

mo". "Se escuchará a los parientes, al menor que pueda manifestar su opinión y al Ministerio Público». (Conc. Arts. 287-346-367-440, C.F.).

En la tutela legítima puede darse la situación que el pariente, ascendiente o colateral, necesite ser sometido a un trasplante de órgano o tejido, biológicamente es mucho más probable que el parecido genético sea más compatible que el caso de la tutela testamentaria, donde el tutor puede ser una persona no consanguínea y el factor genético sea totalmente diferente, caso que es menos posible en la tutela legítima, donde de la misma manera deberá procederse a valorar el caso con todas las recaudas señalados por el juez, el médico y el personal especializado.

La tutela de terceros es aquella en la que el juez tiene la facultad de nombrar como tutor a una persona vinculada por relaciones de amistad con el menor o sus familiares, cuidando siempre el interés del menor.

El artículo 292, al respecto, se refiere de la siguiente manera: «En defecto de las personas mencionadas, el juez nombra como tutor a un tercero allegado o amigo de la persona o de la familia del menor teniendo siempre en cuenta el interés de éste». (Conc., Arts. 297-322-440 C.F.).

La tutela de terceros es similar a la tutela testamentaria, donde se puede designar a un extraño para el cuidado del menor. La diferencia radica en que el nombramiento en la tutela testamentaria la realizan el padre o madre y en la tutela de terceros, será el juez quien lo haga. Respecto al campo de la dación de órganos por parte del menor a uno de sus tutores, es poco posible que este sea compatible genéticamente, por lo que en este caso, el menor no deberá ser considerado como dador potencial.

Mientras se elige tutor en la forma señalada por los artículos anteriores, el juez puede nombrar un tutor interino o poner la persona y bienes del menor al cuidado de una institución de la administración pública o de una entidad de asistencia, según convenga, por un plazo no mayor a quince días (artículo 293, Conc. 287-288-440 C.F.).

En esta situación no puede concebirse que el tutor interino en un supuesto caso sea beneficiado con un órgano o tejido por el pupilo, aun éste sea compatible, pues esta excepcionalidad sólo debe estar reservada para

alguna eventualidad que beneficie a algún familiar directo y consanguíneo del pupilo, de no ser así, su preemisión podría estar sujeta a una serie de manipulaciones maliciosas no deseadas. Por otra parte, de cumplirse con los principios y reglas que rigen la práctica del trasplante, se debe tener en cuenta al consentimiento informado que manifieste el dador, previa evaluación de un equipo especializado y la autorización judicial respectiva.

10.15. Jurisprudencia

10.15.1. EE.UU. - Connecticut. Caso Hart vs. Brown (Common Law).

El caso presentado se desarrolla dentro de un contexto en el cual un niño menor de 8 años de edad requería un trasplante de riñón y el posible único dador era su hermano gemelo idéntico. De no procederse al trasplante, las posibilidades de vida del niño enfermo eran escasas, según comenta la Dra. Bergoglio en su obra *Trasplantes de órganos entre personas*.

"El trasplante de riñón permitía avizorar una recuperación exitosa si el órgano era tomado de su gemelo".¹⁷¹

Los padres solicitaron a las Cortes la autorización para la ablación del órgano. La Corte solicitó un informe de un médico psiquiatra, quien consideró que una operación con éxito resultaría positiva para el hermano dador, el cual se sentiría mejor en una familia feliz que en una desolada. Por otra parte, de no procederse a la ablación sería de un impacto psicológico nocivo si el hermano muriese sin causa de su enfermedad por la falta de la intervención. La Corte sostuvo que este argumento era de valor limitado, pero concedió importancia a la opinión de un clérigo, que sostuvo que la decisión de los padres era moralmente sana, concediendo en consecuencia la autorización para la extirpación del órgano.

10.15.2. EE.UU.-Kentucky. Caso Struk vs. Struk.

Una situación semejante en lo que respecta a la capacidad mental de una persona en la cual el enfermo necesitaba un trasplante de riñón y su hermano, débil mental, era el único miembro de la familia compatible.

¹⁷¹ Bergoglio, *Los trasplantes de órganos entre Personas*, Ed Hammurabi Bs As., Argentina, 1992, p. 41

La madre solicitó a la Corte la autorización de la ablación, la Corte concedió la autorización basándose en el dictamen psiquiátrico que aconsejó la dación y estimó que al hermano, de 27 años de edad cronológica con un coeficiente mental de seis años, le aparecerían sentimientos de culpa en el caso de que su hermano falleciera sin efectuarse el trasplante.

*"Bowker considera que si estos planteos se hubieran realizados en Québec, la solución en ambos casos hubiera sido distinta, ya que el Artículo 20 no permite que el mayor incapaz o el menor sin discernimiento sea autorizado a disponer por medio de sus representantes legales".*¹⁷²

Por otra parte la legislación de Québec establece que la persona que va a disponer de algo de su cuerpo tiene que tener discernimiento, por lo que posiblemente ninguno de los fundamentos hubieran servido para la ablación de uno de los órganos y solo hubiera prevalecido el discernimiento evaluado en cada caso concreto.

10.15.3. EE.UU.—Massachusetts. Caso Masden vs. Harrison.

El hospital donde se predecía a realizar un trasplante solicita la autorización a la Corte para realizar una ablación de riñón de un menor de edad de 14 años de edad. La Corte, sin considerar el consentimiento del dador decide que la operación debe permitirse aun sin el consentimiento de sus padres, esta decisión que es frecuente en los países del Common Law, debido a que se maneja el criterio de los "mejores intereses", puesto que, según esta teoría, la dación traerá mayores beneficios psicológicos a la persona que posibles riesgos físicos. Basado en este criterio se procedió a extraer el órgano del menor de edad para ser implantado en su receptor.¹⁷³

10.15.4. Argentina. Caso Sagur y Dib.

CS, noviembre 6-980. - Sagur y Dib.

Opinión del Procurador General de la Nación.

A fs. 30 se presentaron J. S. y N. A. D. de S., por sus propios

¹⁷² Idem

¹⁷³ *Ibid*, p. 118

derechos, en su carácter de padres de la menor C. G. S. y D. y solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano J. I. S. y D. Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que ha sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era C. G., quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo «A» es decir: histoiéntico. Como fueron informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, es que efectúan esa presentación. A pedido de la jueza, a fs. 34/41, se produjo un dictamen de los médicos forenses, cuyas conclusiones a esa época resultan las siguientes: 1) El estado de J. I. S. es de crónica gravedad, no obstante debe tolerar físicamente una espera hasta el día 30 de diciembre de 1980 (fecha en que la donante cumplirá los 18 años), sin que se practique dicho trasplante; 2) El peligro de muerte existe en el paciente desde que se diagnosticó la enfermedad, causa de la insuficiencia renal bilateral; 3) Para evaluar las consecuencias inmediatas y futuras, al realizar la ablación de un riñón de una menor de 17 años, debe considerarse: a) Si la menor posee suficiencia renal en cada uno de sus riñones, por lo que se deberá hacer el estudio de éstos por separado, luego de descartar que no es portadora de riñón único; b) De todos modos, la dadora quedará con una debilitación permanente de una función de vital importancia para su futuro como mujer; 4) El porcentaje de éxito respecto a la parte técnico-quirúrgica puede ser alto, no pudiendo informar lo mismo respecto al

futuro y a la evolución. A este respecto, según las estadísticas del VIII Informe del Registro de Trasplantes para el año 1968-69, al año de sometido a la operación, había un 78 % de éxito y a los dos años un 75 %. Sólo las 2/3 partes de los pacientes receptores efectuaron una actividad normal; 5) De acuerdo a la ley de trasplantes cardíacos, es el Centro Unico Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI), perteneciente a la Secretaría de Estado de Salud Pública, el que puede disponer de los órganos cadavéricos para su trasplante.

A fs. 51 se produjo el dictamen de la asesora de Menores quien, con fundamento en el Artículo 13 de la ley 21.541, por considerar que en el caso concreto la menor no estaría capacitada para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano tan vital como un riñón, ni tampoco sus progenitores, trastornados emocionalmente por el sufrimiento de su otro hijo y con base en las conclusiones del peritaje médico, aconsejó negar la autorización solicitada.

A fs. 65 los padres de los menores impugnaron el dictamen médico y las conclusiones de la asesora de Menores, efectuando extensas consideraciones de contenido médico en cuanto a la necesidad inminente de un trasplante y a los escasos riesgos que se provocarían en el dador. Invocaron asimismo argumentaciones de tipo ético y legal.

A fs. 78 obra un nuevo dictamen de los médicos forenses quienes insistieron en su posición anterior, desaconsejando la autorización.

A fs. 82 hay un resumen de historia clínica del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos en donde se informa respecto al estado actual del enfermo y se llega a la conclusión de que refleja una tendencia al desmejoramiento progresivo.

A fs. 85 la jueza interviniente dictó sentencia y, con fundamento en la minoría de edad de la pretensa donante y lo dispuesto por los arts. 55 y sigts. del Cód. Civil y los arts. 11, 12 y 13 de la ley 21.541, resolvió denegar la autorización para que la menor

done uno de sus riñones.

Apelada dicha sentencia, a fs. 99 se produjo un nuevo informe del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos sobre la salud del menor, en el que se afirmó que la posibilidad del trasplante renal debía ser evaluada de inmediato. no aportándose nuevos elementos de juicio.

El asesor de Menores de Cámara, por razones coincidentes con las de la asesora de Menores de 1ª instancia y de la jueza interviniente, solicitó el rechazo de la autorización.

A fs. 101/105, por el voto de la mayoría de la sala A de la Cámara en lo Civil, fue confirmada la sentencia. El vocal doctor de Igarzábal, en su voto en disidencia, sostuvo una posición favorable a la concesión de la autorización.

Contra este último pronunciamiento, se interpuso a fs. 108/116 recurso extraordinario federal. Los fundamentos de dicha apelación son: 1) Que la Cámara de Apelaciones se apartó y negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad. Se afirma al respecto que el artículo 13 de la ley 21.541 no prohíbe la donación de órganos en vida a los menores de 18 años sino que —se argumenta— éstos pueden donar igualmente un órgano, aunque previo consentimiento de sus padres y autoridad judicial. Se invoca el artículo 19 de la Constitución Nacional. Finalmente, se expresa que no existe mayor diferencia entre una menor de 18 años recién cumplidos y, como en el caso de autos, una menor de 17 años y 8 meses de edad. 2) Que los jueces se apartaron de la ley 21.541, toda vez que se basaron en el dictamen de médicos no especialistas y desecharon la opinión del equipo de médicos que habría de operar a los menores, que son los únicos autorizados por la mencionada ley, para efectuar los trasplantes. 3) Que existe arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que —se arguye— aquélla sólo tiene fundamento aparente toda vez que los jueces, dicen los recurrentes, se basaron para arribar a sus conclusiones en fundamentos dogmáticos y extralegales. Afirmar, además, que pese a haber existido una entrevista personal entre la donante y el tribunal, este

último arribó a la conclusión denegatoria de la autorización, pero sin expresar las razones fundamentales que tuvo para llegar a esa conclusión final. Invocan violación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y, por ende, solicitan que V. E. otorgue la autorización solicitada.

A fs. 117 el *a quo*, por considerar que la cuestión debatida en autos suscitaba gravedad institucional, concedió el recurso extraordinario

Buenos Aires, noviembre 6 de 1980.

Considerando:

1°) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1ª instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor C. G. S. y D., en su representación, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116, en el cual sostienen que el fallo del *a quo* es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del artículo 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2°) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (artículo 13, ley 21.541) ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, t. 255, p. 360; t. 258, p. 75; t. 281, p. 146; causa «Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza» del 31 de julio de 1980 -Rev. La Ley, t. 112, p. 709; t. 116, p. 13; t. 146, p. 687, fallo 28.856, t. 1980-D,

p. 394). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690). Sobre tales bases no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte.

3°) Que según resulta de autos, el menor J. I. S. y D., que nació el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el artículo 3 de la referida ley informa a fs. 99: «Creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dada la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos» y el jefe del equipo médico que realizaría la operación de trasplante expresa en su declaración ante esta Corte «que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte».

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

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

Al iniciar la serie de esos interrogantes dicen los médicos forenses: «...pero nos preguntamos y preguntamos a los facultativos intervinientes» y al terminarla expresan: «estimamos que todas estas preguntas deberán responder los médicos del equipo quirúrgico a los padres del paciente y de la probable y futura dadora...» Frente a la situación reseñada y a la urgencia en resolver esta causa ante el riesgo de muerte del receptor, esta Corte citó inmediatamente y con habilitación de días y horas al jefe del equipo médico que se encargaría del trasplante, y le efectuó una serie de preguntas y pedidos de explicaciones, que constan en el acta de fs. 131/132.

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

- a) Desde el punto de vista inmunológico la compatibilidad entre dador y receptor es buena; uno y otro son histoidénticos, lo cual permite la viabilidad del trasplante y aleja la posibilidad del rechazo.
- b) De no haber rechazado luego de la operación, el receptor podría llevar una vida normal y el «medio interno» se soluciona con la operación de trasplante.
- c) Se puede descartar que el receptor tenga en la actualidad alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente al nuevo riñón.
- d) Que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte.
- e) Que por la experiencia personal del declarante le constan casos de personas que han vivido hasta 13 años con riñón trasplan-

tado, pero la experiencia mundial registra casos de personas que han vivido 25 años, no pudiendo registrarse mayores lapsos porque tales operaciones comenzaron a realizarse hace aproximadamente 25 años.

f) Que con anterioridad al trasplante se reactualizarán los exámenes inmunológicos a fin de asegurar la improbabilidad del rechazo, así como también, se volverán a evaluar la situación del receptor en cuanto a su osteopatía, polineuropatía, estado cardiovascular, etc., y también el estado anatómico y funcional de los órganos urinarios a fin de determinar su capacidad de funcionamiento. La última vez que examinó al paciente —alrededor de mes y medio— llegó a la conclusión que se estado físico era capaz de soportar la operación y el post-operatorio.

g) Con respecto a la dadora, expresa el declarante que: «... los riesgos de la intervención que requiere la ablación son remotos dado el estado de salud de la menor. La internación en general es de una semana. La vida de los dadores con un sólo riñón es plenamente normal y no significa ninguna invalidez. Los inconvenientes podrían derivar de un accidente que sufriera en el único riñón. El riñón subsistente no está especialmente expuesto a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos. La dadora podrá llevar vida normal en su matrimonio y maternidad».

h) Agrega el médico en su declaración que, a su juicio, la menor donante es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente libre, apreciación que coincide en un todo con la obtenida por los suscriptos en la detenida conversación que mantuvieron a solas con la menor y posteriormente con sus padres, según acta de fs. 128. Asimismo dejan constancia los suscriptos de su convencimiento de que no media inestabilidad emocional en la menor donante en cuanto a su firme y serena decisión, como tampoco inexperiencia para valorar las consecuencias de sus actos ni dependencia de factores externos: basta señalar su espontánea manifestación de que, sin cono-

cimiento de sus padres, concurrió a hacerse todos los exámenes y análisis necesarios para establecer su compatibilidad para el trasplante de un riñón a su hermano y, al concluirse que aquélla era total, sólo entonces comunicó a sus progenitores la decisión de donar su riñón, circunstancia ésta que luego ratificaron sus padres. Con lo expuesto precedentemente en este párr. h) se puede dar por satisfecha, con intervención de los órganos jurisdiccionales, la especial protección jurídica de la menor referida en el artículo 11 y en la nota de elevación del proyecto de la ley 21.541. No existiendo en autos prueba fehaciente que haga poner en duda la opinión del equipo especializado que realizaría el trasplante, como primera conclusión de lo expuesto en este considerando, cabe afirmar—dentro de la limitación propia de las previsiones humanas en cuestión tan delicada como la que aquí se trata— que en tanto el menor J. I. está en una situación actual y permanente de riesgo de muerte, la ablación del riñón a su hermana C. G., aparte de ofrecer sólo riesgos remotos propios de toda intervención quirúrgica, no le produciría ninguna invalidez y podría llevar una vida plenamente normal, incluso en su eventual matrimonio y maternidad.

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

El *quid* del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se

desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

7°) Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de «afianzar la justicia» enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos, t. 249, p. 37 y sus citas. Rev. La Ley, t. 104, p. 29. con nota de Prócuro).

8°) Que, sobre la base de las pautas orientadoras expuestas, cuadra señalar ante todo que si bien la ley 21.541 se preocupa de precisar las distintas condiciones que han de cumplirse para la procedencia del trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no puede dejar de tenerse pre-