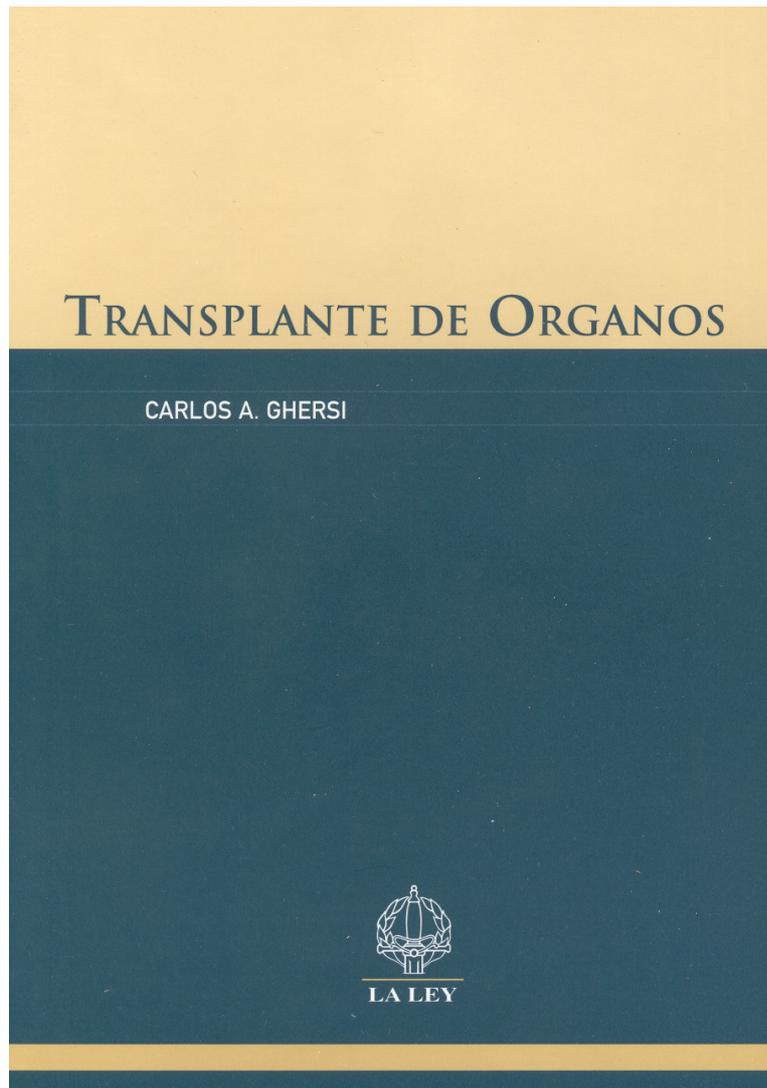


Transplante de órganos

Por
Carlos A. Gherzi.



**Fondo Editorial de
Derecho y
Economía.**

Buenos Aires.

**Primera edición:
2003.**

**Este material
es de uso
exclusivamente
didáctico**

INDICE GENERAL

PRESENTACION

Consideraciones psicológicas
por José E. MILMANIENE

I. Introducción.....	1
II. Los bloques psicológicos del donante.....	1
III. La base de la negación en un profundo narcisismo y falta de solidaridad social y libertad.....	4
IV. La esperanza en la condición humana del otro.....	5
V. Los procesos de culturización son el instrumento adecuado para el acto solidario de la donación.....	6

CAPITULO I

Los derechos personalísimos
por Carlos A. GHERSI

I. Introducción.....	9
II. Los derechos personalísimos y la disposición del propio cuerpo.....	11
III. El ejercicio del derecho personalísimo de disposición del propio cuerpo en la Ley de Transplantes.....	15
IV. El derecho personalísimo de disposición del cadáver.....	17
V. Conclusiones.....	18

CAPITULO II

La responsabilidad del Estado y los
funcionarios públicos en la Ley de Transplantes de Órganos
24.193 por Graciela LOVECE

I. Introducción.....	21
II. La responsabilidad del Estado.....	22
III. El ejercicio de la función pública.....	25
IV. El art. 1112. La conducta prescripta y la responsabilidad patrimonial.....	26
V. El escalafón administrativo y el deber de vigilancia.....	27
VI. La Ley de Transplante y la función pública de organización sanitaria.....	28
VII. La actividad de la autoridad sanitaria.....	32
VIII. La responsabilidad patrimonial del funcionario.....	35
IX Las penalidades y el ejercicio de la función pública.....	35
X El deber de repetición del Estado.....	36
XI. Prescripción de la acción de reparación.....	37
XII. Conclusiones: El rol del Estado, los funcionarios públicos y la legitimidad sanitaria del sistema de ablación y transplante de órganos.....	37

CAPITULO III

El deber de información a donantes y receptores
por Celia WEINGARTEN

I. Introducción.....	39
II. Los requisitos específicos ala información en la Ley de Transplantes.....	40
III. Eficacia jurídica del consentimiento.....	44
IV. Responsabilidad por falta de información.....	45

CAPITULO IV

Los actos de disposición de órganos o materiales

anatómicos provenientes de personas vivas
por Celia WEINGARTEN

I. Introducción.....	47
II. La capacidad del dador.....	48
III. El ejercicio personalísimo de disposición corporal del dador no puede ser sustituido.....	50
IV. El problema de los insanos, emancipados, inhabilitados y penados.....	50
V. Capacidad del Receptor.....	52
VI. Receptores legitimados para recibir órganos o materiales anatómicos de una ablación in vivo.....	53
VII. El Transplante de Médula Ósea.....	55
VIII. Necesidad del transplante. Criterio de evaluación científica.....	56
IX La gratuidad del acto dispositivo de dación de órganos y materiales anatómicos.....	59

CAPITULO IV

De los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos cadavéricos
por Manuel CUIÑAS RODRIGUEZ

I. Introducción.....	61
II. Fin de la existencia de la persona.....	61
III. Naturaleza jurídica del cadáver.....	65
IV. Análisis de las normas involucrada.....	71

APENDICE NORMATIVO

Ley 24.193.....	89
Decreto 512/1995.....	89

CAPÍTULO III

EL DEBER DE INFORMACIÓN A DONANTES y RECEPTORES

POR CELIA WEINGARTEN

SUMARIO: I. Introducción. II. Los requisitos específicos a la información en la Ley de Transplantes. III. Eficacia jurídica del consentimiento. IV. Responsabilidad por falta de información.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores conquistas de los últimos tiempos es la consagración del derecho de información. Se trata de un derecho personalísimo, que se incardina en el marco más amplio de la libertad del individuo que tiene una significación instrumental pues a través de ella se posibilita el ejercicio de otros derechos estrechamente conectadas entre si, a punto tal que es imposible imaginar la vigencia de alguna de ellas sin el previo aseguramiento del derecho a la información.

Basta pensar como a través de la vulneración de este derecho se atenta contra otros ideales o valores esenciales del hombre, que involucran distintos derechos de los pacientes, también de índole personalísimo, como son su salud, el derecho a la disposición del propio cuerpo, de decidir su vida, el derecho a una muerte digna etc., aspectos éstos que eran ignorados por nuestro Código, que casi exclusivamente se ocupaba de los derechos en torno del patrimonio.

Es así que durante décadas el ejercicio de la medicina se desarrolló en base a una relación autoritaria, en la que el paciente, atento a la falta de conocimiento científico y frente a la situación dominante del profesional, debía someterse casi ciegamente a su criterio. Tal criterio de imposición de prácticas médicas se encontraba avalado, entre otras razones, en el hecho de considerar que la actuación médica -siempre guiada por un principio de beneficencia basado en el juramento hipocrático-, habría de ser más beneficiosa para el paciente.

En la actualidad nos hallamos frente a un cambio fundamental en el modelo relacional medico-paciente, en tanto comienzan a considerarse nuevos elementos que anteriormente no eran tenidos en cuenta, tales como el respeto a la voluntad del paciente, y su derecho fundamental a estar informado sobre su proceso de salud, tratamientos, riesgos, etc.

Esta nueva formulación del vínculo favorece la atenuación del desequilibrio tratando de reducir la asimetría o dominación profesional en base a un esquema comunicacional en el cual no solo es tenida en cuenta la opinión del médico. Se va así modificando el rol del enfermo que deja de ser un sujeto pasivo para transformarse en uno más dinámico, haciéndose hincapié en su integralidad como ser humano.

La Constitución Nacional reformada de 1994¹ y la Ley de Salud 153, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, han amparado y protegido ese derecho.

La información se convierte en un elemento de fundamental importancia para el comportamiento que debe asumir el paciente y su seguridad psicobio-física, que a través del conocimiento de los beneficios y riesgos de dañosidad que una terapéutica presenta, lo colocara en mejores condiciones de efectuar una decisión mas reflexiva y razonada. Van así apareciendo dos derechos fundamentales: la información y la decisión².

II. LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA INFORMACIÓN EN LA LEY DE TRANSPLANTES

¹ Art. 42 Constitución Nacional: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección ya condiciones de trato equitativo y digno".

² CASTAÑO RESTREPO-WEINGARTEN-LOVECE-GHERSI "Contrato médico y consentimiento informado", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.

En actos de tanta trascendencia como son la ablación de un órgano o la realización de un trasplante, resulta vital la libre decisión del individuo, y para ello se requiere de una información adecuada y eficiente acerca de las consecuencias que tales actos producen en la salud del dador y receptor.

Por tal motivo, la ley ha impuesto requisitos muy concretos en cuanto al contenido de la información, la manifestación externa o forma del acto, el plazo condicional del acto de decisión, y los sujetos activos y pasivos de la r información. A ellos nos abocaremos seguidamente.

II.1. Contenido de la información: Advertencia de riesgos

Tanto dador como receptor deben conocer la naturaleza y los riesgos que la operación de ablación o implante puede producir, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente puedan resultar para el receptor (art. 13).

Por riesgos deben entenderse aquellos efectos adversos, directos o colaterales, que razonablemente y de acuerdo a los conocimientos científicos puedan presentarse, es decir, los que con cierto grado de probabilidad ocurren según el curso normal y ordinario de las cosas (art. 901, Código Civil), en este tipo de intervenciones quirúrgicas.

Otro aspecto que si bien no es mencionado en la ley; es lo atinente a la información acerca de las consecuencias que resultarían de la no realización del trasplante, lo cual contribuiría a una mejor toma de decisión del paciente.

En este sentido, el decreto 208 del año 2001, que reglamenta la ley 153 de Salud de la Ciudad de Buenos Aires establece que para el caso de rechazo de tratamiento, deberá explicarse al paciente las consecuencias de su decisión de no recibir o interrumpir el tratamiento³. Consideramos aplicable esta norma por vía analógica.

Un punto de importancia es que la ley de trasplantes incluye no solo la información de las secuelas físicas resultantes, sino también las que pueden producirse en el plano psíquico, pero desafortunadamente no se prevé el asesoramiento y apoyo psiquiátrico como lo hacía el proyecto original.

Otro aspecto es "la comprensión del significado de la información" para que el dador y el receptor puedan hacer una reflexión lógica del acto a realizar y una evaluación de sus consecuencias. Para ello deberá poseer un grado de madurez o instrucción que le permita realizar este proceso mental o lo que los americanos denominan, "la condición de razonabilidad" que obviamente depende de cada sujeto en sí mismo y no se puede establecer una medida objetiva.

Para facilitar este proceso, es imprescindible que la información sea "suficiente, clara y adaptado al nivel cultural del paciente", (art. 13) y como ya nuestra Corte lo había señalado⁴.

La información es un proceso de interacción entre sujetos que codifican y decodifican mensajes, de allí que el facultativo deberá considerar en la transmisión de la información las limitaciones del receptor en la comprensión científica⁵, para que de este modo tenga la posibilidad de decidir si asume o no el riesgo de dañosidad que la ejecución de la terapéutica pueda implicar⁶.

La información tampoco debe ser excesiva que no permita advertir los riesgos más importantes. Cuando hay sobrecarga de información, también se afecta el discernimiento en razón de verse el individuo imposibilitado de decodificarla correctamente, produciendo idéntico efecto que la falta de información. El proceso lógico de razonamiento se bloquea e impide la adecuada reflexión,

³ Art.40 inc. h, dec. 208 reglamentario de la ley Básica de Salud 153: "El profesional que solicite el consentimiento informado de su paciente para la realización de estudios y tratamientos, previo a ello deberá brindarle información respecto a los estudios o tratamientos específicos, riesgos significativos asociados y posibilidades previsibles de evolución. También se le deberá informar la existencia de otras opciones de atención o tratamientos significativos si las hubiere".

⁴ SC Buenos Aires, 1993/02116, "Kaspar C. Sanatorio Mitre", K 24 XXIV:

⁵ En forma similar lo dispone el art. 40, inc. d) del Dec. 208, "Dicha información oral o escrita, será provista de manera clara y veraz y deberá brindarse conforme a las posibilidades de comprensión del asistido".

⁶ ABRIL, Gonzalo, "Teoría General de la Información", Ed. Cátedra, Madrid, 1997.

obstaculizándose el proceso decisorio del acto, tomándolo nulo⁷.

Será en función de estas características que podrá evaluarse el grado de cumplimiento o incumplimiento de este deber informativo (arts. 740 y 742, Cód. Civil), en orden a establecer la responsabilidad del facultativo⁸.

II. 2. Manifestaciones externas o forma del acto

La manifestación externa -requerida por el art. 913- posee en la ley de transplantes una forma específica.

Dispone el art. 13 y su decreto 512/95 que de la información proporcionada así como la decisión del paciente, conjuntamente con la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, se dejara constancia documentada en un acta que deberá ser suscripta por el dador, el receptor y por el médico informante. Dichas actas deberán ser asentadas por orden cronológico en un libro previamente foliado y rubricado por la autoridad jurisdiccional.

Este aspecto está relacionado con la prueba, ya que la información es un resultado en sí mismo, que debe ser probado por el facultativo y por escrito. Es decir, la carga de la prueba corresponde al médico pues exigir que el paciente deba probar la ausencia de información, convertiría a dicha prueba de imposible producción ya que se trata de un hecho negativo y sabido es que estos solo pueden ser probados a través de hechos positivos. En cambio para el médico es un hecho positivo, que puede ser probado a través de los registros que la ley impone. Por otra parte, y siguiendo el criterio dominante en materia de prueba, todo aquel que alega un hecho, debe probarlo (art. 377, Cód. Procesal).

II. 3. Plazo condicional del acto de decisión

El lapso que debe transcurrir entre la recepción de la información y la operación respectiva no podrá ser inferior a 48 horas. Se trata de un "plazo de meditación", ya que la ley prevé en el art. 15 la posibilidad de arrepentimiento hasta el momento mismo de la operación. En este sentido el Proyecto establecía un período más amplio de siete días.

Si se tratara de un acto de ablación a un menor de 18 años sus representantes legales podrán también revocar su decisión.

La revocación del acto dispositivo del dador no genera obligación alguna (art. 15). La finalidad de la norma es, como señala Cifuentes, la de proteger la esfera personalísima e intangible de la persona, reconociendo la libertad final decisoria sin ningún tipo de consecuencias. Sin embargo destaca el autor que pese a que esta decisión siempre debe ser respetada, el paciente no puede quedar eximido de afrontar las erogaciones efectuadas por el equipo de transplantes, o por las instituciones asistenciales comprometidas, posición que compartimos.

En contra, Rabinovich considera que el donante podrá arrepentirse hasta el último instante, sin que ello pueda acarrearle perjuicios. Aunque se arrepienta, y el receptor o sus familiares no tendrán contra el dador acción alguna, como así tampoco contra los médicos o el establecimiento asistencia⁹.

II. 4. Sujeto activo de la información

La norma indica que la información debe ser cumplida por los Jefes y Subjefes de los equipos, como asimismo por los profesionales indicados en el art. 3°, es decir por todos aquellos que intervendrán en la operación quirúrgica, requisito que nos parece un tanto excesivo, ya que hubiese

⁷ LOVECE, Graciela, "El daño por el exceso de información y la responsabilidad empresarial", en "Daños. Globalización-Estado-Economía", Weingarten Celia-Gherzi Carlos Directores, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

⁸ FROSINI, Vittorio, "Derechos humanos y Bioética", p. 143, (Derechos del enfermo y sociedad civil), Ed. Temis S.A., Bogotá, 1997.

⁹ RABINOVICH, Ricardo D., "Régimen de Transplantes de órganos y materiales anatómicos". Ley 24.193, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

sido suficiente con indicar al Jefe del equipo y ante su ausencia, el Subjefe¹⁰.

II. 5 Sujetos pasivos de la información

Expresa el art. 13 que la información deberá brindarse "a cada paciente y su grupo familiar en el orden y condiciones que establece el art. 21".

Por razones de protección a la persona, el legislador ha querido rodear al acto con requisitos de mayor rigor, sin embargo pensamos que por tratarse de un derecho personalísimo del que únicamente el dador o receptor puede disponer, estos podrían oponerse a que la información sea brindada a otras personas por violar su intimidad, salvo, claro está, que el receptor sea un incapaz o que carezca de la aptitud o idoneidad suficiente para comprender la importancia de la intervención y sus consecuencias¹¹.

El art. 13, tercer párrafo, expresa: "De ser incapaz el receptor, o el dador en el caso de trasplante de médula ósea, la información prevista en este artículo deberá ser dada, además, a su representante legal". Por tener el trasplante de médula ósea una regulación diferente, el tema será desarrollado más adelante.

III. EFICACIA JURÍCA DEL CONSENTIMIENTO

La ley se refiere en varios de sus tramos, al consentimiento, cuando en realidad se trata de un asentimiento.

En primer lugar, porque en un sentido jurídico el consentimiento implica una situación de igualdad científica de las partes contratantes y de libertad de elección del que el paciente carece.

No obstante a la sustancial modificación en el paradigma médico-paciente, que han sido fundantes de un nuevo modelo relacional, esto no revierte la posición dominante del profesional en el marco contractual.

Los límites de la comprensión, su ignorancia científica y los efectos de la enfermedad toman vulnerable al paciente y son verdaderos obstáculos que cercenan su libertad de elección e inhiben su capacidad volitiva y racional.

El carácter asimétrico de la relación se encuentra enfatizado además por otros factores tanto intrínsecos como extrínsecos y en la cual las diferencias culturales y lingüísticas acentúan aun más la dependencia y vulnerabilidad del paciente.

Esta desigualdad técnico científica coloca en una situación de poder al profesional ya que es el único con la capacidad de dirección y control de la relación existiendo por tanto una dominación científica respecto del paciente que resulta insoslayable.

El paciente no se encuentra en condiciones de consentir, porque los elementos componentes del acto voluntario, el discernimiento, la intención y la libertad se ven afectados, tan solo presta un asentimiento dentro del marco de un contrato de adhesión, y por ende su eficacia jurídica es limitada, especialmente cuando se la pretende imponer como una exigente de responsabilidad¹².

La realidad es que el médico propone un tratamiento y el paciente al no estar científicamente capacitado para comprender el contenido del contrato y tomar decisiones, tan sólo se limita a someterse o no al tratamiento que ha propuesto como el más adecuado.

De manera que en un primer plano de análisis, tenemos que el objetivo de la información es el de dotar al paciente de los elementos necesarios para que pueda asentir o no al eventual riesgo de dañosidad del tratamiento propuesto, y esto último con limitaciones.

En un segundo análisis, debe considerarse de que el hecho de que el paciente conozca y asuma los

¹⁰ En este sentido lo establece el dec. 208, art. 4" inc. g: "Cuando intervenga un equipo de salud tanto en casos de atención ambulatoria o de internación, se informara al paciente el nombre y apellido de todos sus integrantes, así como el del principal comunicador. En caso de ausencia de este último, deberá designarse un profesional en su reemplazo."

¹¹ FROSSINI, Vittorio, "Derechos humanos y bioética", p. 93 (Los derechos de los deficientes o lisiados), Ed. Temis S.A., Bogotá, 1997.

¹² Linden Allen M. Canadian Tort Law, Ed. Butterworths, Toronto and Vancouver, 1993. p. 65: "El consentimiento no puede sostenerse cuando exista una posición de debilidad relativa que interfiera con el libre deseo de la persona. Allí donde opere una relación de dependencia no ecuánime en los poderes respectivos de las partes y de la superioridad del más fuerte sobre el más débil, el consentimiento no es genuino. Esta situación de poder se presume en la relación médico paciente".

riesgos no garantiza per se que esta terapéutica elegida por el profesional sea la científicamente aconsejable, por lo que el médico deberá superar además, el control científico de su actuación.

Acorde con ello, cuando el paciente presta su asentimiento a esta intervención quirúrgica, ello no significa la convalidación del mismo y queda abierta la posibilidad de revisar el contenido del contrato. Es decir, no opera como condición de licitud o eximente de responsabilidad del acto médico.

En ese caso, para eximirse de responsabilidad, el facultativo deberá acreditar que ha actuado en forma diligente e idónea y con adecuado fundamento científico. Fundamentalmente exige la demostración que la terapéutica utilizada no ha sido arbitraria y que dentro de la discrecionalidad científica del que goza y las variables científicas que dispone, ha optado por aquella que cuenta con una mayor idoneidad objetiva", en función de la patología, las circunstancias particulares del enfermo y el desarrollo evolutivo de la medicina.

IV. RESPONSABILIDAD POR FALTA DE INFORMACIÓN

Admitida la existencia de un deber legal de informar por parte del equipo médico, su ausencia o su cumplimiento defectuoso son de por si violatorios de tal obligación.

Debemos en primer lugar caracterizar y delimitar la ausencia de información, de toda otra situación, vg. información insuficiente o defectuosa, la que puede dar lugar a responsabilidad, pero fecundando otro u otros supuestos distintos, ya que conceptualmente son situaciones diferentes.

Siendo la información una herramienta esencial para el comportamiento que debe asumir el paciente, su ausencia lo coloca en una situación de riesgo, por lo cual estimamos que constituye un nuevo factor objetivo de atribución autónomo de responsabilidad.

Este incumplimiento se vincula por un lado con la agresión o violación al supremo derecho personalísimo a la información de "situaciones riesgosas", (en el derecho angloamericano se lo denomina *buttery*), y por el otro con el derecho personalísimo que es el de la "integridad psicofísica del ser humano"¹³.

Esta situación de omisión o ausencia de información, ellos la diferencian netamente de la deficiente información, en donde hay una situación de prevención al médico, y la califican como negligencia¹⁴, es decir dentro del campo de la culpabilidad, que en nuestro ordenamiento jurídico quedaría encuadrado en los arts. 512 y 520 del Código Civil.

¹³ Pauline, Lesage, Jarjaura, Jean, Lessard, Suzanne, Philis NaateDs, "Elements de respansabilite civile medicale", Les editians Y van Blais Inc, Quebec, 1985, p. 110; Allen M. Linden. "Canadian Tart Law", Ed. Butterwarths. Taranta and Vancauver, 1993. p. 72.

¹⁴ Halushka y, Uniyersity of Saskarchewan, 53 D.R.L. (2d) 436.