



Poder Judicial



PENAYO, NELIDA RAMONA S/ AUTORIZACION JUDICIAL

21-02968156-9

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 7ma. Nom.

N°548

T°108

F°420

Rosario, 05/06/23

Y VISTOS: Estos autos caratulados “PENAYO, Nélica Ramona sobre AUTORIZACION JUDICIAL”, CUIJ 21-02968156-9, de los que resulta que:

A fs. 12/20 se presenta Nélica Ramona Penayo, con patrocinio letrado, solicitando autorización judicial para concretar la ablación de un riñón suyo en beneficio del sr. Julio David Wischñevsky, dado que reviste el carácter de donante vivo no relacionado.

Alega que carecen del vínculo parental que fija la Ley de Ablación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, razón por la cual requiere la autorización de un juez.

En su relato de los hechos la interesada afirma que fue pareja del sr. Wischñevsky en el año 1999, tienen un hijo en común y que luego de la separación forjaron una profunda amistad.

Expresa que conoce la patología que padece el eventual receptor -Insuficiencia Renal Crónica-, como también su actual estado de salud y que su situación le produce mucha angustia, por lo que luego de conversarlo y evaluar todas las consecuencias, le manifestó su intención de ser su donante.

Resalta que fue informada por los médicos sobre los posibles riesgos y efectos adversos y que el único sentimiento que la motiva a llevar a cabo este acto, es darle a su amigo y padre de su hijo una mejor calidad de vida, sin diálisis y contribuir a mejorar su salud.

Indica que se ha realizado los estudios de rigor y la evaluación pre-transplante, los cuales acreditan que se encuentra en perfectas condiciones de salud y no cuenta con ningún impedimento para donar.

Manifiesta que desea profundamente realizar este acto y presta su consentimiento informado libre y voluntario, de conformidad con lo prescripto por el art. 19 de la ley

citada.

Considera que se encuentran reunidos los extremos legales que permiten la admisibilidad de la acción y la vía intentada resulta idónea.

Cita jurisprudencia y doctrina en apoyo de su pretensión, se ampara en las normas referidas precedentemente y los postulados constitucionales y ofrece prueba instrumental.

A fs. 21 el tribunal proveyó el comparendo y, en orden a las facultades otorgadas por el art. 21 CPCC, dispuso el trámite previsto por el art. 67 de la Ley 27.447, requiriendo la intervención del Equipo Interdisciplinario y del Consultorio Médico Forense.

A fs. 24 y 26 la actora ofreció prueba testimonial y a fs. 27 se fijó fecha de audiencia, a la que comparecieron la donante, el receptor, el Ministerio Público, dos médicos forenses, una psicóloga, una asistente social y un especialista en nefrología, como también los testigos propuestos.

A fs. 30/31 obra el dictamen presentado por el Equipo Interdisciplinario y a fs. 33 se agrega el dictamen de la médica forense y el médico psiquiatra.

A fs. 48 contestó la vista el Agente Fiscal; razón por la cual, no existiendo escritos sueltos pendientes de agregación según se informa en autos, quedan los presentes en condiciones de resolver.

Y CONSIDERANDO: 1. La sra. Penayo solicita autorización judicial para concretar la ablación de un riñón suyo a los fines de serle implantado al sr. Wischñevsky mediante intervención quirúrgica a realizarse por el equipo médico del Sanatorio Parque.

A la postulación se le ha impreso el trámite previsto en el art. 67 de la ley 27.447. El trámite se desarrolló, de consiguiente, a la luz de la citada normativa según puede verse en los vistos de la presente.

2. El art. 22 de la ley 27.447 (ex art. 15 de la ley 24.193), en lo que aquí concierne, prescribe: “Sólo estará permitida la ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien puede 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,



Poder Judicial

conforme la normativa vigente. En todos los casos es indispensable el dictamen favorable de los profesionales a cargo de la realización del trasplante”.

Al no encontrarse en el elenco de donantes vivos relacionados previsto en la norma transcripta, la sra. Penayo solicita una autorización judicial que la emplace como donante con sustento en lo normado, entre otros preceptos, en el art. 67 de la ley 27.447.

Este Tribunal comparte el criterio que han sentado otros órganos jurisdiccionales del país en casos análogos en el sentido que, concurriendo determinadas circunstancias, es válido acudir al órgano jurisdiccional en procura de obtener la autorización solicitada y también que es lícita la dispensa que el Tribunal de justicia otorga en esa coyuntura.

Así se ha dicho que "concordantemente con lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia aplicable en la materia, cuando el art. 15 prevé que sólo estará permitida la ablación con fines de trasplante en los casos que taxativamente menciona (el texto utiliza el término únicamente) lo hace refiriéndose a aquéllos casos en que el contralor y el procedimiento está a cargo, y se realiza, por ante la autoridad jurisdiccional administrativa...Es por lo expuesto que, fuera de los casos previstos por el art. 15 de la ley 24.193 sujeto a la jurisdicción administrativa el pedido de autorización de una ablación e implantación de órganos entre sujetos vivos, debe ser tratada en sede judicial, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, a saber: gratuidad del acto, acto voluntario del dador, el consentimiento informado del dador y el receptor y las especificaciones médicas". (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).

Otro Tribunal salteño ha sostenido que "la donación de órganos entre personas vivas no relacionadas por un determinado parentesco es un acto que puede autorizarse mediante el procedimiento judicial previsto en el art. 56 de la ley 24.193, siempre que revista carácter extrapatrimonial. Con esta expresión el legislador ha querido significar que la ablación e implante de órganos no debe ser una operación lucrativa para el

donante; por lo que si se demuestra que sólo se trata de una liberalidad, de un gesto solidario que no ofende la moral ni el orden público...los magistrados no pueden imponer su autoridad por encima de la voluntad de las personas. Esto lo dispone el art. 19 de la Constitución nacional" (C.C. y Com., Salta, Sala II, 21.6.2004, in re "Yañez, José y otro", LLNOA 2005 (febrero), 345, cita on line: AR/JUR/4127/2004, voto dr. Alfredo Amerisse).

Esa compatibilización entre las dos normas (arts. 15 y 56 de la ley 24.193 -hoy arts. 22 y 67 de la ley 27.447-), encuentra también apoyo en el pensamiento del director del equipo interdisciplinario redactor del proyecto de la anterior ley de transplantes y relator de sus conclusiones dr. Ricardo David Rabinovich, cuando al comentar el artículo 56 afirma que "la extensa fórmula del principio de este precepto alude sin dudas a la característica pretensión destinada a obtener permiso judicial para donar in vivo un órgano o material anatómico fuera de los límites del art. 15, sobre la base de las garantías constitucionales a que antes hemos hecho referencia, y encabalgándose sobre la corriente jurisprudencial propicia que rige desde antigua data" (autor citado, "Régimen de transplante de órganos y materiales anatómicos", Bs. As., 1994, Depalma, p. 118).

Sobre tal plataforma jurídica, no es irrazonable concluir entonces que el art. 67 (anterior art. 56) ha sido establecido, entre otros fines, para canalizar planteos formulados por quienes no se encuentran en el elenco delineado por el art. 22 (anterior art. 15), norma ésta última destinada a regir en el ámbito administrativo. O, en otros términos, que no obstante la aparente prohibición absoluta que prevé el art. 22, los mismos legisladores no han cerrado completamente la posibilidad de donación entre vivos no relacionados siempre que sean autorizados judicialmente previo control de ciertos requisitos.

2.1. No puede pasarse por alto que el más alto Tribunal del país, al conocer en el sonado caso "Saguir y Dib, Claudia Graciela" (Fallos 302:1284), hizo notar que el art. 13 de la ley 21.451 (similar, aunque más restringido, al art. 15 de la ley 24.193) no prohíbe suplir la ausencia del requisito de la edad por la venia judicial y, de tal guisa y por los demás fundamentos que desgranó, brindó autorización para la ablación del riñón de una menor a los fines de ser implantado en su hermano quien padecía una insuficiencia renal



Poder Judicial

crónica.

Entonces (como ha sostenido otro tribunal de este fuero), siguiendo el mismo criterio hermenéutico de la Corte nacional, es suplantable por la autorización judicial la falta de relación parental prevista anterior el art. 15 de la ley 24.193 (Juzg. de 1º Inst. de Dist. C. y Com. Ros., N° 18, sent. N° 1591, 14.8.2008, in re "O., A. L. s. Autorización para ser donante de órganos").

Es que, como sostuvieron los integrantes de la Corte de aquél momento, "La norma específica (art. 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 255:360; 258:75; 281: 146; causa "Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza" del 31 de julio de 1980 Rev. La Ley, T. 112, p. 709; Fallos 116:13; 146:687, fallo 28.856, T. 1980D, p. 394)("Saguir y Dib", citados).

2.2. Desde otra perspectiva se ha sostenido que "En una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupa un lugar prioritario y central, dicha dignidad "exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí..., todo ello en la medida en que no perjudique a terceros (ni afecte al bien común) la intimidad o privacidad (el "right of privacy" de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad.", Bidart Campos, Germán J. - Herrendorf, Daniel H. "Principios Derechos Humanos y Garantías", p. 169 y sigts., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991; Sagüés, Néstor Pedro, "Dignidad de la persona e ideología constitucional", en JA, 30/11/94" (Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 3 de Mar del Plata, "R., I. B. y B., M. D.", 06.06.1995, LLBA 1995, 847, cita online: AR/JUR/3764/1995).

Y también que "La mencionada "autonomía", constituye asimismo uno de los

principios bioéticos de reconocimiento universal (juntamente con los principios de beneficencia y justicia), derivándose de dicha autonomía la denominada regla del consentimiento informado o esclarecido, de modo que aquí se conjuga la autonomía personal, de raigambre constitucional, y pleno reconocimiento en nuestro derecho vigente, con el principio bioético de igual denominación" (Ibídem).

2.3. Analizando la cuestión desde otro ángulo, parecería que en la actualidad las razones que llevaron a establecer la limitante del art. 22 (anterior art. 15) se reducen a tratar de evitar el "comercio de órganos", pues el avance de la ciencia médica en los últimos años, concretamente en orden a los estudios de histocompatibilidad y al descubrimiento de drogas para mitigar los rechazos, han terminado por relativizar la otra razón justificativa de la norma que no fue otra que tratar de evitar sacrificios inútiles frente a la alta posibilidad de rechazos.

Sobre el tópico explica Cifuentes que "las dificultades y gran cantidad de fracasos del primer tiempo, con fallecimiento de trasplantados, desalentó esta práctica médica. Pero ella en la década del '80 resurgió con nuevos bríos y redobladas esperanzas. Varios fueron los factores que confluyeron. No sólo el adelanto en dicha técnica quirúrgica, sino también el mayor conocimiento del sistema de inmunidad del cuerpo humano, código HLA (de leucocitos antígenos humanos), lo que permite encontrar semejanzas entre dador y receptor, mejorando la recepción sin contrarreacción...Se informaba en 1983 que, gracias a ello, el 80% de los trasplantados de riñón lograron sobrevivir. Antes de la cyclosporina se computaba sólo el 50% y, un informe del nombrado Dr. Shumway de la Universidad de Stanford señaló que, a partir de 1980, no se había producido ningún caso de rechazo, clínicamente diagnosticado, en trasplantes de corazón" (Cifuentes, Santos, "Trasplantes entre personas no autorizadas por la ley", J.A. 1995IV, ps. 237 y sig.).

En la misma orientación se sostiene que "el viejo argumento que se oponía a la ampliación (de posibles donantes) basándose en los problemas de compatibilidad, está hoy muy desactualizado por la existencia de técnicas como el crossmatch y la inmunosupresión o inmunodepresión" (Rabinovich, op. cit. p. 47; en el mismo sentido Sagarna, Fernando



Poder Judicial

Alfredo, "Los trasplantes de órganos en el derecho", Bs. As., 1996, Depalma, ps. 162/163).

Como fluye de lo expuesto, en la actualidad la motivación de la norma debe buscarse exclusivamente en tratar de evitar el comercio en esta materia. Así, el citado Rabinovich recuerda que "el proyecto original proponía suprimir todo límite a la donación entre vivos, en lo atinente a la vinculación entre dador y receptor. Pero muchos médicos consultados se opusieron por considerar que tal liberación fomentaría el comercio de órganos, repudiado por unanimidad, y manifestaron no creer que el Poder Judicial fuese capaz de descubrirlo y castigarlo. De hecho, varios diputados lisa y llanamente propusieron suprimir este tipo de donación y limitar la ley a la donación cadavérica. Por fin se llegó a esta fórmula transaccional, que amplía el marco del art. 13 de la ley " (op. cit. p. 47).

De allí que, comprobada que fuera la ausencia de cualquier interés lucrativo por menor que fuese, la norma quedaría huérfana de contenido en cuanto al fin que con ella se persiguió y, de esa suerte, una solución que, inspirada exclusivamente en la limitante del art. 15 (hoy art. 22) denegara la dispensa, aparecería descalificable porque se apoyaría en un excesivo rigor formal frente al cúmulo de derechos de la más alta raigambre que se encuentran comprometidos.

No se soslaya que se han elevado voces de prestigiosos autores en contra de la posibilidad de conceder estas dispensas judiciales (Bueres, Alberto J. (dir.) Rivera Julio César "Dación de órganos entre vivos ¿Interpretación o apartamiento de la ley" L.L. 1984B, 188), pero también se tiene en cuenta que, al menos en lo que hace a las razones de histocompatibilidad y eventuales rechazos, ese trabajo fue confeccionado a principios de la década del '80, época en la cual los avances de la ciencia médica que se han reseñado recién comenzaban a aflorar, según lo expone Cifuentes en su artículo.

En su oportunidad, la propia ley 24.193 amplió el elenco de dadores a sujetos no relacionados por vínculos de parentesco consanguíneo. "En el esquema actual, el criterio ya no surge de la compatibilidad sino de la relación afectiva, que para ciertas

vinculaciones se presume, y que aventaría el temor de la existencia de una compraventa. Así, no se hace diferencia entre el parentesco consanguíneo y el adoptivo, y se acepta la dación al cónyuge sin necesidad de mediar circunstancias de excepción. Igualmente, se asimila el concubinato estable al matrimonio a los efectos de este precepto, reduciendo en un año el plazo de convivencia requerido cuando, por la presencia de hijos comunes, se puede presumir que los lazos de la pareja se han reforzado" (Rabinovich, op. cit., p. 48).

Actualmente, la ley 27.747 amplió aún más el espectro, por cuanto, en su artículo 22 refiere a "una persona con quien mantiene una unión convivencial", sin establecer límite temporal alguno.

No puede dejar de destacarse que, más allá de las limitaciones existentes, lo cierto es que la actual normativa busca avanzar en materia de trasplante de órganos, generando un nuevo ámbito que permita "optimizar los mecanismos de los que disponemos, articulándolos adecuadamente para poder lograr generar una conciencia universal solidaria en la que todos decidamos libremente registrar nuestra voluntad de donantes" (Proyecto de ley, Comisión de Salud, senador Mario R. Fiad).

Asimismo, puede leerse en la intervención que le cupo al senador Juan C. Marino "El presente proyecto se funda en la necesidad imperiosa de lograr un cambio paradigmático respecto a la donación de órganos en nuestro país. Se basa en tres pilares: aumentar la cantidad de donantes, instar a una mejor y mayor capacitación de los profesionales intervinientes: médicos, enfermeros, asistentes; y la inclusión de un representante del Defensor del Pueblo dentro del directorio del INCUCAI").

3. Estimándose viable el planteo de autorización corresponde analizar puntualmente el caso traído a decisión.

Nélida Ramona Penayo, de 50 años de edad, trabaja como profesora de Yoga en su domicilio particular y también como manicura a domicilio y vive con su hijo Lautaro Wischñevsky de 20 años de edad, estudiante de la carrera de Diseño de Software.

En el año 1998 formó pareja con el sr. Wischñevsky, convivieron, y de esa unión nació su hijo Lautaro. Luego de su separación como pareja, continuó una relación de



Poder Judicial

amistad entre ellos y un afectuoso vínculo, razón por la cual solicita autorización para la ablación de un riñón y su implante al sr. Julio Wischñevsky, de 48 años de edad, desde el año 2016 en pareja y con Cecilia Verónica Espinosa, empleado de la Municipalidad de Rosario.

Wischñevsky padece una insuficiencia renal crónica originada por una Vasculitis (enfermedad auto-inmune), que lo obliga a hemodializarse en forma permanente y le fue indicado el trasplante por sus médicos tratantes. Se encuentra incluido en la "Lista de Espera para Trasplante Renal" según informe del INCUCAI de fs. 2 en el que puede leerse "habiendo concluido todos los estudios y exámenes médicos de la evaluación pretrasplante órgano/tejidos requeridos, y como resultado de dicha evaluación, el dr. Jose Luis Sgrosso de la institución Sanatorio Parque ha considerado APTO PARA TRASPLANTE al paciente Julio David Wischñevsky, DNI 24.282.180...el organismo jurisdiccional CUDAIIO, responsable de la inscripción, tomó intervención en la fiscalización de los procesos administrativos y certifica que se han cumplido con todos los requerimientos médicos y legales...El potencial receptor Julio David Wischñevsky, DNI 24.282.180, queda inscripto en LISTA DE ESPERA PARA TRASPLANTE RENAL...".

Donante y receptor se han realizado los estudios pertinentes de histocompatibilidad con resultado favorable (fs. 4).

4. La mirada del Tribunal, conforme con la legislación aplicable, jurisprudencia y doctrina elaborada sobre la materia, debe recaer sobre cuatro aspectos: gratuidad del acto, acto voluntario del dador, consentimiento informado de dador y receptor y especificaciones médicas, anticipando que, tal como lo pone de manifiesto el fiscal interviniente en su dictamen de fs. 35, se encuentran satisfechos tales extremos.

4.1. La gratuidad del acto.

La ley de trasplante establece la gratuidad como requisito *sine qua non* del acto dispositivo de dación de órganos que configura un acto jurídico extrapatrimonial unilateral, gratuidad que protege mediante la tipificación de un delito penal (Capítulo XI

"De las penas).

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.

En el "sub lite", las declaraciones testimoniales de los compañeros de trabajo del sr. Wischñevsky, sres. Gerardo Francisco Rodriguez y Walter Javier Alfonso, dan cuenta del lazo de afecto y amistad que une a la donante y al receptor, por cuanto, estas personas son conocedoras de la relación que mantienen los ex concubinos.

Además, las declaraciones de la dadora, del receptor y de los testigos citados rendidas en la precitada audiencia no permiten siquiera presumir un interés de lucro.

Es de resaltar que la audiencia de marras se llevó a cabo con la presencia del Fiscal dr. Facundo A. Paschetto, la asistente social de estos Tribunales María Alejandra Di Pompo, los médicos Forenses dres. Gustavo Adolfo Cordero y Carolina Alejandra Nagel, el especialista en nefrología dr. Claudio Marcelo Alonso, la psicóloga Lic. Carina Alejandra Biglieri, el abogado patrocinante dr. José Spitale, la Secretaria de este Juzgado dra. Lorena A. González y el suscripto.

En la misma fueron ampliamente interrogados los testigos, donante y receptor, no sólo por el suscripto sino también los demás intervinientes, sin que pudiera vislumbrarse otro móvil que no fuera la solidaridad en el ánimo de la donante.

A la luz de esos elementos puede sostenerse que son la amistad y la solidaridad los motores que mueven la decisión de la sra. Penayo, muy probablemente porque el trato cotidiano y la conciencia de ver sufrir al otro, la alientan a tratar de terminar con ese estado



Poder Judicial

de cosas y, además, prolongar la vida de quien fuera su pareja, padre de su hijo y actualmente un amigo, como así lo considera. Resulta esclarecedora en tal sentido la declaración de Penayo cuando manifiesta “tener intención de donar uno de sus riñones a fin de que el padre de su hijo esté saludable” (fs. 28).

A este sentimiento de amistad que puede entreverse entre los aquí involucrados y que, como expresó Penayo, es un sentimiento noble, puro, altruista y solidario para con “Julio”, no puede dejar de adicionársele, que se trata del padre de su hijo y que, como también refiriera en más de una oportunidad, su decisión de donarle el riñón “era porque quería que su hijo tenga padre por más tiempo”.

Desde este último enfoque es que debe resumirse la mirada del caso pues se trata, a criterio de este Tribunal, de un expreso acto de amor de una madre hacia con su hijo, siendo este vínculo el lazo afectivo más poderoso que existe y que, naturalmente, resulta más que suficiente para comprender las motivaciones y sentimientos que subyacen en el discurso de la sra. Penayo.

Reflexionando, por último, sobre la limitación del art. 22 y las relaciones interpersonales, se me ocurre pensar que muchas veces, quizás, un primo hermano, que estaría autorizado sin trámite judicial alguno, puede tener mucho menor significación vital que un amigo -o como en el caso, una ex pareja- a lo largo de los años.

En función de todo lo expuesto cabe concluir que los elementos colectados son suficientes para formar convicción sobre el motivo altruista, la solidaridad que lo funda y la gratuidad del acto.

4.2. Acto voluntario del dador.

De acuerdo a las constancias de la causa, la decisión de la actora, cristalizada en el acto de donar, ha sido adoptada con discernimiento, intención y libertad (art. 260 CCC), no atisbándose en el procedimiento llevado a cabo ningún indicio de inducción o coacción a que alude el art. 40 inc. d) ley 27.447.

Cabe añadir a ello que en el dictamen elaborado por los Médicos Forenses

Cordero y Nagel agregado a fs. 33 se lee: "...que no existen impedimentos en salud mental que interfieran en comprender los alcances del acto a realizar, gozando de pleno uso de sus facultades mentales para decidir la donación de un órgano a su ex-pareja”.

Por su parte, en el dictamen elaborado por el Equipo Interdisciplinario agregado a fs. 30/31 sobre la entrevista realizada a la sra. Penayo se lee: “...es su deseo donarle el órgano porque considera que está donando vida y manifiesta que 'ojala todos pudieran hacer algo así, que es como donar vida”.

Seguidamente la Lic. en Trabajo Social y la psicóloga expresaron que “la entrevistada está parcialmente consciente sobre los riesgos y tiempos de recuperación. A nuestro parecer desconoce algunos aspectos relevantes de los que debería estar informada previo a su decisión como: los orígenes de la enfermedad de su ex pareja, si su hijo podría heredar esta enfermedad...”

Cabe resaltar que esta consideración efectuada por el Equipo Interdisciplinario, no puede llevar a la negativa a la hora de decidir sobre la autorización solicitada desde que en la audiencia referida la sra. Penayo respondió ante el Tribunal que había sido informada sobre los riesgos que el tratamiento implica y los médicos forenses -uno de ellos especialista en psiquiatría-, ha señalado que la sra. Penayo no tiene ningún impedimento para comprender los alcances del acto a realizar,

De todos modos, es menester destacar que es deber de los profesionales médicos tratantes reiterar acabadamente la información brindada a la donante sobre los posibles riesgos, secuelas evolución y posibles complicaciones del acto que pretende llevar a cabo, como también, recordarle que hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica cuenta con la facultar de revocar el consentimiento brindado para la ablación (art. 27 ley 27.477).

4.3. Consentimiento informado.

De las constancias de autos se desprende que la dadora ha prestado su consentimiento para la realización del tratamiento de trasplante renal manifestando en ese acto que ha sido informada y se le ha explicado claramente sobre los riesgos que se pudieren presentar (fs. 11).



Poder Judicial

De la misma manera se manifestó en la audiencia llevada a cabo ante en Tribunal en la que, como se dijo, participaron los forenses, el médico tratante, la asistente social y la psicóloga.

Por otra parte, la dadora se encuentra en pleno conocimiento de que puede revocar su consentimiento a la ablación hasta el mismo instante de la intervención, sin que ello le genere obligación de ninguna clase.

Se cumplimenta, de tal forma, la información prevista en el art. 17 de la ley 27.447.

4.4. Especificaciones médicas.

La enfermedad que padece Wischñevsky , insuficiencia renal crónica provocada por Vasculitis y el tratamiento de hemodiálisis al que se encuentra sometido, aparecen con el informe obrante a fs. 3, como por la declaración del dr. Alonso -médico tratante-.

La necesidad del trasplante, además de los elementos referenciados, viene confirmada por la inscripción en la Lista de Espera para Trasplante Renal e informe del INCUCAI que ya se ha citado en la presente.

Con las constancias incorporadas a fs. 4 se encontraría demostrada la compatibilidad entre donante y receptor.

De todas formas, la realización de los estudios, exámenes y análisis prequirúrgicos que sean necesarios para llevar adelante la operación es 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 de la ley 27.447, quedando todos los aspectos médicos bajo responsabilidad exclusiva del equipo profesional que intervenga.

5. Por estimar que son de una vigencia innegable en los presentes, se cree oportuno recordar los conceptos vertidos por el dr. Malamud en un caso de similares aristas al presente en cuanto sostuvo: “Un trasplante de riñón es necesario a B. para restaurar su salud, mejorando además la calidad de su vida, y, aún, para conservarla.

Aunque se encuentra inscripto a ese propósito en el respectivo registro del Incucaí, las perspectivas de recibir un riñón cadavérico son escasas. Que, aunque lo fueran en menor medida, es sin dudas preferible el de una persona viva, comprobadamente sana, y en el acto de una operación programada y preparada sin los apremios derivados de la limitada conservación útil (no mayor a unas horas) de una víscera ya privada de los flujos vitales del organismo humano.

Practicándose todos los exámenes previos de rigor sobre el estado clínico de la dadora, no se escrutan amenazas sobre su salud. Confirmándose lo decidido, además, se permitiría a ella llevar a la práctica su designio altruista, de lo que, de otro modo, quedaría impedida. Y, por añadidura, desinsaculando a B. de la lista de espera de órganos cadavéricos, en beneficio de otro receptor (aún ignoto), quien podría verosímilmente llegar hasta la muerte en dicha lista.

Esto es, no salvándose sólo una vida, sino quizá dos. Se salvaría la iniquidad con que enfrenta el enfermo su mal, por la sola y fortuita "razón" por llamarla de algún modo de no poder recibir un riñón de aquellos de sus familiares englobados en las previsiones del art. 15, valladar que no existe en el caso de otros dolientes de su mismo mal. Se consagraría entonces un acto valeroso de solidaridad humana, en que no se atisba, ni remotamente, un comportamiento desalentado por las leyes, como pudiera ser afrontarlo por una remuneración en dinero u otra compensación pecuniaria" (C.1a.Civil y Com. San Isidro, Sala II, 21.2.2006, "Snidero de Pietrobon, Teresa B.", L.L.B.A. 2006, 299, cita on line: AR/JUR/41/2006).

Cabría preguntarse, por último, cuál sería el fundamento que podría impedir un acto que no afecta ni el orden, ni la moral pública, ni derechos ajenos, cuando el propio legislador, como se ha visto, ha dejado abierta la posibilidad de conceder dispensas arbitrando un procedimiento especial que, de otro modo, no justificaría su existencia.

En definitiva, como sostiene Cifuentes, el gesto viene a ser tan noble y el resultado tan grande, que no podría ser contrario a las virtudes y al derecho.

Por lo expuesto y derecho citado, RESUELVO: Hacer lugar a la petición formulada



Poder Judicial

en autos y, en consecuencia, conceder autorización judicial para la praxis médica consistente en la ablación de un órgano (riñón) a Nélida Ramona Penayo en el carácter de dadora, para su ulterior implante a Julio David Wischñevsky en el carácter de receptor, sin perjuicio del cumplimiento de todos los demás recaudos previstos en la ley 27.447 y normas reglamentarias por parte del equipo médico autorizado y responsable de los actos quirúrgicos pertinentes. Líbrense los despachos de rigor. Insértese y hágase saber.

DRA. LORENA A. GONZÁLEZ
Secretario

DR. MARCELO N. QUIROGA
Juez