



Universidad de San Andrés

Departamento de derecho

Licenciatura en abogacía

***Ampliación del universo de donantes vivos
de órganos en la República Argentina***

Autor: Agustina Eva Arias

Legajo: 25.081

Mentor: Julio César Rivera

Buenos Aires. Julio de 2018



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés
Departamento de derecho
Licenciatura en abogacía

Universidad de

**Ampliación del universo de donantes vivos
de órganos en la República Argentina**

Autor: Agustina Eva Arias

Legajo: 25.081

Mentor: Julio César Rivera

Buenos Aires. Julio de 2018

Índice

Introducción	3
Capítulo 1. Derechos personalísimos	4
1.1 Derecho a la vida.....	5
1.2 Derecho a la salud	6
1.3 Derecho a la integridad física.....	8
Capítulo 2. Recaudos generales en materia de trasplantes.	10
Capítulo 3. Actos de disposición sobre el propio cuerpo a la luz del Código Civil y Comercial argentino.....	12
Capítulo 4. Regulación en el derecho argentino de los trasplantes <i>inter-vivos</i>	14
Capítulo 5. Trasplantes “inter-vivos” entre personas no emparentadas	17
5.1 Fallos que permitieron el trasplante entre personas no relacionadas	18
Capítulo 6. Los trasplantes de órganos “inter-vivos” entre no vinculados, en el mundo....	21
6.1 Los trasplantes de órganos en Estados Unidos	21
6.2 Los trasplantes de órganos en Gran Bretaña	22
6.3 Los trasplantes de órganos en España	23
Capítulo 7. Argumentos a favor de la donación “inter-vivo” no vinculada	25
7.1 Argumento: Solidaridad	25
7.2 Argumento: tráfico de órganos.....	28
Conclusión.....	31
Bibliografía	33

Universidad de
San Andrés

Introducción

El presente proyecto de investigación académica desarrolla la problemática que actualmente enfrenta la ablación y donación de órganos entre personas vivas mayores de edad en la República Argentina, toda vez que este procedimiento, por orden de la Ley de Trasplante de Órganos y Material Genético (Ley 24.193, 1993), de ahora en más La Ley, solamente puede realizarse entre personas que se encuentran vinculadas. Por “vinculadas” hacemos referencia a personas que están relacionadas por un lazo consanguíneo, o por adopción hasta el cuarto grado, o por cónyuges o convivientes.

Para tal fin será necesario poner luz en las siguientes cuestiones. En primer lugar, realizar un estudio de las reglas en materia de derechos personalísimos; en segundo lugar, describir los recaudos generales en materia de trasplantes; en tercer lugar, discutir acerca de la disposición del cuerpo humano; en cuarto lugar, analizar la regulación de los trasplantes de órganos “inter vivos” en el derecho argentino y en el mundo; para por último explayar los argumentos a favor de nuestra tesis, esto es, la posibilidad de que personas vivas adultas puedan donar órganos sin el impedimento del art. 15 de la Ley 24.193.

Desarrollamos la siguiente materia toda vez que el avance y la transformación de la medicina han abierto las puertas a la posibilidad de utilizar partes del cuerpo de una persona para tratar a otra. Este hecho introduce un elemento adicional a la forma tradicional de tratamiento médico, donde el galeno para curar requiere de la asistencia de cosas, personas, y trabajo, dado que a ellos se suma, la necesidad de un órgano o material anatómico de un cuerpo humano vivo para ser implantado en el de otra persona. Así, es evidente que se encuentran involucrados derechos personalísimos, como el de la vida, el derecho a la integridad física y a la salud. El derecho a la integridad física abarca tanto al cuerpo humano como a las piezas anatómicas extraídas de este último.

Para tal fin, comenzaremos conceptualizando los derechos personalísimos. Si bien el Código Civil y Comercial argentino no contiene una definición de estos, tutela tanto los llamados derechos a la personalidad espiritual que enumera en su art. 52 (imagen, intimidad, identidad, honor o reputación), como los derechos a la personalidad física del ser humano (el cuerpo, la integridad física y la salud, y el derecho a la disposición del cadáver).

Capítulo 1. Derechos personalísimos

Comenzamos enumerando los caracteres de los derechos personalísimos, toda vez que estos se encuentran involucrados en lo que respecta a las nuevas experiencias médicas, como la ablación de órganos y materiales anatómicos, delimitando sus alcances, y estableciendo bajo qué circunstancias y modalidades estos pueden ser efectivamente realizados.

Cuando se habla de derechos personalísimos, se están significando derechos que son innatos, que son propios del respiro vital de los seres humanos y sin los cuales el hombre no podría existir. No derivan de otros hechos, actos o circunstancias ajenos al principio de la existencia de la persona, sino que su principal característica es la de ser coetáneos con la persona por su sola condición de tal. Se diferencian, por lo tanto, de otros derechos, en que estos últimos no tienen dicho ligamen inseparable e inevitable desde el comienzo de la persona misma.

En consecuencia, son derechos vitalicios. Dado que son derechos intrínsecos a la persona humana, son derechos que no pueden faltar en ningún instante de la vida.

A la par, tienen el carácter de ser necesarios. A diferencia de los demás derechos, como pueden ser el derecho al nombre o el derecho de autor, los personalísimos no son derivados y tampoco se pierden durante el transcurso de la vida de la persona.

Unido con los ya mencionados caracteres, radica su inherencia. Aunque cabe aclarar que esta no es su característica esencial, toda vez que muchos derechos que no son personalísimos, sí son inherentes porque basta con que haya identidad del derecho con el sujeto. Así, por ejemplo, el derecho a la patria potestad, los derechos laborales, etc. Por ello, que los derechos sean inherentes no implica que sean de la personalidad.

Son, además, derechos de objeto interior, dado que al ser manifestaciones de la persona se encuentran íntimamente vinculados a ella y no pueden ser captados sin atender a la unidad compuesta del hombre. Se trata de derechos interiores al propio sujeto titular.

En suma, son derechos extrapatrimoniales toda vez que no son susceptibles de apreciación pecuniaria. Esto no significa, como ciertos autores suponen, que no son capaces de producir bienes económicos, sino que este sería solamente un efecto secundario.

Son derechos relativamente indisponibles. Con esto queremos decir que se trata de derechos enajenables, inembargables, intransferibles, imprescriptibles e inejecutables. Por ello, los derechos de la personalidad están fuera del comercio y no pueden ser objeto de ningún negocio

jurídico. Sin embargo, afirmamos que la indisponibilidad es relativa dado que es posible alterarlos, transitoria y parcialmente.

Que sean intransferibles implica que son bienes que solamente tienen sentido para las necesidades del propio titular. Sin embargo, se hace posible el cambio de partes del cuerpo, como el trasplante, que bajo ciertos requisitos, es lícito.

Que sean irrenunciables implica que son bienes que no pueden extinguirse o perderse durante la vida de su titular, no son renunciables y son intransmisibles. Aunque, puede suceder que el sujeto soporte moral o físicamente cierta lesión consintiéndola, como en el caso del trasplante.

Son imprescriptibles dado que recaen sobre bienes que no se encuentran en el comercio, e insubrogables porque no es posible reemplazar a sus titulares.

En suma, son derechos absolutos por cuanto son oponibles *erga omnes* a todos los miembros de la comunidad y no solo a los particulares.

Por todo ello, son derechos privados, pertenecen a la persona por el solo hecho de ser tal, porque se colocan en el campo de comportamiento de los particulares, porque son irrenunciables, porque dependen de cada sujeto, y porque son *erga omnes*.

Por último, se trata de derechos que son autónomos, dado que se diferencian, gracias a sus caracteres, de los demás derechos subjetivos.

Como ya bien dijimos, en el caso de la ablación y trasplante de órganos se encuentran involucrados derechos personalísimos fundamentales. A continuación desarrollaremos los alcances del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud para entender por qué al limitarse el número de donantes se está desamparando el bien protegido, esto es, la vida humana con todo lo que ello simboliza: la vida misma, el cuerpo y la salud.

1.1 Derecho a la vida

En la Constitución histórica (1853) el derecho a la vida no fue tutelado entre los derechos reconocidos por su art. 14. De todos modos, en el art. 29, al prohibirse todo tipo de dictadura, lo que se buscó fue proteger la vida humana frente a cualquier autoritarismo. También en el art. 18 de la misma Ley, se protege la vida al prohibirse la pena de muerte por causas políticas.

En la misma línea, el Código Penal argentino al tipificar los delitos de homicidio los denominó delitos “contra la vida”. Se pena el homicidio; las lesiones que se causan a un tercero en el cuerpo o en la salud; al que practicare un aborto; y al que hiciere abandono de persona cuando se pusiere en peligro su vida o su salud.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció al respecto en varias ocasiones. En 1980, en el fallo “Saguir y Dib Claudia Graciela s/autorización” autorizó un trasplante de órganos, en ese entonces no permitido, realizando una interpretación armónica entre la ley civil y la Constitución Nacional, teniendo en cuenta también que no existía otra vía razonable para salvar la vida del paciente.

Finalmente, con la llegada de la reforma del año 1994, se consagraron nuevos derechos constitucionales y se concedió jerarquía con rango constitucional a ciertos tratados de derechos humanos. Muestra de ello fueron el art. 42 CN, tutelando el derecho a la protección de la salud; el art. 75 inc. 22 concediendo jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 12 reconoce el derecho de toda persona “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En suma, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, la Corte reafirmó en varios pronunciamientos el derecho a la preservación de la vida - comprendido en él el derecho a la salud - y destacó la obligación que ostenta toda autoridad pública de salvaguardar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina prepaga. Así, en el fallo de 2003, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud – Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar” la Corte sostuvo que el derecho a la vida está implícito dado que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requieren necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud se encuentra ligado con el derecho a la vida.

Parece lógico, entonces, sostener que no se puede violar el derecho a la vida, dado que tal acción significaría atentar contra el derecho en la situación específica, y además perder tal derecho para siempre; si esto fuera posible, el derecho a la vida no sería inalienable, dado que los derechos inalienables se caracterizan como aquellos que su titular no puede perder ni voluntariamente ni a través de terceras personas.

1.2 Derecho a la salud

Para perfilar qué se entiende por “salud”, es oportuno traer a colación el concepto establecido por el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que dice: “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. A su vez, el Protocolo de San Salvador, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, define a esta en su art. 10.1 como “el disfrute del más alto

nivel de bienestar físico, mental y social”. Por lo que resulta razonable sostener, armonizando ambas definiciones, que la salud tiene que ver con el bienestar, que se completa en los planos físico, mental y social.

Como anticipamos, ya antes de la reforma de 1994, el derecho a la vida se encontraba expresamente reconocido en el art. 29 CN, cuando disponía que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos no quedaba a merced del gobierno o de persona alguna y que el derecho a la integridad física, psíquica, y moral era un derecho implícito. Ambos, el derecho a la vida y a la integridad, se encuentran emparentados con el derecho a la salud o el derecho a recibir los cuidados necesarios para subsistir y poder desarrollarse.

Con la reforma, se introdujo el art. 42, mencionando a la salud. Este dispone que los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en el marco de una relación de consumo, tienen derecho a la protección de la salud. Si bien no refiere exclusivamente al derecho a la salud, la señala. No obstante, es de gran importancia que la Constitución Nacional contenga una norma que lo mencione con la salvedad señalada, a pesar de que sea común recurrir al art. 33 CN para amparar el derecho a la salud, como así también al derecho judicial aplicable en la presente materia.

Este derecho aparece expresamente reconocido en los tratados enumerados en la Carta Magna, que integran la fuente internacional de la que se nutre nuestro sistema de derechos. En el art. 11 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, se sostiene que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales; mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25, protege el derecho a la salud.

A propósito, la Constitución de la Organización de la Salud ordena que el goce de grado máximo de salud es un derecho fundamental sin distinción de religión, raza, ideología política, condición económica o social.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, dispone en su art. 12 que el derecho a la salud comprende:

- 1) Disponibilidad: se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como programas de salud.
- 2) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos dentro de la jurisdicción del Estado parte.
- 3) Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos de género y el ciclo de vida.
- 4) Calidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Como notamos, el derecho a la salud no puede ser tratado de manera aislada, separada del derecho a la vida y a la integridad psicofísica. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo no solo que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida¹, sino que este es “el 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”.²

1.3 Derecho a la integridad física

Como regla general, vale decir que el cuerpo humano no es una “cosa” en el sentido legal de objeto materia susceptible de tener un valor. La problemática surgió a partir de los trasplantes de órganos y material genético, dado que con los adelantos de la ciencia y la tecnología, partes del cuerpo y hasta el cadáver mismo son usados para investigación, y curación; convirtiéndose en objetos que quedan en el mundo de los vivos.

Por lo tanto, la respuesta que da el nuevo art. 17 del Código Civil y Comercial de la Nación es crear una categoría de derecho que no tiene valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Lorenzetti, en su Tomo I del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado de 2015, sostiene que:

El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad (p.83).

A pesar de que, por supuesto, ciertos actos sobre el propio cuerpo son prohibidos, resguardando intereses sociales y éticos.

El derecho a la integridad física se encuentra tutelado por la Constitución Nacional, por las leyes civiles y penales. En cuanto a lo que nuestra Carta Magna refiere, ya anticipamos que ésta tutela la vida y la integridad física de los seres humanos. Por su parte, el Código Penal, sanciona

¹ CSJN, 01/06/2000, fallo “Asociación Benghalesis y otras c. Estado Nacional”.

² CSJN, 06/11/1980, fallo “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización”; CSJN, 27/1/1987, fallo “Cisilotto, Maria del Carmen Baricalla c Estado Nacional”; CSJN, 05/03/2003, fallo “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”.

el delito de “lesiones” causadas en el cuerpo y en la salud; y en la órbita del derecho civil, se establece la acción de resarcimiento que consistirá en volver las cosas a su estado anterior, siempre y cuando esto no fuere imposible. En caso de serlo, el lesionado podrá optar por una indemnización en dinero.

En conclusión, el análisis realizado tiende a mostrar cuáles son, en la materia, los intereses jurídicamente protegidos por el ordenamiento jurídico argentino y por los tratados internacionales toda vez que entra en juego la ablación y donación de órganos.



Universidad de
San Andrés

Capítulo 2. Recaudos generales en materia de trasplantes.

Para poder tratar la problemática que nos compete, es necesario que primero describamos los requisitos necesarios que establece La Ley para que un trasplante de órganos sea autorizado.

En primer lugar, es requerimiento indispensable que el trasplante sea necesario. Establece el art. 2 de La Ley que se procederá a la ablación e implantación de órganos siempre y cuando todos los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado, sean insuficientes o inconvenientes, y cuando el paciente deba recurrir a ellos por su estado de salud.

En segundo lugar, es necesario que la ablación y trasplante del órgano, proveniente de dador vivo o de un cadáver, sea gratuita. Pero no confundamos, La Ley habla de la gratuidad del acto dispositivo, y no del trasplante en sí. Este último no es gratuito, toda vez que para que se lleven a cabo las operaciones de dador y receptor, más sus respectivos postoperatorios, se debe contar con un equipo de galenos especializados en la materia, con la tecnología adecuada para dicha cirugía y, con los medicamentos necesarios para el procedimiento.

En tercer lugar, es indispensable que el equipo médico especializado informe, previo a la cirugía, tanto al dador, como al receptor y a sus familiares. La información debe ser “clara”, “suficiente” y “adaptada a su nivel cultural” y debe tratar sobre “los riesgos de la operación de ablación e implante”, “sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles”, “la evolución y las limitaciones resultantes” y “las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor”. Todo acto médico que se realice infringiendo lo establecido por la normativa traerá aparejado que la actividad de los médicos sea penada por responsabilidad penal, civil, o administrativa.

En nuestro país, la práctica de que el paciente exprese su voluntad de someterse a tratamiento, reviste un mero carácter burocrático, por medio de la cual los profesionales de la salud y la institución médica buscan limitar su responsabilidad a la hora de posibles demandas judiciales por mala praxis.

Por otro lado, habiendo los pacientes recibido la información, estos tienen derecho a decidir cómo proceder libremente. Si el dador es mayor de 18 años y es capaz, tiene la libertad de decidir, y ella no puede ser suplida ni complementada ni siquiera por sus representantes legales. En cambio, en lo que refiere al receptor, su decisión puede ser sustituida por sus representantes cuando no tenga la capacidad de derechos requerida, dado que el fin de la implantación es recuperar la salud del paciente.

En quinto lugar, el art. 15 de La Ley ordena que el consentimiento del dador puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no podrá ser realizada. Es decir que, el paciente que en un primer momento tomó la decisión de ser dador de un órgano en vida, puede cambiar de parecer cuando así lo desee sin que nadie pueda insistirle en mantener su primera medida.

Por último, se debe contar con un equipo médico especializado y llevarse a cabo en un establecimiento médico autorizado. Las operaciones solo podrán ser realizadas por médicos o equipos médicos registrados y habilitados ante la autoridad de contralor jurisdiccional correspondiente, que para tal fin serán solicitados acerca de su capacitación y experiencia en la especialidad.



Capítulo 3. Actos de disposición sobre el propio cuerpo a la luz del Código Civil y Comercial argentino.

Los progresos de la ciencia y de la tecnología hicieron posibles numerosas formas de intervenir el cuerpo humano, las cuales hace un tiempo resultaban impensadas. El cuerpo puede ser observado sea en sus estructuras moleculares más complejas, puede ser aislado de su contexto natural, puede ser conservado, y etiquetado; pero sobre todo puede ser manipulado, para las finalidades más diversas.

Entendiendo que la intromisión en la esfera corpórea del ser humano requiere por regla del consentimiento de la persona interesada, entonces, la cuestión fundamental que surge es la de definir los límites dentro de los cuales el sujeto puede disponer de las partes de su propio cuerpo. Así, el art. 56 del Código Civil y Comercial de la Nación, sostiene:

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Este artículo extiende la indisponibilidad relativa de los derechos personalísimos a los relacionados con el propio cuerpo. Está, por lo tanto, prohibido disponer del propio cuerpo, si tal acto de disposición provoca una disminución permanente de este, o si el acto es contrario a la ley, al orden y a la moral pública.

Dicho en otros términos, si bien en principio, toda persona competente puede disponer del propio cuerpo a través de un acto de voluntad, libre y revocable, esto no se da en dos oportunidades: 1) cuando esa disposición cause una disminución permanente de la integridad que no tiene una razón de salud o, 2) cuando esa disposición es contraria a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. Es decir que la norma permite disponer del propio cuerpo, aún cuando ello ocasione una disminución permanente de su integridad, si se justifica o es requerido para el mejoramiento de la salud de la persona o excepcionalmente para la salud de otra, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, como por ejemplo para el caso de la donación de un órgano.

Lo que intenta el Código es trazar un límite de carácter público a la autonomía privada de los seres humanos, con la finalidad de no poner en peligro el bien supremo, la vida.

En suma, en el art. 17 del Código se extiende el reconocimiento de la dignidad atribuida al cuerpo como soporte de la persona a las partes del mismo, asegurando la no comercialidad de estos. Se cierra así cualquier espacio al mecanismo del intercambio remunerado, que tiende a asegurar dos finalidades: una institucional, y otra tutelar.

Institucional, porque banaliza los intentos de intercambio por dinero que tengan por objeto partes del cuerpo, convirtiéndolos en nulos.

Tutelar, o bien podríamos decir paternalista, porque prohíben los intercambios remunerados, asegurando la efectiva libertad y espontaneidad de la elección de privarse de partes del propio cuerpo para cederlos a otros.

Cabe por otro lado hacer hincapié en la revocabilidad del consentimiento. La connotación procedimental del consentimiento emerge en el plano de los efectos. El dato sobresaliente subyace en la ausencia de eficacia vinculante y en la regla de revocabilidad en cualquier momento de tal manifestación de voluntad. Este es un principio con relevancia supranacional.

La revocabilidad del consentimiento representa un corolario del principio de autodeterminación, que permite un control sobre la libertad y el discernimiento del acto de consentimiento. Se evidencia, por lo tanto, una contraposición respecto del paradigma de negociación cuya nota distintiva está constituida en el vínculo: el consentimiento inicial no es acá suficiente, sino que debe persistir en toda la fase del procedimiento, como garantía de la intangibilidad de la libertad en la esfera personal.

Universidad de
San Andrés

Capítulo 4. Regulación en el derecho argentino de los trasplantes *inter-vivos*

La ablación y donación de órganos entre seres humanos tiene una larga historia en nuestro país, pero fue en el año 1977 cuando se promulgó la ley 21.541, titulada “Ley de trasplantes de órganos y material anatómico humanos”. Sin embargo, debido a las críticas que esta última recibió, se sancionaron posteriormente las leyes 23.464 en el año 1986 y 23.885 en el 1990, con sus decretos reglamentarios 3011/77 y 397/89, proceso legislativo este que finalizó con el dictado de la ley 24.193 que hoy en día reglamenta la materia estudiada.

Analizando la actual norma notamos que existen dos tipos de donantes. Uno es el donante vivo, es decir la persona que efectúa la donación de órganos y material anatómico en vida. El otro tipo de donante es aquel ser humano que ha fallecido, ya sea por el cese de sus funciones cardiorrespiratorias, ya sea por muerte encefálica.

Habiendo descripto los dos tipos de donantes, pasamos en este apartado a desarrollar inicialmente los tres requisitos exigidos por La Ley para llevar a cabo la extracción de órganos y materiales anatómicos procedentes de un donante vivo, para así poder analizar luego en detalle la necesidad, o no, impuesta por La Ley, de un vínculo entre dador y receptor.

Al respecto, prescribe el art. 14 de la ley de trasplante:

la extracción de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante entre personas relacionadas conforme a las previsiones del art. 15 y concordantes de la presente ley, estará permitida solo 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. [...]. La reglamentación establecerá los órganos y materiales anatómicos que podrán ser objeto de ablación, excepto los incluidos especialmente en esta ley.

Siguiendo el artículo mencionado, la ablación podrá hacerse siempre y cuando (1) se estime que razonablemente no se causará un grave perjuicio a la salud del dador. Esto quiere decir que la ablación y trasplante no deberá hacerse cuando se trate de órganos que se pierden definitivamente y aniquilan la capacidad orgánica. Si el órgano es vital y es el único, la muerte será inevitable, y por lo tanto la extracción de él se encuentra prohibida. En otras palabras, si bien la donación de, por ejemplo, un riñón, produce una disminución definitiva en la integridad corporal, este podrá trasplantarse siempre y cuando no produzcan un daño grave en el dador. Indiscutiblemente, queda a resguardo médico determinar si el dador podrá continuar con buena salud sin el órgano a extraer.

Además, es necesario (2) que existan perspectivas de éxito para conservar la vida o que se mejore al receptor, principio rector en cualquier operación quirúrgica, aportando por ende un beneficio como consecuencia. Basta con que se dé una de las dos alternativas para que la ablación esté permitida.

Por último, el tercer (3) requisito especifica taxativamente los órganos habilitados a ser trasplantados. Estos son:

- a) Riñón, uréter;
- b) Piel;
- c) Elementos del sistema osteoarticular;
- d) Órganos dentarios erupcionados y no erupcionados;
- e) Córnea
- f) Médula ósea
- g) Páncreas
- h) Hígado

No se permite la extirpación de cualquier otro órgano o material anatómico, pero sí se le otorga a la autoridad sanitaria la facultad de incorporar otro/s a este listado mediante una nueva reglamentación.

Pasaremos ahora, a través del análisis del art. 15 de La Ley, a analizar los requerimientos que deben cumplir los dadores y receptores vivos para poseer la calidad de tales, comenzando por el primero de ellos.

En primer lugar, es necesario resaltar que se considera donante vivo de órganos a aquella persona que, cumpliendo los requisitos establecidos en la norma, efectúa voluntariamente la donación en vida de sus órganos, o parte de ellos, cuya extracción es compatible con la vida y cuya función puede ser tolerada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

La donación de órganos de donantes vivos es una práctica antigua, incluso anterior a la del donante cadavérico, que tiende a solucionar la problemática acuciante de la falta de órganos. En sus inicios solo era posible realizar una extracción y consiguiente donación entre seres humanos en el caso del riñón, dado que al ser este un órgano par permite la extracción de uno sin afectar la función renal del donante vivo. Sin embargo, en los últimos años se han realizado trasplantes de partes del hígado, pulmón, intestino, etc., con resultados exitosos, toda vez que extraer un órgano, o parte de este, de un dador vivo, trae aparejada una ventaja fundamental: la disponibilidad del órgano en el momento más conveniente para el receptor.

Recapitulando, el art. 15 de la ley de trasplantes en su primer párrafo establece: “solo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de 18 años...”. Por lo que la donación de donante vivo en Argentina supone dos requisitos: 1) ser mayor de 18 años de edad, y 2) ser capaz.

En cuanto al primer requisito, refiriendo al dador, la ley de trasplantes establece que toda persona mayor de 18 años puede disponer en vida de los órganos y materiales anatómicos establecidos en la norma, con la excepción de lo establecido para el caso de la médula ósea.

Unido al primer requisito, se encuentra la necesidad de que el donante goce de plenas facultades mentales. Es decir que el dador debe ser una persona capaz, toda vez que su discernimiento le debe permitir comprender el acto médico que va a tener que sobrellevar. El dador será informado, previamente a la cirugía, de las consecuencias de su decisión, de los posibles riesgos y contraindicaciones, y de la forma en la que se llevará a cabo la operación, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre y consciente. Es debido a esto último que el donante no puede presentar deficiencias psíquicas, o cualquier otra circunstancia por la que no pueda otorgar debidamente su consentimiento.

Por otro lado, con respecto al receptor del órgano, si bien no debe cumplir con un límite de edad para recibir este último, ni poseer el pleno uso de sus facultades mentales dado que de lo que se trata es de salvar a un ser humano, si nuestra ley adopta una posición restrictiva respecto a quienes son los legitimados para recibir un órgano o material anatómico de un dador vivo, problemática que se discutirá en el siguiente apartado.

Universidad de
San Andrés

Capítulo 5. Trasplantes “inter-vivos” entre personas no emparentadas

El art. 15 de la ley 24.193 prevé la donación de órganos vivos con fines de trasplante únicamente entre personas relacionadas. Este señala:

Solo estará permitida la ablación de órganos o tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) si de dicha relación hubieren nacido hijos.

Sucede que en la Argentina hay un total de 10.862 personas inscriptas en la lista de espera para recibir un trasplante. A la espera de un órgano hay 7.892³, de las cuales 6.070 esperan un trasplante renal, toda vez que el órgano más común que se dona en vida es el riñón dado que una persona puede sobrevivir con solo uno en funcionamiento. En 2014 y 2015 se registraron 152 y 157 pacientes en diálisis por millón de habitantes, según el último Informe del Registro Argentino de Diálisis Crónica efectuado en el año 2016.⁴

En el caso de los trasplantes cadavéricos, para poder donar órganos, la persona debe morir en la terapia intensiva de un hospital, por lo que la donación es solo posible en 5 de cada 1.000 fallecimientos. Y en cuanto a la donación en vida (viable únicamente en los casos de los trasplantes renales y hepáticos), solo ante una necesidad extrema, frente a la falta de donantes cadavéricos, y existiendo un vínculo familiar, se plantea la posibilidad del donante vivo.⁵

Ante las cifras alarmantes producto de la escasez de órganos en la República, es que muchas veces se debe recurrir a los donantes vivos, los cuales en la actualidad ayudan a mejorar la calidad de vida de los receptores; aumentan las posibilidades de una opción terapéutica con mejores resultados en cuanto al postoperatorio, rehabilitación y supervivencia; y reducen el tiempo de espera en el que se encuentra una persona esperando por un órgano, muchas de las cuales mueren en el intento. El problema entonces, radica en que el art. 15 de La Ley exclusivamente permite la donación “inter-vivos” entre relacionados, teniendo que recurrir a la

³https://www.incuca.gov.ar/mod_estadisticas/pacientes_inscriptos_en_lista_de_espera.php

⁴http://san.org.ar/2015/docs/registros/REGISTRO_ARGENTINO_dialConica2014_2015.pdf

⁵ <https://www.argentina.gob.ar/salud/glosario/donaciondeorganos>

Justicia todos aquellos que no cumplan con los requisitos del mencionado artículo, en el marco del procedimiento establecido por el art. 56.

Por ende, la presente investigación académica sugiere la necesidad de una solución normativa que consienta incrementar la disponibilidad de órganos para que una mayor cantidad de personas enfermas puedan acceder a una operación de trasplante sin la necesidad de tener que recurrir a la justicia para ello, ampliando el universo de donantes vivos. Debido a esto, se desarrollarán argumentos a favor de la donación de órganos entre personas compatibles no emparentadas, mediante un análisis jurisprudencial primero, de legislación comparada segundo y de doctrina, después.

Entre los fallos más relevantes en cuanto a los pedidos concedidos de autorización judicial para proceder al trasplante y ablación de órganos, encontramos los que expondremos a continuación.

5.1 Fallos que permitieron el trasplante entre personas no relacionadas

Como bien sostuvimos, La Ley es categórica en cuanto a la prohibición de asignar un valor comercial a la dación de órganos, y a su vez, restringe severamente los trasplantes en vida, autorizando solo a una persona capaz mayor de 18 años, quien podrá donar a un pariente hasta el cuarto grado o a una persona que, sin ser cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de 3 años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida, plazo que se reducirá a dos si de dicha relación hubieran nacido hijos. Sin embargo, la jurisprudencia, ya desde los tiempos de la ley 21.541, fue ampliando el alcance del actual art. 15 - entonces art. 13 - para poder captar supuestos no contemplados bajo aquél, pero que amparaban el sentido de la norma y el espíritu de la ley, para así guardar correlación con los principios de la Ley Suprema. En todos los fallos, veremos que la línea argumental de la jurisprudencia yace en el valor terapéutico, humanitario y social del trasplante, de modo que la disponibilidad de una parte del cuerpo humano, más allá de no estar contemplado por nuestro ordenamiento jurídico, resulta justificada por la *ratio legis* de aquéllas.

En el caso “Saguir y Dib Claudia Graciela s/autorización”⁶, Juan Saguir y Nélica Dib en representación de su hija Claudia Saguir y Dib solicitaron autorización judicial para que la menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan Saguir y Dib, quien sufría insuficiencia renal. La menor en dicho momento tenía 17 años, faltándole 8 meses de edad para el

⁶ <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-saguir-dib-claudia-graciela-fa80000000-1980-11-06/123456789-000-0000-8ots-eupmocsollaf>

cumplimiento de los 18. La Cámara confirmó la sentencia de Primera Instancia que no hizo lugar a la solicitud de los padres para que se autorice el trasplante. Contra dicha sentencia, los padres dedujeron recurso extraordinario federal.

Si bien la controversia jurídica resuelta por la Corte Suprema de Justicia yacía en la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un familiar, y no por el requisito del vínculo, sí se debatió la valoración comparativa del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física. La Corte sostuvo en su considerando octavo 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 [...].

En conclusión, el Máximo Tribunal consideró que no se debía interpretar en forma literal la legislación en ese entonces vigente que prohibía la donación por parte de una menor de 18 años, resolviendo que por encima del derecho a la integridad corporal de la dadora, que no se encontraba amenazado, se encuentra el derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte. Finaliza el fallo argumentando: “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”.⁷

Cabe mencionar también el fallo “R.I.B y B.M.D. s/ autorización” del Juzgado Criminal de Mar del Plata del año 1995 que permitió la autorización de un trasplante en el que el donante vivo era el ex cónyuge de la receptora. La pregunta que surge es si procede, sin embargo, la dación pedida. Sostuvo el Tribunal, tras referir las circunstancias fácticas, que el derecho a la vida, estrechamente relacionado con el derecho a la preservación de la salud, goza de reconocimiento y tutela en los ordenamientos constitucionales, en los instrumentos regionales y universales en materia de derechos humanos.

Consideró que la decisión era acorde al principio bioético de autonomía, de beneficencia y de justicia; y afirmó que: “las soluciones notoriamente disvaliosas no se compadecen con el fin que deben cumplir la tarea legislativa y la judicial”, ya que, con cita de Bidart Campos, se trata no solo de que las normas generales sean justas, sino que “también debe serlo su aplicación a los casos concretos”.

⁷ Considerando 12 del fallo “Saguir y Dib Claudia Graciela s/autorización”

En tercer lugar, mencionamos el caso “Mihanovich Sandra s/Sumarísimo Ley 24/193”, en el cual la actora solicitaba la autorización judicial para donarle un riñón a su ahijada. El 30/06/2012, el Juzgado Federal de Primera Instancia Nro. 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires autorizó el pedido habiendo verificado los requisitos legales: gratuidad del acto; que se trate de un acto voluntario del dador; el consentimiento informado del dador y el receptor; y los informes periciales.

Por último, señalamos el fallo “H., N. I. y otros s/sumarísimo ley 24.193” del 12/02/2015 que concierne a dos dadores, una madre y un cónyuge, y dos receptores, el hijo de la primera y la cónyuge del segundo, quienes no contaban con impedimentos legales para llevar adelante el trasplante. No obstante, surge que ambos receptores podían recibir un trasplante más compatible que el de sus potenciales donantes actuales, lo que mejoraría en los dos casos su tolerancia al trasplante y su efectividad dado que disminuirían los riesgos de rechazo en el caso de que la donación se hiciera de modo cruzado, es decir, la cónyuge al hijo y la madre al otro cónyuge. Sabiendo que bajo tales condiciones la donación no se encontraba entre los supuestos legalmente previstos, los dadores requirieron la intervención de la justicia en los términos del art. 56 de la ley 24.193.

Finalmente, el Tribunal hizo lugar al pedido sosteniendo que: 1) deben primar los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la vida y, no se debe, por tanto, “arribar a una decisión objetivamente justa en el caso”, máxime si el art. 56 “tiene por finalidad que se resuelva en este ámbito la posibilidad de ablación e implante entre personas vivas no relacionadas”, y que “una interpretación contraria implicaría vaciar de contenido el precepto, dejándolo sin valor ni efecto alguno”; 2) las limitaciones legales obedecen, “además de las cuestiones medicas de compatibilidad”, a la “motivación del dador, que podría ocurrir que una persona contrate la entrega de una parte de su cuerpo a cambio de dinero” y; 3) subraya que los informes de los médicos benefician los resultados del trasplante.

En los fallos mencionados, los jueces realizaron una interpretación armónica de las normas, de los principios bioéticos, y de los principios constitucionales, superando los límites impuestos por La Ley y salvaguardando el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de las personas envueltas en la problemática bajo análisis.

Capítulo 6. Los trasplantes de órganos “inter-vivos” entre no vinculados, en el mundo

El trasplante de donante vivo no vinculado está emergiendo en el mundo debido principalmente a dos (2) razones fundamentales.

En primer lugar, porque existen mejores resultados en los trasplantes de donantes vivos que en los trasplantes de donante fallecido. El buen estado de salud del donante, la ausencia de posibles daños que se producen en el riñón secundario, y la posibilidad de realizar el trasplante anticipado, demuestran la mejor supervivencia de injerto y de paciente.

En segundo lugar, ayuda a superar la crisis proveniente de la escasez de órganos, sobre todo en receptores jóvenes en los que las posibilidades de obtener un órgano adecuado a su edad son menores, debido al cambio en el perfil de los donantes fallecidos que cada vez son de mayor edad.

6.1 Los trasplantes de órganos en Estados Unidos

Según *Donate Life America*, una estructura sin fines de lucro compuesta por organizaciones nacionales y estatales de Estados Unidos dedicada a educar al público y abogar por la donación de órganos y tejidos, en dicho país más de 100.000 personas se encuentran esperando un riñón, y al igual que en la Argentina, el número de personas en la lista de espera supera a los riñones disponibles de donantes vivos y cadavéricos. Es por esto que, actualmente, una de cada cuatro donaciones se realiza por dador no relacionado con el receptor.

Como en Argentina, en Estados Unidos hay dos tipos de donaciones de riñón⁸: de donante vivo o fallecido. Si la persona en vida ya sabe que quiere ser donante luego de su fallecimiento, se asegurará de ello registrándose como donante de órganos.

En cuanto al dador vivo, en lo que aquí interesa, existen tres tipos de donantes.

Uno, el llamado *living related donors*, que son los donantes familiares del receptor.

Dos, los denominados *living unrelated donors*, que son quienes no están relacionados por sangre con el receptor, y generalmente son sus cónyuges, convivientes o amigos.

Por último, y como subgrupo de la segunda categoría, se encuentran los donantes vivos no dirigidos, voluntarios que se inscriben para donar un órgano a cualquier persona que lo necesite,

⁸ <https://www.donatelife.net/types-of-donation/living-donation/>

sin la necesidad de tener que conocer al receptor. De hecho, muchos de los dadores eligen no conocer nunca a quienes reciben el órgano.

Para llevar a cabo esta última opción, el dador deberá registrarse como donante vivo no dirigido, y se lo llamará cuando se solicite un riñón y ambas partes sean compatibles. Es importante destacar que el dador nunca estará obligado a donar, sino que, cuando se lo requieran, él podrá decidir si quiere, si está listo y si se encuentra dispuesto.

6.2 Los trasplantes de órganos en Gran Bretaña

La donación altruista de riñón se legalizó en Gran Bretaña en el año 2006. Hasta ese entonces, las únicas personas permitidas para donar sus órganos era familiares y amigos cercanos de personas que sufrían de disfunción renal. Finalmente, se logró la legislación poniendo foco en evitar el comercio de órganos. Para ello, se subrayó como requisito fundamental que el donante no pueda conocer la identidad del receptor ni antes ni después de la cirugía, mientras que el receptor sí tiene el derecho de conocer a su donante, si así lo desea, luego de la operación. De esta forma, los destinatarios no están obligados a sentir ningún tipo de obligación moral y mucho menos financiera.

Así, en el 2007 se realizó el primer trasplante de riñón altruista y, en el 2008, se llevaron a cabo 15 más, duplicándose para el año siguiente. Las cifras crecieron exponencialmente los años posteriores, toda vez que se estima que alrededor de 120 personas donaron un riñón en los 12 meses que transcurrieron desde abril de 2013 hasta abril de 2014. Teniendo en cuenta que hay más de 20.000 personas en el Reino Unido que reciben tratamiento de diálisis renal, si la tendencia sigue en alza, la necesidad de diálisis podría aminorar en poco tiempo⁹.

Entonces, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿por qué alguien elegiría donar un órgano de su propio cuerpo a una persona totalmente extraña? ¿Por qué uno se pondría a sí mismo en peligro por un individuo a quien que nunca conoció? Creemos que la mejor respuesta se encuentra en el testimonio de una persona que donó¹⁰.

Claire Ramsden es una mujer británica, que escuchó a un hombre en la radio describiendo un acto de altruismo, la donación de un riñón, por lo que no le tomó mucho tiempo llamar al hospital para saber si ella misma podría convertirse en donante. Claire se sometió a seis meses

⁹ Información recabada por la organización *Give a Kidney*, a través de la página web <http://www.giveakidney.org> y el periódico *The Guardian*, en <https://www.theguardian.com/society/2014/jul/13/kidney-donation-altruism-andrew-anthony>

¹⁰ Testimonio de Claire Ramsden obtenido mediante la página web <http://www.giveakidney.org>

de rigurosos tests en su hospital local para comprobar que era un donante adecuado, realizó la prueba psicológica para que sus motivaciones fuesen verificadas y se le informó acerca de los peligros que podían llegar a ocurrir durante o después de la operación, sabiendo que 1 donante de cada 3.000 fallece durante ella. El último paso fue una entrevista con un representante de Human Tissue Authority, quien se aseguró de que no lo hacía bajo ningún tipo de coacción ni soborno. Cuarenta y ocho horas después de haber sido aprobada como donante, recibió una llamada del hospital anoticiándole que habían encontrado un receptor compatible. Al día siguiente de la operación, le dijeron que el trasplante había sido un éxito, y fue dada de alta pasados los 3 días sin ningún tipo de complicación. Confiesa que haber donado fue la mejor y más emocionante experiencia de su vida, habiendo dejado una huella en la vida de otra persona.

Cinco años después de la legalización, en el 2011, la organización *Give a Kidney*, de Reino Unido, lanzó una campaña, cuyo slogan se tituló “regalá un riñón a un extraño, uno es suficiente”. Los miembros fundadores eran 10 personas que habían donado un riñón a un desconocido. El origen del nacimiento de la organización, como surge de su página web, fue la triste realidad de que alrededor de 250 personas necesitadas de un riñón muere por año en Gran Bretaña y más de 5.000 se encuentran en lista de espera para un trasplante, mientras que los humanos necesitamos uno solo para poder llevar una vida plena y saludable. Un trasplante de riñón es la mejor opción de tratamiento para personas que se encuentran sufriendo una enfermedad renal, pero la lista de espera es larga. Por ende, si un mayor número de personas donara un riñón sano, la lista se reduciría.

En Gran Bretaña, los riñones para trasplante, al igual que en Argentina y en Estados Unidos, puede provenir de donantes vivos o fallecidos. Sin embargo, cabe resaltar que pocas personas mueren en circunstancias en las que sus órganos son propicios para el trasplante (menos del 1% de la población), lo que se traduce en una severa escasez de órganos. Por ello, el donante vivo es la salvación, teniendo en cuenta que la tasa de éxito de los trasplantes de donantes de este tipo es mejor que la de los donantes fallecidos: el 90-95% de los riñones de donantes vivos funcionan con normalidad luego de la cirugía, en contraste con el 85-90% de los recibidos por parte de un donante fallecido.

6.3 Los trasplantes de órganos en España

España autorizó en el año 2010 la figura del “buen samaritano” o “donante altruista”, como se denomina a quien se ofrece a donar un órgano en vida, generalmente un riñón, sin saber a quién va destinado. Este tipo de donación estuvo prohibido en España desde que comenzó el

sistema de donaciones de órganos, dado que hasta que se implementó se creía que donar un riñón en vivo contraía un riesgo más elevado de lo que realmente es y toda vez que las técnicas y el conocimiento científico no eran como los actuales. Hasta que en noviembre del 2010 lo aprobó la Comisión de Trasplantes del Consejo Interterritorial de Salud.

La donación altruista se puede realizar de dos maneras: 1) por medio de la donación del órgano a una persona de la lista de espera (persona no conocida y anónima) o, 2) por medio de la donación cruzada, en la cual se selecciona a un receptor que se encuentra en la lista de espera.

Se permitió este tipo de donación por motivos evidentes. Por la presión de la lista de espera, la buena evolución a largo plazo de los donantes y los estudios realizados, que muestran una calidad de vida similar entre los donantes y el resto de la población, además de que gracias a la tecnología cada vez son menos invasivas las cirugías que se llevan a cabo.

El responsable de la Organización Nacional de Trasplantes española, Rafael Matesanz, fomenta este método dado que a pesar de que el sistema español es el más eficaz del mundo, ya que la tasa de donaciones por millón de habitantes es casi el doble que la de la Unión Europea, de todos modos no es suficiente. Así fue como, asegurando el anonimato de donante y receptor, se procedió a su aprobación¹¹.



¹¹ La información del subtítulo fue extraída de las siguientes fuentes:
<http://www.ont.es/infesp/Paginas/DatosdeDonacionyTrasplante.aspx>;
<https://www.dilemata.net/index.php/noticias/430-el-buen-samaritano-idonacion-anonima-de-organos-de-vivo-en-espana>; <https://www.diariocritico.com/noticia/267742/noticias/primer-trasplante-de-espana-con-un-donante-buen-samaritano.html>; https://www.oei.es/historico/divulgacioncientifica/noticias_753.htm

Capítulo 7. Argumentos a favor de la donación “inter-vivo” no vinculada

A continuación, y luego de haber dado cuenta de los problemas que ocasiona la escasez de órganos, se llevará a cabo un análisis de los diversos argumentos y posturas a favor de la donación entre vivos no vinculados. Se desarrollarán dos planteos sobre la problemática, argumentos que considero más fuertes a favor de que se permita la ampliación del universo de donantes y que nos llevarán a afirmar que en la actualidad se permita acceder a dicha práctica sin la necesidad de tener que recurrir a la Justicia en busca de una autorización. El primero de ellos tiene que ver con la solidaridad y, el segundo, ataca la teoría que sostiene que la comercialización de órganos será la respuesta inminente a la ampliación del número de donantes.

Todo ello en orden de resaltar la importancia de legislar sobre este aspecto que genera ciertamente dilemas a los que nos enfrentamos en virtud de los avances científicos y tecnológicos, a fin de que todos los habitantes puedan acceder a un órgano, y no morir en el intento.

7.1 Argumento: Solidaridad

En este apartado, consecuentemente, intentamos demostrar por qué la donación de un órgano por parte de un individuo sano no relacionado con el receptor es éticamente aceptable. No solo por las razones ya expuestas acerca del bajo riesgo que corre el donante y el beneficio que se genera para receptor y dador, sino también por el hecho de que la donación altruista por parte de un voluntario completamente competente para ello, es un acto moralmente aceptable y una expresión de su autonomía personal.

¿Deberíamos aceptar la donación de un órgano por parte de donantes vivos solo cuando estos se encuentran genéticamente relacionados con el pretendido receptor? Seguramente si atendemos a las consideraciones clínicas por sí solas, estas nos indiquen, en búsqueda de una coincidencia adecuada para un posible destinatario, que debemos restringir los dadores a aquellos que se encuentren vinculados con el receptor. Sin embargo, esos donantes no siempre están disponibles, por dos principales razones. Por un lado, dado que ellos pueden simplemente no existir, toda vez que el receptor puede no contar con familiares vivos. Por el otro, sus posibles

donantes pueden encontrarse ya en una edad avanzada o ser demasiado jóvenes como para compartir un órgano de su propio cuerpo. Pueden no ser compatibles médicamente con el receptor o sencillamente encontrarse en una posición en la que no desean afrontarse al sacrificio de tener que perder un órgano para entregárselo a otro, aunque ese otro sea un familiar.

Debido a las razones mencionadas es que nos preguntamos por qué no podemos mirar para otro lado y encontrar otro dador no relacionado con el receptor, pero sí compatible y dispuesto a dar su órgano.

La mayor objeción con la que nos enfrentamos toma como punto de partida la suposición de que los donantes vivos de órganos son los más vulnerables a la presión de donar. Por ende, si se enfrentan a tal presión, sus razones para donar se vuelven cuestionables moral y jurídicamente. Esto se debe a que la supuesta donación no contará con el requisito de altruismo que debería poseer el donante ideal, que lleva aparejado la necesidad de que el acto de donar sea esencialmente gratuito, informado y voluntario, demostrando así que el dador no está arriesgándose a sí mismo por una coerción que no corresponde.

Si bien esto es cierto, esta objeción lleva a un postulado, a mi entender, incorrecto. Presume que son únicamente los dadores no vinculados con el receptor quienes se encuentran en riesgo. No teniendo en cuenta que son los parientes del receptor quienes se encuentran mayormente presionados mental y psicológicamente; por lo cual, la hipótesis, cae. Ciertamente, dicha presión es cualitativamente diferente a la presión económica, de la cual hablaremos más adelante, lo que no quita que siga representando un condicionamiento que, como si fuera poco, se ve intensificado por las limitaciones que impone el art. 15 de La Ley al imposibilitar las donaciones por partes de aquellas personas que no se encuentran relacionadas con el receptor del órgano.

El potencial dador se puede sentir obligado a tener que donar a aquellos con los que tiene un vínculo, sea afectuoso o familiar, y por ende sentirse inhabilitado de la posibilidad de elegir realmente qué desea hacer, esencialmente por temor a que si no dona eventualmente el receptor fallezca o a que su familia se enoje y por ende a que se vea perjudicada la relación con sus afines. Sostener que el fundamento de la ley se encuentra en la trascendencia de la decisión para la sociedad, y que la donación resulta justificable solo cuando es para una persona perteneciente al propio vínculo familiar, implicaría desconocer que el hombre moderno se mueve en un círculo más grande que hace medio siglo atrás.

Pero no solo quien dona se encuentra frente a una encrucijada, sino que también quien recibe se ve agobiado por un sentimiento de culpa, que es todavía más arduo cuando posee una relación cercana con el dador. Un interesante estudio realizado por Gordon (2001), titulado “*They don’t*

have to suffer for me: why dialysis patients refuse offers of living-donor kidneys” demuestra cómo jóvenes receptores de sus parientes padecen un fuerte sufrimiento de obligación y de deuda para con ellos, lo que los lleva a padecer estrés psicológico, debido al procedimiento del trasplante, y a terminar por declinar la oferta del dador vivo por temor a que la cirugía comprometa la relación con el donante.

En suma, debemos tener en cuenta que el trasplante depende en gran medida de la naturaleza altruista de cualquier donación verdaderamente voluntaria. Cualquier restricción a la donación de una persona no vinculada al receptor despoja todo sentimiento de fraternidad y amor en cualquier caso de necesidad de un órgano. Por ende, la falta de vínculo sería una admisión importante, porque trae aparejada el reconocimiento de que el altruismo puede estar mediado por emociones, que ciertamente no están limitadas a parientes genéticos. De hecho, podríamos decir que el altruismo recibe su máxima expresión cuando no existen relaciones personales de por medio, es decir, cuando no puede haber siquiera un interés emocional en el caso.

El requisito necesario será, probablemente, que se oculte la identidad de quien done su órgano y de quien lo recibe, por lo que cualquier otra restricción formal descartaría por completo el sentimiento de altruismo.

La bioética, al respecto, recogió la unión entre el principio de autonomía personal y la dignidad humana, los cuales son propios de la filosofía constitucional y que también encuentran su fundamento en ella. Se quiere proteger el derecho a la vida, a la preservación de la salud, y al derecho que tienen las personas a disponer de su propio cuerpo, todo ello con carácter constitucional. El ejercicio bondadoso y solidario que realiza el donante para satisfacer en algunos casos la única posibilidad de vida que tiene el receptor, evidencia el sacrificio de una persona para el bienestar de los demás. Como sostiene Cifuentes (1995) en “trasplantes entre personas no autorizadas por la ley”, el gesto viene a ser tan noble y el resultado tan grande, que no podría ser contrario a las virtudes y al derecho.

Más aún se tiene que tomar válida nuestra posición, cuando el art. 15 de La Ley protege al donante que se arrepiente del acto de donar un órgano voluntariamente. La norma establece:

El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada.

La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase.

Para cerrar, La ley, como sostiene Santos Cifuentes, debe “favorecer al prójimo”, y ese debe ser el único límite de la norma. En el mismo sentido, Bidart Campos en nota titulada “¿es

razonable la limitación legal de la donación y el trasplante de órganos entre determinadas personas?” argumenta: “¿y por qué la voluntad del Estado ha de ser mas poderosa que la mía propia en disposición autorreferente de mi propia integridad corporal, cuando no solo yo no perjudico a nadie sino que beneficio?”. Es una decisión personal que pretende ayudar a otro, sin importar quien ese otro sea, y sobre la cual no debe intervenir el Estado, quien debe velar por el derecho a disponer sobre la propia integridad física, más aun cuando el fin de la disponibilidad es beneficio para la sociedad en su totalidad.

7.2 Argumento: tráfico de órganos

En el presente apartado intentaremos derribar la teoría que supone que si ampliamos el número de dadores vivos, la respuesta será la comercialización de órganos.

La escasez de órganos y la necesidad de ellos, dentro de un esquema de oferta y demanda, permitió que se haya creado un mercado alrededor de estos bienes, como es el caso de la compraventa de órganos que, en la República Argentina, es ilegal. Dicha práctica, al ser ilícita, creció en la clandestinidad, dado que los avances médicos en materia de trasplantes han sido tan exitosos que la indicación del tratamiento de las enfermedades por este medio ha aumentado. El trasplante dejó de ser una práctica experimental para convertirse en una práctica por de más habitual.

Parecería que en la actualidad las razones que llevaron a establecer la limitación del art. 15 se reducen a tratar de evitar el tráfico de órganos, dado que el avance de la ciencia médica en los últimos años, gracias a la ayuda de los estudios de histocompatibilidad y al descubrimiento de drogas para mitigar los rechazos, terminaron por relativizar la razón justificativa de la norma que no era otra que paliar sacrificios inútiles frente a la existencia de rechazos.

La ley lo que está haciendo es presumir que entre las personas puede existir el comercio de órganos que ella misma prohíbe. Pero en realidad, lo que está logrando es reconocer que el sistema de punibilidad argentino se encuentra en decaimiento, creando así, un estado de sospecha sobre la población. Si el comercio para el legislador es inmoral y por ende hay que erradicarlo, la solución no es colocar trabas sino asumir la investigación en la materia y armar un mecanismo de seguridad para un control más eficaz.

El comercio de órganos es un delito que no dejará de cometerse frente al tipo penal y a la sanción. En cambio, podría pensarse en otras soluciones donde el comercio no exista, como en alguna recompensa en especie; asegurar una atención medica futura para la seguridad del paciente; o cualquier otra medida incentivadora para quien se va a disponer a entregar su

órgano. Entendemos, sin embargo, el contraargumento que sostiene que dicha compensación atraería sobre todo a personas que se encuentran en situación de pobreza, las cuales se verían atraídas a donar un órgano a cambio de una cierta retribución, lo que consideramos inmoral desde todo punto de vista. El mercado de órganos despertó una gran preocupación no solo en la Argentina, sino también en el resto del mundo, justamente por los abusos que se cometieron en la búsqueda del lucro: los intermediarios entre los oferentes y los demandantes, contactan personas necesitadas y les ofrecen un valor por el órgano, muchas veces desplazándolos a otros países donde se realiza la extracción, para después devolverlas a su lugar de origen. A lo que contrarrestamos que no es menos cierto que la situación de indigencia de todos modos continuará y el enfermo terminal morirá a causa de la escasez de órganos.

En un mercado negro la transparencia es totalmente escasa, los donantes se ven desprotegidos frente a la desinformación y al fraude, y es posible que no reciban los cuidados postoperatorios necesarios. Por ende, si el mercado negro reside en las sociedades que poseen una alta tasa de pobreza y ausencia de control, la respuesta podría residir en establecer controles, y no limitarse a prohibir. Si fuera regulado, probablemente las entidades gubernamentales y los centros de trasplantes autorizados tendrían el control sobre el número y la identidad de los vendedores de órganos, pudiendo así certificar el estado de salud de la persona, la verdadera causa sobre la cual yace su interés por donar un órgano, evitando que se presente la venta mediante engaño o coerción, se les exigiría consentimiento informado, un seguimiento postoperatorio y se les otorgarían los medicamentos necesarios para tal fin.

Así, el tráfico de órganos se vería reducido. Reglamentar el comercio mediante una adecuada implementación, traería aparejado reducir el campo de acción de las personas y los grupos que se encuentran al margen de la ley, facilitando su detección y asegurando su neutralización.

Por otro lado, lo que la doctrina olvida analizar es el carácter del castigo que se inflige a quien vende o compra un órgano. El castigo es la prisión, considerada esta como un mecanismo disuasorio para que la gente se desanime a participar en la conducta prohibida o bien deje de realizar su conducta por temor a la sanción. Considero que el medio utilizado, sin embargo, no solo no es el pertinente sino que además, trae aparejado más daños de los que se cree por varias razones.

En primer lugar, porque el propósito de la ley termina perjudicando al enfermo. El agente no solo se encuentra en la necesidad vital de ser trasplantado sino que además se ve sancionado por el Estado con la pena que más sufrimiento puede lograr en un ser humano: la cárcel. La imposición de una pena, para el derecho penal, debe reflejar un muy alto nivel de justificación,

y no se puede dejar de lado que penalizar esta conducta llevaría a que el objeto del castigo sea al mismo tiempo a quien se encuentra en un estado de necesidad extremo.

En segundo lugar, la criminalización termina por aumentar el precio de los órganos que se encuentran en venta en el mercado negro toda vez que quienes participan en dicho mercado se someten a un riesgo mucho mayor que si la venta de órganos estuviera legalizada. Al ser mayor el precio, o bien puede suceder que se vean disuadidos aquellos que quieran comprar, objetivo que busca el Estado, o bien puede contribuir a un efecto adverso como ser que quien quiera comprar, al necesitar mayores ingresos, se vea inducido a cometer conductas prohibidas. Es decir que se continúan generando comportamiento delictivos.

Dicho efecto pone en peligro a quien se encuentra en la necesidad de tener que recurrir a un mercado paralelo, por dos razones. En primer lugar, porque la compra y venta se lleva a cabo en lugares donde no está presente el control por parte del Estado y los organismos de salud, pero además, porque el enfermo se ve obligado a tener que confiar en quienes, de manera ilegal, regulan la calidad de la venta de órganos, sin saber si aquellos reúnen las condiciones adecuadas. Riñones de personas mayores a los 60 años o con problemas significativos tienen más probabilidades de fallar que los riñones de donantes jóvenes y sanos.

Parecería, entonces, que criminalizar la comercialización de órganos logra únicamente utilizar la coerción como medio para evitar que la gente lleve a cabo conductas que son consideradas por el Estado como indeseables, pero que terminan realizando un daño mucho mayor.

Sin embargo, es cierto que nos deja descontentos permitir que las personas donen una parte de su cuerpo por necesidad, aun cuando esa sea su mejor opción, pero lo que intentamos aquí demostrar no es que permitir la legalización de la comercialización de órganos sea una solución, sino que ésta no resulta peor que su prohibición, y consecuentemente, menos aun es un argumento plausible para permitir restringir el número de donantes en la República Argentina.

Conclusión.

Una de las mayores grandezas de la cirugía moderna está asociada al trasplante “inter-vivo”. La donación entre personas vivas no vinculadas es un acto de altruismo que afecta la vida del dador, del receptor y de sus familias para siempre dado que este tipo de donación, como vimos, es un tratamiento para ponerle fin al sufrimiento ocasionado por la insuficiencia de órganos.

Lo que se demostró en el ensayo fue que no se ve cómo puede entenderse que una interpretación que no limita el número de receptores legitimados pueda considerarse contraria a derechos, cuando lo indebido sería dejar morir a quien deberíamos ayudar a intentar evitar un trágico final: la muerte. Es por ello que no consideramos que deba limitarse el número de personas habilitadas para recibir un órgano basando la restricción en el temor al comercio de órganos y materiales anatómicos, dado que existen otras tantas razones basadas en la solidaridad que no están contemplados por la ley y que no tienen por qué presumirse más débiles que los vínculos familiares.

La donación de órganos entre personas vivas no relacionadas no debe ser una operación lucrativa para el donante; pero si se demuestra que solo se trata de una liberalidad; de un gesto solidario; que se otorgará igual acceso al tratamiento a todas las personas; que se realizarán los exámenes médicos y psicológicos necesarios; que la operación se llevará a cabo en condiciones no degradantes; y sin ofender ni el orden ni a la moral pública, dicha práctica debe aceptarse porque ello es lo que dispone el art. 19 de la Constitución Nacional.

A modo de cierre, podemos afirmar que legislar sobre la ampliación del número de donantes vivos en la República Argentina, sin la necesidad de tener que recurrir al proceso del art. 56 de La Ley, resulta de vital importancia dado que salva vidas y dado nos permite resolver los dilemas a los que nos enfrentamos en virtud de los constantes avances científicos y tecnológicos, a fin de que todos los habitantes puedan acceder a un trasplante en condiciones de igualdad, seguridad y justicia.

El Estado, los científicos y toda autoridad pública deberían considerar el acto de la donación como sobrehumano, noble y un brillante símbolo de la solidaridad humana, y por lo tanto, ofrecer a la sociedad en su conjunto los instrumentos necesarios para que aquellas personas enfermas puedan acceder a una operación de trasplante aun en aquellos casos en los que no exista un vínculo con su donante, con lo cual se estarían promoviendo los actos de liberalidad basados en razones altruistas, tanto desde una mirada ética como legal.



Universidad de
San Andrés

Bibliografía

- Anthony, A. (2014). Would you give your kidney to a complete stranger? UK: *The Guardian*. Recuperado de <https://www.theguardian.com/society/2014/jul/13/kidney-donation-altruism-andrew-anthony>
- Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/Amparo-Ley 16.986, 321:1684 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de junio de 2000)
- Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud, 326: 4931 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de diciembre de 2003)
- Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris.
- Asamblea General de la ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2200ª (XXI))
- Bidart Campos, G. *¿Es razonable la limitación legal de la donación y el trasplante de órganos entre determinadas personas?* "E.D.", 135-384 y 385
- Cifuentes, S. (1995). *Trasplantes entre personas no autorizadas por la ley*. JA 1995-IV-237
- Cisilotto, María del Carmen Baricalla c/Estado Nacional s/Acción de Amparo (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de enero de 1987)
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, 7 de abril de 1948.
- Constitución de la Nación Argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente, reunido en Santa Fe, promulgada el 1 de mayo de 1853.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Salvador: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Constitución de la Nación Argentina. Aprobada mediante Ley 24.430 en el Boletín Oficial de la República Argentina. 14 de diciembre de 1994.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Aprobado mediante Ley 26.994 en el Boletín Oficial de la República Argentina. 1 de octubre de 2014
- Daar, A. (2002). Strangers, intimates, and altruism in organ donation. *Transplantation*. 74:424-6. Recuperado de https://journals.lww.com/transplantjournal/Fulltext/2002/08150/Strangers,_intimates,_and_altruism_in_organ.28.aspx
- De Benito, E. (2010). *El descenso de muertes por tráfico genera mayor necesidad de órganos de vivos – España se prepara para la primera dación entre desconocidos – Entraña riesgos y exige más controles.* España: Dilemata. Recuperado de <https://www.dilemata.net/index.php/noticias/430-el-buen-samaritano-idonacion-anonima-de-organos-de-vivo-en-espana>
- Donate Life America Organization. (1992). Recuperado de <https://www.donatelife.net/types-of-donation/living-donation/#>
- El ‘buen samaritano’, pionero en la cadena de trasplante de riñón en España. (S.f). Organización de Estados Iberoamericanos. https://www.oei.es/historico/divulgacioncientifica/noticias_753.htm
- España aprueba la figura del donante <<buen samaritano>>. (2010, marzo 10). ABC. <https://www.abc.es/20100311/sociedad-salud/donante-buen-samaritano-201003111509.html>
- Evans, M. (1989). Organ donations should not be restricted to relatives. *Journal of medical ethics*. 15:15-20. Recuperado de <https://jme.bmj.com/content/medethics/15/1/17.full.pdf>

- Give a Kidney – One’s enough Foundation. (1964). Recuperado de <http://www.giveakidney.org>
- Gordon, E. (2001). They don’t have to suffer for me: why dialysis patients refuse offers of living-donor kidneys. *Medical Anthropology Quarterly*. 15:245-67. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/3655431?seq=1#page_scan_tab_contents
- H.,N.I y otros s/sumarísimo ley 24.193, Expte.69/2015 (Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial N° 4, 12 de febrero de 2015)
- Henderson, A., Landolt, M., McDonald, M., Barrable, W. Soos, J., Gourlay, W.Landsberg, D. (2003). The living anonymous kidney donor: lunatic or saint? *American Journal of Transplantation*. 3:203-13. Recuperado de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1034/j.1600-6143.2003.00019.x>
- Ley 24.193. Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos. Boletín Oficial de la República Argentina. 24 de marzo de 1993.
- Levine, D. (1998). When a stranger offers a kidney: ethical issues in living organ donation. *American Journal of Kidney Diseases*. 32(4):676-91. Recuperado de [https://www.ajkd.org/article/S0272-6386\(98\)70037-X/pdf](https://www.ajkd.org/article/S0272-6386(98)70037-X/pdf)
- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni
- Mihanovich, Sandra s/ Sumarísimo ley 24.193, Expte. 3496/12. (Juzgado Civil y Comercial N°5, 30 de julio de 2012)
- Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de marzo de 2002)
- Primer trasplante de España con un donante ‘buen samaritano’. (S.f). *Diario Crítico*. <https://www.diariocritico.com/noticia/267742/noticias/primer-trasplante-de-espana-con-un-donante-buen-samaritano.html>

- R., I. B. Y B., M. D. (Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 3 de Mar del Plata, 6 de mayo de 1995)
- Rivera López, E. (2001). *Ética y trasplantes de órganos*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) y Fondo de Cultura Económica (Colección de ética práctica).
- Rivera López, E. (2011). *Problemas de vida o muerte: Diez ensayos de bioética*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Ross, L. 2007. Solid Organ Donation between Strangers. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 30:440-45. Recuperado de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-720X.2002.tb00412.x>
- Saguir y Dib Claudia Graciela s/autorización, 302:1284 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de noviembre de 1980)
- Sagarna, F. (1996). *Los trasplantes de órganos en el derecho*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Spital, A. (2001). Public attitudes toward kidney donation by friends and altruistic strangers in the United States. *Transplantation*. 71(8):1061-4. Recuperado de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11374403>
- IX Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Colombia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.