

MEDICINA DE TRANSPLANTES Y RACIONALIDAD POLÍTICA: ¿presunción de oblación, o ablación de significados?¹

JOSÉ MARÍA TAU

(Universidad Nacional de La Plata)

RESUMEN

Este trabajo pretende contribuir a la reflexión sobre los alcances de una reforma introducida al texto de algunos artículos de la ley 24.193 por la Ley 26.066, que mereció apreciable cobertura mediática por haber incorporado al derecho positivo argentino el régimen de presunción del consentimiento en la extracción de órganos y tejidos post-mortem con fines de implante. Intentaremos señalar que la modificación involucra aspectos que, lamentablemente, fueron soslayados por los legisladores encargados de analizar el proyecto, centrándonos en principalmente en tres de ellos:

- a) Los interrogantes que plantea aquella presunción para el real ejercicio del derecho humano y personalísimo a disponer del cuerpo propio tras el fallecimiento;
- b) El significado de la incorporación del *xenotransplante*, es decir del transplante con tejidos no humanos;
- c) El nuevo rol asignado al Estado con la universalización de la cobertura gratuita de esta terapéutica, en el contexto de las obligaciones ya instituidas por la legislación reformada.

Partiremos del análisis de normas del derecho positivo en la convergencia de los discursos jurídico y bioético aunque la finalidad de esta reflexión es aportar al diálogo en una materia compleja y de fuertes implicancias para la ética social y la filosofía del derecho.

PALABRAS CLAVE: Transplante - Xenotransplante - Ley - Argentina - Bioética

ABSTRACT

This paper analyzes the scope of the legal reform of the former law 24,193, and its substitution for the law 26.066. This reform raised considerable media coverage, since it incorporated into the Argentinian positive law the presumed consent regarding organ and post-mortem tissue extraction with transplant purposes. I point out that the reform avoided a consideration of aspects such as: 1) The questions regarding the Human Right to have possession of the own body after death; 2) The meaning of a non human tissue transplant; 3) The new role of the state concerning the universal and gratuitous character of this therapeutic.

¹ El presente texto reproduce en lo esencial y amplía el contenido del titulado: "*Estado y medicina sustitutiva: entre el don y la coacción (a propósito de un proyecto de ley argentina que aspira a presumir consentimientos)*", nuestra comunicación en las IX° Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética, organizadas por la Asociación Argentina de Bioética y en la Ciudad de Buenos Aires el 11, 12 y 13 de noviembre 2004 y convocadas bajo el título "*Bioética, Salud y Ciudadanía social en el Siglo XXI*". Con modificaciones, fue publicado en la Revista Electrónica de Bioética N° 2 de esa Asociación, en marzo de 2006, con el título "*La Ley 26.066 y la procuración de órganos y tejidos para transplantes: el silencio... ¿es salud?*" (www.aabioetica.org).

KEY WORDS: Transplant - Xeno transplant - Law - Argentina - Bioethics

Introducción

Nos referiremos a una reforma introducida al texto de algunos artículos de la ley argentina 24.193¹ por la Ley 26.066, que mereció apreciable cobertura mediática por haber incorporado al derecho positivo argentino el régimen de presunción del consentimiento en la extracción de órganos y tejidos post-mortem con fines de implante.² Intentaremos señalar que la modificación involucra aspectos que, lamentablemente, fueron soslayados por los legisladores encargados de analizar el proyecto.

I – ¿Poder de la metáfora o metáfora del poder?

La medicina “*sustitutiva*” o “*permutativa*”,³ o su expresión más usual, los tratamientos transplantológicos, ofrece múltiples posibilidades de abordaje, pero si no se desiste de todo intento de fundamentación, o de esas pretensiones de universalidad y autorreflexividad esenciales en la filosofía moral, se coincidirá que cualquier acuerdo de validez para una ética cívica debe recorrer el camino argumentativo.⁴

Camino desde y hacia el lenguaje, que obliga a ceñirse a conceptos, para superar tanto el “emotivismo”, como el “facticismo social”.⁵

¹ Norma que originalmente tenía por título “*Ley de Transplantes de órganos y material anatómico humano*” y desde su promulgación (26/4/93) enmarca la práctica de la medicina transplantológica en nuestro país. Cuando este trabajo alude a la **legislación nacional de transplantes** se refiere a toda la normativa de nivel nacional, incluso la anterior derogada por dicha ley: el Decreto-Ley 21.541/77 (a él se refiere la expresión “*norma de facto*”) y las leyes N° 23.464 (B.O. 25/3/87) y N° 23.885 (B.O. 1/11/90) que habían modificado varios de sus artículos. Asimismo, la legislación modificatoria: la Ley 25.281 (B.O. 2/8/2000) que reformó sus artículos 22° y 27° inciso b) y le agregó un artículo 22 bis; y la Ley 25.392 (B. O. 10/1/01) que creó el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas.

² La ley 26.066 (sancionada por el Legislativo el 30 de noviembre, promulgada de hecho el 21 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial el 22 de diciembre de 2005) introdujo en el texto de la ley N° 24.193 distintas modificaciones: sustituyó íntegramente ocho de sus artículos (1, 13, 19, 20, 21, 22, 45 y 62), incorporó dos (19 bis y 19 ter), modificó el texto de otros dos (el inciso b) de artículo 27 y los incisos n) y q) del 44) y reemplazó una de las expresiones utilizadas a lo largo de todo su articulado (*materiales anatómicos* por “*tejidos*”), así como el título de la ley, que propiamente pasa a denominarse “*Transplantes de órganos, tejidos y células*”.

³ MAINETTI, José Alberto *Compendio Bioético*, Editorial Quirón, La Plata, 2000.

⁴ CORTINA, Adela *Diez palabras clave en filosofía política*, Verbo Divino, Estella, 1998 y *Ética sin Moral*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

⁵ BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. *Principios de ética biomédica*, cuarta edición, Editorial Masson, Barcelona, 1999. MALIANDI, Ricardo *Cultura y Conflicto*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1984. Idem: *Ética, conceptos y problemas*, Editorial Biblos,

Y quizá uno de los problemas más importante, para abordar esta temática desde una ética racional, es discernir y, eventualmente, compatibilizar los discursos, tarea supeditada a su vez a un necesario acuerdo semántico que pueda delimitar ciertos márgenes del lenguaje y relacionarlos incluso en una sociología del conocimiento.⁶

II.1.- En este nivel de análisis, la primera dificultad sería determinar qué involucra el vocablo “*transplantes*”, o si la metáfora botánica puede ser empleada con cierto rigor técnico, más allá de su uso coloquial o periodístico.⁷

En la práctica médica abarca una serie de acciones, muy complejas, que van mucho más allá de los actos quirúrgicos de exéresis o ablación e implante del órgano o tejido en el receptor; que difieren sustancialmente si aquéllos se realizan en una persona o en el cuerpo de un paciente fallecido y, en este último caso, si se trata de un “cadáver”, en el cual se ha *certificado* la muerte por cesación irreversible de la función cardiopulmonar, o un paciente en la Unidad de Terapia Intensiva al que se le ha *diagnosticado* neurológicamente la muerte, de acuerdo con los criterios técnicos y operativos establecidos por ley.⁸

Legalmente, esta cuestión semántica tampoco es menor. La palabra “*transplantes*” había sido utilizada por la norma reformada sólo en el título y cinco de sus 62° artículos, en los que la metáfora aludía, con cierta propiedad, a esa secuencia de acciones. En los demás artículos, la materia regulada y jurídicamente relevante, era y es el acto de disposición del órgano y material anatómico que habrá de ser objeto de ablación e implante y las condiciones técnicas para el ejercicio de estas prácticas médicas.

Pero cabe recordar que si estas acciones han merecido por parte de Derecho un “tratamiento” singular y una legislación específica (complementaria, en este punto, del Código Civil) *no es por una eventual complejidad*

Bs. As., 1991. Idem: *Volver a la razón*, Ed. Biblos, Bs. As., 1997.

⁶ LOLAS STEPKE, Fernando *Más Allá del Cuerpo*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997 y *Bioética y Antropología Médica*, Publica. Téc. Mediterráneo, Santiago de Chile, 2000.

⁷ PARENTE, Diego *Márgenes del Lenguaje-Metáfora y Conocimiento*, Ed. Suárez, Mar del Plata, 2002. LEOCATA, Francisco *Persona, Lenguaje, realidad*, Educa, Bs. As. 2003.

⁸ TAU, José M. *Aspectos Jurídicos y Éticos del Diagnóstico de Muerte*. Revista QUIRON, Volumen 30, N° 4, La Plata, 1999, p.14-22. Idem: “*Medicina Sustitutiva y Estado Procurador: El Derecho en Espera*”, en Lexis Nexis-Jurisprudencia Argentina, Número Especial-Bioética, Coordinador: Pedro Federico Hoofft, Bs. As. 19 de diciembre de 2001, 2ª parte, p. 36-46. Idem: *Bioética y Derecho para una forma de morir*, ponencia en el XVIIIº Congreso Internac. de Filosofía del Derecho y Filosofía Social de la Asoc. Internacional de Filosofía del Derecho, realizado en Bs. As. y La Plata del 10 al 15 de agosto de 1997, actas de la Asociación Argentina de Filosofía Práctica.

técnica de la cirugía, o su novedad, sino por el carácter personalísimo de esos derechos de disposición.^{9,10,11,12}

II.2.- Otro término sería “donación”: aunque habitual y de gran significación al momento de destacar el altruismo, la generosidad y gratuidad de la decisión de disponer en vida de partes del cuerpo, o para después de la muerte, en el mencionado Código la palabra alude a un contrato y la doctrina jurídica ha aclarado, hace tiempo, que tal disposición es un acto unilateral de carácter personalísimo,¹³ por lo que su uso en el contexto sanitario adquiere también carácter metafórico.¹⁴

“Potencial donante”, “donante” y “donante cadavérico” (con la incongruencia jurídica y semántica que acompaña esta expresión) se utilizan en el ámbito de la “procuración” para aludir a tres supuestos o momentos de esta actividad sanitaria compleja, definida como “el conjunto de actos médicos, legales y sociales que se desencadenan frente a la denuncia de un paciente fallecido potencial donante (PD) y concluyen, en el mejor de los casos, con la extracción quirúrgica de los órganos y tejidos que serán implantados en un receptor”.¹⁵

El artículo 3º de la nueva ley sustituyó el artículo 13º de la ley 24.193, norma clave y texto pionero en la legislación *biojurídica* nacional, que por analogía venía siendo utilizado a efectos de la aplicación de la regla del consentimiento informado ante la falta de una norma nacional expresa.¹⁶ Desafortunadamente también, para aludir a la “información” que deberá suministrarse a familiares, amigos o conocidos del paciente fallecido, haya o no expresado

⁹ GATTI, Edmundo *El cuerpo humano, el cadáver y los derechos reales (consideraciones con motivo de la llamada 'ley de transplantes')*, La Ley 1977-C-747

¹⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María “La relación entre la Bioética y el Derecho”, en Cuadernos del Programa Regional de Bioética, OPS/OMS, N° 1, septiembre de 1995, pp. 65-77.

¹¹ CIURO CALDANI, Miguel A. “Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del bioderecho”, en Bioética y Bioderecho, N° 1, Univ. Nac. de Rosario, Fundac. para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1996, p. 23-28.

¹² HOOFT, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos - Temas y Casos*, Ediciones Depalma, Bs. As. 1999.

¹³ SAGÜÉS, Néstor Pedro *Elementos de Derecho Constitucional*, 2^{da}. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, Tomo II, principalmente capítulo XVII, p. 33 y sig. por sus referencias a la Jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

¹⁴ CECCHETTO, Sergio “Tuyo, mío, nuestro” en *Doctrina Promiscua - ensayos sobre biomedicina, cultura y sociedad*, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2003, pp. 17-81.

¹⁵ TAU, José M. “Procuración de órganos para transplantes La Justicia en Lista de Espera” en *Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales*, Luis Guillermo Blanco (comp.), Ed. Universidad, Buenos Aires, 2002.

¹⁶ SIMON, Pablo *El consentimiento Informado - historia, teoría y práctica* Ed. Triacastela, Madrid, 2000.

su decisión en el nuevo contexto legal, incorporó en su último párrafo la expresión “*donante cadavérico*” (empleada asimismo en el mensaje de elevación del proyecto al Congreso).¹⁷

II.3.- Una última noción que sería preciso discernir es la de “*paciente en lista de espera*”, generalidad derivada de la obligación de actualmente pesa sobre los médicos de denunciar cualquier “*enfermedad susceptible de ser tratada mediante un implante*”, a la que más adelante aludiremos.

El perfeccionamiento de las drogas inmunosupresoras y las técnicas quirúrgicas han permitido mejores resultados terapéuticos en términos de sobrevida del receptor. Esto es innegable, como el aumento de las indicaciones trasplantes en los últimos veinte años. Pero lo que resulta ciertamente inapropiado es identificar “*lista de espera*” con “*peligro de vida*”, como parecían sugerir ciertas publicaciones oficiales y periodísticas al comentar la reforma legislativa.¹⁸

II.4.- “Silencio sobre lo esencial”: Viene a la memoria este título de un gran teólogo y filósofo francés del siglo XX, Jean Guittou, cuando pensamos no tanto en lo que la norma aprobada dice, sino en lo que omite.

No tiene tanto que ver con la metáfora, sino con el conocido acróstico formado por las locuciones latinas “*caro-data-vermibus*” (literalmente “carne dada a los gusanos”) y su vulgar acepción de *cuero muerto*. Aún cuando compartimos la opinión de que a esta etimología *le faltaría de exacta lo que le sobra de ingeniosa*, los textos más autorizados en Medicina Legal se han encargado de aclarar que el paciente al que se le ha diagnosticado la muerte encefálica no puede ser considerado técnicamente “cadáver”.

Más allá de la ironía, la distinción entre la muerte constatada por cese de la función cardiorrespiratoria y la neurológicamente diagnosticada tras la abolición de las funciones encefálicas, lejos está de ser irrelevante cultural, bioética y jurídicamente.¹⁹ En la milenaria manera de concebir la “muerte inerte” significó una verdadera revolución copernicana y la mayoría de los

¹⁷ No vale la pena detenerse en algo obvio, sino para observar otro límite de la expresión: ese carácter gratuito y altruista que justificaría el empleo del término, está referido pura y exclusivamente al dador, ya que directa o indirectamente todos los agentes involucrados en la actividad (y no sólo el receptor) obtienen algún beneficio o utilidad, al menos en nuestro medio.

¹⁸ La misma página web del organismo nacional coordinador y rector en esta materia movía a confusión, cuando en una sección titulada “*el trasplante sigue salvando vidas*” incorporaba los pacientes en lista de espera renal (el 1°/11/2004, por ejemplo, eran 5.135, o sea el 91% del total de 5.645 pacientes en espera de órganos), que se suponían bajo tratamiento sustitutivo de la función renal.

Ese total (o el de 5.713 referido en el mensaje de elevación del proyecto al Congreso Nacional) tampoco involucraba a los pacientes en lista de espera de tejidos, -como córneas, piel o huesos- cuya exéresis habitualmente se realiza tras el paro cardíaco.

¹⁹ BAUDOUIN Jean-Louis y BLONDEAU Danielle: *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Ed. Herder, Barcelona, 1995.

ciudadanos tal vez ignoren todavía la práctica del “*clampeo aórtico*”, o la posibilidad de extracción del corazón latiendo.²⁰

¿Puede entonces la ética social legitimar hoy y aquí una *presunción* de consentimiento sin que implique identificar realidad con racionalidad médica? La bioética significó, precisamente, un cambio de paradigma en la atención de salud signado por la primacía de la decisión del paciente y el ocaso del paternalismo ¿Y no es acaso el diagnóstico neurológico de la muerte una mediación nosológica estrictamente médica y llevada a cabo en un ambiente exclusivamente médico?²¹

III - Medicina, Estado y sociedad en una democracia constitucional

Título tan inmenso puede parecer grandilocuente o pretencioso. Pero quiere tan sólo evocar los grandes ejes conceptuales a partir de los cuales, en una sociedad pluralista y dentro de una democracia participativa, el Estado puede organizar el derecho a la asistencia sanitaria, concebido incluso como una exigencia de justicia y no mera dádiva o beneficio.²²

Deja decididamente de lado, aunque lo supone, el carácter personalísimo del derecho-deber de cada persona de cuidar su salud y sus implicancias estrictamente jurídicas, como la pertenencia a esa “*zona de reserva*” que la doctrina nacional entiende delimitada por la interpretación del artículo 19º de la Constitución Nacional, expresa o implícitamente receptada en los pactos internacionales que, a partir de la reforma de 1994, gozan de jerarquía constitucional según lo dispuesto por su artículo 75º inciso 22.^{23,24}

Muy generalmente, puede decirse que casi todos los países democráticos han venido asumiendo en el pasado siglo funciones sanitarias del segundo

²⁰ Es un hecho comprobable que cuando la mayoría de las personas, sobre todo los jóvenes, hablan de “donar” sus órganos, o “*dejar ese equipaje que no van a necesitar para el viaje*”, están pensando en el cadáver de la morgue o de la funeraria.

²¹ No debe llamar entonces la atención que una de las primeras oposiciones públicas al proyecto, con la de la Sociedad Argentina de Transplantes, fuera del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva. Un reconocido Intensivista argentino, con quien tuvimos el honor y gusto de integrar la primera Comisión Asesora Nacional de Revisión del Diagnóstico Neurológico de Muerte, gustaba aludir a esta identificación con ironía, recordando que, siquiera para inhumar al paciente fallecido, era necesario desconectar el respirador...

²² CARNOTA, Walter F. “*El Derecho a la salud: entre la implicitud constitucional, la explicitud internacional y la insipiencia jurisdiccional*”, Rev. Derecho del Trabajo (Ed. La Ley) 1996-B-2964.

²³ MORELLO, Augusto M. “*Una visión del derecho a la salud desde la perspectiva de las libertades fundamentales (diálogo entre médicos y abogados)*” en Bol. de la Academia Nacional de Medicina, supl. Tercer Semin. sobre “Calidad y Costo de la atención médica” realizado el 12 y 13/6/91, Bs. As., p. 27/39.

²⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, nueva edición ampliada y actualizada, Editorial EDIAR, Bs. As. 1995, T. I, p. 62 y ss.

nivel de prevención en forma indirecta, a través del clásico ejercicio del “poder de policía”²⁵ sobre la actividad médica, mediante la habilitación, fiscalización y control de profesionales, establecimientos y servicios dedicados a la recuperación de la salud y, en países como Argentina, también en forma directa, mediante la prestación de servicios asistenciales con efectores de dependencia pública.

Respecto de las prácticas transplantológicas, la actuación del Estado es más compleja y, curiosamente, completa (Tau 2002). Son necesarias otras precisiones para delimitar el objeto de este análisis.

III.1.- La “procuración” como actividad sanitaria: los actos médicos de ablación e implante exigen disponer de órganos y tejidos. La repetida frase “*sin órganos o tejidos, no hay transplante*” no hace sino aludir a esa realidad palmaria, que por su compromiso con el referido derecho personalísimo, llevó a dotar de un marco legal al proceso de obtención, denominado técnicamente *procuración*.

En Argentina (a diferencia de países como Estados Unidos de Norteamérica, donde es coordinado por una entidad privada sin fines de lucro), ese proceso está a cargo de un organismo estatal y se sustenta en deberes y obligaciones que en 1993 fueron incorporadas a la ley 24.193, cuyo capítulo VIII tipificaba figuras y establecía sanciones penales para el caso de incumplimiento:

- Según su artículo 7° *los médicos de instituciones públicas o privadas que realicen tratamientos de diálisis tienen obligación de informar semestralmente la nómina de pacientes hemodializados, sus condiciones y características*. Su artículo 8° obligaba a “...*todo médico que diagnosticare a un paciente una*

enfermedad susceptible de ser tratada mediante un implante, a denunciar el ‘hecho’ a la autoridad de contralor dentro del plazo que determine la reglamentación” (plazo que tal reglamentación fijó en treinta días).

- Su artículo 20° al obligar a todo funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a recabar de toda persona mayor de 18 años que concurriera a realizar cualquier trámite, la manifestación de voluntad sobre la disposición “*post mortem*”. Se ponía en marcha así el sistema público de “*petición obligatoria de donación*” (que en su relación con el artículo 62° debía posibilitar la implementación del sistema de “consentimiento presunto” a partir del 1° de enero de 1996, a través de un porcentaje de consulta a la población que no se alcanzó, por diversos motivos, pero en cualquier caso dependientes del Estado).

- Su artículo 22° obligaba a la autoridad Judicial, del Ministerio Público y policial competente en caso de muerte no natural, no existiendo la voluntad expresa del causante y a falta de familiares, a adoptar los recaudos tendientes a ubicar a éstos.

²⁵ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1970, Tomo IV, capítulo II.

El mismo artículo involucraba, en ocasión de la puesta en marcha de la acción punitiva de carácter público, la actuación del Juez Penal,²⁶ médicos forenses y/o de policía e incluso del que practica la ablación.

- El artículo 26° obligaba al médico de la terapia y autoridad del establecimiento de internación a denunciar el *síndrome de muerte encefálica*.

No profundizaremos en el grado de eficacia de esa última obligación, sino señalaremos tan sólo otro nivel de complejidad, más operativo (pero no irrelevante para la reflexión bioética en el final de la vida), derivado de la actuación compartida, en la Sala de Terapia, de los profesionales que venían atendiendo al paciente y del “equipo” de procuración, (en nuestro país dependiente de la Administración), que se encargaría de realizar el diagnóstico neurológico de muerte a partir de esa denuncia.

III.2.- Algunas precisiones en el nivel normativo: mediante la incorporación de un *artículo 19° bis*, la ley 26.066 establece una nueva “carga”: todo ciudadano *deberá expresar su voluntad negativa* si quiere exceptuarse de la posibilidad de extracción de sus órganos y tejidos aptos para su posterior implante, cualquiera sea la dependencia del establecimiento donde la muerte de verifique, por constatación o mediante diagnóstico neurológico.

Esta carga legal pesa también sobre la familia y conocidos según el orden contemplado en la redacción del *artículo 21°*, quienes *deberán testimoniar o dar cuenta de la última voluntad del causante*”.

Pasaremos por alto otras cuestiones terminológicas implicadas en este texto, como su referencia al *“causante”* (debió decir “fallecido”), o la incorporación de un vocablo ajeno a la terminología y hasta circunstancias de la ley, como *“deceso”*, que, salvo tratándose del cadáver post-paro cardiorrespiratorio irreversible, plantearía un verdadero problema interpretativo en el ámbito de la Terapia Intensiva.

También a la previsible complejidad burocrática de un mecanismo que, pese a la previsión aclaratoria (*“prevalecerá la voluntad de los ubicados en el orden más próximo al causante”*), deriva de haber otorgado carácter de *instrumento público a la declaración jurada* que acredita *no el vínculo parental (como en la ley actual), sino también al testimonio de su última voluntad*.²⁷

²⁶ Con relación al Juez, la coerción legal más explícita se incorporó con la reforma aprobada a su tercer y cuarto párrafo por la ley 25.281 (B.O. 2/VIII/2000), al obligarlo a fundar no sólo su resolución eventualmente negativa, sino también la autorización para ablacionar los órganos y tejidos que resultaren aptos para su posterior implante, obligación que el proyecto mantiene.

²⁷ La reforma implicó, en este punto, un giro político sustancial también con relación a la legislación vigente tanto de nivel nacional (Ley 25.505), como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 361), y de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.731), que tiende a promover la actitud favorable a la “donación” en los actos eleccionarios, cuyos resultados fueron tan comentados por los medios de difusión desde los comicios del año 2000.

Y en este tópico, el mensaje de elevación al Congreso Nacional era, por lo menos, confuso cuando lo fundamenta en el “derecho a la autodeterminación”.²⁸

Para un enfoque coherente con los pronunciamientos de nuestro máximo Tribunal Nacional, ese derecho implicaría la facultad de decidir frente a la posibilidad, o la “propuesta” de un tratamiento.²⁹ Pero la ley lo reconoce a partir de una “decisión” ya adoptada por el Legislativo, sólo entendible bajo un presupuesto ideológico diametralmente distinto al del aludido artículo 19° de la Constitución Nacional: el cuerpo del paciente fallecido no pertenecería, en principio, al individuo o su familia, sino a la sociedad (cuestión ésta de ética social y de legitimación política ajena, como tal, a la competencia legislativa).

Curiosamente, disposición análoga a la que se intenta justificar ahora con la idea de “presunción” había sido adoptada en 1977 por el Decreto-Ley 21.541/77. Esta norma, partiendo del régimen de autorización expresa, legitimaba la voluntad documentada en el mismo establecimiento de internación, pero facultando en su artículo 19° a la autoridad sanitaria para disponer de los órganos y partes del cuerpo del fallecido ante la falta de esa manifestación y ausencia de familiares. Su reglamentación aprobada por Decreto N° 3011/77 fijó un plazo (cuatro horas) para que el Director procediera a la ablación y el Decreto modificatorio N° 397/89, dispuso que debía realizarse de inmediato.³⁰

III.3.- Función de alcance nacional, pero no “federal”: En el contexto de una legislación dedicada a fiscalizar el ejercicio profesional, las citadas obligaciones reconocían la trama de relaciones inherentes a la medicina sustitutiva y la necesidad de considerarla parte del sistema sanitario.

La normatización iba así a adquirir, junto con la inherente a la materia legislada, una complejidad jurídico-formal intrínseca, por situarse en un ámbito interdisciplinar que abarca aspectos constitucionales, e involucrar normas de Derecho Civil, y de Derecho Administrativo, con diverso alcance jurisdiccional en un país cuyo estado se organiza bajo la forma federal.³¹

²⁸ Tan confuso como esos spots televisivos, financiados con recursos presupuestarios que suelen mostrar un rostro diáfano de mujer, sobresaliendo de una sábana y con leves pestaneos, escuchándose una voz en off que tras anunciar que *donar órganos es dar vida* (afirmación que personalmente siempre compartimos y por la que comprometemos hace años nuestro trabajo), dice “*la ley permite que su voluntad sea respetada...*” (!)

²⁹ TINANT, Eduardo Luis *Antología para una Bioética Jurídica*, Ed. La Ley, Bs. As. 2004.

³⁰ No traemos a colación el antecedente, vigente hasta su derogación por la ley 24.193, para evocar el lamentable escándalo mediático relacionado con su aplicación en cierta conocida Colonia Neuropsiquiátrica, sino sólo mostrar un ejemplo palmario de la imposibilidad de avanzar sobre la realidad (siempre un “*prius*”) con la norma jurídica (un “*posterius*”) en materia de tanta significación cultural.

³¹ GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, 4° edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, Tomo III, Capítulo V.

Referida al estado (no al “gobierno”, sólo uno de sus elementos constitutivos) esta forma alude a la manera de organizar el ejercicio del poder con relación a otros dos clásicos elementos: la población y el territorio.

En su sentido estricto de organización de *servicios* de salud, la actividad sanitaria es materia constitucionalmente no delegada por las Provincias, por lo que los avances legislativos desde el nivel nacional tienen carácter de excepción, ya que la más calificada doctrina siempre ha reconocido que la Jurisdicción propiamente “*federal*” debe interpretarse con carácter restrictivo.³²

Sólo quería destacarse aquí que la procuración es, además de una actividad clave dentro de la cirugía o medicina y la organización sanitaria, compleja también desde el punto de vista jurídico y normativo.

III.4.- Estado fiscalizador, procurador, gerenciador y prestador: la distinción no es juego de palabras. Todo radicaría en el alcance de las políticas tendientes a facilitar la “accesibilidad” a estos tratamientos.

En una concepción liberal a ultranza, por ejemplo, aceptado el papel fiscalizador indelegable del Estado impuesto por el carácter personalísimo de los derechos involucrados, puede limitarse a fiscalizar la legalidad en los procesos de obtención de órganos y tejidos.

Para el responsable del diseño y ejecución de la política sanitaria, el dilema se plantea ante la consabida escasez de recursos, entre los pacientes con indicación de transplante (y hemos aclarado que la metáfora podría referirse, en todo caso, no a *uno o más actos médicos, sino a tratamientos que pueden durar toda la sobrevivencia del receptor*) y tantas otras demandas insatisfechas, socialmente elementales y apremiantes, como las patologías endémicas, las materno-infantiles, las oncológicas, o tantas acciones por realizar en el primer nivel de prevención. Allí, el administrador puede contar con el aporte de la reflexión bioética y de la ética social. Pero la decisión, en definitiva, será política... Y ciertamente difícil, ya que hoy sería imperdonablemente ingenuo agotar este nivel de análisis en el binomio relacional profesional-paciente/sociedad-Estado, sin tener en cuenta el mercado con sus *lobbys*. (Bastará sólo recordar que la necesidad de inmunosupresión coloca al receptor en situación de necesaria dependencia de medicamentos de alto costo por el resto de su vida).

III.5.- Nuevo rol en una administración más centralizada: Lo cierto es que el estado puede adoptar y en la realidad adopta distintos roles y cada

³² De ahí que no corresponda atribuir carácter “federal” a todas disposiciones de la ley 24.193, al modo como venía aplicándose en las Provincias la norma de facto que derogara (desarrollo del que nos hemos ocupado y nos llevaría ahora demasiado lejos). En el mismo sentido, sin desconocer lo que significó y significa el Consejo Federal de Salud (C.O.F.E.S.A) creado por el Decreto-Ley 22.373/81 para la coordinación y articulación de una política de salud en todo el territorio nacional, debe interpretarse con reservas el vocablo “*federal*” en labios de un funcionario del Ejecutivo, cuando alude a un eventual acuerdo de ministros provinciales, o a la aplicación en las Provincias de un “*Plan Federal de Salud*” diseñado y aprobado por uno de sus órganos.

Jurisdicción tendría su particularidad.³³ Pero si algo caracterizó a la realidad sanitaria argentina de los últimos decenios, fue la descentralización de las funciones de prestación directa por parte del Gobierno Nacional, mediante el traspaso de los efectores de segundo nivel de atención médica a las Provincias y la asunción de un fundamental papel de normatización y coordinación dentro de un sistema muy singular por la conformación de los distintos subsectores.

Frente a lo que se denomina *Economía de la salud*, cobra relevancia en la nueva ley un tema también curiosamente soslayado tanto en el debate parlamentario, como en los medios periodísticos. Me refiero a lo dispuesto por su artículo 14, cuyo texto expresa: *“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”*.

La redacción es, ciertamente, deplorable y abre muchos interrogantes (¿cuáles serían los procedimientos terapéuticos a proveer? ¿Cuáles surgirían como consecuencia de los trasplantes? ¿se refiere a los estudios post-trasplante? ¿abarcaría la procuración ni la cirugía de implante? ¿se refiere a la cobertura de seguridad social legal o convencional? ¿de qué recursos debería carecer?) aunque una interpretación más o menos coherente en el contexto médico-asistencial y sanitario, permite deducir que el Legislador ha impuesto (no facultado) al referido Ministerio (actual Ministerio de Salud) la obligación de brindar (no dice a través de que medios) accesibilidad a todas las prácticas transplantológicas médicamente indicadas, comprendiendo por tales estudios y prácticas pre-trasplante, aranceles de procuración, cirugía de ablación y de implante, consultas, prácticas y la medicación post-trasplante para el receptor.

³³ En la Provincia de Buenos Aires (cuyo Servicio Provincial de Procuración obtenía en 1998 más de la mitad y, actualmente, más de la tercera parte, de los órganos y tejidos implantados en el país), se creó hace diez años una Cuenta Especial (*“Fondo Provincial de Trasplantes”*) con financiación específica y gestión descentralizada, para asegurar a toda persona carente de recursos propios y cobertura de seguridad social (Decretos N° 3.309/92, 339/94 y 340/94) la completa accesibilidad al trasplante (o sea: tanto a la cirugía, como la atención pre y post-trasplante y la continuidad de medicación, cualquier sea la dependencia del efector donde se realiza el tratamiento). La Jurisdicción cuenta, por otra parte, con centros de implante estatales habilitados para todos los órganos y tejidos, Bancos de tejidos, un Centro provincial de histocompatibilidad y hasta un *“Hogar para pacientes transplantados”*, razón por la cual podría decirse que allí la cobertura sanitaria en materia de tratamientos transplantológicos sería lo más completa y universal posible. Con la promulgación de la Ley 12.723 (B.O. 18/VII/01) que autorizó al aludido *“Ente...”* a extender su cobertura mediante convenios con entidades de otras Jurisdicciones, podría incluso considerarse una política de Estado. Hace seis años elaboramos y presentamos al Poder Ejecutivo un anteproyecto de *“Ley de regulatoria de los actos médicos de ablación e implante y creación del sistema provincial de procuración de órganos y tejidos con fines terapéuticos”*, que nunca superó el estudio de Comisiones.

Y nos permitimos hablar de *concentración*, por cuanto a partir de esta ley la misma autoridad ministerial es, además, competente para normatizar el ejercicio de las prácticas, habilitar establecimientos y autorizar profesionales (a través de un Instituto en el cual tiene la facultad de proponer al Presidente, realizar un concurso bastante genérico para la cobertura de su vicepresidente y disponer la oportunidad de designación del único Director, elevando la propuesta de un Consejo Federal cuya convocatoria y funcionamiento depende de la misma Secretaría ministerial),³⁴ decidir cuáles serán las prácticas o técnicas vinculadas a la implantación de órganos o tejidos en seres humanos que se encuentran alcanzadas por régimen de esta Ley (artículo 1º párrafo segundo) y las condiciones a cumplir por los xenotransplantes para recibir el mismo tratamiento legal (el mismo artículo y párrafo) y dejar el carácter experimental que revisten en la actualidad.

IV.- Xenotransplantes y biohistoria

No por último menos importante, es el nuevo horizonte de conflictividad (Maliandi, 1984) que supone la habilitación, a partir de esta ley, de las prácticas de *xenotransplantes*, que implican la posibilidad de tejidos no humanos, como los provenientes de animales y producidos mediante protocolos de ingeniería tisular, que venían siendo materia de experimentación.

Recordando a un autor epocal que consideramos clave para el análisis de los sistema de pensamiento, podría decirse que estamos en una nueva fase del riesgo inaugurado por la medicina como saber científico, en la nueva fase de la denominada *biohistoria*.³⁵

³⁴ La reforma ha quitado realidad orgánica al I.N.C.U.C.A.I. y reducido su autonomía "funcional" casi a una ficción: los miembros de su Directorio ya no son cinco sino tres, designados por el Poder Ejecutivo Nacional: el presidente, a propuesta de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del actual Ministerio de Salud y el único director, previo concurso abierto *de títulos y antecedentes con destacada trayectoria en la temática, cuya evaluación estará a cargo* de la misma Secretaría. El vicepresidente lo propone el Consejo Federal de salud (C.O.F.E.S.A.) creado por el Decreto-Ley 22.373/81, aunque con el actual régimen de coparticipación el *federalismo* de este Consejo en la práctica también es propiamente una ficción, sin mencionar que su propia convocatoria y funcionamiento depende de la misma Secretaría. La nueva Ley ha suprimido al director designado a propuesta de *cada una de las Universidades Nacionales que tuviere Facultades de Medicina*.

³⁵ FOUCAULT, Michel: *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, Editorial Siglo XXI, 1966. Idem, *La Crisis de la Medicina o la crisis de la antimedicina e Historia de la Medicalización*, conferencias pronunciadas en octubre de 1974 en el Instituto de Medicina social de Río de Janeiro, reunidas en *La Vida de los Hombres Infames-ensayos sobre desviación y dominación*, seleccionados por Fernando Alvarez-Uría y Julia Varela. Con Prólogo de Fernando Sabater. Editorial de la Piqueta, Madrid 1990 y Ed. Altamira, Buenos Aires, 1993.

Ya no se trata del riesgo médico inaugurado por la era de los antibióticos, ni de la cobertura bacilar o vírica, ni siquiera de la manipulación genética, sino de la posibilidad de una nueva forma de la denominada *iatrogenia positiva* a partir de las consecuencias, aún no previstas ni ponderadas, del uso de material ajeno a la especie humana, todo lo cual merecía cierta cautela y consideración y, quizá, un tratamiento normativo distinto, del que sugiere la modificación de un párrafo del texto legal o el cambio en el título de la Ley, antes de *Transplantes de Órganos y Materiales Antóxicos Humanos* y, actualmente, de *“Transplantes de Órganos y tejidos”*.

Algunas conclusiones

Nuestra opinión –claro que no definitiva y sujeta a revisión a la luz de nuevas aportaciones– es que la reforma legislativa plasma una exacerbada racionalidad política en dirección a la *medicalización indefinida* y el incremento y centralización del poder estatal, objetando puntualmente:

a) La norma proyectada y recientemente aprobada no pudo ser sometida a un debate legislativo serio, por no contar con algunas precisiones semánticas que evitaran reducir la virtud de la “solidaridad”, o entenderla exclusivamente en términos de racionalidad médica.

b) Ese debate y construcción de consensos resultaban tanto más necesarios, si se piensa en los riesgos biológicos que abre la habilitación de la cirugía de xenotransplantes.

c) La singularidad jurídico-política, como las obligaciones que legalmente estructuran la procuración como actividad del Estado en el contexto de la organización sanitaria argentina, restarían valor referencial a los modelos extranjeros de procuración que puedan haberse invocado para justificar la reforma.

d) Si se tiene en cuenta la experiencia observada en la aplicación del normas derogadas y las razones que motivaron la supresión de la facultad del Director de los establecimientos asistenciales para disponer del cuerpo del fallecido sin autorización expresa del paciente o familiares, desde el punto de vista jurídico la reforma introducida en el régimen de presunción de consentimiento puede considerarse regresiva,.

e) La modificación del sistema de consentimiento que respeta la voluntad manifestada en vida y, no mediando expresión, procediendo a obtener la autorización supletoria explícita de los familiares o la autoridad judicial, sería objetable también desde la ética biomédica y la vigencia de los principios de autonomía y de justicia.

De autonomía, por el pseudo-paternalismo que supone encriptar la mediación gnoseológica propia del diagnóstico neurológico de la muerte con la metáfora o el silencio, considerándola genéricamente abarcada en una “presunción del consentimiento” que no discierne la constatación de la muerte inerte.

De justicia, por el deber o carga legal que impone al ciudadano para exceptuarse del régimen de disposición estatal, siendo esa facultad inherente al ejercicio de un derecho de carácter personalísimo.

f) Relacionada con el papel del Estado, una objeción más general plantearía la necesidad de evaluar la racionalidad política de la medida aludida en el apartado anterior en el nivel de la bioética y, más concretamente, de la bioética jurídica, en el actual contexto de exclusión, indigencia y marginalidad que todavía lacera a la sociedad argentina.

En ese sentido y más allá de la dinámica de medicalización que lo impulsa, el mayor riesgo del nuevo régimen operaría, curiosamente, en el nivel de los derechos humanos, ante la posibilidad de que la crisis de confianza que hoy padecen los órganos políticos se traslade al ámbito asistencial, ensombreciendo ese carácter de refugio y *hospedaje* que el hospital público sigue todavía ofreciendo a la población más necesitada de cura y de cuidado.

g) El sistema de clasificación y registro de voluntades negativas, además de su reduccionismo, agrega un factor de potencial discriminación. Aunque no se dude de la buena fe o el juicio *prudencial* de los responsables de legislar al momento de imponer la nueva carga legal de pronunciarse por la negativa, lo cierto es que además, del miedo que implicaría para cualquier ciudadano negarse a participar de una realidad en muchos aspectos desconocida, lo expone a ser considerado, al menos dentro del sistema de atención médica, como "no solidario".

h) En el contexto señalado, frente a la crisis del subsector público prestador y la primordial responsabilidad del estado por el *bonum facere* de todo paciente -no sólo de quienes cuentan con indicación médica de trasplante- la cobertura universal y gratuita que asume el gobierno nacional, aún dentro de aquella racionalidad médico-política y aceptando el carácter "catastrófico" de cierta clase de transplantes, deja abiertos muchos interrogantes acerca de su coherencia con las exigencias de justicia sanitaria y social.