

Buenos Aires, 30 de julio de 2012.

Vistos los autos: "**Mihanovich Sandra s/ Sumarisimo ley 24.193**" que se encuentran para dictar sentencia, de los que

RESULTA:

1) Que a fs. 9/57 se presenta la actora Srta. Sandra Mihanovich con su letrada patrocinante, solicitando la autorización judicial para donar un riñón a su ahijada, Sonsoles Rey Obligado "...sorteando la prohibición genérica determinada por el artículo 56 y cctes. del la Ley Nacional de Transplantes..." pues -indica- carece del vínculo parental que determina la ley de Transplantes de Órganos 24.193 entre los familiares donantes vivos.

Explica los motivos que la llevaron a tomar tal determinación y sus vínculos afectivos con Sonsoles Rey y con la familia de ésta.

Indica que se ha efectuado todos los exámenes y controles médicos para determinar la compatibilidad y evitar el rechazo del órgano.

Ratifica su voluntad de donar uno de sus riñones a Sonsoles Rey Obligado y dice estar plenamente informada respecto de que su salud y su vida no corren peligro más allá de los riesgos lógicos y habituales de una intervención quirúrgica con anestesia general, como así también que la

ablación - implante será llevada a cabo por el Dr. Federico Cicora y su plantel médico del Hospital Alemán.

Pone de relieve que su decisión es libre y absolutamente voluntaria.

Funda en derecho su petición y ofrece prueba.

2) A fs. 44/46 se lleva a cabo la audiencia prevista en el art. 56 de la ley 24.193, a la que asisten la Srta. Sandra Mihanovich; la Sra. Sonsoles Rey Obligado; el Sr. Fiscal Federal y los peritos médicos -clínico y psiquiatra- y el asistente social designados por el Juzgado y los representantes del INCUCAI.

A fs. 56/57 obra el informe del Sr. asistente social y a fs. 79/81 los de los Sres. peritos médicos. A fs. 59/62 se encuentran agregadas las declaraciones testimoniales ofrecidas por la solicitante. También luce agregado el informe elaborado por el Dr. Federico Cicora, médico tratante de la Sra. Sonsoles Rey Obligado.

A fs. 93/100 dictamina el Sr. Fiscal Federal y,

CONSIDERANDO:

Interpretación del marco legal de las daciones de órganos para transplantes entre personas vivas:

I) Que el artículo 15 de la ley 24.193 establece que "sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de transplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su

Poder Judicial de la Nación

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) años si de dicha relación hubiesen nacidos hijos”.

Es así como delimita los casos condicionándolos a ciertas relaciones entre el dador y el receptor del órgano, para luego continuar regulando que en todos esos casos, será indispensable el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el artículo 3º, es decir, emitido por un médico registrado y habilitado al efecto por ante la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional. Entiendo que el tipo de autoridad “jurisdiccional” a la que se refiere es aquella que controla y es responsable de la inscripción de personas en la esfera administrativa.

“De todo lo actuado (continúa el tercer párrafo del artículo 15) se labrarán actas por duplicado, un ejemplar de las cuales quedará archivado en el establecimiento (seguimos en la esfera administrativa), y el otro será remitido dentro de las setenta y dos (72) horas de efectuada la ablación a la autoridad de contralor (administrativa). Ambos serán archivados por un lapso no menor de diez (10) años” (archivo en dependencias de la jurisdicción administrativa).

Tengo para mí, en forma clara, que cuando el artículo 15 prevé que sólo estará permitida la ablación con fines de transplante en los casos que taxativamente menciona (también utiliza la expresión “únicamente” cuando se refiere

a la autorización) lo hace refiriéndose a aquéllos casos en que el contralor y el procedimiento están a cargo, y se realiza, por ante la autoridad jurisdiccional administrativa, quien debe controlar desde la idoneidad del equipo tratante hasta el archivo del acta que fue labrada en esa sede y que es copia de la que fue remitida a la autoridad de "contralor" administrativa.

Que dentro de este contexto es necesario recurrir a los criterios de la interpretación sistemática que permitan desentrañar la finalidad de la ley en su integridad reconociendo vigencia a ambas normas, al art. 15 y al 56 de la Ley de Transplantes.

En ese sentido, cuando no se dan aquellas condiciones que la ley reserva su control y el procedimiento por ante el órgano y sede administrativa (arts. 15, 3 y c.c.), debe recurrirse a la acción judicial civil (art. 56 y c.c.) tendente a obtener una resolución respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implantes de órganos o materiales anatómicos a través del procedimiento especial fijado.

Es así como la intervención de los peritos judiciales tiene como objetivo corroborar aquellos aspectos anatómicos y los psicológicos referentes al conocimiento que pudieran tener los interesados de las secuelas, riesgos, posibilidades de éxito, derecho a retractación del dador antes de la ablación, etc. La audiencia en sede judicial viene así a dar con los recaudos que en sede administrativa deben ser cumplidos por los jefes y subjefes de los equipos,

Poder Judicial de la Nación

y por los profesionales a los que se refiere el artículo 3° (artículo 13). Por otro lado, la intervención de los magistrados del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa (este último, en caso de menores) cumple el rol que en la esfera administrativa tiene la autoridad de control en aquella jurisdicción.

De esta forma se entiende la utilidad y la presencia de los sujetos que deben velar por el cumplimiento de los recaudos legales; en sede administrativa sólo en los casos previstos en el artículo 15 y en sede judicial cuando sin serlo de éstos, se busque obtener una resolución respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos.

"En el proceso de interpretación judicial de normas, conductas jurídicas y sus consiguientes valoraciones, el juez elige la solución y para ello analiza las consecuencias naturales que de ella derivan (particulares y sociales) y aplica lo que es verdaderamente útil mediante el conocimiento de lo necesario y de lo contingente con referencia al caso concreto.

Si no se recurre a tal criterio de interpretación, la admisión de soluciones disvaliosas (pérdida de la vida, incapacidad permanente, etc.) no sería compatible con el fin común de la tarea legislativa y judicial; las consecuencias derivadas como naturales constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está inserta la norma. Paralelamente, el juez debe verificar también la

congruencia de esta interpretación con el sistema legal en que está alojada la norma; pero ya no se trata solamente que las normas generales sean justas, también deben serlo su aplicación a los casos concretos. De lo contrario, esas soluciones, por injustas y disvaliosas, son inconstitucionales, porque riñen con el afianzamiento de la justicia, que es un principio operativo de la Constitución-. (Nobili, Alejandro, "Transpante entre personas no emparentadas" y sus citas, en La Ley 2004-A, 1216).

Concluyo, entonces, que fuera de los casos previstos en el artículo 15 (sujeto a la jurisdicción administrativa) el pedido de autorización de una ablación e implantación de órganos entre sujetos vivos debe ser tratada en sede judicial si se cumplen los requisitos establecidos en la ley. Y este es uno de esos particulares casos.

Verificación en el caso del cumplimiento de los requisitos legales.

II) A- La gratuidad del acto.

"Que la extracomercialidad de la persona y, por ende, la de su cuerpo, fue especialmente receptada por las legislaciones de la Codificación.

De nuestro Código Civil, se infiere del art. 953, en tanto prevé que "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio...", precepto como el art. 1271 del Código Español o el art. 1128 del Code Napoleón.

La ley de Transplante establece la gratuidad como requisito sine qua non del acto dispositivo de dación de

Poder Judicial de la Nación

órganos que configura un acto jurídico extrapatrimonial unilateral, gratuidad que protege mediante la tipificación de un delito penal.

La admisibilidad de la obtención de ciertas piezas anatómicas del otorgante en vida encuentra una postura legislativa y doctrinaria claramente restrictiva, al considerar únicamente lícitos ciertos actos productos del altruismo y el amor, sin que resulte, por el contrario, viable una enajenación a título oneroso, en cuya causa (motivo) existe un fin de lucro con ausencia del humanitario. Un contrato de esta índole es nulo, de nulidad absoluta.

La contracara de la comercialización, la donación, en cambio, es vista como una expresión de altruismo y generosidad.

Ese derecho a donar, es considerado como un derecho personalísimo y como tal, inherente al hombre, extrapatrimonial, necesario, vitalicio, no enajenable e intransferible.

No es ético comerciar sobre el honor, la dignidad, la intimidad, ni la integridad física, ni es lícito negociar la libertad del ser humano.

Sin embargo, cierta parte de la doctrina no recurre a la gratuidad como fundamento sino al principio de la "solidaridad" que reemplaza a la gratuidad porque el carácter cancelatorio de la carga o precio está sustituido por un fundamento de moral superior basada en la vida del hombre, en la salvación del moribundo o en el evitar un sufrimiento

terminal que apaga lentamente el vivir. La ley, al admitir la ablación y el trasplante entre vivos familiarmente relacionados, se fundamenta en la "solidaridad familiar" (Nobili, Alejandro, "Traspante entre personas no emparentadas" y sus citas, en La Ley 2004-A, 1216).

Que en el caso en análisis, con las declaraciones obrantes a fs. 59/62 -ratificadas y ampliadas a fs. 84/87- se acredita la relación de profunda amistad y familiaridad entre la donante y la receptora y su familia.

Con el informe glosado a fs. 50 queda comprobada que la Sra. Mihanovich es la madrina de bautismo de Sonsoles (del lat. *matrīna, de mater, -tris, madre; mujer que tiene, presenta o asiste a otra persona al recibir esta el sacramento del bautismo, de la confirmación, del matrimonio, o del orden, o al profesar, si se trata de una religiosa (-confr. RAE en <http://lema.rae.es/drae/?val=madrina>, al 24/07/12-).

Ese lazo, las declaraciones de los testigos y las efectuadas por las personas directamente involucradas en la audiencia dejan luz sobre el motivo altruista del acto, la solidaridad en que se funda y la gratuidad del acto.

B- Acto voluntario del dador.

Que todo acto jurídico válido debe ser, según las pautas dispuestas en el art. 944 del Código Civil, voluntario, es decir realizado con realizado con discernimiento, intención y libertad (art. 897) (denominados elementos internos), los que junto con la exteriorización

Poder Judicial de la Nación

efectuada mediante las formas establecidos por ley, dotan al acto de tal característica y por tal de los efectos que le son propios.

En el procedimiento que se ha llevado a cabo con causa en la solicitud de la Srta. Mihanovich se han evaluado cada uno de ellos, corroborándose que no hay indicio alguno de inducción o coacción a la que alude el artículo 27 inc. g) de la ley 24.193.

Entonces, no existe elemento ni circunstancia alguna que permita cuestionar la conformación de su decisión.

C- El consentimiento informado del dador y el receptor (sobre los riesgos de la operación de ablación e implante; sus secuelas físicas y psíquicas ciertas o posibles, la evolución previsible; y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor y las perspectivas de éxito del transplante).

Que surge de autos, y en especial de la audiencia celebrada en el Juzgado que tanto la donante -Sra. Sandra Mihanovich- como la receptora -Sra. Sonsoles Rey Obligado- conocen las consecuencias médicas del acto "...al respecto la Sra. Mihanovich manifestó que debe hacerse controles periódicos y puntuales para evaluar que todo funcione bien...", que "...se preocupa por que el riñón siga funcionando y que esté bien...", que "...se le hizo saber que pueden existir complicaciones y que como en cualquier cirugía puede haber riesgos...", que "...va a ser un paciente "monoreno" y que deberá

hacerse no sólo un chequeo general sino también requerir consejos dietéticos y controles anuales y consulta al nefrólogo" (confr. fs. 44 vta.). Además, tal como se señaló en esa audiencia, la dadora "...debe conocer todas las consecuencias. También las menos habituales, como la falla del riñón que quedó..." (fs. 45), como así también que "el estilo de vida cambia, la actividad física, debe evitar golpes en la zona..." (fs. 45). Por su lado, Sonsoles afirmó que "conocer al donante es muy fuerte...", que "...va a agradecerle toda la vida..." (fs. 45 vta.) y ratifica lo dicho por el perito médico clínico en el sentido de que ambas conocen las consecuencias médicas del acto (confr. fs. 46).

De esta manera, queda acreditada la información referida en el artículo 13 de la ley 24.193.

D- Las especificaciones médicas

Que del informe médico producido por el Dr. Bruno a fs. 80/81 se desprende que la Srta. Mihanovich es una paciente apta como donante de trasplante renal a su ahijada (donante vivo no relacionado) y que la Sra. Sonsoles Rey Obligado tiene indicación de trasplante renal.

El perito médico psiquiatra Dr. Hardie indica que la Srta. Mihanovich presenta desde el punto de vista psiquiátrico "...aptitud como donante de órgano (riñón), lo que indica que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existen perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor...".

Poder Judicial de la Nación

A su vez, el informe del Dr. Federico Cicora, profesional médico que atiende a Sonsoles, indica que el trasplante solicitado lo es a fin de evitar un mayor deterioro en la salud de la nombrada (fs. 90/91).

En su informe de fs. 56/57, el asistente social designado concluyó que "...no se encontrarían obstaculizaciones... para que la Sra. Sandra Mihanovich pueda donar uno de sus riñones a la Sra. Sonsoles Rey Obligado", ni "...que existan problemáticas referenciales aparentes que podrían perjudicar a la solicitante de la acción de amparo, ni llevar adelante la misma con algún interés en particular, salvo el de "dar amor" como lo manifestó la Sra. Sandra Mihanovich..." (fs. 57 y vta.).

III) Que habiéndose dado cumplimiento a todos los requisitos legales y conforme lo dictaminado por el Sr. Fiscal Federal a favor del acto que autorice el trasplante (confr. fs. 93/100),

FALLO: 1) Haciendo lugar a la petición efectuada por la Sra. SANDRA MIHANOVICH. En consecuencia, autorizo la ablación de un riñón para serle implantado a la Sra. SONSOLES REY OBLIGADO, por el equipo médico tratante a cargo del Dr. Federico Cicora. Dichos actos médicos quedan condicionados al cumplimiento de los trámites para incorporar a la Sra. Sonsoles Rey Obligado en la lista de espera de trasplantes renal del INCUCAI ya referido en la resolución de fs. 102 (Resolución INCUCAI 287/08) y a la acreditación de ello en autos mediante informe de dicho organismo en esta causa, quien deberá hacerlo saber en forma inmediata.

2) La dadora puede revocar el consentimiento para el trasplante que aquí se autoriza hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad (art. 15, 5º párrafo de la ley 24.193); quien deberá manifestar expresamente en autos la toma de conocimiento de lo decidido en este párrafo (especialmente) y de la sentencia.

3) Atendiendo al mérito, eficacia y extensión de la labor profesional desarrollada en autos...

Regístrese y notifíquese a la Srta. Mihanovich, a la Sra. Sonsoles y al Sr. Fiscal Federal con remisión de la causa a su despacho.

Firme o consentida la presente, notifíquese al INCUCAI, mediante cédula a diligenciarse con habilitación de días y horas inhábiles y en el día.

Oportunamente archívese.

FDO: Alejandro Jorge Nobili. Juez Federal Subrogante.