

SENTENCIA NUMERO: 23. RIO CUARTO, 03/05/2019.

Y VISTOS: estos autos caratulados O. V., M. A. – ABLACIÓN - IMPLANTE DE ÓRGANOS, Expte. 8047443 de los que resulta que a fs. 10/11 comparece el señor M. A. O. V., DNI , con el patrocinio letrado del Dr. Maximiliano H. Vega e inicia Medida Autosatisfactiva a los fines de obtener autorización para ablación de su riñón a favor del Sr. R. D. R., DNI . Relata que con el Sr. R. D. R. son cuñados, ya que está casado con su hermana, P. A. O. V., desde el año 2007. Afirma que no tiene otra motivación que no sea el cariño y solidaridad hacia R. D. R. Agrega, que el Sr. R. D. R. padece un diagnóstico signado como “Insuficiencia Renal Crónica”, que se encuentra en lista de espera del INCUCAI, que no ha empezado a dializarse y que dicha situación – según su médico nefrólogo- lo beneficia para un trasplante urgente. Asegura se dan los requisitos legales, por cuanto se trata de un supuesto en donde no existe otra alternativa terapéutica, no existe daño grave y concreto para el dador y se presume el mejoramiento de salud del receptor y que se ha sometido a los estudios sanguíneos pertinentes por los cuales se llega a la factibilidad de la ablación de órganos. Cita jurisprudencia de casos análogos.

Admitida la presente solicitud e impreso el trámite previsto en el art. 800 bis, C.P.C. (fs. 16), se da intervención al Ministerio Público Fiscal (fs. 16 vta.) y en atención a lo dispuesto por el inc. 2 del art. 800 bis CPC y C, se convoca al Equipo Técnico Multidisciplinario Profesional del Área de Servicios Judiciales del TSJ a los fines de la designación y presencia de un profesional médico nefrólogo, un psiquiatra, psicólogo y un asistente social, al peticionante, al potencial receptor, a una audiencia para el día 08 de abril del corriente año a las 12:00 hs., ordenándose las notificaciones y libramientos de oficio por secretaria y sin la antelación prevista en el art. 155 del CPCC, reservándose las actuaciones en Secretaría del Tribunal y haciéndoseles saber a los peritos intervinientes que deberán elevar el informe que prescribe el inc. 5 del art. 800 bis del CPCC, en el plazo 48 hs. posteriores a la referida audiencia. Asimismo y en cumplimiento del Acuerdo Número Tres, Serie B, de fecha 19/05/2015 del T.S.J. se ordena comunicación del inicio de la presente, al “Registro Único Provincial de causas judiciales sobre Trasplantes y Ablaciones de Órganos y Materiales Anatómicos” dependiente del Área de Servicios Judiciales.

Siendo día y hora de audiencia asiste el señor M. A. O. V. y R. D. R., con el patrocinio letrado del Dr. Maximiliano H. Vega y los integrantes del Equipo Técnico multidisciplinario el Lic. Psicólogo Matías Díaz, el psiquiatra María Lucía Garaffo, la

Lic. en Trabajo Social Graciela Quintana y del Cuerpo Médico Forense el Dr. Raúl E. Boggio, juntamente con la suscripta, realizando todos los intervinientes las preguntas que consideraron pertinentes para la cuestión analizada en el presente, conforme da cuenta el acta agregada a fs. 22/25. A fs. 27/29 y 34/36 obran los dictámenes periciales y a fs. 39 el del Fiscal de instrucción interviniente. Habiéndose cumplimentado los requisitos previstos en la ley, dictado y firme el proveído de autos, queda la presente causa en condiciones de resolver.

Y CONSIDERANDO: I. Que el señor M. A. O. V. solicita autorización para ablación de su riñón para posterior trasplante a favor del Sr. R. D. R.

II. Que de conformidad, con las circunstancias del caso y los derechos en juego, se dará tratamiento al presente desde la normativa de la Ley de Trasplante N° 27.447, y su recepción en nuestro Derecho Procesal (art. 800 bis y Ac. Reg. N° 3 19/03/15 TSJ), como asimismo de las normas previstas por el Código Civil y Comercial de la Nación aplicables, en tanto resulten adecuadas a la consolidación de los derechos tutelados por la C.N. y los Tratados de Derechos Humanos, en función de lo dispuesto por los arts. I, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, incorporados a la Constitución Nacional en virtud del art. 75, inc. 22, como asimismo por la Constitución de la Provincia de Córdoba (arts. 4, 19, inc. 1 y conc.).

III. Que la ley 27.447 permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida, con fines de trasplante, sobre una persona capaz mayor de 18 años, quien podrá autorizarla **únicamente** en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona con quien mantiene una unión convivencial (art. 22 ley 27.447).

Que a causa de esta limitación legislativa, es que el solicitante ha entablado la presente postulación, buscando la solución desde la jurisdicción, al no encontrarse en el elenco de donantes vivos relacionados en la normativa, lo cual debe hacerse conforme el procedimiento al que remite el capítulo XV de dicha ley y que, en nuestra provincia, se circunscribe al trámite dispuesto en el art. 800 bis del CPCC, (Conf. Hiruela de Fernández, María del Pilar y Andruet Armando S. (h), “Nuevo artículo 800 bis del CPCC. Procedimiento especial para ablaciones de órganos”, Semanario Jurídico N° 1352, 2.08.2001, pág. 129) el cual tiene como fin verificar la legitimidad del pedido.

En tal sentido entiendo que analizados los principios que inspiran la normativa que regula la materia (art 3) y demás normativa aplicable, debe analizarse, en esta instancia: **a)** si ha existido información suficiente, **b)** si el consentimiento de la donante no se encuentra viciado de algún modo, **c)** si existe un fin económico en la donación y **d)** la necesidad del trasplante.

IV. Sobre dicho marco legal, pasaré a analizar las constancias del presente pedido. En primer lugar, del contacto personal con el solicitante -posible donante- y con el receptor, puedo concluir que la única motivación de M. A. O. V. es el cariño y la solidaridad hacia R. D. R. y su familia. Que M. A. O. V. ha decidido -sin que R. D. R. o su hermana se lo hayan pedido- donar su riñón a su cuñado por el gran afecto que siente hacia el (son amigos desde el año 1995), también, sensibilizado con su situación familiar, ya que R. D. R. es el sostén más importante de ésta (trabaja en una carnicería con un ingreso de \$20.000 y su esposa vende por catálogo sin sueldo fijo) y el hecho de que sus hermanos no son compatibles o bien no han demostrado intenciones de prestar ayuda. En la oportunidad de la audiencia, aseguró que su esposa lo apoya, que es un acto de amor y preguntado sobre la posibilidad de que sus hijas necesiten un donante de riñón, respondió que su esposa y la familia de ésta harían lo mismo. No obstante ello y aún en el supuesto de que así hubiese existido (familiar con posibilidades de ser donante) es importante destacar, que en nuestro país la donación de órganos es voluntaria, nunca obligatoria. Lo que puede ser obligatorio es respetar la decisión tomada en forma voluntaria por el donante o no donante, que es diferente. El hecho que pudieran existir otros dadores no implica en modo alguno que uno que quiere hacerlo no pueda donar. A ello, debemos agregar que la verdadera motivación que inspiró el dictado de la norma, es tratar de evitar el comercio de órganos. De allí que comprobada que fuera la ausencia del ánimo lucrativo, deberá estarse por el respeto de autonomía de la voluntad expresada por las partes. (En idéntico sentido: C.C. y Com. Salta, sala I, 18.12.2013, “L. M., E. D. s/ medida autosatisfactiva trasplante de órgano”, LLNOA 2014 (marzo), 214; cita online: AR/JUR/85742/2013; en igual sentido: “Mihanovich, Sandra s. Sumarísimo ley 24.193”, Juzgado Federal Civil y Comercial N° 5, C.A.B.A., 30.7.2012; entre otros). Por su parte, el equipo interdisciplinario, en su informe, concluye que M. A. O. V. presenta un vínculo con su cuñado caracterizado por el afecto y las diferentes situaciones de vida compartidas desde su adolescencia hasta la actualidad, llegando a constituirse lazos familiares entre ambos. Se valora que su ofrecimiento está ligado a que su cuñado y al entorno familiar de éste, puedan sostener su calidad de vida y a la

identificación del padecimiento que su cuñado podría presentar si no lograra concretar el trasplante. No observan otras motivaciones más allá de lo reivindicativo, afectivo y solidario.

De tal modo es que no encuentro razón por la cual el señor M. A. O. V., no pueda ser donante del Sr. R. D. R., *en la medida que todos los recaudos que pasaremos a analizar sean cumplidos.*

V. Por lo expuesto y en atención a lo dispuesto por los arts. 4, 17, 19, 21, Ley 27.447 y art. 800 bis, C.P.C., sobre la cuestión de la *información suficiente*, es de señalarse que refiere la legislación que “*Los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el artículo 6° deben proveer a los donantes vivos y a los receptores de la información sanitaria, precisa, completa y adecuada sobre el procedimiento específico, los beneficios esperados, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, en un todo de acuerdo con la normativa vigente.* Por su parte el art. 19 exige el consentimiento informado libre y voluntario del donante y receptor, pudiendo también, si no existe oposición de éstos, ser suministrada la información a su grupo familiar. Respecto de ello, al realizar el pedido hoy analizado, M. A. O. V. manifestó, en palabras textuales que “*...conoce los riesgos que esta operación conlleva, que le informan dos profesionales amigos, ... la posibilidad de presión alta y ninguna otra cosa más que un cuidado después de la operación en comidas. No le informaron de los riesgos de las operaciones en sí, solo leyendo en internet...que sabe que es un cambio de vida y que está seguro del mismo...sabe los riesgos de que si se queda con un solo riñón y le falla ese riñón.*”. Respecto de los cuidados postoperatorios dijo que lo va a cuidar su esposa y familia, que su jefe lo va a apoyar, le van a dar licencia que sea necesaria.

El equipo interdisciplinario al igual que el perito médico del COPRAMESAB (Dr. Boggio) advierte que M. A. O. V. puede dar parcial cuenta de las implicancias de la intervención quirúrgica a la que está dispuesto a someterse y estiman necesario que cuente con mayor información en lo que refiere a cuidados específicos del postoperatorio y posibles complicaciones. En consecuencia, sin perjuicio de que -en esta instancia puedo inferir que conoce a lo que se va a someter- cabe expresar que, previo a la realización de la intervención quirúrgica respectiva, deberá profundizarse con la información y con la documentación que prevé, y que se le deberá aclarar que podrá manifestarlo hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, sin que ello genere obligación de ninguna clase.

En segundo lugar debe analizarse **“el acto voluntario del dador”**, normativa que expresamente establece que *“Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años...”*, (conf. art. 22 ley 27.447), acto este que no se encuentre de algún modo viciado, debiendo en este punto indagarse, si la decisión de nace de su libre consentimiento, con voluntad, intención y libertad (art. 260 del C.C.C.N), ni que se encuentre prohibido, ni resulta lesivo de derechos ajenos o de la dignidad humana (art. 279 del C.C.C.N) lo que a criterio de esta Jueza se encuentra claramente corroborado. Veamos del escrito inicial y fotocopia de su DNI que rola a fs. 3 surge que M. A. O. V. es mayor de edad. Asimismo surge de lo expresado en oportunidad de la audiencia personal, que de forma segura y contundente narró su experiencia que lo conlleva a tomar la decisión que nos trae. A su vez, tanto el Equipo Técnico como el Dr. Boggio aseguraron que puede dar cuenta del motivo actual de intervención y no advirtieron sintomatología ni indicadores psicopatológicos de gravedad que configuren trastorno mental.

Con ello y lo dictaminado por el Ministerio Fiscal (fs. 39) en cuanto sostuvo que *“En virtud de todo lo detallando precedentemente se puede considerar que, la decisión de la peticionante, se manifiesta en la formación de voluntad sin la existencia de inducción, coacción o cualquier elemento o circunstancia que permita cuestionar la conformación de la decisión”*, es que no encuentro razón para presumir que M. A. O. V. podría haberse sentido inducido o coaccionado, a dar una respuesta afirmativa a la medida peticionada, todo lo contrario, movilizado por su gran nobleza y solidaridad, que es lo que se pudo percibir en la audiencia, por lo que debe tenerse por cumplido también el recaudo analizado en este punto, el que merece todo nuestro respeto, en un decisión que engloba en el ejercicio de un derecho personalísimo, a la luz de lo prescripto por el art. 17 del C.C.C.N. en cuanto a que *“...Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”*, artículo que a su vez se encuentra íntimamente relacionado con el punto que a continuación analizaremos.

En cuanto a la **“gratuidad del acto”**, como requisito *sine qua non* del acto, de característica unilateral extrapatrimonial, que prescribe la normativa (Art. 40 y 42 ley 27.447) y que se protege mediante la tipificación de un delito penal (Capítulo XI “De las Penas”). Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que *“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 viable, por el contrario, 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.” (Autos: “S. S. s/ autorización para donación de órganos”, Expte. 331/14 de fecha 18/06/2014; Tribunal: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario Sala/Juzgado. Asimismo cabe relacionar este punto, con lo estipulado en el art. 28 de dicha normativa, en cuanto dispone que *“En ningún caso los gastos vinculados con la ablación y/o el implante estarán a cargo del dador o de sus derechohabientes. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades encargadas de la cobertura social o sanitaria del receptor, o de éste cuando no la tuviera.”*

Para el caso que se trate de un familiar directo el legislador presumiendo que quizás de tratarse el donante, un familiar directo del receptor, la finalidad de lucro no estaría presente y con ello evitar la venta de órganos, que la ley expresamente ha prohibido y reprimido. Pero tal como se lo ha expuesto arriba, se recurre al control jurisdiccional a fin de corroborar que la ilegalidad no sea el ánimo de tal decisión altruista, sino más bien loable, de dar vida a una persona que aun no siendo un pariente directo, es su cuñado y además un amigo al que le une un afecto casi asimilable al de un hermano. Y esto es lo que se visualizó en el contacto personal con M. A. O. V. Debe ponderarse que el derecho a donar, ha sido considerado como un derecho personalísimo, y como tal, inherente a la persona, extrapatrimonial, necesario, vitalicio, no enajenable e intransferible (cfr. Nobili, Alejandro; "Transplante de órganos entre personas no emparentadas", LA LEY, 2004-A, 1216). Y en este caso los elementos colectados son suficientes para formar la convicción sobre la motivación que impulsa al dadora es solidaria y altruista, por lo que considero que *se encuentra claramente verificada la ausencia de todo interés económico y la absoluta gratuidad del acto.*

El último punto que nos toca por analizar es el referente a la **“Especificaciones médicas”**, que conllevan a la necesidad del trasplante. En este punto observamos que el trasplante renal de donante vivo es la mejor opción terapéutica para la enfermedad que

padece “insuficiencia renal crónica”, conforme lo resume en el informe obrante a fs. 34/37, el Perito Médico Nefrólogo Dr. Raúl Eduardo Boggio del Área de Servicios Judiciales. Asimismo surge de fs. 7, certificado expedido por la médica, especialista en medicina interna y Nefrología Dra. Ana Paula Giotto con fecha 11/03/18, del Sanatorio Allende Servicio de Nefrología. A su vez que la necesidad del trasplante, además de los elementos referenciados, viene confirmada por la inscripción en la Lista de Espera - Indicación de Evaluación pretrasplante - Incucaí - para Trasplante Renal de fecha 30/01/19 (fs. 14).

Mas allá de ello y en un todo de acuerdo con el Dr. Raúl Eduardo Boggio que concluye (fs. 36) que el donante potencial debe realizarse un examen médico completo que asegure que su estado de salud es bueno para asumir sin riesgo la nefrectomía, que la función y estructura renal es normal y que no tiene riesgo de transmisión de enfermedad tumoral o infecciosa. Igualmente, considero que la realización de los estudios, exámenes y análisis prequirúrgicos que sean necesarios para llevar adelante la operación será responsabilidad del equipo médico especializado que intervenga, por cuanto la intervención jurisdiccional tiene por única finalidad colocar a quien se postula como donante vivo no relacionado en la misma posición en que se hallan las personas detalladas en el art. 22, quedando todos los aspectos médicos bajo responsabilidad exclusiva del equipo profesional que intervenga.

VI. Es importante señalar asimismo que desde el Área de Servicios Judiciales a fs. 30 se ha informado haber tomado razón de tal circunstancia, y que en el mismo, no consta la existencia de juicio similar en el que hayan intervenido las partes involucradas en la presente.

VII. Determinado todo lo anterior ponderando la jerarquía de los derechos involucrados y la consideración primordial de los derechos fundamentales consagrados por la CN y los tratados de derechos humanos, en tutela tanto del interés de una persona que realizará una valerosa acción de solidaridad humana, como de la otra que por su enfermedad padece una discapacidad, y no encontrando razón alguna para negar la autorización petitionada corresponde hacer lugar al pedido formulado, en las condiciones establecidas en los considerandos anteriores, ordenándose en este mismo acto se libren los oficios y notificaciones que correspondan en atención a la irrecurribilidad de la presente resolución de ejecución inmediata (conf. arts. 800 bis, penúltimo párrafo, a contrario sensu, y 354, primer párrafo, C.P.C.).

VIII. COSTAS: en atención a lo dispuesto por el Art. 800 bis, penúltimo párrafo, en cuanto establece que la presente resolución estará exento de costas y de cualquier otro gasto judicial, impuesto o derecho de cualquier naturaleza, no correspondiendo, por tanto, la imposición de costa del presente, sin perjuicio de los honorarios del letrado interviniente cuya estimación se difiere en los términos del art. 26 de la L.A.

Por lo expuesto y normas legales citadas.

RESUELVO: I) Hacer lugar a la petición formulada y, en consecuencia, autorizar la práctica médica consistente en la ablación de un órgano (riñón) al peticionante señor M. A. O. V., DNI _____, en su carácter de dador, para su ulterior implante al Sr. R. D. R., DNI _____, intervención quirúrgica que deberá realizarse en el Sanatorio Allende de la ciudad de Córdoba.

II) Aclarar, que, la autorización conferida se brinda al solo efecto de zanjar la restricción del art. 22 de la ley 27.447 y sin perjuicio de los derechos que le corresponden al donante de retractarse y revocar su consentimiento para el trasplante hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica autorizada, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad y previo cumplimiento de los demás recaudos normativos-administrativos (consentimiento detallado informado) y estudios médicos previos que se deban realizar tanto a el donante como al receptor, previstos por la Ley 27.447, arts. 5, 6, y 7 de la ley 26.529 (Ley de los Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud) y normas reglamentarias que son exclusiva responsabilidad del Equipo Médico Tratante.

III) Notificar la presente acompañando su copia, al donante, al receptor y al Sr. Fiscal de Instrucción.

IV) Comuníquese a ECODAIC/INCUCAI la presente resolución y requiérase que el representante de dicho organismo remita oportunamente un informe sobre el resultado de la intervención.

V) Líbrese oficio en forma inmediata al Servicio de Nefrología del Sanatorio Allende, comunicando la presente autorización, con las pautas establecidas en este resuelto, ordenándosele a presentar ante esta sede un informe sobre el resultado que surja de la intervención.

VI) Sin costas con la salvedad relativa a los honorarios del letrado interviniente los que serán a cargo de su comitente.

Protocolícese y hágase saber.-