

1

## Introducción

La ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos, modificada por las leyes 25.281, 26.066 y 26.326, regula en el Capítulo V los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas y en el art. 15 establece para los donantes el requisito del parentesco o convivencia “de tipo conyugal” (es decir, en los términos del Código Civil y Comercial, una unión convivencial), solamente exceptuado para los casos de donación de médula ósea.

El juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de Concordia, provincia de Entre Ríos, resolvió el 13 de diciembre de 2016(1) zanjar la mentada restricción legal y autorizar la ablación de un riñón para trasplante entre dos personas no relacionadas por un vínculo de parentesco.

El fallo no es novedoso a nivel nacional, ya que en sentido similar se han dictado diversas sentencias(2), pero resulta interesante su lectura y análisis atento a algunas particularidades que reviste.

2

## Competencia y trámite

La sentencia bajo análisis fue dictada por el juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de Concordia, provincia de Entre Ríos. El art. 64, inc. ñ), de la ley provincial 6902 (Ley orgánica del Poder Judicial, ratificada por ley 7504) establece que los Juzgados de Familia son competentes para conocer y resolver toda cuestión que se suscite con posterioridad al deceso de una persona sobre disponibilidad de un cuerpo o alguno de sus órganos.

Sin perjuicio de ello, la ley provincial entrerriana 9954 (que adhiere a la nacional 24.193) regula en su Capítulo III los actos de disposición de órganos y tejidos cadavéricos y dispone en su art. 23 que “toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos, células hematopoyéticas o tejidos, será competencia del Juzgado en lo Civil y Comercial en turno correspondiente al domicilio del actor”.

Debe entenderse, conforme a lo dispuesto en los arts. 2º, 5º y 7º del cód. civil y comercial, que la ley provincial 9954, posterior a la ley provincial 6902 y específicamente referida a trasplante de órganos, deroga el inc. ñ) del art. 64 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

Ninguna de las leyes provinciales mencionadas se refiere expresamente a actos de donación de órganos de personas (donantes vivos) –más allá de la remisión por adhesión a la ley nacional–, sino solo a actos de disposición de órganos y tejidos cadavéricos, con excepción del art. 8º de la ley provincial 9954, que prevé el régimen de licencia para los trabajadores que donen órganos.

La ley nacional 24.193 se refiere a los donantes vivos en el Capítulo V y en el art. 15 los limita a quienes tengan con el receptor un vínculo de parentesco o una unión convivencial, con excepción de las donaciones de médula ósea.

La doctrina debate si la misma ley nacional 24.193 en su art. 56 prevé el trámite de autorización judicial para salvar el requisito establecido por el art. 15 de la ley 24.193 respecto del vínculo de parentesco o unión convivencial entre dador y receptor, o bien si la excepción por vía jurisprudencial no fue prevista por el legislador.

Más allá de la discusión doctrinaria, el supuesto del caso bajo análisis encuadra en las previsiones del art. 56, que se refieren a “toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos o materiales anatómicos”, que establece para el fuero federal un procedimiento especial que detalla.

El juez entrerriano Dr. Ponce, que dictó sentencia en el caso bajo análisis, entendió que “el presente supuesto trata de un pedido de autorización por no estar encuadrada en los términos del artículo 15 de la ley, y al no existir vínculo de parentesco, que legalmente lo habilitaría, deben recurrir a criterios de interpretación para desdeñar la finalidad de la ley en su integridad, teniendo en cuenta el artículo 56 de la misma”.

Conforme a la urgencia que generalmente revisten los casos de trasplante de órganos y a que se encuentra en juego el derecho fundamental a la salud, el procedimiento previsto en el art. 23 de la ley provincial 9954 es el sumarísimo.

El caso bajo análisis fue presentado ante los estrados de la justicia como una medida autosatisfactiva. Sostiene Guillermo Peyrano que el carácter típico de las “medidas autosatisfactivas” es proporcionar soluciones jurisdiccionales “urgentes” y “definitivas”, en los casos cuya respuesta no admite dilaciones ni son susceptibles de ser sometidos a los avatares temporales que implican los debates judiciales(3).

El remedio procesal de la medida autosatisfactiva se basa en la tutela judicial efectiva, definida por la doctrina como el derecho de hacer valer el propio derecho(4). La Constitución de la Provincia de Entre Ríos garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su art. 65: “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia (...) Los actos de autoridad, las sentencias judiciales y los actos administrativos serán fundados suficientemente y decididos en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

Al respecto, sostiene el Dr. Ponce en el consid. I: “En cuanto al tipo de proceso, no obstante que la norma transcripta prevé que sea el sumarísimo, el presente ha sido adecuado a las especiales cuestiones ventiladas, a la particular vía elegida por las partes y a la regulación del ordenamiento nacional (art. 56 y ss. de la ley 24.193)”. Ello así, ordena, una vez dictado el proveído inicial, fijar una audiencia a los fines dispuestos por el art. 56 de la ley 24.193, a la que se citó a las partes, al médico forense, al médico psiquiatra, a la asistente social y al agente fiscal en turno. Luego de celebrada, corrió vista al Ministerio Público Fiscal y dictó la sentencia aquí analizada.

3

Cuestiones bioéticas

3.1. Interpretación sistemática del art. 15

de la ley 24.193

Luego de analizar el cumplimiento de las exigencias formales de procedencia de la acción (donante y receptor mayores de edad; necesidad del trasplante de riñón; centro médico y profesionales encargados de realizar la práctica médica inscriptos en los organismos nacionales competentes;

trámite llevado a cabo de manera gratuita y haberse cumplido las instancias procedimentales previstas en la ley nacional y en la provincial), el Dr. Ponce se adentra en la consideración de la viabilidad de la autorización pretendida, en particular, en atención a la ausencia de toda vinculación parental entre donante y receptor.

Al respecto, sostiene que “la taxatividad con la que está enunciada la norma debe entenderse referida a los casos en que el contralor del procedimiento está a cargo y se realiza por ante la autoridad jurisdiccional administrativa, quien goza de las funciones y responsabilidades previstas en este régimen especial (arts. 3º, 9º, 43, sigtes. y ccdtes. de la ley 24.193), que por el art. 61 se asignan al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) y que en Entre Ríos se otorgan al Centro Único de Coordinación de Ablación e Implante de Entre Ríos (CUCAIER), conforme el art. 1º de la ley 9954. En casos como el presente, en que se requiere la intervención de la Justicia por no configurarse el supuesto normativamente contemplado, se impone recurrir a una interpretación sistemática que permita desentrañar la finalidad de la ley en su integridad, reconociendo vigencia tanto al art. 15 como al 56 de la ley 24.193 (...) Porque si no se atendiera a este principio interpretativo, la admisión de soluciones disvaliosas (pérdida de la vida, incapacidad permanente, etc.) no sería compatible con el fin común de la tarea legislativa y judicial, siendo la propiciada la solución que más se ajusta a la razonabilidad y congruencia con el sistema en el que está inserta la norma” (cfr. consid. II).

El fundamento del requisito establecido por el art. 15 de la ley 24.193 se encuentra en el art. 27, inc. f), que prohí-be “toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte, y la intermediación con fines de lucro”. En este sentido, el agente fiscal dictaminó en los autos sub examine “que la limitación que emana del art. 15 de la ley 24.193 procura evitar operaciones que se funden en ánimos lucrativos o ajenos a los principios de solidaridad que la ley protege”.

Cabe destacar que tan preocupante es el tema del comercio de órganos en nuestro país que la ley nacional 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas considera explotación la extracción ilícita de órganos o tejidos humanos (cfr. art. 4º, inc. d)], aun cuando existiere asentimiento de la víctima (cfr. art. 2º in fine).

En el caso, el juez encontró acreditado un lazo de solidaridad y afecto entre donante y receptor y no encontró ningún indicio o sospecha de que el ofrecimiento de la dadora se fundase en haber recibido o tener la promesa de recibir algún tipo de contraprestación material (económica o no), de lo cual coligió que la ausencia de vínculo parental consanguíneo o colateral entre ellos “no es óbice para la procedencia de la autorización solicitada”.

Fundado en la distinción efectuada por el juez Nobili in re “M., S. s/ sumarísimo ley 24.193”(5) entre gratuidad y solidaridad, sostiene con acierto el magistrado Ponce que “la gratuidad no es un valor esencial en este tipo de prácticas, sino la solidaridad y el altruismo. La gratuidad y desinterés material en quien dona un órgano o parte de él viene por añadidura de aquellos valores humanos inconmensurables”. Citando el art. 17 del cód. civil y comercial de la Nación, que se refiere –entre otros– al valor terapéutico de los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes, concluye que “en nuestro caso, no puede negarse que el valor de la práctica médica cuya autorización se solicita, tiene una clara finalidad terapéutica y, además, afectiva y humanitaria”.

Teniendo en miras el fundamento normativo de la restricción establecida por el art. 15 de la ley 24.193, coincidimos con Pucheta(6) cuando afirma que, sentencias como la analizada en estas líneas, deben interpretarse como “una excepción dictada por el tribunal para este caso concreto, en lo que constituiría una aplicación de la equidad como rectificación de lo estrictamente justo legal”.

### 3.2. Consentimiento informado

El art. 13 de la ley establece el deber de los jefes y subchefes de los equipos médicos intervinientes de informar a cada paciente (dador y receptor) y su grupo familiar (si correspondiere –cfr. art. 21– y, en caso del donante vivo, previa autorización suya), “de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante –según sea el caso–, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor”. Como señala Pagano(7), se trata de la información necesaria para que las partes puedan “expresar un consentimiento idóneo para acceder o negarse a la práctica de ablación o implante”.

El consentimiento informado se encuentra regulado en el Capítulo III de la ley nacional 26.529(8) de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. El art. 10 prevé expresamente la posibilidad de su revocación y en su párr. 2º hace referencia a la revocación por parte de las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193.

Más allá de las disposiciones legales, la decisión del donante vivo es siempre revocable, pues ello surge de la propia naturaleza extrapatrimonial del acto dispositivo. A su vez, la retractación del dador no genera obligación de ninguna clase. Por lo tanto, no podrá ser demandado por los daños y perjuicios que sufriera el eventual receptor(9).

Acertadamente, la sentencia analizada garantiza –en el punto 3) del fallo– a la donante su derecho de “retractarse y revocar su consentimiento para el trasplante que aquí se autoriza hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, sin formalidad alguna (art. 15, inc. 5º de la ley 24.193)”.

Por otra parte, nada dispone la sentencia respecto de la revocación del consentimiento por parte del receptor del órgano. Sin embargo, resultan aplicables las disposiciones del art. 2º, inc. e), de la ley 26.529: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad” (cfr. en el mismo sentido el art. 10).

### 3.3. Ablación de riñón

El órgano cuya ablación se autorizó en el caso bajo análisis se encuentra comprendido entre los autorizados para personas vivas por el inc. a) del art. 14 del decreto reglamentario 512/95, en tanto no se trata de un órgano vital o único cuya ablación ocasionaría indefectiblemente la muerte del donante, atento a que en nuestro país no se admite la llamada “donación heroica”.

Al respecto, existió un proyecto(10) de autoría de los diputados Argüello y Varela de modificación de la ley de trasplantes, que pretendía introducir un párrafo que rezaba: “Si fuese mayor de 21 años y el receptor fuese su descendiente directo, biológico o adoptivo, podrá solicitar la ablación, aun cuando esta importe su imposibilidad de sobrevivir a la misma”.

En el caso aquí analizado, más allá de la permisión reglamentaria (cfr. inc. a) del art. 14 del decreto reglamentario 512/95) de ablación del riñón, no se acreditó que a la dadora el acto de ablación no le causase un grave perjuicio a su salud (cfr. art. 14, ley 24.193), atento a que las partes manifestaron que aquellos estudios médicos se realizarían una vez obtenida la autorización judicial. Y si bien existe un dictamen del médico forense, agregado en autos, la sentencia solo transcribe la parte referida al receptor del órgano.

Pero resulta imprescindible contar con un dictamen médico favorable no solo respecto de la indicación terapéutica de trasplante al receptor, sino también acerca de los riesgos a los que se enfrenta el dador(11).

Entiendo que la acreditación del requisito del art. 14 de la ley 24.193 –omitida en el caso analizado respecto de la salud de la donante– no queda salvada por la posibilidad que ella tiene de revocar su consentimiento informado (cfr. punto 3] del fallo).

4

## Conclusión

La finalidad de las restricciones del art. 15 de la ley 24.193 tiene en miras tutelar la dignidad de las personas evitando el comercio de órganos. Por ello, no coincide con la postura doctrinaria que propugna la ampliación legislativa de la nómina de donantes, incluyendo en el primer párrafo del art. 15 las relaciones de amistad. Considero que casos como el presente deben continuar tramitando por ante la Justicia y que debe acreditarse en el caso concreto que no existen indicios que permitan presumir la existencia de un contrato oneroso o ventaja patrimonial para el donante, sino que su móvil es la solidaridad.

VOCES: TRASPLANTE DE ÓRGANOS - BIOÉTICA - DERECHO - DERECHOS HUMANOS - MEDIDAS PRECAUTORIAS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

\* - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El nuevo concepto "fuerte probabilidad" como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho, por Carlos A. Carbone, ED, 180-1193; Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva, por Jorge W. Peyrano, ED, 191-463; Trasplantes de órganos entre la autonomía y la justicia: el consentimiento presunto, por Armando S. Andruet, ED, 211-641; El valor y la relevancia de la decisión de los familiares del difunto en orden a la ablación de órganos, por Antonio Armando Amarante, ED, 221-809; En torno a la caracterología de las medidas autosatisfactivas, por Francisco Junyent Bas y Candelaria del Cerro, ED, 232-712; Trasplantes de órganos y tejidos. Aspectos relevantes, por Luz María Pagano, ED, 246-847. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

\*\* - La autora es Abogada-mediadora, doctora en Ciencias Jurídicas, magíster en Desarrollo Humano, profesora superior en Abogacía, especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. [marramasilvia@gmail.com](mailto:marramasilvia@gmail.com).

**1** - Juzgado Civil y Comercial N° 3 de Concordia, "B., O. A. y V., N. G. s/medida autosatisfactiva" (Expte. N° 5982), 13-12-16.

**2** - Cfr. Juzgado Federal de Rosario N° 1, 11-3-04, "S., E. D. s/ley 24.193", ED, 207-300; CApel.CC San Isidro, sala II, 21-2-06, "S. de P., T. B. s/trasplante de órgano - ley 24.193 (causa 100.417)", El Derecho Digital (45851); C1ªCC San Isidro, sala II, 21-2-06, "S. de P., T. B. s/trasplante de órgano ley 24.193 (causa 100.417)", ED, 218-213; Juzgado Federal en lo Civil y Comercial N° 1, firme, 18-10-06, "B., M. s/sumarísimo. Ley 24.193", ED, 225-253; Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 5, 30-7-12, "M., S. s/sumarísimo ley 24.193", ED, 249-402; Juzgado Civil y Comercial, 16ª nominación Córdoba, 4-11-16, "D., M. G. s/ablación/implante de órganos", El Derecho Digital (90068), entre otros.

**3** - Cfr. Peyrano, Jorge W., Los nuevos ejes de la reforma procesal civil, en la obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil Sentencia anticipada [despachos interinos de fondo], Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

**4** - Berizonce, Roberto O., Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, en Revista de Derecho Procesal, año 2008-II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, t. 1, pág. 39.

**5** - Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 5, 30-3-12, "M., S. s. sumarísimo ley 24.193", ED, 249-402.

**6** - Pucheta, Leonardo L., Donación de órganos entre vivos: ¿nueva conquista de la autonomía de la voluntad?, ED, 250-1016, 2012.

**7** - Pagano, Luz M., Trasplantes de órganos y tejidos. Aspectos relevantes, ED, 246-847, 2012.

**8** - Cfr. Lafferrière, Jorge N., Los derechos del paciente y el consentimiento informado en la ley

26.529, EDLA, 2010-A-1071. Marrama, Silvia, Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, ED, 245-881, 2011. Marrama, Silvia, La ley 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, 248-802, 2012.

**9** - Cfr. Bergoglio de Brouwer de Koning, María T. - Bertoldi de Fourcade, María V., Trasplantes de órganos. Entre personas. Con órganos de cadáveres, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pág. 102. Cit. por Pagano, Luz M., Trasplantes de órganos..., cit.

**10** - Cfr. Subcomisión de Bioética, La donación heroica, Revista del Colegio de Médicos de Santa Fe, circunscripción II, 44, 1992:8-10. Citado en Cecchetto, Sergio, Doctrina promiscua, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 2003, págs. 52/53. Cit. por Pagano, Luz M., Trasplantes de órganos..., cit.

**11** - Cfr. Bergoglio de Brouwer de Koning, María T. - Bertoldi de Fourcade, María V., Trasplantes de órganos..., cit., pág. 141. Cit. por Pagano, Luz M., Trasplantes de órganos..., cit.