiosa y accesible entonces a la acción de mala praxis.

Al tratarse de enfermos terminales, padeciendo una enfermedad crónica o reciente, pero que por sus características encierra peligros para la propia subsistencia, aparece como irreversible y definitivo que el consentimiento tácito no exime de responsabilidad.

No significa ello definir la responsabilidad profesional por mérito de la carencia de instrumento idóneo que constate el consentimiento prestado, pero la formación de un cuadro presuncionario adverso puede ser motivador de la incoación de la causa. Para desalentar tales posibles acciones debe contarse con la expresa conformidad del paciente o del que pueda suplir válidamente tal autorización.

Si bien se trata de circunstancias donde está latente el peligro de un final previsible, la adopción de métodos que salen de los comúnmente utilizados, engendra o genera la responsabilidad en debate y ésta no puede ser suplida o neutralizada por una cobertura que se desprende de un consentimiento no expreso y cuya validez debe ser comprobada en caso de llegar a concretarse en los hechos aquella demanda.

La ley debe contemplar de modo expreso estas distintas circunstancias que son dables de producirse en la práctica. No solamente se evitará el empleo indebido de la norma, sino que se constituirá en presupuesto de reflexión para el profesional antes de asumir una actitud o conducta riesgosa que pueda constituirse en elemento perturbador para el ejercicio profesional.

La adopción de un criterio amplio, donde todos los casos susceptibles de darse en los hechos deben formar parte del programa a idearse para la modificación o implantación de la ley, es la postura ideal para evitar colisiones o interpretaciones distintas en detrimento de las partes.

Entonces, queda descartada como exención o eximente de responsabilidad el consentimiento denominado tácito, pues resulta plausible que aquél sea prestado en forma fehaciente donde no tenga cabida una interpretación dubitativa.

Cuando tal consentimiento se ha prestado y el médico se ha conducido con pleno ajuste a la técnica y ciencia, la excusa absolutoria está representada por aquella voluntad trasuntada en el instrumento indicativo de conformidad, prestado por el afectado a la atención profesional cuestionada.

El consentimiento, para que su validez jurídica pueda oponerse sin cuestionamiento, deberá ser claro y ajustado a las exigencias que deberán ser establecidas, partiendo de una premisa cuyo carácter de irrenunciable será definitivo, y esta es la manifestación expresa para que la atención profesional se encauce aun a riesgo de tratarse de intervenciones cuyo fin aparece como irreversible dadas las características y estado de la dolencia del paciente.

Consentimiento del paciente para el uso de una técnica determinada y empleo de otra por el médico, ante el peligro inmediato del primero

La autorización conferida está dada por la confianza que inspira el método propuesto. La aceptación es una consecuencia de la adhesión del paciente, salvo los óbices y contrapistas que puedan oponerse y

que deberán ser expresados literalmente. Es en base a tales premisas de las que se mune el médico y que reflejan la conformidad del paciente. Generalmente el paciente tiene conocimiento previo de las bondades y efectividad de tal utilización.

Si el paciente ha aceptado el consejo o asesoramiento médico para que se proceda de tal suerte, o de motus propio ha exigido su práctica, es porque las bondades que de él mismo emanan le hacen someterse a su intervención o aplicación.

Cuando se ha hecho la opción y exteriorizada la misma, siendo aceptada sin restricciones, se impone que la voluntad del paciente queda corroborada con los pertinentes hechos.

Si el médico resuelve de manera unilateral adoptar otra tesitura profesional, apartándose de lo expresamente convenido, es de su cuenta y riesgo la consecuencia que pueda sobrevenir.

Si bien ante un peligro concreto que hace difícil un comportamiento profesional ya establecido, puede habilitarse otro criterio, ello debe estar conforme con toda la realidad objetiva, lo que surgirá de un análisis minucioso de los hechos; si éstos son demostrativos de lo negativo de su uso, resulta indiscutido que otro proceso debe seguir el tratamiento del paciente, aunque ello signifique apartarse abruptamente de las condiciones que surgen de la relación médico paciente, pero no resulta fácil determinar cuándo es llegado el momento de desplazar el criterio adoptado por otro que se ciña más a la realidad imperante.

Cuando este método sea aceptado, por ser beneficioso para el paciente, el elegido por éste queda virtualmente relegado.

Pero han de darse estas condiciones para la aceptación del criterio que imponga el médico para el tratamiento del mal. Así y todo resultará difícil la comprobación de la inutilidad o ineficacia de otro método.

Cualquier apartamiento del formalizado acuerdo debe quedar acreditado, bajo el riesgo de acriminar al médico por deficiente atención y cuidados.

La relación estructurada debe ser amplia pero de interpretación restrictiva, evitando que una conformidad prestada sea desvirtuada por el médico.

Parte IV: Conclusión

Luego de analizarse las distintas leyes sobre trasplantes de órganos, se puede concluir que con referencia a la edad y la capacidad las restricciones, hoy menores pero subsistentes, tuvieron las siguientes bases: 1) el carácter personalísimo no suplible del ofrecimiento; 2) la necesidad de que el dador tenga conocimiento pleno y maduro del acto de disposición, y 3) evitar la posible captación de su voluntad, llegándose a una entrega irreflexiva y sentimental de la que, después, pueda estar arrepentido.

La manifestación de voluntad sólo requiere la posibilidad del discernimiento. Es necesario que se haya llegado a la edad de la razón, o que instituciones de vigilancia intervengan en su caso.

Supuesto el parentesco o lazos muy queridos entre el benefactor y el enfermo a muerte, debe bastar la comprensión y ese control, con lo cual la decisión no deja de ser personalísima y, frente a insanos, justificada por el fin. En intervalos lúcidos los declarados incapaces por enfermedad mental deben ser aceptados, pues en esas etapas no tiene por qué restringirse su aptitud jurídica en similares situaciones. Para el sólo efecto de impedir impresiones no razonadas y la sensibilidad en los afectos irreflexivos, el representante del menor adulto - catorce años - debe actuar como asistente, sin perjuicio de la intervención de otro órgano de control, que asegura la inexistencia de captación, y el beneficio esperado para el insano sin discernimiento, al preservarse la vida de un paciente o persona que sea un apoyo ante sus insuficiencias.

Acerca de la necesidad de un parentesco, cuya liberación fracasó hasta ahora, se ha fundado en lo siguiente: 1) el problema del rechazo, que era menos agudo entre personas unidas genéticamente, y 2) la justificación del sacrificio habiendo lazos incuestionables, o sea, la presunción legal de que frente a esos lazos los motivos son superiores.

A medida que ese problema se va superando, el temor al rechazo se desvanece, aunque no haya afinidad sanguínea y genética entre dador y receptor. Por otra parte, el amor al prójimo es excelsa virtud. Debiera permitirse para salvar vidas, sin la exigencia del parentesco, al amigo, al concubino sin plazos de convivencia, al prójimo, o sea, a quien ofrece algo tan suyo como una parte de su cuerpo con un buen fin.

Desde el punto de vista constitucional, se ha vertido opinión en el sentido de que es opinable la constitucionalidad de la ley que prohíbe la decisión propia de donar un órgano a personas determinadas o indeterminadas, si con ello a nadie se perjudica y, a la inversa, se exterioriza un gesto de elevada solidaridad y generosidad en beneficio del prójimo. Al no haber razonabilidad en la limitación de la conducta "autorreferente" de disponer del propio cuerpo, de modo análogo como se dispone cuando se acepta o rechaza cualquier terapia, incluidas las de alto riesgo, ese reduccionismo que impone la ley puede pensarse que es inconstitucional.

Se ha desvanecido la exigencia de subsidiariedad cerrada, que tenía estas bases: 1) el sacrificio del dador; 2) las dificultades y delicadeza de la operación; 3) la desconfianza y el carácter de técnica no corriente que se suponía, pese a la declaración contraria, y 4) los fracasos de otros tiempos y las cortas sobrevidas.

La estricta gratuidad que incluso hace dudar a los médicos por la extendida y rígida penalización, se fundó en: 1) el combate contra el espurio lucro de órganos; 2) la captación del dador pobre; 3) evitar la entrega por necesidad, y 4) resabios de los conceptos antilucrativos."

Es menester resaltar que la ley debe adaptar sus preceptos y soluciones a los casos concretos, teniendo en cuenta todas las circunstancias que se den en los hechos, poniendo el acento en los puntos actualmente controversiales.

Bibliografía:

- JULIO CÉSAR RIVERA, “Instituciones de Derecho Civil - Parte General” , tomo 2, Editorial ABELEDO PERROT.
- JUAN H. SPROVIERO, “MALA PRAXIS - Protección jurídica del médico” Segunda Edición actualizada - Editorial ABELEDO- PERROT - AÑO 1998.
- SUSANA ALBANESE, “CASOS MÉDICOS- Relaciones jurídicas emergentes del ejercicio de la medicina”.- Editorial EDICIONES LA ROCCA - Prólogo JORGE MOSSET ITURRASPE.
- ELIO SGRECCIA, “MANUAL DE BIOÉTICA”.
- JURISPRUDENCIA : Fallos y Notas Tomos Editorial “LA LEY”.
Fallos y Notas Tomos Editorial “EL DERECHO”.
- CÓDIGO CIVIL.

