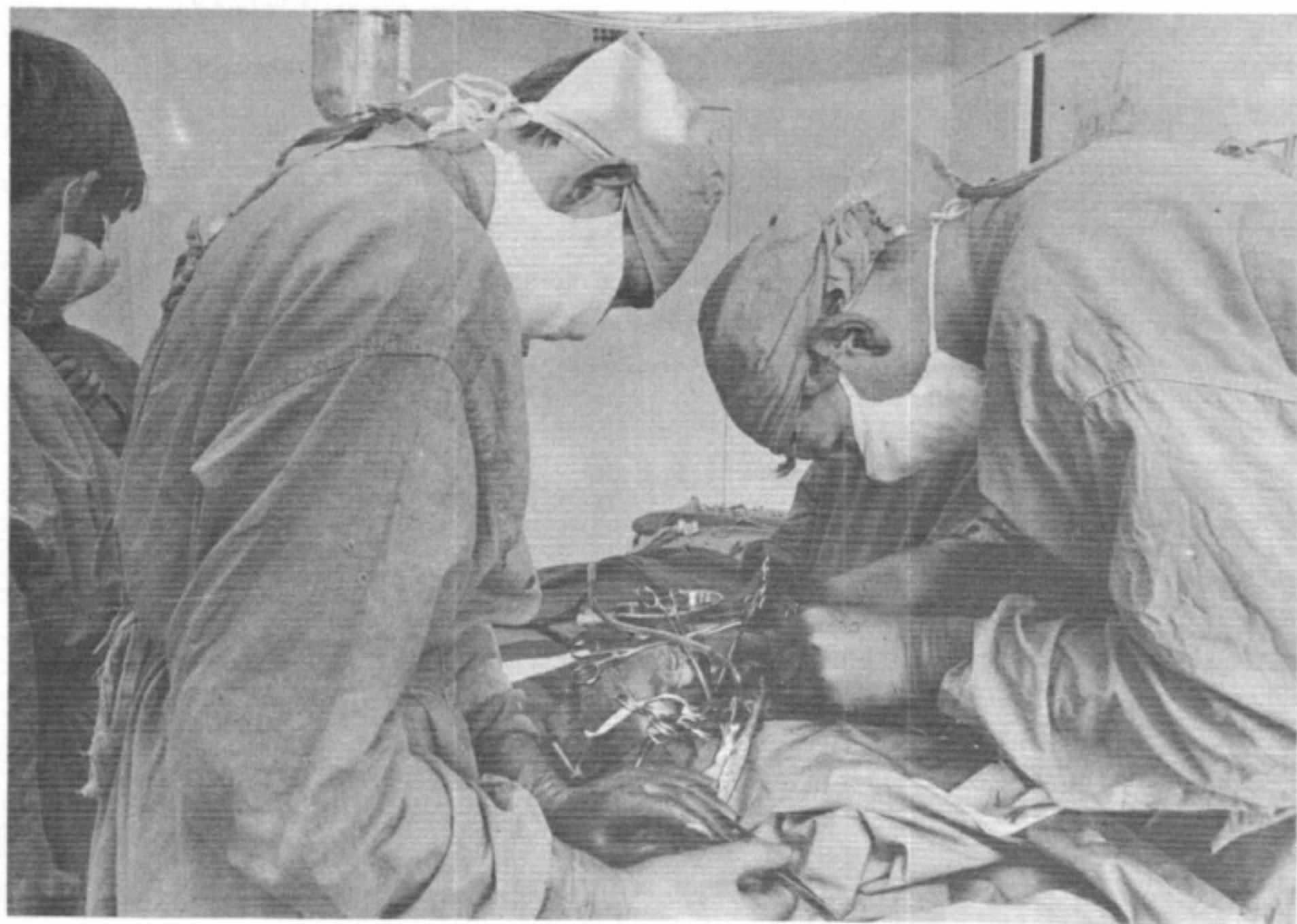

TEMAS DE HOY



LA NUEVA LEY DE TRASPLANTES

Jiménez Hernández

El 2 de marzo de 1977 se sancionó y promulgó la ley de trasplantes N° 21.541. Se concretaba así un ya viejo anhelo expuesto por especialistas que ante determinados intentos de trasplantes habían reclamado la correspondiente legislación, con antecedentes en la Argentina, tales como los de la ley 17.041, de 1957, que estableció el banco de tejidos, y el decreto 6.518 de 1969, de la Provincia de Buenos Aires, que inauguró el banco de cornea. Y, ya fuera del ámbito argentino, debe recordarse que los trasplantes cardíacos fueron iniciados —algunos con buen éxito— el 3 de diciembre de 1967 en Sud Africa, y que de ellos ya se habían efectuado 127 en abril de 1969.

Varias instituciones argentinas, como la Academia Argentina de Ciencias, la de Ciencias Morales y Políticas, la de Medicina, etc., analizaron entretanto los distintos aspectos técnicos, éticos, teológicos, jurídicos y morales del asunto (condiciones del equipo quirúrgico, inmunología, selección del dador y del receptor, la muerte inminente del primero, la no propaganda personal del caso, etc.).

Especialmente debemos recordar

que todos estos puntos fueron estudiados en profundidad en las Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Criminología efectuadas del 1° al 5 de octubre de 1968, en la ciudad de Santa fé, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral, con sede en esa ciudad, precisamente en la sesión final que tuve el honor de presidir. En la misma se trataron trabajos de los Doctores Roberto A. M. Terán Lomas, organizador de dichas Jornadas, Isaac Freidenberg, Juan Alberto Iriarte, Raúl Viñas, Dardo Ernesto Racciatti, Danilo H. Kiliborda, Bernardo Carlos Varela y Humberto S. Vidal, entre otros.

La sesión resolvió que “de la relación y de los distintos trabajos presentados, surge un consenso general acerca de la necesidad de determinar en forma incontestable la muerte real del donante, a efectos del trasplante de órganos insustituibles, como el corazón. La actuación apresurada, en caso de muerte aparente o inminente, puede configurar el tipo de homicidio. El electroencefalograma plano no resulta una prueba decisiva de la muerte, ya que puede

presentarse a pesar de subsistir la vida. Debe sustituirse por pruebas valederas, como son los signos establecidos por la medicina legal, o comprobaciones de la falta de oxígeno en el cerebro. Debe contarse con el consentimiento expreso del donante”.

Por nuestra parte habíamos postulado reiteradamente la necesidad de una legislación¹, señalando la activi-

¹ Ricardo Levene (h). *El delito de homicidio*, 3a. edición. Buenos Aires, 1977, pp. 71 y siguientes).

Entre otras cosas decíamos “Siempre será rigurosamente obligatoria la observancia de la “lex artis”, la actuación de profesionales técnicamente competentes, el empleo de ambientes quirúrgicos apropiados, la realización de previos estudios y experimentos exhaustivos, la eliminación de todos los riesgos no indispensables y, por supuesto, el consentimiento del operado, que debe ser persona capaz y plenamente informada sobre el hecho, consentimiento que debe ser voluntario y desprovisto de toda coacción, sin olvidar que, como sostuvimos en nuestra condición de Juez de Cámara de la Capital, la “lex artis” no consiste tan sólo en una técnica operatoria irreprochable, sino también en el debido respeto a la oportunidad y conveniencia de la operación”.

dad extranjera, materializada, por ejemplo, en las normas dictadas al respecto por Brasil, Perú, Sudafrica, España, Luxemburgo, Dinamarca, Italia, Francia, Uruguay, Canadá, Finlandia, Checoslovaquia, Israel, Japón, Portugal, Suecia, entre otros, con distintos alcances.

Los de la ley argentina, evidentemente amplios, surgen de su art. 1º, ya que abarca la ablación de órganos y material anatómico para la implantación de los mismos entre seres humanos y de cadáveres humanos a seres humanos.

Sólo quedan excluidos de la ley los materiales anatómicos y tejidos naturalmente renovables y separables del cuerpo humano, lo que comprendería el cabello, uñas, las secreciones orgánicas y transfusiones de sangre.

A este respecto cabe señalar que se sancionó en Italia, en 1940, el art. 5 del Código Civil, que dispone: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, cuando sean contrarias a la ley, al orden público y a las buenas costumbres".

Es que, en general, se admite la licitud de los contratos que tienen por objeto partes renovables y separables del cuerpo, como el cabello, partes de la piel, leche de la madre, sangre, y aún así se considera que aquéllos, por respeto a la personalidad humana, no quedan sometidos a las reglas ordinarias de la compraventa.

Por eso se ha considerado que cuando la mutilación del dador, a los efectos de un injerto humano, es irreparable, ni su consentimiento autoriza al médico a operarlo, aunque la operación pueda beneficiar a un tercero.

Es la misma posición adoptada por la Comisión de Reformas del Código Civil Francés, que en 1951 propuso esta fórmula: "El acto por el cual una persona dispone de todo o parte de su cuerpo está prohibido cuando debe tener efectos antes de la muerte del disponente, si tiene por consecuencia causar un menoscabo grave y definitivo a la integridad del cuerpo humano.

Ese menoscabo grave y definitivo tiene lugar, por ejemplo, en los tras-

plantes "en vivo", de riñón o corazón, sin olvidar que las disposiciones "post mortem" sobre el cadáver también plantean dificultades jurídicas, no sólo acerca de la naturaleza legal de aquél, sino también de las facultades o atribuciones de los parientes cercanos, de las ordenanzas administrativas, del sentimiento religioso, de la higiene pública, de la posibilidad y conveniencia de experimentar en seres humanos —"anima nobile"— etc.

El art. 2 de la ley recurre a la ablación e implantación de órganos y material anatómico como último recurso, es decir, cuando todos los otros medios y recursos disponibles no artificiales se han agotado y no existe ninguna otra alternativa terapéutica para la recuperación de la salud del paciente, lo que le hace manifestar a Terán Lomas que "pareciera que la ley justificara estos procedimientos por el estado de necesidad, aunque se trate de una hipótesis con exigencias más rigurosas que las del art. 34 inc. 3 del Código Penal, ya que aquí resalta la no evitabilidad del peligro por otros medios, requisito ausente de la norma citada".²

A este respecto, y en lo que se refiere a los trasplantes en vivo, he expresado nuestra opinión de que los mismos no pueden ampararse en el estado de necesidad que, conforme a lo dispuesto en el art. 34 inc. 3 del Código Penal, requiere el sacrificio de un mal menor para evitar un mal mayor porque la vida del dador, así le quede un sólo minuto de ella, y la del receptor, son bienes jurídicamente equivalentes.³

En lo que se refiere al ámbito espacial de aplicación de esta ley, aquél se extiende a todo el territorio de la República, lo que explica la exposición de Motivos porque sus normas están estrechamente vinculadas a la esencia misma del concepto de salud, y porque éste integra el bienestar general. Un autor agrega otras razones: "La facultad de las personas para disponer en vida de partes de su propio cuerpo, es tema que puede entrar en el derecho sucesorio; tanto en uno como en otro caso se está dentro de la legislación civil y, por consiguiente en la órbita

de la legislación nacional"⁴.

Concordantemente, el decreto reglamentario de esta ley, N° 3011 del 3 de octubre de 1977, dispone en su art. 1º, que el poder de policía sanitaria referido a la ablación de órganos y materiales anatómicos se hará efectivo exclusivamente por la autoridad sanitaria nacional.

Respondiendo a un reclamo científico, la ley exige que los actos médicos que se practiquen de acuerdo a la misma, sólo puedan ser realizados por profesionales o equipos de profesionales médicos especializados y de acreditada experiencia, reconocidos por la autoridad correspondiente, conforme a lo que establece la reglamentación que, en su art. 3º, distingue las prácticas médico-quirúrgicas efectuadas por un solo profesional, por un equipo médico independiente y por un equipo médico dependiente de un servicio o establecimiento asistencial, público o privado, debiendo hacerse notar que, cuando las circunstancias así lo justifican y se hallan cumplidos los recaudos exigidos por los Títulos VI, VII y VIII de la ley, ésta permite practicar la ablación de órganos o materiales anatómicos de personas fallecidas a profesionales médicos de establecimientos asistenciales, habilitados o no a los efectos de la misma (art. 3º).

Esos equipos de profesionales deben estar a cargo de un jefe y un subjefe y todos sus integrantes son solidariamente responsables del cumplimiento de todas las disposiciones que aquí se establecen (art. 4).

También se exige que la actividad desplegada por los equipos se desarrolle en servicios o establecimientos oficiales o privados, que dipongan de adecuada estructura física e instrumental y cuenten con el personal calificado necesario.

² Roberto A. M. Terán Lomas, *La Ley 21.541 sobre trasplantes* Jurisprudencia, Argentina 6/7/77.

³ Ricardo Levene (H), *El delito de homicidio*, cit.

⁴ Edmundo Gatti *El cuerpo humano, el cadáver y los derechos reales* (Consideraciones con motivo de la llamada "Ley de Trasplantes") en *Diario "La Ley"* del 23-6-77.

La reglamentación enumera las exigencias que deben cumplir los establecimientos o servicios, según los distintos casos de ablación e implante.

Según el art. 11 de la ley, los jefes y subjefes de los equipos y los profesionales autorizados por el art. 3 deberán informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, sobre los riesgos de la operación de ablación o implante, según el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones receptantes. Deberán asegurarse que el dador y el receptor han comprendido el significado de la información suministrada y dejarán a su libre voluntad la decisión que quieran adoptar. Todo ello será debidamente documentado en el registro de dadores, receptores y trasplantes, bajo firma e individualización de aquéllos.

Tan solo puede efectuarse la ablación de uno de sus órganos pares o de materiales anatómicos cuya remoción no implique riesgos razonablemente previsibles que pueda causar la muerte o incapacidad total y permanente del dador, dice el art. 12, que deja a la reglamentación la enumeración de los órganos que podrán ser objeto de ablación.

Aquella, que en su art. 2º considera como de técnica corriente la ablación e implante de corazón, vasos y estructuras valvulares, pulmón, hígado, páncreas, intestino, riñón y ureter, elementos del sistema osteoarticular, piel, cornea y demás tejidos constitutivos del ojo, tejidos constitutivos del oído medio y externo, duramadre, órganos dentarios y elementos del sistema nervioso periférico, al reglamentar el art. 2 de la ley, establece que los órganos de personas vivas que podrán ablaionarse serán: riñón y ureter, piel, elementos del sistema osteoarticular, órganos dentarios y corneas, pudiendo modificar esta lista la autoridad sanitaria nacional.

Puede disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, toda persona capaz, mayor de 18 años, siempre que el receptor fuere, con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo y, ex-

cepcionalmente, podrán ser receptores y dadores, cónyuges y padres con hijos adoptivos.

La decisión favorable a la ablación puede ser revocada hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, en tanto que el dador conserve su capacidad para expresar su voluntad. De la decisión favorable se dejará constancia en el registro de dadores, receptores y trasplantes (art. 13).

La exposición de motivos explica la exclusión de los menores de las personas que pueden disponer la ablación, fundándola en sus especiales características de inestabilidad emocional, dependencia de influencias externas o inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos.

La exigencia del parentesco tiende a evitar los casos de rechazo inmunológico, razón ésta que no se compadece con la admisión de trasplantes entre padre e hijos adoptivos y cónyuges.

El consentimiento que la ley exige del dador en los art. 11 y 13, queda ratificado en el art. 14 al expresar que los servicios o establecimientos médicos, habilitados o no, deberán requerir la expresión de la voluntad de aquél, en la oportunidad de su intervención, para el caso de fallecimiento⁵ y cuando no puede comprender la naturaleza del acto o

no se encuentre en condiciones de manifestar su voluntad, se requiere la conformidad que enumera el art. 18. De esa expresión de voluntad se dejará constancia en un documento que suscribirán el profesional actualizado, el paciente, el familiar autorizante, en su caso, y dos testigos hábiles. Conforme a la reglamentación, se dejará constancia asimismo en el registro de dadores, con internación previa, debiendo dejarse constancia que la expresión de voluntad o conformidad de los familiares sólo tendrá validez durante el período de esa internación.

La misma expresión de voluntad que exige este artículo es requerida en el art. 17 para que las personas mencionadas en el art. 13 puedan disponer, para después de su muerte, la ablación de órganos o materiales anatómicos o su propio cuerpo, para ser implantados en otros seres humanos o para fines de estudio o investigación. Para los casos de implantación diferida, la reglamentación crea los bancos de órganos y/o materiales anatómicos, y establece su código de

⁵ Algunos autores no dejan de señalar el mal efecto psicológico que puede causar este requerimiento en el paciente, con perjuicio para la intervención o tratamiento a que sea sometido.



ética.⁶ Como puede observarse, la ley —no podría ser de otra manera— da gran relevancia al consentimiento.

Quien mejor ha tratado este tema es el profesor italiano Grisigni, autor de un trabajo al respecto⁷. Considera que el consentimiento es una institución jurídica autónoma, especial, pero no un contrato ni acuerdo de voluntades, así como tampoco un acto unilateral. Uno puede querer una cosa y para esto basta una sola voluntad. Pero cuando uno consiente una cosa, se la consiente a un tercero; hay aquí un acto bilateral, porque ese consentimiento será aprovechado por otra voluntad.

Grisigni lo define diciendo que es el permiso dado por una persona a un tercero o terceros, a fin de que puedan efectuar un acto objetivamente prohibido por la ley, del que puede resultar una lesión a un bien o al derecho de quien lo concede, o poner en peligro ese bien o ese derecho.

Vale decir, que el consentimiento es permisivo.

Implica, si se quiere, un acto bilateral, pero no es un contrato ni acuerdo de voluntades, porque predomina la voluntad del que consiente, que será aprovechada por la voluntad del tercero. Es una institución, entonces, autónoma, del tipo jurídico, que justifica para el profesor italiano tanto el homicidio suicidio como el homicidio eutanásico. Este consentimiento no debe ser otorgado por un menor, demente o incapaz, ni arrancado por sugestión, o con violencia, amenazas o engaños, como establece el art. 579 del Código Italiano.

Para Edmundo Mezger, en cambio, implica el abandono real o presunto de sus intereses por parte de quien, legítimamente, tiene facultad de disposición sobre un bien jurídico.

¿Cómo puede clasificarse el consentimiento dentro de las normas generales del derecho penal? No es una causa de inimputabilidad, ya que éstas se refieren al sujeto del delito y se basan en su falta o escasa capacidad mental. Tampoco es una causa de justificación, que están taxativamente enumeradas.

No podemos confundir el consentimiento con la legítima defensa o la obediencia debida, ni tampoco con las excusas absolutorias, porque hay diferencias sustanciales entre éstas y aquél. No es excluyente del tipo ni elimina la antijuricidad del hecho.⁸

¿Qué valor tiene, entonces, el consentimiento? ¿Hasta dónde se debe admitir que su existencia borra la ilicitud del hecho? Tiene valor con relación a algunas figuras que expresamente requieran que el hecho sea concebido sin consentimiento del interesado o contra su voluntad, como en la violación del domicilio (art. 150, Cód. Penal argentino), violación (art. 119 inc. 2) o rapto (art. 130). Pero esto nos llevaría a la distinción de bienes jurídicos disponibles (de interés privado) e indisponibles (de interés público). Por ejemplo, Antolisei le niega valor cuando están en juego intereses del Estado (personalidad del Estado, administración de justicia, administración pública), y la mayoría de los autores se lo niega cuando se trata de valores fundamentales como la vida, que está protegida, a diferencia de los bienes patrimoniales, no sólo como interés particular, sino también público. Además, si contemplamos el problema desde el punto de vista de la víctima, cuyo consentimiento reúne todos los requisitos de validez, se llega, rápidamente, a la conclusión de que su muerte no es un hecho ilícito. Pero tenemos que colocarnos desde el otro punto de vista, el del tercero autor del hecho, para llegar a la verdadera conclusión. Pues en realidad, al consentir la víctima su propia muerte, está reemplazando a la sociedad o al Estado, ya que con ello evita, o perdona, si se quiere, la represión que, en caso contrario, habría correspondido al acto cometido por un tercero, si no hubiese existido el consentimiento. La facultad de reprimir pertenece al Estado y no a los particulares, contrariamente a lo que ocurrió en los orígenes del derecho penal, cuyas primeras etapas están señaladas por la venganza privada.

Al aceptarse que el consentimiento borra la ilicitud del acto, se le priva al Estado la facultad de la represión; lo sustituimos por la vo-

luntad individual, y eso no es admisible, pues aquél no puede delegar ni admitir que el particular, por sí y ante sí, se arroge el derecho de represión o el del perdón.

Así, pues, en términos generales, el consentimiento no puede convalidar el homicidio consentido ni tampoco el eutanásico, ni los trasplantes en vivo de órganos únicos.

En el mismo sentido, la Relación Ministerial del Código Penal italiano decía que el bien de la vida humana es un bien indispensable, por lo que el consentimiento no quita al acto su naturaleza ilícita.

Esta es también la opinión de Florián⁹, Gómez¹⁰, Alimena¹¹, Puglia¹² y Vannini¹³.

Este último autor sostiene que en tal caso no se lesiona un interés individual, sino uno estatal, público o demográfico, o sea el interés de conservar la existencia de los coasociados.

Al dar su consentimiento, el hombre declina la condición de titular del interés a la conservación del bien legalmente protegido, y queda como mero objeto material del delito, pasando a ser sujeto pasivo del Estado.

⁶ Por ejemplo, los órganos o material anatómico serán distribuidos sin discriminación de raza, religión, nacionalidad o procedencia.

⁷ Filippo Grisigni, *Il Consenso dell'offeso*, Roma 1924.

⁸ Marcos A. Herrera, *El consentimiento de los delitos contra las personas* en "Revista del Derecho Penal y Criminología", N° 3, 1968. Ver también Antonio Quintana Ripollés, *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal*, en "Anuario de Derecho Penal", mayo-agosto 1950, pág. 321 y José Severo Caballero, *El consentimiento del ofendido en el derecho penal argentino*, en "Cuadernos de los Institutos" de Córdoba, 1967, vol. XVII, N° 93, págs. 11 y sigs.

⁹ Eugenio Florián, *Tratatto dei diritto penale*, Milano 1935-37, Vol. I, pág. 547.

¹⁰ Gómez, *Tratado de derecho penal*, V. II, págs. 28 y sigs.

¹¹ Alimena, *Dei delitti contro la persona*, vol. IX, pág. 436.

¹² Puglia, *Delitti contro la persona*, Vol IV, pág. 60.

¹³ Vannini, *Il delitto di omicidio*.

De modo que el sujeto pasivo es el Estado o la sociedad, titular del interés jurídicamente protegido; la objetividad jurídica es el incremento demográfico de la Nación; la materialidad del hecho es causar una muerte con consentimiento de la persona y el elemento moral es la voluntad de matar al que consiente. Por todo esto Vannini considera que el homicidio consentido es un delito contra la integridad de la estirpe. En cambio, para Maggiore, este hecho, más que lesionar un interés demográfico del Estado, lesiona un interés ético-religioso, ya que el consentimiento de la persona no puede hacer el milagro de transferir, de la persona a la sociedad, la subjetividad del delito.

Además, el consentimiento del ser humano es un hecho relativo. ¿Qué sabemos nosotros de las fluctuaciones de su espíritu, de cómo reaccionará el ser que en un momento de desesperación o de fuertes dolores, da el consentimiento para ser muerto? ¿Qué pensará cuando llegue el momento de la ejecución?

La tendencia del hombre es vivir. En la lucha biológica, el ser se aferra a la vida, aunque más no sea por temor a lo desconocido y precisamente esa tendencia natural, esa ley natural de aferrarse a la vida, es la que ha permitido la supervivencia de la humanidad.

La verdad es que las fluctuaciones del espíritu humano, las reacciones que siente el hombre a cada momento, son tan variables, tan imprevisibles e inesperadas, que no puede tener validez un consentimiento arrancado por el dolor, sino que, para que ella se admita debe ser sereno, pesado, medido, firme, constante.

Además, y siempre refiriéndose a los trasplantes en vivo, si consideramos que hoy en día, en virtud de un concepto moderno y de pronunciado contenido social, no se permite la amplísima disposición de los derechos patrimoniales, no es posible admitir que exista esa amplitud con respecto a la propia vida, cuya pérdida incide sobre la familia y la sociedad y puede perturbar la paz del Estado. Es cierto que determinados delitos, los de acción privada y, en principio, los de instancia privada,

pueden quedar sin sanción si el particular damnificado no los persigue ante la justicia o desiste de la acción.

Es verdad también que en las excusas absolutorias, no obstante haberse atentado contra la propiedad, la ley resuelve el conflicto de intereses y derechos en juego, salvando la unidad y paz familiar. Pero ello no ocurre ni puede ocurrir con respecto al más sagrado de los derechos, superior a todos los restantes y en cuyo favor debe forzosamente resolverse todo conflicto: el derecho a la vida.

A este respecto, en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, se decidió que incurre en tentativa de homicidio voluntario simple y no en instigación o ayuda a cometer suicidio, el que hiere a otro con el propósito de darle muerte, aunque medie para la ejecución del hecho el consentimiento o pedido de la víctima ("Fallos", T. I., p. 505, "J.A.", T. 38, p. 852).

En esta sentencia se dijo que "la clasificación legal del hecho es la de tentativa de homicidio voluntario simple, y que la única circunstancia especial en el caso es el consentimiento de la víctima, pero ese consentimiento no tiene valor jurídico porque el derecho a la vida no es

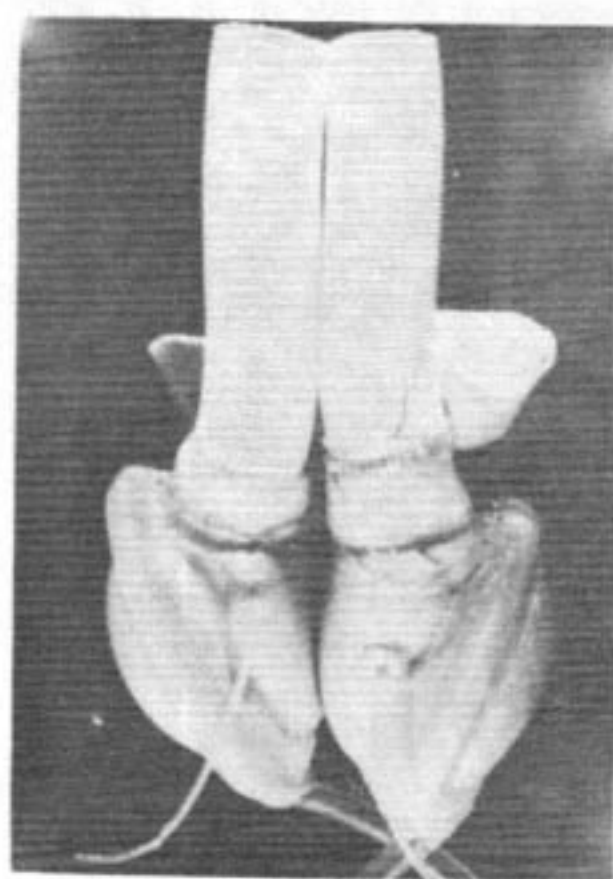
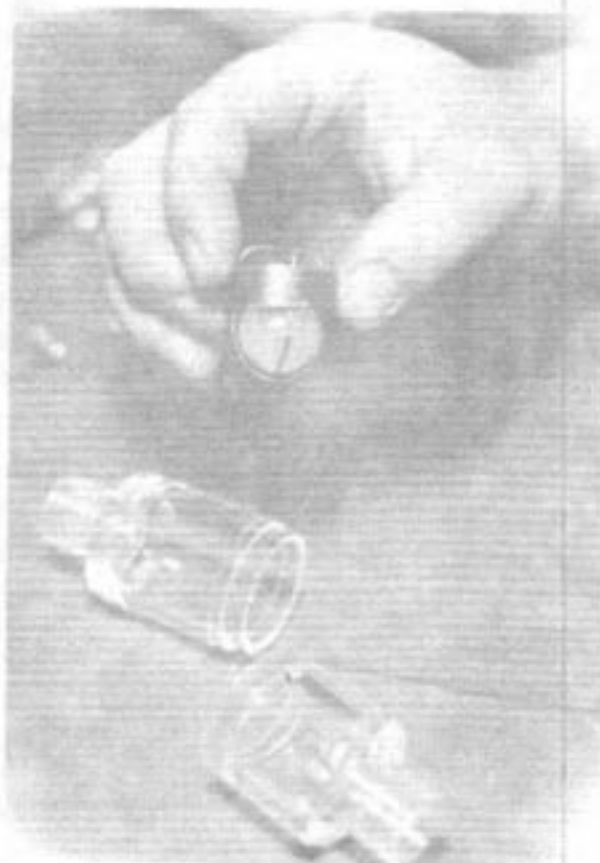
un derecho renunciabile. La mayoría de los tratadistas consideran a este homicidio como un homicidio simple y el Código Penal vigente no lo prevé como un delito especial. Todo el que mata a otro comete el delito de homicidio y le corresponde la pena fijada por el art. 79, si no tuviera otra pena fijada por el Código.

Este no fija otra pena distinta para el caso en que se da muerte a otro con su consentimiento. El autor, en consecuencia, comete para el Código, el homicidio voluntario simple".

Por otra parte, desde el punto de vista jurídico, siempre se ha argumentado que la vida del ser humano, sea cual sea su estado, desde su nacimiento hasta el último minuto de vida, debe ser siempre protegido por el derecho.

Pessina¹⁴ igual que otros autores, opina que el derecho a la vida es innato, que en él se basan los demás derechos, y que sin él no tienen razón de ser. Este derecho innato es, al mismo tiempo, un derecho inalienable e intangible; el individuo debe cuidar su vida, los demás deben respetársela y el Estado se la debe preservar. Todos son factores que coinci-

¹⁴ Enrico Pessina, *Esposizione del diritto penale italiano*, vol. II, p. 16.



den en un mismo fin: cuidar la vida humana. No es todo, pues, el consentimiento del suicidio; y en cierto modo no es tan grande la diferencia entre el homicidio y el homicidio cometido con consentimiento de la víctima.

Esta teoría de la alienabilidad e inalienabilidad de los derechos, según la cual el hombre puede perder aquéllos y no éstos, ha sido desarrollada también por Ortolán¹⁵ y Garraud¹⁶.

Se argumenta, asimismo, que el individuo no puede por sí y ante sí disponer de su vida porque, además del interés de este individuo, hay un derecho de su familia sobre la vida del sujeto, derecho de la familia que éste no debe olvidar por todas las consecuencias de orden moral y material que puede causar con su actitud.

Ravá¹⁷, por excepción, dice que no puede hablarse de un derecho, pero sí de una facultad del hombre a disponer de su cuerpo en forma total, tanto de su vida como de partes de su cuerpo, en vida o después de muerto, disponiendo de su piel, de su sangre, de sus cenizas, de la forma como debe ser cremado.

El art. 15 de la ley que comentamos, libera al dador y a sus derechos habientes de la atención de gastos de cualquier clase que, directa o indirectamente, se vinculen con la intervención quirúrgica. El art. 16 justifica a aquél, a los efectos de los sueldos o los salarios, de las inasistencias que incurran con motivo de la ablación, pero la disminución de su capacidad física y funcional, por tal motivo, no le dará derecho a requerir indemnización de naturaleza alguna ni a exigir de su empleador la modificación de las condiciones de trabajo.

Siempre en función de la protección de los donantes, la norma citada ordena a los empleadores dar prioridad a la reubicación en funciones acordes con la nueva capacidad laboral de los empleados u obreros que hayan sido donantes de órganos o tejidos anatómicos.

El art. 18 establece el orden de parentesco, que declara prioritario excluyente, para las personas presentes en el lugar del deceso, y que de-

be regir en ausencia de la voluntad expresa del muerto. Pueden ser: el cónyuge, los hijos mayores de edad, los naturales reconocidos como tales y los adoptivos, los padres legítimos, naturales y adoptivos, los hermanos mayores de edad los naturales reconocidos como los adoptivos, los abuelos y nietos, los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive, los parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Se aclara que basta el consentimiento de uno solo de los parientes si hay varios del mismo grado, para que la oposición de uno solo de ellos impida disponer del cadáver.

Todas estas personas enumeradas reemplazan la falta de una voluntad expresa del donante por una presunta, pero la ley va más allá, cuando dispone el artículo siguiente¹⁹ que, a falta de aquéllos o cuando el fallecido hubiere manifestado por escrito no tener familiares, el director del establecimiento o quien lo reemplace podrá disponer la ablación de órganos o material anatómico. La primera, conforme a la reglamentación, debe ser realizada dentro de las cuatro horas de producido el fallecimiento y si no se encontrare destino para el órgano o material anatómico, vencido ese plazo se dispondrá la inhumación del cadáver.

Terán Lomas, en su trabajo antes citado, que no es el único que dedica al tema¹⁸, apunta que el art. 18 no concuerda con el derecho civil porque no tiene en cuenta el régimen de afiliación establecido a partir de la ley 14.367, ni el régimen sucesorio (art. 35, 65 y ss. del Código Civil), al incluir en la lista que contiene los parientes por afinidad hasta el segundo grado.

A nuestro entender, el art. 21 resuelve y al mismo tiempo plantea uno de los problemas más graves de la ley: al momento de la muerte.

Mucho ha preocupado a Congresos, Jornadas y a especialistas en particular, determinar, en materia de trasplantes, el estado de muerte del donante.

Es así como se distingue la muerte aparente de la real, consistiendo ésta última para parte de la doctrina en el caso definitivo e irreversible de todas las funciones vitales: nerviosa,

respiratoria y circulatoria.

Por su parte, en la muerte aparente hay ausencia de respiración y de circulación y también hay inmovilidad.

Respecto a este punto la Exposición de Motivos de la ley que comentamos destaca que "El aspecto que ha merecido más extensa atención médica legal en materia de trasplante ha sido el que se aplica al trasplante de órganos o materiales anatómicos, provenientes de personas fallecidas, por la importancia que adquiere la determinación del momento de la muerte. Ello se explica fácilmente si se tiene en cuenta que, en casi todos los casos, el éxito de la operación para el receptor impone la mayor proximidad temporal entre el momento de la declaración del fallecimiento del dador y el de la ablación del material de trasplante".

Y, entrando de lleno al problema, la Exposición mencionada lo plantea así: "Podría pensarse que las notorias discrepancias evidenciadas sobre el tema provienen principalmente de que, mientras algunos consideran la muerte como un episodio total e instantáneo, antes del cual se está vivo y a partir del cual se está muerto, otros lo ven como un proceso más o menos breve, progresivo e irreversible, que al afectar ciertos órganos o funciones no puede ya detenerse, aunque durante un tiempo variable en cada caso, otros órganos o funciones continúan aún en actividad decreciente hasta desaparecer también definitivamente. El punto residiría entonces en determinar si: para admitir la muerte, debe aguardarse el final de todo ese proceso inexorable

¹⁵ J. L. E. Ortolan, *Elément du droit pénal*, París 1875, n° 549.

¹⁶ René Garraud, *Traite Theorique et pratique du droit penal français*, París 1881, vol. I, p. 240.

¹⁷ Adolfo Ravá, *Los derechos sobre la propia persona*, Turín, 1901.

¹⁸ Roberto A. Terán Lomas, *Los trasplantes de órganos ante el derecho penal*, en *Jur. Arg.*, sección doctrina, 1974, págs. 745 y ss.

¹⁹ Ley 21.541: *Algunas consideraciones jurídicas-penales* en *Diario La Ley* del 11 de agosto de 1977.

una vez iniciado o se es dable aceptarla una vez establecida la certeza de su iniciación, mediante la comprobación de algunos signos incuestionables al respecto".

Y tomando posición, expresa finalmente: "El proyecto adhiere, también a la concepción de la muerte como proceso y a la validez del concepto de que por irreversible, tan válido resulta admitir su comienzo como su conclusión y por ende, establecido ese comienzo mediante la comprobación simultánea de ciertos signos, resulta lícito resolver la disposición del cadáver para los fines que se persiguen, mediante la observancia de las medidas condicionantes que el proyecto determina en el Título VI".

Es así como el art. 21 de la ley ordena la certificación del fallecimiento del dador mediante juicio médico determinado por un equipo integrado por un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo, que no deben formar el equipo que efectuará las operaciones de ablación o implante y que determinarán el estado de fallecimiento por comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales.

Es decir que la ley considera suficiente la muerte cerebral. Coincide así con un dictamen elevado por un grupo de médicos al Ministerio de Salud Pública de la Nación el 2 de octubre de 1968, en el que se sostuvo: "La única comprobación que autoriza a suspender las medidas de reanimación y proceder a la obtención del trasplante antes de que el deterioro orgánico lo utilice, es la cesación completa e irreversible de las funciones cerebrales. Esto se pone de manifiesto por la ausencia de toda respuesta a los estímulos exteriores, la pérdida de la respiración espontánea, la caída abrupta de la actividad cardiovascular, si no se le sostiene, y un electroencefalograma lineal".

En el mismo sentido, la Organización Mundial de la Salud ha establecido cinco principios para determinar la muerte debido a la cesación de la actividad cerebral: pérdida de toda conexión entre el cerebro y el organismo; incapacidad muscular total;

cesación de la respiración espontánea; ausencia de presión sanguínea y absoluta cesación de la actividad del cerebro, comprobada eléctricamente, y aún bajo estímulo.

Por su parte, Edmundo Gatti, en el trabajo que le hemos citado, recuerda que en la Reunión Internacional de Trasplantes, organizada en Ginebra, en 1968, por el Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, se determinó que la muerte, o sea, la abolición total e irreversible de las funciones cerebrales, ocurre cuando conjuntamente existe pérdida de toda vida de relación, arreflexia y atonía muscular totales, paralización de la respiración espontánea, desplome de la presión arterial en cuanto no es mantenida artificialmente y trazado encefalográfico lineal absoluto. Otras exigencias respecto a la muerte cerebral pueden verse en el trabajo de Terán Lomas publicado en Jurisprudencia Argentina del 6 de julio de 1977, antes recordado.

Por su parte, la Reglamentación de la ley admite la certificación del fallecimiento del dador, mediante la comprobación de los siguientes signos: ausencia total de respuestas de todo tipo a estímulos externos electroencefalográficos; ausencia de respiración espontánea con absoluta necesidad de respiración artificial; pupilas

fijas midriáticas o en posición intermedia; ausencia de reflejos óculo-cefálicos; pruebas calóricas vestibulares y prueba de la atropina.

Precisamente el último autor citado, en sus dos monografías sobre el tema, enumera ejemplos que demuestran cuán peligrosa es la posición adoptada por la ley.

Por mi parte, he recordado casos, como el del boxeador Lavorante, que estuvo en coma durante casi un año y el ocurrido en EE.UU. con Karen Anne Quinlan, quien cayó en estado de coma el 15 de abril de 1975, después de ingerir píldoras tranquilizantes y bebidas alcohólicas, permaneciendo en ese estado durante más de un año, conectada con un aparato respiratorio. Su familia solicitó a la justicia que se autorizara la desconexión de ese aparato a fin de que se permitiera "morir con dignidad", y la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey decidió el 31 de marzo de 1976 otorgarle a Karen Anne Quinlan su derecho a morir y que se desconectara el pulmón. Efectuado esto, la joven de 22 años continuó viviendo, en forma casi milagrosa, en un estado vegetativo crónico, suministrándosele antibióticos y siendo alimentada por vía intravenosa.

Pensamos que la persona no puede morir parcialmente y que la



muerte, como antítesis de la vida, es el resultado de un proceso total definitivo e irreversible, que pone punto final a todas las funciones vitales, pero no sólo a la cerebral, sino también a la respiratoria y cardíaca. Admitir lo contrario es admitir la ablación de un moribundo, es decir un homicidio, pues ya hemos sostenido que hasta el último minuto de vida hay un derecho inalienable a esta última. Además, la función cerebral es dependiente de la cardíaca y por algo, como nos lo destacó el Dr. Ave-lino Do Pico en las Sextas Jornadas Médico Legales y Criminológicas, efectuadas en San Miguel de Tucumán en abril de 1977, la propia ley de trasplantes incluye en el equipo que organiza el art. 21 a un cardiólogo.

No en vano, a pesar de la llamada muerte clínica, puede seguir viviendo el corazón, pues la muerte avanza en el organismo con lentitud y progresivamente (3 minutos para el cerebro, a veces 80 minutos para el corazón, horas para uñas y pelos, etc.), lapsos durante los cuales el sujeto ha podido superar su estado agónico, y no en vano el tiempo requerido para la inhumación responde a la necesidad de evitar inhumaciones prematuras en casos de muertes aparentes.

El art. 22 previene que se debe evitar toda mutilación no indispensable y se procurará reconstruir el cadáver en todo lo que fuere posible, en las intervenciones quirúrgicas que se efectúen y, el art. 23, prohíbe la ablación, aunque hubiere sido autorizada oportunamente por el donante en los casos de muerte violenta o en los que la autoridad competente disponga la ejecución de una autopsia. No obstante ello, puede efectuarse la ablación, cuando por la percepción exterior del cadáver, aparezca de manera manifiesta e indubitable la causa de la muerte y no se ponga en riesgo el resultado de la autopsia. Pero para esto se requerirá la previa autorización del juez que entiende en los hechos (art. 24).

El art. 27 prohíbe la realización de todo tipo de ablación por el profesional que haya atendido al fallecido, durante su última enfermedad y por los médicos que establecieron su

muerte; la comercialización de órganos y tejidos que conforman el cuerpo humano; la inducción o coacción al dador para que de respuesta afirmativa respecto a la cesión de sus órganos, aclarándose que el Consejo Médico, a estos efectos no se considera como una forma de inducción o coacción; los anuncios o publicidad relacionados con las actividades previstas por la ley, sin previa autorización de la autoridad sanitaria nacional.

Los artículos 28 al 34 integran el título X y lo que podríamos llamar la parte penal de la ley.

Así, el artículo 28 incrimina al que prometiére o efectuare donaciones, pagos, retribuciones, cesión de derechos o de servicios o compensaciones de cualquier especie, susceptibles de valor pecuniario para el dador o para terceros, incurriendo en la misma pena (6 meses a 5 años de prisión) quien reciba para sí o para terceros cualquiera de esos beneficios por la cesión de órganos o materiales anatómicos, propios o de terceros.

La violación de la prohibición del inciso 6 del art. 27, o sea la inducción o coacción al dador para que acepte ceder órganos, es sancionada con prisión de 6 meses a 5 años por el art. 29, que resguarda la libre voluntad de las partes y la legalidad de su consentimiento, tema al que nos hemos referido precedentemente. Se especifica así, aún más, una conducta respecto a la prevista por el art. 149 bis del Código Penal, que sanciona al que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otros a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

El fraude procesal sancionado por el art. 240 bis del Código Penal, tiene una figura calificada en el art. 30 de la ley de trasplantes, que reprime, también con prisión de 6 meses a 5 años, al que con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, a los fines de los art. 26 y 27 de esa ley, con el fin de inducir o engañar a una autoridad judicial, en el curso de una diligencia procesal o ante la inminencia de ella, cambiare o alterar maliciosamente el estado de cosas o personas y afirmar una falsedad o callare la ver-

dad en todo o en parte, en su informe ante la autoridad competente.

La pena se aumenta en un tercio cuando el cambio o alteración malicioso o el falso informe sean cometidos mediante soborno y, además, se impondrá al autor inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

El art. 31 prevee una serie de sanciones (suspensión de la habilitación que se hubiere acordado o clausura temporaria o definitiva, parcial o total, al servicio o establecimiento, y suspensión o inhabilitación de los equipos profesionales) para el caso de infracciones de carácter administrativo a las normas contenidas en la ley, sanciones que podrán ser dadas a publicidad en órganos periódicos locales, estableciéndose la naturaleza de las mismas, su causa, nombres y domicilio de los infractores.

Si la infracción fuere cometida por un establecimiento o servicio oficial, provincial o municipal (no se incluye a los nacionales) corresponderá la sanción de suspensión o inhabilitación de los equipos profesionales (art. 32).

El problema de la publicidad, que fue objeto de debida atención en las Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Criminología, efectuadas en Santa Fe, 1968, es asimismo controlado por el art. 33 de la ley, que impone la multa de \$100.000 a 1.000.000, que puede aumentarse hasta el decuplo en caso de reincidencia, a las direcciones o administraciones de guías, diarios, canales de televisión y demás medios que den curso a la publicidad de las actividades contenidas en esta legislación, sin la autorización correspondiente.

Respondiendo a la regla genética del art. 4 del Código Penal, en cuanto hace aplicable las disposiciones de la parte general del mismo a las leyes penales especiales que no dispusieran lo contrario, el art. 34 de la ley 21.541 dispone que las acciones y penalidades previstas en su art. 30 prescribirán conforme a lo dispuesto por los art. 59 y siguiente de la ley de fondo. En cuanto a las sanciones establecidas en el art. 31, prescribirán a los dos años y la prescripción

se interrumpirá por los actos de procedimiento administrativos o judiciales o por la comisión de cualquier otra infracción.

No obstante que la Exposición de Motivos señala la preocupación que se ha tenido en lograr la coherencia y compatibilidad de las prohibiciones y penalidades impuestas con las ya existentes en nuestra legislación penal y administrativa, Bernardo Jorge Rodríguez Palma, Stella Maris Martínez y Luis Fernando Niño indican una cantidad de normas cuya posible transgresión no encuentra sanción alguna por ejemplo, las de los artículos 12, 13, 21, 23, 24, 25 y 27 inc. a. Los citados autores formulan acertadas críticas al título penal de la ley y proponen un nuevo texto para los artículos 26 y 27, cuando debería hacerlo con los artículos 24 y 25.¹⁹

El aspecto procesal está contemplado por los artículos 35 y 38. En el primero de ellos se ordena sumario con audiencia de prueba y defensa de los presuntos infractores, como paso previo para que la autoridad sanitaria nacional pueda sancionar las infracciones de carácter administrativas a esta ley y sus reglamentos.

La reglamentación establece, a este respecto, que se dará vista de las actuaciones al imputado por el término de cinco días hábiles para que efectúe su defensa y ofrezca pruebas, acompañando la documental y, sustanciada la prueba, se dictará resolución en el plazo de veinte días hábiles.

Estos plazos son perentorios y prorrogables sólo por razones de distancia.

Pero este art. 35 le da carácter de plena prueba a las constancias del acta que se labrará al verificarse la infracción, lo que merece iguales críticas que por tal motivo se han formulado al valor probatorio de las actas de infracciones contravencionales, no obstante que la norma que

comentamos permite que el acta en cuestión pueda ser enervada por otras pruebas.

El art. 36 permite interponer recursos contra las decisiones administrativas que dicte la autoridad sanitaria nacional, la que está autorizada por los artículos 39 al 41 a efectuar inspecciones y pedidos, a disponer la intervención provisoria de los servicios y establecimientos, a secuestrar elementos probatorios, a clausurar total o parcialmente estos establecimientos, a suspender los actos médicos contemplados por esta ley, a requerir el auxilio de la fuerza pública y a solicitar órdenes de allanamiento de los jueces competentes.

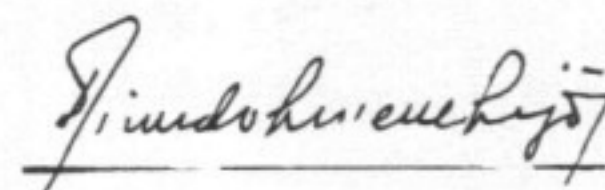
Al cumplirse 23 años desde que se efectuaron los primeros trasplantes de riñón en seres humanos en Boston, EE.UU. y 10 años de vida de un trasplante de corazón —el plazo es más extenso en esta materia— y cuando la técnica nos muestra actualmente los trasplantes cardíacos “en doble”, es decir, que el corazón injertado es puesto al lado del corazón del paciente, la Argentina logra al fin su ley de trasplantes que tantos postuláramos y que se “justifican sobre la base del concepto fundamental ético, según el cual, para la medicina, la ley y la religión ha de tratar de salvarse la vida por cualquier medio lícito de que se disponga”.²⁰

Aunque aquélla no permite que se efectúe el trasplante de un órgano único en un dador que no haya sufrido cuanto menos la muerte cerebral, lo cierto es que no sanciona la infracción a tal prohibición, dejando sin duda librada la misma a las previsiones del Código Penal. Pero si en tal caso, como hemos visto, se cometería el delito de homicidio, pensamos que habría sido oportuno agregar un artículo a la ley que comentamos, amplificadorio o modificatorio de la de fondo, que contemple, cuanto menos, el homicidio eu-

tánico —que si no todos, abarcaría la mayor parte de los casos que provocan la aplicación de trasplantes—. Olvidado esto por las últimas reformas del Código Penal (leyes 17.567 y 21.338), no obstante que fuera previsto por los Proyectos de Reforma de 1937 y 1941, 1953 y 1960.

Sin poder discutir la total necesidad y grandes ventajas de haberse regulado jurídicamente el tema, cabe ahora esperar que la puesta en práctica de la ley permita mejorar las normas comentadas, conforme lo indique la experiencia, y corregir las omisiones y defectos señalados en este tema tan importante desde los puntos de vista religioso, científico, filosófico y jurídico, como es el del paso de la vida a la muerte ■

²⁰ Juan José Boretti, *Precisaciones médicas sobre trasplantes de órganos*, en Diario La Ley de 8 de julio de 1977.



Dr. Ricardo Levene (hijo)

Profesor Titular de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología en las Universidades de Buenos Aires, Salvador, Católica de la Plata y John F. Kennedy. Miembro honorario de Universidades Nacionales y Extranjeras en las que ha dictado varios cursos y conferencias.

Autor de numerosas publicaciones sobre su especialidad. Perteneció al Poder Ejecutivo Judicial en todos sus grados hasta el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.