

Citar Lexis N° 0003/800198

Género: Actualidad

Título: Actualidad en Derecho de Familia LNBA 2006-6

Autor: Villaverde, María S.

Fuente: LNBA 2006-6-701

DERECHO DE FAMILIA – 01) Generalidades

SUMARIO:

a) Actualidad jurisprudencial: 1. Trasplante de órganos: Solicitud de ablación de riñón con finalidad de trasplante entre personas vivas sin vínculo parental; 2. Divorcio vincular: Juicio de divorcio. Cónyuge insano. Legitimación del curador definitivo para actuar en nombre de su asistido. Causal objetiva (art. 214 inc. 2 CCiv.). Articulación entre los arts. 214 inc. 2 y 203 CCiv.– b) Actualidad normativa: Trasplantes de órganos y tejidos. "Donación presunta"

a) Actualidad jurisprudencial

1.– Trasplante de órganos (1) . Solicitud de ablación de riñón con finalidad de trasplante entre personas vivas (2) sin vínculo parental

En materia de trasplantes, en la causa "S. de P., T. B s/trasplante de órgano – ley 24193 ", la sala 2ª de la C. Civ. y Com. San Isidro, con voto que hará mayoría del Dr. Daniel Malamud, confirma el 21/2/2006 un fallo apelado que había autorizado la ablación de un riñón con finalidad de trasplante entre personas vivas sin vínculo parental.

Evolución legislativa

Prima facie, a fin de encuadrar normativamente el decisorio me he de referir brevemente a la evolución de la legislación específica sobre trasplantes de órganos y tejidos (3) : la primera ley nacional fue la 21541 (ALJA 1977-A-272), de mayo de 1997, que, con algunas modificaciones (ley 23464 [LA 1987-A-140], del 25/3/1987, y ley 23885 , del 11/1/1990, que crea el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante [INCUCAI.]), rigió hasta el 26/4/1993, en que fue reemplazada por la ley 24193 (decreto reglamentario 512/1995 (nota)<FD 45000230 [4]>), modificada por la ley 25281 (LA 2000-C-3124), del 2/8/2000, y recientemente por la ley 26066 (5) , del 22/12/2005.

Desde la primera ley siempre se mantuvo, para las donaciones de órganos entre vivos, la restricción derivada del vínculo, biológico o jurídico, entre dador y receptor. El proyecto original de la ley 24193 proponía suprimir todo límite, pero explica Rabinovich-Berkman (6) –autor citado reiteradamente en el voto que hará mayoría– que en la Comisión hubo cerrada oposición a ese criterio, invocándose que "tal liberación fomentaría el comercio de órganos. Varios legisladores y asesores dijeron no creer que los jueces pudiesen descubrir esos negocios para castigarlos, de habilitarse la donación irrestricta. No faltó quien propusiera directamente suprimir la ablación en vivo, dejando sólo la cadavérica. Finalmente, como fórmula transaccional, se amplió el marco de la ley 21541 (que había sido ya ensanchado por la ley 23464), pero las restricciones quedaron" (7) .

El art. 15 impide el "trasplante inter vivos" extraños, no unidos por algún tipo de parentesco. Se señala en el fallo reseñado que "Aparte del supuesto de trasplante de médula ósea (art. 13 párr. 4º ley 24193), el citado art. 15 ley 24193 solamente permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida y con fines de trasplante, sobre una persona capaz mayor de 18 años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona con quien, sin ser su cónyuge, conviva en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida, lapso a reducir al de dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos".

La restricción resultante del texto legislativo vigente coloca en la necesidad de recurrir a la justicia a quienes desean, por solidaridad o afecto, donar un órgano a una persona a la que no les une ninguno de los vínculos reconocidos por la ley. Así, en el caso apelado por el fiscal ante la C. 1ª Civ. y Com. San Isidro la Sra. S. de P. había sido autorizada judicialmente en primera instancia para que se practicara la ablación de uno de sus riñones con objeto de implantarlo en la persona del Sr. S. B., inscripto en el Registro Nacional de Insuficiencia Renal Crónica Terminal, del INCUCAI., sometido a tratamiento de diálisis y con quien la dadora no se hallaba genéticamente relacionada. El apelante invoca la improponibilidad de la acción por no hallarse la actora encuadrada en los supuestos previstos por el art. 15, la falta de urgencia médica y la inexistencia de daño permanente e irreparable en la salud del receptor durante la espera de un órgano cadavérico –razones que no habrán de ser compartidas por la Cámara en su decisorio–.

Antecedentes jurisprudenciales

Enunciaré en forma ordenada los antecedentes jurisprudenciales (8) a que ha dado lugar el texto del precepto mencionado, citados además con sus respectivos comentarios en el voto del juez Daniel Malamud:

- i) "C., M. I.", sentencia del Juzg. Civ. y Com. Rosario, sala 13ª, 9/5/1983, juez: Omar U. Barbero, firme, quien autorizó el trasplante entre personas que carecían de todo vínculo de parentesco (LL 1984–B–192, anotada por Bueres, A. J. y Rivera, J. C.; Zeus 32–J–360, con nota de Carrillo, H. G.; ED 135–547, con nota de Bidart Campos, G. J. También comentada por Ricciardi de Depetris, T. M., "A propósito de un comentario a fallo", Zeus 34–J–31).
- ii) "H., C.", sentencia de la C. Nac. Civ., sala H, 2/4/1989, que rechazó la autorización solicitada para efectuar un trasplante entre concubinos, supuesto permitido actualmente por la Ley de Trasplantes (art. 15 párr. 1º ley 24193) (LL 1991–B–294, con nota de Vidal Taquini, C. H.). Advértase que éste es el único precedente publicado que rechazó el trasplante entre personas no familiares.
- iii) "R., I. B. y otro s/amparo", sentencia del Juzg. Crim. y Corr. Mar del Plata, n. 3, juez: Pedro F. Hooft, firme, 6/6/1995, que autorizó el trasplante entre cónyuges divorciados (ED 163–371; JA 1995–IV–234, con notas de Cifuentes, S. y Morello, A. M.).
- iv) "V., A. E.", sentencia del Juzg. Fed. Lomas de Zamora, n. 3, 1/2/1995, que autorizó el trasplante entre una persona y la esposa de su primo hermano (primos no consanguíneos) (LL 1996–B–226; y JA 1997–II–295, con comentario de Sagarna, Fernando A., "Trasplantes inter vivos entre personas no autorizadas por la ley: donación de un órgano entre primos no consanguíneos. La tarea de los jueces: levantar el horizonte actual").
- v) "Sánchez, Isidro s/amparo" (también publicado como "S., I. A."), fallo del Juzg. Crim. y Corr. Mar del Plata, n. 3, juez: Pedro F. Hooft, 26/6/1996, que autorizó el trasplante entre medio hermanos de un mismo padre no reconocidos (LLBA 1997–385, con nota de Eduardo Tinant, Luis; y JA 1997–I–315, con nota de Di

Lella, Pedro; LLBA 1995–847; ED 173–104; cita: MJD308, Sagarna, Fernando A., "Trasplantes de órganos inter vivos entre medio hermanos de un mismo padre no reconocidos por éste").

En este caso el magistrado acogió la pretensión, resolviendo, ante la posesión de estado familiar, hacer lugar a la acción de amparo promovida por el potencial receptor, declarando que no existía obstáculo jurídico a la ablación de un órgano –riñón– al medio hermano (por parte del padre del accionante), en el carácter de dador, para su ulterior implante al actor, paciente receptor.

vi) "S., F. M.", Juz. Nac. Civ., n. 83, 11/1/2001 (LL 2002–B–123; DJ 2002–1–476, Travieso, Juan A., "Colección de análisis jurisprudencial. Derechos humanos y garantías", p. 79). El juez de primera instancia hizo lugar a la petición del defensor de menores, que, asumiendo la representación de un niño afectado por atresia de las vías biliares que requería con urgencia un trasplante hepático, solicitó autorización judicial para que se permitiera la donación de material anatómico a una persona que carecía del parentesco requerido por el art. 15 ley 24193.

vii) "Yañez, José A. y otro", C. Civ. y Com. Salta, sala 2ª, 21/6/2004, voto del Dr. Casermeiro (LLNOA, febrero de 2005, p. 345 y ss.). En este caso se revoca la sentencia en grado y se hace lugar a la autorización solicitada, a fin de que se permita realizar un trasplante hepático con donante vivo entre amigos. La donación de órganos para trasplante entre personas vivas no relacionadas por un determinado parentesco es un acto que puede autorizarse mediante el procedimiento judicial previsto en el art. 56 ley 24193, siempre que el mismo revista el carácter de extrapatrimonial (voto del Dr. Casermeiro). El Dr. Amerisse agregó 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 así el art. 19 CN. (LA 1995–A–26)".

Compatibilidad constitucional e interpretación extensiva de la restricción del art. 15 ley 24193

En la línea de la jurisprudencia que admite la interpretación extensiva del art. 15 ley 24193, la sala 2ª de la C. Civ. y Com. San Isidro resuelve confirmar la sentencia apelada, estableciendo que "mediando razonables controles de seguridad, riesgo, salubridad y compatibilidad, una donación de órganos entre personas vivas, aun más allá del parentesco establecido en la ley debe ser admitida, ya que no afecta ni el orden, ni la moral pública, ni derechos ajenos".

"Siendo que es deber de los jueces superar ápices formales con miras a la efectiva y plena realización de los valores protegidos por la Constitución", el juez preopinante cita en apoyo de su opinión –entre otros precedentes de la misma línea– el fallo del juez Hooft en el caso "R., I. B. y otro s/amparo", que autorizó el trasplante entre cónyuges divorciados en 1995, haciendo propio "el criterio de interpretación constitucional y legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" para efectuar una interpretación extensiva de la ley vigente: "...sin desconocer las palabras de la ley, debe darse preeminencia a su espíritu y a sus fines, al conjunto armónico del orden jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y con la jerarquía en que son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada solamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos incompatibles con aquellos principios axiológicos"; "...las soluciones notoriamente disvaliosas no se compadecen con el fin que deben cumplir la tarea legislativa y la judicial".

Concluye el magistrado que "Confirmándose lo decidido... 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".

Rechazo de los posibles fundamentos del requisito legal del vínculo parental

- i) Fomento del comercio de órganos y objeción fundada en la poca confianza en los tribunales para descubrir esos negocios.
- ii) Menor riesgo de rechazo entre personas de mayor compatibilidad genética.
- iii) La presunción de no justificarse el sacrificio sino entre personas ligadas por lazos objetivamente incuestionables.

Dichos fundamentos son "ajenos al caso", afirma el Dr. Malamud:

"Con el informe de las asistentes sociales, dictamen de los peritos psiquiatras, fotografías y testimonios ha quedado comprobado: a) la libre determinación de la Sra. S. de P. encaminada a cumplir su designio altruista a favor de B.; b) su `comportamiento caritativo`, que "luego de la adopción de sus hijos, germinó en ella la idea de transformarse en `donante' de un riñón", a partir de su experiencia personal frente a la muerte de su padre por insuficiencia renal: "...donar su riñón sería hacerle un homenaje a su padre" (según sus propios dichos en la audiencia del art. 56 inc. c ley 24193); "c) la solidez afectiva y el buen nivel educativo de ambos grupos familiares, siendo de destacar la actividad generosa que congrega a la dadora y al receptor (padrinazgo y asistencia a lejanas escuelas de frontera); d) además, ni una ni otra de las sendas familias atraviesa alguna situación de grave penuria económica, sin tampoco disfrutar de una fortuna cuantiosa".

Sobre el segundo argumento, el magistrado señala que es débil "en los casos de cónyuges o de quienes, sin serlo, conviven en relación cuasi conyugal, e incluso de parientes por adopción, todos ellos sin nexo genético entre sí". Por otra parte, se trata de "un problema soluble por la Medicina en cada caso, desactualizado por la existencia de modernas técnicas como el cross match y la inmunosupresión o inmunodepresión". Asimismo, en el caso, "las razones médicas que impiden la transferencia por incompatibilidad de la víscera de alguna de las personas a que se refiere el art. 15 ley 24193: por incompatibilidad en el caso de su hijo mayor, de enfermedad coronaria en el de su esposa, de resabios de hepatitis en el de su segundo hijo, de gestación en el de su hija –domiciliada en Europa, por añadidura–, de hemiplejia en el de su hermano, y de edad avanzada y salud deteriorada de sus primos" (informe de asistentes sociales).

Nota sobre competencia de los tribunales de familia bonaerenses, procedimiento y amparo

Obsérvese que el art. 827 inc. q CPCC. bonaerense enumera entre las materias de competencia de los tribunales de familia: "Toda cuestión que se suscite con posterioridad al deceso de un ser humano sobre disponibilidad de su cuerpo o alguno de sus órganos".

Por lo tanto, los tribunales de familia son competentes en lo referente a la inhumación y exhumación de cadáveres, quedando incluidos los conflictos originados en los trasplantes de órganos aunque como competencia residual, es decir, cuando la cuestión no derive de algún supuesto que merezca la intervención de la justicia penal (art. 22 ley 24193, reformada por las leyes 25281 y 26066).

Señalan Berizonce, Bermejo y Amendolara (9) que en los casos de menores (10) de edad sin padres –por la tutela que ejerce el Estado– deberá entender el juez minoril.

Sin embargo, a partir del texto del inc. q se dividen las opiniones sobre la competencia en el caso de ablación de donación de órganos entre vivos, porque el texto del precepto se refiere al trasplante posterior al

fallecimiento, dando lugar a interpretaciones que atribuyen la competencia al juez civil y comercial en el caso de la donación de órganos entre vivos.

Los autores mencionados argumentan, con fundamento en el inc. t del art. 827 (competencia de los tribunales de familia en "todo asunto relativo a la protección de las personas"), que conforme a una interpretación amplia del inc. q –"...que es seguramente lo que persiguió el legislador al crear un órgano especial con injerencia en los conflictos que hacen a los atributos mismos de las personas"– corresponde al fuero de familia todo lo vinculado con la disposición del cuerpo de las personas.

Sagarna (11) explica que el procedimiento establecido por la ley 24193 en los arts. 56 y 57 para las acciones tendientes a obtener una sentencia sobre cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos o tejidos rige en el ámbito nacional pero no en el provincial, porque cada provincia es competente para legislar sobre las leyes adjetivas aplicables a las leyes sustantivas (arts. 75 inc. 12 y 121 CN.). Agrega que el art. 58 Ley de Trasplantes confirma esta interpretación al invitar a las provincias a la sanción de normas similares a los arts. 56 y 57 ley 24193 en sus respectivas jurisdicciones.

Por ello, prosigue el mismo autor, Hooft en el caso "Sánchez" "sostiene que el procedimiento previsto en la Ley de Amparo es la vía idónea para estas cuestiones en las provincias que no tengan legislado uno especial, ya que el normado en la Ley de Trasplantes rige para la Ciudad de Buenos Aires. El mismo magistrado también lo había resuelto en este mismo sentido en una sentencia anterior" ("R., I. B. y otro s/amparo", 6/6/1995, ED 163–371; y JA 1995–IV–234, con notas de Cifuentes, S. y Morello, A. M.).

Tinant (12), comentando el fallo "Sánchez", ha destacado la operatividad del amparo en estos procesos: "Una interpretación procesal constitucional y legal finalista –guiada por principios filosóficos y bioéticos– ha configurado el presente iter iudiciae del Dr. Hooft, llevándole a asignar cabal operatividad a la garantía de amparo y consecuencias jurídicas al hecho de la posesión de estado familiar impetrados en pos de la praxis médica diagnosticada y consentida por el paciente y el donante del órgano, en claro reconocimiento de la dignidad esencial de todo ser humano".

2.– Divorcio vincular. Juicio de divorcio. Cónyuge insano. Legitimación del curador definitivo para actuar en nombre de su asistido. Causal objetiva (art. 214 inc. 2 CCiv.). Articulación entre los arts. 214 inc. 2 y 203 CCiv.

Resulta de especial interés en materia de divorcio vincular la sentencia dictada el 23/11/2005 por el Tribunal de Familia Quilmes, n. 1, en autos "B., N. C. v. N. de B., P. A. S.", en la que se resolvió que el curador oficial de alienados departamental puede peticionar el divorcio vincular de su asistido –invocando la causal objetiva, fundada en la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges por más de tres años prevista en el art. 214 inc. 2 CCiv.–, si la existencia de la ruptura matrimonial y la conveniencia de la acción promovida surge con nitidez de una situación fáctica –separación de los cónyuges anterior a la declaración de insania, formación de nuevas parejas y nacimiento de hijos de ambos esposos con sus nuevas parejas–.

i) Legitimación activa del curador definitivo en el juicio de divorcio: cuestión de orden público (art. 21 CCiv.)

La cuestión central y presupuesto de la acción deducida es la legitimación activa del curador definitivo para actuar en nombre de su asistido, en un proceso de divorcio.

A) Acción de divorcio: acto personalísimo. En primer lugar afirma el Dr. Meizner que en el derecho de familia especialmente algunos actos "no pueden ser celebrados sino con el concurso de la voluntad expresa y

personal del interesado y como los incapaces no pueden manifestar eficazmente tal voluntad, esos actos denominados personalísimos, no pueden por lo tanto ser celebrados válidamente de manera alguna...". Dado que a "la acción de divorcio se le reconoce el carácter de personalísima", no podría en principio "ser celebrado válidamente sin el concurso de la voluntad expresa de los interesados".

B) Interpretación sistemática y teleológica. Protección integral del incapaz. Ha de "tenerse primordialmente en cuenta el propósito fundamental de la institución vinculada a la declaración de insania y al nombramiento de un curador, como es la protección del incapaz en todos los aspectos materiales y espirituales de su vida, no sólo en lo que haga a la recuperación de su aptitud". Agrega que frente a la ley, "la tarea de los jueces consiste en buscar soluciones justas, llenando con su buen criterio, ordenando por los principios generales del derecho, las lagunas de las que adolezcan los textos legales".

C) Análisis de la conveniencia de la acción de divorcio para la defensa integral de los intereses del incapaz. Para ello resultan de singular relevancia las circunstancias de la situación actual de los esposos: "[el estado de situación] acredita per se la conveniencia de la acción promovida por el representante del incapaz: el insano, que se encuentra residiendo en el hogar geriátrico, ha experimentado progreso en su reinserción social a través de permisos de salida, con y sin el acompañamiento de su familia o de terceros y el debido contralor de su curador y el Ministerio Público; se encuentra manteniendo una relación sentimental con una mujer con quien ha tenido un hijo el día 24/10/2003. Por su parte, la esposa del actor –que ha incomparecido a estar a derecho en el expediente– ha concebido a un menor como un tercero, nacido el 26/1/2001".

Estos elementos "resultan suficientes como para considerar que la defensa integral de los intereses espirituales y materiales del incapaz se hallan vinculados a la finalización del vínculo conyugal, con las diversas consecuencias que ello implica en cuanto al caso del deber de cohabitación, disolución de la sociedad conyugal, pérdida recíproca del derecho hereditario".

D) Antecedente jurisprudencial y doctrina. C. Nac. Civ., sala F, 28/12/1998, "P. de L.", con voto del Dr. Gustavo Bossert: "...buena parte de la doctrina sin desconocer el carácter personalísimo de la acción de divorcio admite que sea promovida por el curador" (conf. Borda, "Familia", t. I, p. 531; Belluscio, "Derecho de Familia", t. III, n. 773; Spota, "Tratado de Derecho Civil", t. II, vol. II, n. 250; y Zannoni, "Derecho de Familia", t. II, n. 566).

ii) Reforma del Código Civil por la ley 23515 (LA 1987–A–250): introducción de la causal objetiva

Introducción como causal de disolución del vínculo matrimonial de la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años (art. 214 inc. 2 CCiv.), admitiéndose como suficiente el reconocimiento de dicha separación por el plazo legal para tenerla por acreditada (arts. 232 CCiv. y 840 CPCC.).

A) No voluntariedad de unirse. Cuando el referido art. 214 inc. 2 CCiv. alude a la no voluntariedad de unirse no se está caracterizando una separación necesariamente querida o aceptada por ambos esposos, sino que basta con que uno de ellos haya abdicado de la convivencia por circunstancias involuntarias o de fuerza mayor para que el elemento intencional presupuesto quede configurado.

Se destaca que la jurisprudencia puntualiza que "...pierde sustento cualquier cuestionamiento que se refiera a la inadmisibilidad de la causal objetiva por falta de capacidad civil de uno de los esposos, pues aunque la limitación en el discernimiento que ello presupone vede esa bilateral voluntariedad, ello no empece a la configuración de la causal..." (C. Nac. Civ., sala A, 11/12/1989, "S. N., S. v. H. de S. G.", ED 141–505).

B) Efecto de la falta de contestación de la esposa demandada (art. 840 CPCC. bonaerense). "Importa el reconocimiento de los hechos lícitos manifestados por la actora" en su presentación, "correspondiendo, en consecuencia, tener por cierta la separación de hecho sin voluntad de unirse del matrimonio" y hacer lugar al divorcio vincular.

C) Articulación entre los arts. 214 inc. 2 y 203 CCiv. En este sentido, el voto remite al fallo de la C. Nac. Civ. citado, en el que se sostuvo que "la separación por más de tres años confiere indiscutiblemente al marido la posibilidad de divorciarse de manera actual, con abstracción de la razón que originó ese antecedente fáctico o incluso que su cónyuge haya consentido la frustración que dicho distanciamiento implica para la óptica legal. Desde esta perspectiva no sería posible subordinar la vigencia de esta causal a la prevista en el art. 203 CCiv., toda vez que la separación puede estar sustentada en cualquier motivo, entre los cuales podrían darse los trastornos de conducta que hayan impedido la vida en común" (argumento que sólo podría ser intentado por el cónyuge sano, de conformidad con la redacción actual del precepto legal).

b) Actualidad normativa

Trasplantes de órganos y tejidos (13) . "Donación presunta"

La ley 26066, sanc. el 30/11/2005, promul. de hecho el 21/12/2005 y publ. en el B.O. del 22/12/2005, sustituye los arts. 1 , 13 , 19 , 20 , 21 , 22 , 27 inc. b, 44 incs. n y q, 45 y 62 e incorpora los arts. 19 bis y 19 ter a la ley 24193.

Merece mencionarse que tanto la ley 21541 como la 24193 mantuvieron el sistema del consentimiento expreso, susceptible de ser suplido, para las donaciones de órganos o material anatómico cadavérico. Por lo tanto, la decisión pertenecía a la persona, que la debía manifestar como acto de última voluntad. Esa voluntad expresada de conformidad con las formativas prescriptas normativamente debía ser respetada. En caso de silencio una serie de personas, a las que se presumía vinculadas afectivamente con el fallecido y en conocimiento de sus deseos sobre la cuestión, podían suplir esa falta de expresión. La ley 26066 , integrada por sólo dieciséis artículos, modifica dicho criterio mediante la adopción de un sistema que se ha denominado "donación presunta", y que parte de considerar que la ley estipula que la persona que no ha dejado una voluntad expresa o restrictiva manifiesta ha querido donar su cadáver.

El art. 5 incorpora a la ley 24193 como art. 19 bis el siguiente: "La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de 18 años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado".

Asimismo, el art. 4 sustituye al art. 19 ley 24193, estableciendo que el sujeto puede emitir una declaración de voluntad negando su donación, o restringiéndola a determinadas piezas anatómicas, o a una de las dos finalidades ofrecidas por la ley: la trasplantológica o la científica.

Otra novedad incorporada en el art. 19 ter es la facultad conferida al Ministerio Pupilar para disponer de los órganos y tejidos de los niños y niñas menores de 18 años en ausencia de los padres, o al representante legal.

Resulta de interés destacar el art. 14 ley 26066, en el que se establece que "El Ministerio de Salud y Ambiente deberá asegurar la provisión de los medicamentos y procedimientos terapéuticos necesarios que surjan como consecuencia de los trasplantes realizados en personas sin cobertura y carentes de recursos, conforme lo establezca la reglamentación de la ley".

Finalmente, obsérvese que en el art. 1 ley 26066 se ordena la sustitución en todo el texto de la ley 24193 de la expresión "material anatómico" por el término "tejidos", entendiéndose por tejidos al grupo de células destinadas a cumplir con una misma función biológica.

NOTAS:

(1) Competencia de los Tribunales Colegiados de Instancia Única del Fuero de Familia: art. 827 inc. q CPCC. Bs. As.: "Toda cuestión que se suscite con posterioridad al deceso del ser humano sobre disponibilidad de su cuerpo o alguno de sus órganos".

(2) Weingarten, Celia, "Los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas vivas", en Ghersi, Carlos, "Trasplante de órganos", 2003, Ed. La Ley, ps. 47/60.
Rabinovich–Berkman, Ricardo D., "Tribulaciones del socialismo orgánico. En torno al régimen de ablación cadavérica en la ley 26066 ", publ. en MicroJuris el 23/3/2006 (cita: MJD2863).

(3) Ley 26066 (LA 2006–A, fasc. 2, p. 3), B.O. del 22/12/2005: "Art. 1. Sustitúyese en todo el texto de la ley 24193 (LA 1993–A–27) la expresión `material anatómico' por el término `tejidos', entendiéndose por tejidos al grupo de células destinadas a cumplir con una misma función biológica".

(4) Decreto reglamentario 512/1995 , B.O. del 17/4/1995 (LA 1995–A–232), modificado por el decreto 1125/2000 (modificación de los arts. 2 y 18 del Anexo 1 del decreto 512/1995).

(5) Tanto la ley 21541 como la 24193 mantuvieron el consentimiento expreso, susceptible de ser suplido, en materia de donación cadavérica; por lo tanto, en principio, la decisión quedaba reservada a la persona, que la debía formular como acto de última voluntad, la cual debía ser respetada. En caso de silencio personas presumidas vinculadas afectivamente con el fallecido y conocedoras de sus deseos en la materia podían suplir esa falta de expresión, en un sentido o en el otro. La ley 26066 modificó este criterio, adoptando el denominado "de donación presunta", que parte de considerar que la ley prescribe que quien no ha dejado manifestación de su voluntad expresa o restrictiva ha querido donar su cadáver –es decir, que los órganos y tejidos del que no emitió esa declaración pueden ser extraídos y utilizados–. La ley 26066 sustituye los arts. 1 , 13 , 19 , 20 , 21 , 22 , 27 inc. b, 44 incs. n y q, 45 y 62 e incorpora los arts. 19 bis y 19 ter.

(6) Rabinovich–Berkman, Ricardo D., "Trasplantes, existencia y libertad: la donación de órganos entre personas `no relacionadas'" (cita: MJD2882, 18/4/2006).

(7) Bidart Campos, Germán, "¿Es razonable la limitación legal de la donación y trasplantes de órganos entre determinadas personas?", en ED 135–384. Cifuentes, Santos, "Trasplantes de órganos in vivo –otra oportunidad perdida–", en ED 153–890; del mismo autor, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", t. VIII, 1999, Ed. Astrea, p. 801. Sagarna, Fernando A., "Los trasplantes de órganos en el Derecho", 1996, Ed. Depalma, p. 163.

(8) Tener presente que no todos los fallos mencionados se dictaron hallándose vigente la ley 24193 (B.O. del 26/4/1993).

(9) Berizonce, Roberto O., Bermejo, Silvia P. y Amendolarea, Zulma A., "Tribunales y proceso de familia (ley 11453 , modificada por ley 12318)", Ed. Platense, ps. 94/95.

(10) Rabinovich–Berkman, Ricardo D., "Trasplantes, existencia y libertad: la donación de órganos entre

personas `no relacionadas'" cit.; cita: MJD2882, 18/4/2006.

(11) Sagarna, Fernando A., "Trasplantes de órganos inter vivos entre medio hermanos de un mismo padre no reconocidos por éste" cit.; cita: MJD308; del mismo autor, "Los trasplantes de órganos en el Derecho" cit., p. 321 y ss., "El procedimiento judicial especial de la ley 24193 de trasplantes de órganos y material anatómico" (JA 1995-IV-912) y "¿Qué proceso se emplea en cuestiones extrapatrimoniales sobre trasplantes de órganos?" (DJ 1996-2-1219).

(12) Tinant, Eduardo L., "Antología para una Bioética Jurídica", 2004, Ed. La Ley, ps. 92/94.

(13) Ver nota 3.

2006