

Decisiones Judiciales y Comentarios

Transplante de órganos entre personas vivas no relacionadas: ¿jueces verdugos?

Por Horacio Fernández Madrid*

En septiembre de 1996 un Juez en lo Civil y Comercial Federal¹ autorizó la donación de un riñón proveniente de una persona viva no «relacionada» en los términos descriptos en la nota n° 3 *infra*, con el destinatario².

Viene al caso recordar que la ley de transplantes n° 24.193 contempla la donación de órganos entre personas vivas, a condición de que estén «relacionadas»³. No se pronuncia explícitamente sobre el temperamento a seguir en el caso de ausencia de parentesco, lo que ha dado lugar a pensar que en esta hipótesis la donación no está permitida. Prueba de que el tema admite más de un enfoque, lo constituye el hecho de que hubo un Juez que previno en el caso, que rechazó *in limine*, el pedido; otro (el Dr. Márquez) que lo acogió, y la posición adversa del Ministerio Público: el dictamen fiscal de 1ra. instancia -documentado en autorizada doctrina sobre la materia- y expresión de agravios del Fiscal de Cámara, que propugnan la tesis restrictiva.

Con respecto a lo primero, diré que la Cámara anuló la decisión por cuestiones formales⁴ y dispuso el nuevo sorteo del expediente, que quedó radicado en el Juzgado del Dr. Márquez. Acerca de lo segundo, se publica las partes que interesa del dictamen fiscal de primera instancia; no así el memorial

* Abogado. Alumno de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo.

1. El Dr. Luis María Márquez, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 7. El Fuero es competente para entender en esta clase de trámites, en virtud de lo dispuesto por el art. 56 de la ley 24.193.

2. Estos casos son esporádicos. Hubo 2 anteriores en el año 1993 tramitados en el Juzgado Nac. de 1ra. Inst. en lo Civ. y Com. Fed. n° 2 a cargo del Dr. J.L.J. Tresguerras, de los cuales, a los fines que ahora importa, interesa uno: «R. M., A. E c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ Sumarísimo ley 24.193 con un meduloso dictamen previo de la Fiscal Federal, Dra. Elsa B. Guerisoli, en el que se concedió el permiso.

3. Parientes consanguíneos o por adopción hasta el 4° grado; cónyuge o persona que sin ostentar ese status jurídico, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de 3 años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida, o de 2 años si de la relación hubieren nacido hijos.

4. El juez entendió que el pedido era improcedente, y no le dio curso; por ese motivo, no celebró la audiencia prevista en su art. 56, inc b) de la ley 24.193, lo cual motivó la declaración de nulidad por parte de la Cámara, de acuerdo con lo que dispone el mismo art. 56, inc. i). Podrá parecer que la Alzada actuó con rigorismo formal (si el juez piensa que el pedido es impertinente, evidentemente no tiene sentido -en ese esquema- darle trámite); pero advirtiendo que el asunto admite más de una lectura, también es conveniente que el expediente llegue a la instancia decisoria superior, con todos los elementos que prevé la ley, y debidamente debatido el asunto en primera instancia, con intervención del Ministerio Público; máxime, considerando que el tema excede lo meramente patrimonial, al estar en juego la vida de las personas.

del Fiscal de Cámara, ni el fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, ya que ésta declaró desierto el recurso interpuesto por la Fiscalía, quedando entonces firme la sentencia de Primera Instancia.

Acerca de la posibilidad o no de donar los propios órganos estando vivo el donante, existen posturas que defienden uno u otro temperamento. El tema es vasto; su debida consideración excede esta sección, y es más bien propia de un artículo o nota, de modo que no voy a ahondar aquí sobre esos aspectos. Sólo resalto que el Juez que debe decidir el asunto, se encuentra ante el siguiente panorama, tal como ocurrió en el caso comentado:

- Por una parte una persona que *morirá* si no recibe un riñón sano que reemplace al propio que no cumple sus funciones.
- Por otro lado, un dador vivo no relacionado -en los términos descriptos- con el pretendido receptor, que expresa la voluntad de que su órgano sea utilizado por éste, gratuitamente.
- La ley de transplantes que no contempla el supuesto mencionado en el punto anterior.
- La misma norma, que prevé el trámite judicial en casos que genéricamente denomina «cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos y materiales anatómicos» (art. 56).
- Su expresa prohibición en lo que concierne al comercio de órganos (art. 27, inc. f).
- La vida de las personas. No está demás recordar que se trata de un bien superior sin el cual carecen de sentido los demás derechos reconocidos por el ordenamiento legal.

Así las cosas, el Dr. Márquez sostuvo que el caso de donación de órganos entre individuos vivos no «relacionados» es posible en el esquema de la propia ley de transplantes. Ello es así, porque el acto entre personas «relacionadas» (ver nota nº3) no requiere autorización judicial; entonces ¿cuál es el sentido de exigir la venia de un juez, si no es -precisamente- en las situaciones en que no existe «relación»? Concluye con acierto ese magistrado que una interpretación contraria implicaría vaciar de contenido el precepto. Asimismo, dijo que no estaba evidenciada la presencia de factores de simulación que indujeran a presumir que la donación fue motivada por la obtención de fines distintos de los invocados en la demanda.

Por supuesto que horroriza la posibilidad del comercio de órganos⁵; pero en la medida en que éste no surja de las actuaciones, el juez que, en las condiciones ya señaladas, autorice una donación de órganos entre personas vivas no «relacionadas», estará ejerciendo una facultad legal y su sentencia no será «de muerte». En efecto, en el caso examinado, negar el permiso para realizar el transplante, significaba sentenciar a muerte al pretendido receptor; convertirse innecesariamente en su verdugo.

Dado que el caso encuentra solución en la propia ley, no es necesario realizar consideraciones de orden constitucional. En cuanto a los reparos

5. No me cuesta demasiado imaginar una multitud de filántropos que -suma de dinero atractiva por medio- "donaran" algún órgano; más aún atendiendo a la actual coyuntura socioeconómica. Me refiero concretamente a la compraventa de riñones, supuesto diferente de la obtención criminal de esos órganos.

filosóficos y éticos que presenta, queda introducido el tema, ya que -como dije más arriba- se trata de cuestiones que merecen un tratamiento extenso, que excede el espacio asignado a esta sección.

Anexo

En autos H.L., F.S., Sumarísimo, Ley 24193, el Tribunal autorizó el transplante a pesar del dictamen adverso de la Fiscalía

DICTAMEN DE LA FISCALÍA:

Señor Juez:

...

La extracción de un órgano en beneficio de otro tiene un primerísimo dilema: la causa jurídica de justificación. No es operación mutilante destinada a mejorar la salud del mutilado, o bien cirugía estética para beneficio propio, de muy cercanos lazos con las necesidades de la salud psíquica, caso este último en que la justificación está fundada exclusivamente por el consentimiento del operado. El dador va a pura pérdida personal, sin beneficio orgánico. Si el debe y el hacer lo concentráramos con exclusividad en lo corporal, consiente un daño por disminución sin ningún tipo de necesidad propia. Espiritualmente, a la inversa la satisfacción y el bienestar pueden llegar a un punto imposible de medir en profundidad: gratuito ofrecimiento de un héroe. La Ley argentina de transplantes establece causas concretas de justificación, pero exige más allá del estado de necesidad, que «todos los medios y recursos disponibles no artificiales se hayan agotado, y no existiera otra alternativa para la recuperación de la salud del paciente» (art.2º).

Es dable, por tanto, acudir a este tipo de intervenciones en última instancia, cuando no queda otro medio terapéutico para salvar la vida del enfermo y restablecerle el equilibrio funcional. Los otros métodos han fracasado y se han agotado. Esta exigencia, puede pensarse, deriva que, no obstante la declaración legal sobre la condición de «técnica corriente» de los transplantes, en los hechos están colocados en el campo experimental, o bien quedan problemas de rechazo o en todo caso, se evalúan los graves riesgos para el equilibrio orgánico a que se somete el dador.

Aparte de combinar aquellos elementos justificantes, se estatuye también especiales recaudos para la expresión de la voluntad. El consentimiento debe ser previa información, fehaciente y comprensiva. Dispone al efecto el art. 11 que los profesionales encargados de las operaciones, «deberán informar de manera suficientemente clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación e implante, según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes. Luego de asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponde adoptar...».

No se trata de que el médico imparta una lección técnica, científica o académica, sino de que llegue al entendimiento del paciente. Debe evitar que éste actúe engañado; debe abrir su comprensión para que pueda elegir el camino a seguir libre y discernidamente. No solamente después de haber captado el sacrificio y riesgo, sino también las secuelas, evolución y limitaciones resultantes. Lo más que se ha admitido, generalmente en la cirugía común, es que se disimule al paciente cualquier pronóstico grave.

Pero en casos de injertos, ni siquiera ese disimulo es lícito desde que la ley dispone claridad, información total y de ese modo comprensible. Podría pensarse, en última instancia, la posibilidad de ese disimulo prudente respecto del receptor enfermo (confr. VAZQUEZ, R. «EL CONSENTIMIENTO Y EXTRACCION DE ORGANOS», ISONOMIA REV. DE TEORIA Y FILOSOFIA DEL DERECHO (OCT. 1994); ERNESTO GARZON VALDEZ, «ALGUNAS CONSIDERACIONES ETICAS SOBRE EL TRANSPLANTE DE ORGANOS», REV. CIT.; SALVADOR F. SCIEME. «EL TRANSPLANTE DE ORGANOS EN LA NORMATIVA JURIDICA ARGENTINA». DOCTRINA JUDICIAL 1992-2).

El art.15 de la ley 24.193 dispone, «Sólo será permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplantes sobre persona capaz mayor de dieciocho años (18), 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 él 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) años si de dicha relación hubieran nacido hijos...».

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

«La retracción del dador no genera obligación de ninguna clase».-

Sólo es posible excluir del principio prohibitivo general **...el trasplante filantrópico** que, bajo recaudos y seguridades, dejará indemne la vida anímica y corporal del dador y tuviera en su apoyo las mayores seguridades de éxito y mejoramiento para el receptor. Ello siempre y cuando no existiera otro método para mejorar al enfermo y sus condiciones fueran tales que se previera su muerte próxima, como mal mayor que se debe evitar.

La ley en consonancia con estas ideas ha dictado una previsión que es fuente de delito penal: el ofrecimiento de donaciones, retribuciones, cesiones de derecho, de servicios o de compensaciones de cualquier especie, susceptibles de valor pecuniario para el dador o para terceros. No solamente el compromiso sino también el pago de tales dádivas, está penado con seis meses a cinco años de prisión (art.28). Estas acciones vienen a completar la veda de toda comercialización de órganos y tejidos que conforman el cuerpo humano (art.27 inc.b).

Asimismo, recibir compensaciones para sí o para terceros, por órganos propios o de terceros, es sancionado (art.28). La gratuidad de la donación es, por consiguiente, elemento esencial del trasplante.

Siguiendo la corriente latina y al compás con la naturaleza extrapatrimonial, que acompaña a los derechos personalísimos, nuestra ley prohíbe la contrapresta-

ción sea o no pecuniaria. La exclusión de toda ganancia prevista o ventajas especiales (confr. SANTOS CIFUENTES, «LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS», p. 204; ESTUDIO JURIDICO PRIVADO SOBRE TRANSPLANTE DE ORGANOS HUMANOS, ED.T.77, p. 829; JAUQUES MICHEL GROSSEN, «LA PROTECTION DE LA PERSONALITE EN DROIT PRIVE-QUELQUES PROBLEMS ACTUELS»; ANTONIO BORREL MACIA, «LA PERSONA HUMANA», BAR. 1974; FOURGOUX JEAN CLAUDE, «A PROPOS DE GREFFES DU COEUR GARANTIES JURIDIQUES INDISPENSABLES POUR LES GREFFES D'ORGANES», 1978; DUKENIMER J. «SUPPLING ORGANS FOR TRANSPLANTATION», MICHIGAN LAW REVIEW, VOL.68, NUM.5, ABRIL 1990).-

...

El Dr. E. S. padece de insuficiencia renal crónica en estadio terminal, motivo por el cual debe ser sometido a hemodiálisis en forma trisemanal, con sesiones de cuatro horas de duración cada una (conf.fs.54 y 99/101).

El paciente, de características físicas obeso, padece además de una enfermedad metabólica (Dislipemia), que le genera trastornos vasculares a mediano y largo plazo, sumado a transgresiones alimentarias y problemas con los accesos vasculares (fístulas) en ambos miembros superiores, determinan que el mismo deba recibir un transplante renal a la mayor brevedad posible (conf. fs.99/101).

En lo que respecta al vínculo afectivo existente entre el dador y el receptor, cabe señalar que la amistad del Sr. F. H. (28 años, nacido en Santiago del Estero, vendedor en un puesto callejero) con el Dr. E. S. (42 años, médico), data de tres años y tuvo su origen en la relación laboral que une a la esposa del donante con el Sr. L. B. (tío del Dr. S.), quien como prestación por sus servicios les da vivienda (conf. fs.79).

Existirían en el grupo familiar otros potenciales donantes, a quienes no se les habría hecho estudios de compatibilidad (dos primos, conf. audiencia del 21/8/96), respecto de los cuales mal puedo formular reproche alguno, por tratarse de la donación de un órgano del propio cuerpo de un acto espontáneo, libre y voluntario. Sin embargo, creo necesario hacer esta observación por cuanto resulta ineludible caracterizar si se da en autos el apuntado «estado de necesidad» y la «ausencia de otros medios y recursos» para apartarse de las disposiciones del art.15 de la ley 24.193.

...

...en este caso el equipo médico no estuvo presente y el perito médico nefrólogo designado advirtió en su informe que en el expediente no obran estudios pretransplante del receptor y potencial donante que permitan evaluar los mismos y determinar la viabilidad del transplante. Con relación a estos estudios también se refirió el equipo médico que realizará eventualmente la intervención -Nefrology SRL- manifestando que «...podrá llevarse a cabo la práctica del transplante renal con donante vivo del Sr. S., E. con su potencial donante Sr. H., F., **siempre que el minucioso análisis de los estudios pretransplante no lo contraindique» (conf. fs.83 vta.)**

Siguiendo este orden de ideas, cabe destacar también que de la ficha personal del paciente que obra a fs.93 surge que el Dr. S. se encuentra inscripto como receptor en el INCUCAI, en situación de lista de espera, desde sólo dos meses antes de solicitar la presente autorización ...

...

Otro factor que resulta ineludible considerar, sería el antecedente diabético que manifiesta tener el potencial dador tanto en la audiencia de fs.77/80 como en la entrevista con la asistente social y el perito médico psiquiatra designado (conf. 96/98/109).

Existe un precedente en el que el Alto Tribunal autorizó un transplante de riñón entre hermanos aunque el donante era menor de edad.

Este Ministerio Público entiende que en el caso no resulta de aplicación el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por cuanto en aquella oportunidad se trataba de una dadora a la que le faltaban pocos meses para dejar de serlo, hoy se trata de un dador no relacionado respecto de quien el transcurso del tiempo no habrá de modificar las características del vínculo. No resulta ocioso recordar que en ese caso al valorar «la particularidad excepcional de la causa» sostuvo la necesidad de que las decisiones judiciales sean producto de la razonabilidad de la interpretación y congruentes con el sistema en que está inserta la norma.

El español Antonio Borrel Maciá, trae a colación en el tema que nos ocupa el mandato bíblico «amarás a tu prójimo como a tí mismo», por lo que podría considerarse inmoral, dijo, o contraria a derecho la cesión de un órgano en provecho de un tercero... «en las convenciones gratuitas, es el amor la contrapartida de la donación; y éste no tiene límites» (conf. JACQUES MICHEL GROSSEN, «LA PROTECTION DE LA PERSONALITE EN DROIT PRIVE QUELQUES PROBLEMS ACTUELS». FASC. 1RO., SECCION RELACIONES Y COMUNICACIONES, BASILEA, 1960; ANTONIO BORREL MACIA, «LA PERSONA HUMANA», BARCELONA, 1954).

Sólo puede entenderse como aceptable la cirugía mutilante con disminución de la integridad física, cuando se combina el estado de necesidad con el consentimiento. Debe estar demostrado que la ablación no presente peligro para la salud del dador y que la intervención a realizar ofrece, al receptor, perspectivas fundadas de éxito, en los términos de lo dispuesto por el art. 14 de la ley 24.193.

No obstante, la eficacia jurídica del consentimiento debe ponerse en tela de juicio cuando se produce una disminución permanente de la integridad corporal. No sería bastante la conformidad expresa, porque nadie puede disponer de su cuerpo dentro de esa proyección disminutiva tan grave. Sólo es lícito ello cuando, además concurren circunstancias que ubican el caso dentro del estado de necesidad.

Aquí engarza la vigilancia del Estado, que tiene por miras el bien común y propende a preservar ciertos bienes y a mejorar la salud de sus habitantes. Nuestra legislación prohíbe la «inducción y coacción» al dador para que dé respuesta afirmativa. No así el consejo médico acerca de la utilidad de la donación (art.27 inc. c). Puede explicarse, por tanto, los beneficios y ventajas del sacrificio pero no persuadir, convencer con presión moral o por temor reverencial.

No se impone en este caso sino la aplicación de la norma jurídica con la estrictez convocada por los valores en juego, y si bien el resultado del análisis interpretativo puede parecer antipático, o entenderse que se arriba a una solución disvaliosa, no es menos cierto, que del estudio de los elementos de inicio

obrantes en estas actuaciones, es posible afirmar que no se reúnen las condiciones de excepcionalidad que sirvieron de fundamento en los precedentes más arriba citados para apartarse del texto legal.

En efecto, sobre la base de los criterios de interpretación expuestos, y teniendo en cuenta las particularidades de orden fáctico que surgen de este expediente, este Ministerio Público entiende que no resulta procedente la autorización de transplante de riñón, proveniente de la dación efectuada por el dador no relacionado.

FISCALIA, 10 de septiembre de 1996

Cristina I. de Buchanan. Fiscal Federal

SENTENCIA DEL DR. LUIS MARÍA MÁRQUEZ:

Buenos Aires, 13 de septiembre de 1996.

Y VISTOS:

Para resolver estos autos caratulados «H. L., F. S. SUMARISIMO LEY 24.193», respecto de la autorización solicitada; y

CONSIDERANDO:

...

III. Que en primer término, y desde el punto de vista médico, es preciso tener presente por un lado que obran en autos informes coincidentes y debidamente fundados, acerca de la inexistencia de contraindicación clínica para la realización de la práctica requerida en función de la compatibilidad existente entre donante y receptor, y cuya necesidad se encuentra determinada por el estado de salud del paciente (v. fs.54 y 83vta.).

Tales datos se encuentran asimismo corroborados a tenor de las conclusiones que se extraen del informe producido por el nefrólogo forense, en punto a la determinación de la necesidad de un trasplante renal por parte del Sr. S. en razón de la insuficiencia crónica terminal que padece, y que en virtud del resultado de los estudios de histocompatibilidad, no existe contraindicación para la realización del implante de un riñón proveniente del donante vivo no relacionado, aquí solicitante (fs.86); contándose además con el dictamen favorable del equipo médico que eventualmente llevaría a cabo el acto (art.15, 2º párrafo de la ley 24.193), el cual se encuentra debidamente registrado y autorizado a tal fin (v. informe de fs.87/92 y 94; art.3 de la ley citada).

Asimismo, es preciso puntualizar que tanto las conclusiones periciales referidas como los informes también citados, son coincidentes en punto a la imperiosa necesidad del Sr. S. de recibir un trasplante renal a la brevedad, dado que como es obvio se trata del único recurso disponible no sólo para la mejoría del paciente sino ya, para la preservación de su vida; circunstancia que, añadida al hecho de que la práctica cuya autorización se requiere es considerada de técnica corriente (dec. 512/95, Anexo I, Reglamentación del art.2º de la ley 24.193, ap.6), permite tener sobradamente cumplidos los recaudos contemplados en el art.2 de la ley citada.

Ha de señalarse que la observación formulada por el experto en la última parte de su informe, concerniente a la realización de los estudios pretrasplante inmediatamente anteriores a la ablación (v. asimismo fs.83vta. en lo pertinente), será adecuadamente ponderada en la oportunidad que corresponda.

Retomando el análisis de la información obtenida, es también relevante destacar que los porcentajes de sobrevida del implante en función del grado de histocompatibilidad que resultan del informe de fs.83vta., han sido calificados como superiores a los obtenidos de riñones provenientes de donantes cadavéricos, por todo lo cual y ateniéndome a las coincidencias puntualizadas concluyo en que la intervención cuya autorización se requiere, exhibe razonables y concretas posibilidades de éxito.

Por otra parte, el resultado de la investigación realizada desde el punto de vista psiquiátrico, da cuenta de la situación de normalidad médico legal y plena capacidad de los involucrados (v. fs.105 y 111); cabe sin embargo resaltar datos relevantes que se extraen de la valoración efectuada respecto del donante.

Así, el estudio psicológico agregado a fs.106/108 permite a mi juicio ratificar la veracidad de la información suministrada por el peticionante de autos (tanto en el inicio como en el acta de fs.77/80) en cuanto al origen de su vínculo de amistad con el Sr. S., a la propuesta inicial de donación efectuada por la compañera del requirente y al impulso afectivo y altruista que mueve su decisión, guardando su postura una permanente coherencia que se advierte como fruto de una prudente reflexión, sin que resulten por el contrario, elementos patológicos en su personalidad.

Y por su parte, la información suministrada por la Sta. Asistente Social en virtud de las entrevistas mantenidas y de la inspección ambiental efectuada en los respectivos domicilios de las partes, da cuenta -respecto de aquellos extremos relevantes a los fines del presente decisorio-, de la situación familiar y personal del Sr. S. así como los conflictos y trastornos ocasionados por su padecimiento, y también, los esfuerzos realizados para superar la situación (fs.99/100).

Asimismo, el informe aludido ratifica y confirma la veracidad de las declaraciones de las partes en cuanto al origen, antigüedad y características de su relación de amistad, así como la permanente comunicación y contacto entre la familia del receptor y el grupo conviviente del donante (fs.96/98 y 100vta./101).

Por último y también como aporte probatorio relevante, he de destacar que la experta puso de manifiesto en forma expresa su propia impresión en punto a la sinceridad del discurso de los involucrados, y a la ausencia de toda comprobación en cuanto a la existencia de otras implicancias o móviles en cuanto a la actitud del donante, paralelamente con la ausencia de presiones al respecto por parte del receptor (esp. fs.98 y 101).

De tales elementos probatorios surge en definitiva, la sólida y aparentemente veraz fundamentación de la decisión adoptada por el Sr. H. L., sin que resulte evidenciada la presencia de factores de simulación, que induzcan siquiera a presumir que la donación ha sido movida por la consecución de objetivos o fines distintos de los invocados.

IV. Que de conformidad con lo expuesto, es preciso tener presente entonces que en el particular caso de autos, y según resulta de los informes

reseñados, no parece que la extracción de un riñón respecto del Sr. H. L. le produzca -razonablemente- un grave perjuicio a su salud o un impedimento para su normal desarrollo en todos los ámbitos de la vida (en razón precisamente de su edad, situación personal y especialmente su estado actual de salud), bien que naturalmente comporta una minoración permanente de su aptitud física y ello sin perjuicio de eventuales secuelas psíquicas que no han sido descartadas y respecto de las cuales se ha aconsejado el sometimiento al correspondiente tratamiento (fs.111).

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que su consentimiento y firme decisión -ratificada en diferentes oportunidades-, han sido volcados teniendo en consideración la completa información brindada al respecto así como su adecuada comprensión (de lo cual da cuenta suficiente la actuación reseñada); por manera que en función del lugar prioritario y central que ocupan en nuestro sistema jurídico la dignidad y el valor de la persona humana, dicha dignidad precisamente exige que se respeten las decisiones personales y el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí -ello en la medida que no perjudique a terceros o afecte el bien común-, ya que en nuestra filosofía constitucional el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad (conf. Bidart Campos, G. y otro «Principios de Derechos Humanos y Garantías», Ed. Ediar, Bs. As. 1991, pág. 169; Sagües, N. P. «Dignidad de la Persona e Ideología Constitucional», J.A., 1994-IV, pág. 904).

Y en este mismo orden de ideas, obvio es señalar que aun cuando el receptor cuenta con parientes relacionados vivos (primos hermanos), dadas las particularidades de su vinculación con ellos (v. acta de fs.79vta./80) y simple y sencillamente por cuanto no se registra propuesta u ofrecimiento alguno por parte de aquéllos para efectuar la donación -al margen que, por análogas razones no existe información alguna acerca de la eventual compatibilidad-, fácilmente se advierte que la propuesta del Sr. H. L. es el único medio de que dispone el Sr. S. para superar su padecimiento.

Asimismo, y en cuanto al receptor, está claro que la intervención cuya autorización se requiere es el medio adecuado y necesario para mejorar su salud y hasta conservar la vida, a lo que cabe añadir que las perspectivas de éxito -que en el caso se concretan en la sobrevida del implante-, son también razonablemente altas, por manera que encuentro desde este punto de vista justificada la petición (arg. art.14 ley citada).

Al respecto se debe también recordar que cuando como en el caso, la salud y potencialmente la vida del paciente, se encuentran afectados a peligros que pueden ser ciertamente mitigados o superados mediante una afectación mínima o razonable de la integridad corporal del donante (libremente asumida por éste), ello legitima la petición desde el punto de vista ético y jurídico (conf. Cifuentes, S. «Trasplantes entre personas no autorizadas por la ley», en J.A. 1995-IV, pág. 237).

V. Que desde esta perspectiva y entrando en la cuestión central materia de decisión, constituida precisamente por la limitación consagrada por el art.15 1er. párrafo de la ley tantas veces citada, en cuanto establece que sólo estará permitida la ablación de órganos en vida con fines de trasplante, en caso de que el receptor sea pariente consanguíneo o por adopción (hasta el

cuarto grado), o cónyuge o conviviente en relación de carácter conyugal respecto del donante, estimo imprescindible formular las siguientes reflexiones.

Para comenzar estimo de utilidad recordar una premisa básica concerniente a la función de los jueces, quienes en la realización efectiva del derecho y frente a las situaciones reales que se les presentan, deben conjugar los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (C.S. Fallos: 302:1611).

En primer término, analizando la cuestión desde el punto de vista exegético y teniendo en cuenta el contexto normativo general de la ley 24.193, es preciso destacar que al establecer en su art.56 un procedimiento judicial especial que está previsto de manera indiscutible para debatir y resolver cuestiones concernientes a la ablación e implante de órganos, se advierte con claridad que dicha vía tiene por finalidad que se resuelva en este ámbito la posibilidad de la ablación e implante entre personas vivas no relacionadas, simple y sencillamente por cuanto dicha intervención entre relacionados no requiere de la intervención judicial; por manera que una interpretación contraria implicaría vaciar de contenido al precepto dejándolo sin valor ni efecto alguno, estableciendo a la vez una presunción de inconsecuencia o incongruencia en el legislador, temperamento que como se sabe, no resulta procedente (conf. C.S. Fallos: 1:300; 278:62; 310:195; 312:1614).

Es claro así que el presente trámite judicial no sólo resulta el marco formal adecuado para el debate y decisión de una petición de la naturaleza de la aquí ventilada, sino que en forma congruente con lo expuesto, es válido afirmar que precisamente si existen situaciones de excepción al margen de las expresas previsiones normativas que deben ser valoradas y resueltas en sede judicial, ello trae como implicancia la efectiva posibilidad de la existencia de tales situaciones extraordinarias y la factibilidad de arribar a una solución también de excepción respecto de ellas.

Y precisamente, las excepcionales particularidades de esta causa, comprometen al Tribunal en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto (C.S. Fallos: 302:1293); ello claro está teniendo siempre en cuenta que como tiene dicho el Alto Tribunal, la misión judicial no se agota en la remisión a la letra de la ley toda vez que los jueces en tanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la «ratio legis» y del espíritu de la norma (Fallos: 234:482; 241:277; 249:37).

Es que la discreta y razonable interpretación de la ley debe practicarse teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la norma (C.S. Fallos: 258:17, voto del Dr. Bidau), ya que el espíritu que la nutre es aquello que debe rastrearse en procura de una interpretación racional que averse todo formalismo paralizante; puesto que, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, se debe indagar lo que ellas dicen jurídicamente en cuanto han querido mandar o prohibir, para lo cual se debe efectuar un examen que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador (C.S. Fallos: 241: 267; 244:129; 262:283, voto del Dr. Zavala Rodríguez; 283:239; 310:572; 311:2751; 312:1036).

En este sentido se debe tener presente que el legislador, al aprobar la limitación en análisis y cohibir paralelamente la posibilidad de que el donante fuera persona no relacionada, tuvo en cuenta y como objetivo primordial, la necesidad de descartar y aventar toda sospecha de comercialización y mercantilización de órganos (conf. exposición del diputado Armendáriz en el debate del proyecto de ley 24.193, Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación - 31 Reunión, 11ava. Sesión Ordinaria (Especial), 22.9.92), pues entre personas vivas existe la posibilidad del tráfico de órganos que es un comercio vil que no puede ser permitido, y por ello se debe impedir la posibilidad de su concreción (v. discusión parlamentaria de la ley, en Diario de Sesiones H. Cámara de Diputados, 28ava. Reunión; 10ma. Sesión Ordinaria (Especial), pág. 2924), propósito que como es obvio debe ser preservado en grado absoluto.

Cabe añadir a lo expuesto, que el aludido objetivo o finalidad de la norma en el aspecto señalado, se advierte plenamente ratificado y sustentado en la prohibición expresa contenida en el art.27 inc. f) y g), que no sólo refuerzan el terminante impedimento cuando media contraprestación pecuniaria, sino que van más allá y se extienden a todo otro beneficio que pueda ser obtenido aún después de la muerte; y como es natural, también prohíbese la inducción o coacción al dador para brindar una respuesta afirmativa respecto de la donación de órganos.

Pues bien, en el caso de autos las probanzas colectadas permiten formar la razonable convicción moral -que es propia de las ciencias jurídicas-, acerca de la sinceridad del exclusivo móvil humanitario y afectivo que impulsa al donante, de igual manera que, con análogo fundamento y grado convictivo, cabe descartar coacción por parte del receptor, o la existencia de un concierto simulatorio o la argución de falsedades que tengan por finalidad encubrir un comercio de órganos o cuanto menos, la espuria obtención de beneficios de la vida por parte del dador mediante el acto proyectado (extremos alcanzados por la prohibición legal, que ni siquiera han sido insinuados como posibles o eventualmente configurados en el caso de autos, en el dictamen de la Sra. Fiscal Federal).

En estas condiciones, y frente a las excepcionales circunstancias aquí configuradas es posible, a través de la denominada «restricción o reducción teleológica», asignar un concreto sentido o finalidad no ya a la letra de la norma sino a ella misma, puesto que en definitiva su texto literal en el específico caso de autos, no se compadece con su espíritu y con la finalidad que persigue (conf. Vázquez Vialard, A. «Aplicación de la equidad en un caso límite» en Rev. L.L., diario del 2.9.96, pág. 8 y su nota N° 10), tal como ha quedado expuesta en los apartados precedentes, a partir claro está de los datos objetivos extraídos del mencionado debate parlamentario.

Concluyo entonces que si la finalidad de la limitación normativa es, como se viera, la prohibición absoluta no sólo del comercio de órganos sino también la obtención de cualquier forma de beneficio por parte del donante, resulta igualmente claro que descartados dichos móviles, la limitación carece de sustento en el caso, de tal suerte que verificada la existencia de una finalidad exclusivamente altruista, humanitaria y fundada en razones de afecto también suficientemente justificadas, corresponde otorgar la autorización requerida.

VI. Que por último importa destacar que en modo alguno he perdido de vista la trascendencia que, al margen de cuanto significa para los aquí involucrados, representa la decisión adoptada como precedente judicial que admite la ablación e implante de órganos entre personas vivas no relacionadas.

Sin embargo, también es preciso asignar a este decisorio su verdadera significación, que no es otra que su exclusiva proyección al ámbito de los sujetos de la litis (en este sentido resulta ilustrativa la reseña efectuada en el dictamen fiscal respecto de otros precedentes registrados en el fuero), puesto que las circunstancias aquí valoradas como determinantes para la decisión (situación física, psíquica, vínculos personales, afectos) son singulares e irrepetibles, como también lo son los individuos a las que están referidas, quienes hacen que los extremos aquí juzgados, sean irrepetibles y singulares como sus propias vidas.

Por estas razones, y sin perjuicio de los aspectos que conciernen a la interpretación normativa, estimo que el valor de este decisorio como precedente judicial queda así relativizado y circunscripto a los límites específicos del caso analizado.

VII. Que en consecuencia, corresponde admitir la petición formulada por el solicitante en el inicio de estas actuaciones, bien que formulando las siguientes aclaraciones.

En primer término, y conforme lo anunciado en el Consid. III, 4to. párrafo -última parte- de este decisorio, como condición necesaria para la vigencia de la autorización aquí conferida, queda bajo la exclusiva responsabilidad profesional médica del instituto que llevará a cabo la intervención, tanto la realización de la totalidad de los estudios previos y evaluaciones interdisciplinarias indicados en el informe de fs.83vta., como así también, y en vista de sus resultados, la valoración acerca de la conveniencia y oportunidad de la realización de la ablación e implante.

Y por último, es preciso dejar claramente sentado una vez más, que el consentimiento del Sr. F. H. L. puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante lo cual la ablación no será practicada, y desde luego, sin que ello genere ningún tipo de consecuencia personal o patrimonial para el nombrado.

...

Fdo: Luis María Márquez. Juez Federal.

Comentarios acerca del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “S/N c/Polici a Federal Argentina s/ amparo”

(Fallo B.77. XXX del 17 de diciembre de 1996; Diario «El Derecho» del 13/5/97)

*Por Julio M. Slinin **

El caso que en la ocasión es motivo de comentario abre las puertas a un interesante debate que roza diversas aristas de interés y que, por ello, más allá de su alcance concreto y limitado, puede enriquecer la reflexión para cuestiones futuras.

Los hechos que dan esqueleto a la decisión se vinculan con la circunstancia de que, respecto de un integrante de la Polici a Federal Argentina (P.F.A.), ésta resolvió el retiro obligatorio de aqu el, a raíz de tener H.I.V., lo que se determinó al someterse una muestra de sangre suya a un test de detección del virus. El examen en cuestión fue realizado sin el previo consentimiento del actor. Debo reconocer que, de la lectura del fallo, no me ha quedado definitivamente claro si se trata de un caso de portación asintomática del virus, o si el actor presentaba síntomas (la mayoría, en su voto, alude al carácter asintomático, tal como alega el accionante. Pero, por otro lado, el Dr Petracchi, en el considerando primero de su voto, dice: “El acto administrativo aludido fue fundado en el hecho de que el actor, a raíz de ser portador del virus de inmunodeficiencia adquirida, padeció una ‘(...) enfermedad de carácter irreversible que lo incapacita en forma definitiva para el normal desempeño de la función policial’ (fojas 7 del expediente administrativo N* ...que se acompaña por cuerda)”. Sospecho, sin embargo, que en la resolución de la Polici a no se hizo referencia a la palabra “enfermedad” como opuesta a la carencia de síntomas). Pero, como veremos, la diferencia no resultará relevante en la doctrina que la Corte establecer .

El actor hizo ejercicio de la acción de amparo contra dicho acto administrativo, encontrando favorable eco en primera instancia, así como por ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo, juzgando los magistrados que los resultados del exámen, tomados en violación a su derecho a la privacidad y en transgresión de la Ley 23.798 (que regula la «Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida») no podía constituir base legítima del acto impugnado, agregando que las medidas adoptadas por la P.F.A. respecto del funcionario, en lo relativo al otorgamiento de la licencia por enfermedad, a la disponibilidad y al ulterior pase a retiro obligatorio, constituían actos discriminatorios que conducían a su marginación laboral, con menoscabo de su dignidad.

La Corte Suprema confirmó la sentencia en cuestión, aunque con la disidencia parcial de dos de sus Ministros, los Dres. Fayt y Petracchi.

* Abogado (1989), Universidad de Buenos Aires.

Veamos qué argumentos utilizó la posición mayoritaria -Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López, Bossert, Boggiano y Vázquez- para expedirse como lo hizo:

A) Se dijo que la Ley N°23.798 no restringe en modo alguno el marco de razonable de discrecionalidad con que cuenta la P.F.A. para evaluar la salud física de sus dependientes. Ello es así, pues el propósito preeminente que inspiró el dictado de esa ley no fue el resguardo al derecho a la intimidad de las personas, sino la protección de la salud pública. En ese sentido, los casos de la normativa en los que se prevé el examen obligatorio no son de carácter taxativo por lo que la mencionada fuerza de seguridad puede imponer dicho proceder respecto de su personal, con fundamento en los principios y normas que rigen el empleo público.

B) También expresó la mayoría que, sentado que no se violaba la mencionada ley, restaba determinar si la medida suscitaba reparos constitucionales vinculados con el derecho a la intimidad. Al respecto, se manifestaron dos cosas: en primer lugar que la sujeción especial que mantienen los agentes con la P.F.A. implica algunas restricciones de aquellos al derecho a la intimidad, en beneficio de los fines de la institución, no gozando los mencionados, en consecuencia, de un ámbito de privacidad equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular, situación aceptada espontáneamente por quien ingresa al organismo. En segundo lugar, que, desde esa perspectiva, es razonable que la policía indague sobre aquellas patologías que puedan comprometer de un modo cierto y ponderable el desempeño de la función que le es propia; así, al estar motivado por un interés superior al individual -el ya mencionado cumplimiento adecuado de la función-, y ser proporcionada a sus fines, la medida cuestionada no constituía una intrusión indebida.

C) A pesar de haber arribado a estas conclusiones, los citados Miembros de la Corte opinaron que el acto administrativo -disposición que ordenaba iniciar el trámite de retiro obligatorio- había sido ilegítimo, habida cuenta que no contenía una ponderación de los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente, máxime teniendo en cuenta el carácter de portador asintomático de éste. Se evidenciaba el propósito de separar al oficial del servicio efectivo sin motivo que lo justificara. Finalmente, la mayoría refirió que toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus H.I.V. no afecten concretamente las aptitudes laborales -o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente- ni comprometan la salud de terceros, constituye una conducta discriminatoria, violándose los arts. 1 y 34 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la Ley N° 23.054.

Veamos a su vez qué dijo en su disidencia el Juez de la Corte Dr. Carlos Fayt:

A) Expresó que existiendo la Ley N° 23.798 -que no es sino una reglamentación del art. 19 de la Constitución Nacional-, la policía obró con abstracción de ella, ya que, en tanto se establece allí el examen obligatorio en determinados supuestos, se concluye, como regla, que es imprescindible contar con el consentimiento previo, sin poder hacerse una interpretación extensiva de esos casos, ya que la analogía no resulta hermenéutica adecuada cuando el

término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción. Resulta entonces que la discrecionalidad del órgano administrativo debió haberse frenado frente a tal vallado.

B) Sumado a ello, se omitió valorar la incidencia real de la afección en la aptitud laboral de la gente, y su posible destino acorde a sus condiciones psicofísicas concretas.

Finalmente, ha llegado el turno de exponer los argumentos del Dr. Enrique Petracchi:

A) Explicó que la estructura de la ley N° 23.798 permite inferir que el propósito de quienes redactaron la misma, fue el de establecer como regla general la necesidad del consentimiento previo. Sería un sinsentido que la ley precisara en qué casos no existe el consentimiento previo -casos en los que no se subsume el supuesto del actor-, si la regla general de la ley fuera que tal consentimiento no es exigible, tesis que se ve confirmada al exigir expresamente la normativa que debe solicitarse el consentimiento a las personas que integran «grupos de riesgo», por lo que, con más razón, tal principio deben regir sobre aquellas personas que no integran tales grupos.

B) El consentimiento aludido debe ser de carácter expreso, no implícito, pues de lo contrario se frustraría el propósito del legislador, cual es el de no afectar la dignidad de las personas ni incursionar en el ámbito de privacidad de ellas.

C) Finalmente el Ministro analizó qué consecuencias jurídicas acarrearía la negativa, por parte del integrante de la P.F.A., a realizarse el test de detección de H.I.V., concluyendo que ninguna, debido a que, en el estado actual del conocimiento científico, el riesgo de transmisión del virus en la mayoría de los empleos es marcadamente bajo, porque no se transmite por el contacto que mayormente se produce en la mayoría de los trabajos.

Sin embargo, la persona en cuestión sí podría ser pasada a retiro obligatorio en caso de negativa a realizarse el test, si se configurasen -simultáneamente dos requisitos: a) que por la índole de las tareas que desarrolla el agente que se niega, existen serios riesgos de transmisión del virus a terceros. Debería, para el caso, la P.F.A. describir con precisión qué tipo de tareas realiza dicho integrante y además explicar por qué tal tarea origina serios riesgos de contagio.

b) Que la salud de los aludidos terceros no puede ser resguardada sino por el pase a retiro obligatorio de tal integrante (es decir, si cambiando las tareas del agente, se resguarda la salud de terceros disponer su retiro sería irrazonable).

Verificados los requisitos «a») y «b)», el derecho a trabajar del integrante de la fuerza policial cedería ante la posibilidad de contagio de terceros.

Expuestos de ese modo los argumentos que desarrollaran los miembros del Alto Tribunal, el caso suscita algunos comentarios que me gustaría compartir:

1) La primera reflexión que aparece al momento de evaluar la decisión adoptada por la Corte Suprema se vincula con la imposibilidad de negar la existencia de una ley que contempla expresamente los casos en que se podrá obviar el consentimiento para la realización del test de H.I.V. Entre tales supuestos no se encontraba el del actor, por lo que no cabía realizar -como bien se señaló en el voto del Dr. Fayt- una interpretación analógica de una excepción.

En ese sentido, si el legislador hubiera pretendido incorporar el caso que nos ocupa, nada le impedía ampliar la lista de excepciones. Y aun más, para dejar abierta la posibilidad de una interpretación menos rígida bastaba con incorporar una cláusula del tipo «y en cualquier otro supuesto, siempre que la medida aparezca proporcionada al fin que se persigue».

Entonces, parece claro que una interpretación que pretenda quitar el carácter taxativo a los casos que la ley enumera, pecaría de forzada.

2) Tanto la mayoría como el último de los Ministros votantes han coincidido en señalar que la sola circunstancia de tener el virus H.I.V. no justifica el retiro obligatorio.

Concretamente el Dr. Petracchi no niega que pueda existir el contagio por el contacto que se produce en la mayoría de los trabajos. Simplemente refiere que el tipo de contacto que **habitualmente** existe en los mismos, no conlleva el riesgo suficientemente serio como para separar a la persona. Pero que no exista ese serio riesgo no quiere decir que a falta de él no pueda igualmente ocurrir el contagio.

Esto resulta particularmente interesante porque la Corte Suprema delimita el concepto de daño a un tercero: esto es, no cualquier posibilidad de daño a un tercero merece acogida jurisdiccional sino aquella a la que pueda calificarsela de seria posibilidad, o “serio riesgo” en las palabras del ministro Petracchi.

3) La precedente demarcación realizada por la Corte puede perfectamente no ser compartida y ante ello surge un interesante cuestionamiento: ¿Podría plantearse la inconstitucionalidad de la ley N° 23.798?, no ya porque viole la norma constitucional en la que se ampara el derecho de la Policía Federal a usar su discrecionalidad para el cumplimiento de su función (concretamente, la función del Estado, asignada en el Preámbulo, de promover el bienestar general), sino por no proteger adecuadamente el derecho a la vida de los terceros al permitir la mencionada ley que los particulares se sustraigan voluntariamente a la detección de un virus de tal naturaleza poniendo así potencialmente en riesgo, con dicha negativa la salud de esos terceros.

4) Otra cuestión que surge del fallo de la Corte se desprende de la afirmación expuesta por el Dr. Fayt en el considerando octavo de su voto: “Que los derechos individuales, especialmente aquellos que sólo exigen una abstención de los poderes públicos y no la realización de las conductas positivas por parte de aquéllos, deben ser hechos valer en forma obligatoria por los jueces en los casos concretos sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación...”.

Esta afirmación, sumada a la calificación de “reglamentación del artículo 19 de la Constitución Nacional” (considerando séptimo del referido voto) que se hace respecto de la ley N° 23.798, ¿permitiría dar sustento suficiente para que un integrante de la Policía Federal se negase a la realización de cualquier test sobre su persona, sea la patología que fuere? ¿O la negativa debe circunscribirse sólo al H.I.V. por la consecuencia que trae aparejado el contagio de dicho virus? ¿O bien exclusivamente por la forma en que la Corte entiende que se puede producir el contagio del H.I.V.?

5) El voto en disidencia del Dr. Petracchi podría, por su parte, ser objeto de la siguiente crítica: frente a los requisitos a los que alude el Ministro podría

argumentarse que el cumplimiento de la tarea policial debe desarrollarse bajo la ficción de que todos los integrantes de la fuerza poseen el virus del H.I.V., generándose de esa manera la obligación de proceder frente al “serio riesgo” (conforme la línea de pensamiento del Ministro Petracchi) con los recaudos que la situación demande. La mencionada ficción, al parecer, evitaría planteos como el que motivara este expediente, pero ¿sería posible de implementar?

6) Finalmente una reflexión vinculada con la teoría de la decisión judicial. En el considerando decimo segundo, la mayoría afirma que su posición no queda desvirtuada por el trato discriminatorio que puedan padecer los agentes portadores del virus, alegando que, más allá que ese tipo de conducta encuentra adecuada respuesta en la aplicación de las normas antidiscriminatorias, es ajena a la cuestión examinada. Este párrafo permite llevar a la arena de la discusión cuestiones relativas a la función del Derecho y específicamente de las sentencias judiciales. En este sentido, no parece descabellado suponer que muchos de los que ven al derecho como una potente arma de transformación social, hubiesen preferido que se priorizara, a la hora de decidir la valoración del tópico descartado por la mayoría. En esta inteligencia, los votos en disidencia probablemente también aparezcan como asépticos para los partidarios de esa visión, quienes quizás podrían decir que, para su gusto los Dres. Fayt y Petracchi llegaron a una buena solución con malas razones.

Preguntas y más preguntas. Un buen fallo para el debate.

