

## La agenda de la trasplantología y la escasez de injertos (normativos) compatibles: una mirada desde el derecho argentino

*The agenda of transplantology and the scarcity of compatible (normative) grafts: a view from Argentine Law*

Carlos Elian Pregno<sup>1-2</sup>

### RESUMEN

La espectacularidad de la trasplantología ganó espacio para la vida corriendo los límites de la muerte y puso literalmente a la ciencia y la técnica en los acantilados de la existencia resignificando la comprensión de lo humano. La salud, la enfermedad, la vida y la muerte hacen las veces de bastidor de los imperativos que tributan en la investigación y el desarrollo y, las más de las veces, toca resistir sus embates con el legado intelectual más sofisticado que Occidente supo conseguir: la tecnología conceptual de los derechos humanos. De ahí, entonces, que los dispositivos normativos y aspectos regulatorios ocupen un lugar de relevancia. En ese marco, estas líneas pretenden recuperar el proceso de sustitución legislativa que experimentó la Argentina en materia de trasplantes de órganos durante el año 2018 y ensayar una hoja de ruta para que el Derecho recepte la agenda de la trasplantología actual.

**PALABRAS CLAVE:** derechos humanos; derecho a la salud; legislación; trasplantes de órganos; bioética

### ABSTRACT

The spectacular nature of transplantology gave space for life by pushing the limits of death and literally putting science and technology on the edges of existence, redefining the understanding of the human. Health, disease, life and

death make the behind-the-scenes times of imperatives weighing on research and development, more and more, it is necessary to resist their clashes with the most sophisticated intellectual legacy that the West is supposed to achieve: the conceptual technology of human rights. Hence, the normative devices and regulatory aspects occupy a place of relevance. In this framework, these lines intend to recover the legislative replacement process that Argentina attempted in the matter of organ transplants during 2018 and to rehearse a journey so that the Law receives the current transplant agenda.

**KEYWORDS:** human rights; right to health; legislation; organ transplantation; bioethics

La agenda de la trasplantología y la escasez de injertos (normativos) compatibles: una mirada desde el derecho argentino

### I. Proemio

La cultura jurídica<sup>(1)</sup> es uno de los nodos de investigación que se han consolidado en las últimas décadas y gana la atención creciente de teóricos del derecho de diversas especialidades. En ese ámbito, han germinado líneas de indagación frondosas que cultivan el interés teórico por la ficción – en tanto género artístico –, a partir de estudios multidisciplinares que incluyen perspectivas jurídicas de la literatura,<sup>(2)</sup> del cine<sup>(3)</sup> y, aún, de las

1) Profesor Regular Adjunto, Cátedra Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, Argentina

2) Académico, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad Católica del Maule, Talca, Chile

Correspondencia:  
Carlos Elian Pregno  
ORCID: 0000-0002-7611-3058  
epregno@derecho.uba.ar

Financiamiento:  
Ninguno.

Conflicto de intereses:  
Ninguno

Recibido: 15-12-2021  
Aceptación: 18-01-2022

series de televisión.<sup>(4)</sup>

Este introito para referir a un hito realmente disruptivo en la historia de la medicina sino de la humanidad: los trasplantes de órganos; ya que, hasta el momento, despanzurrar muertos para generar vida ex nihilo sólo había sido ficcionado en “Frankenstein”.<sup>(5)</sup>

Así, la legendaria obra de Mary Shelley, fiel a las de su género, se anticipa casi 150 años a las posibilidades científico-técnicas, condensando en sus metáforas una de las fantasías más arcaicas de nuestra cultura: reemplazar las vísceras dañadas de un ser humano por piezas provenientes de cadáveres.

La espectacularidad de la trasplantología ganó espacio para la vida corriendo los límites de la muerte y puso literalmente a la ciencia y la técnica en los acantilados de la existencia resignificando la comprensión de lo humano.

Ciertamente la salud, la enfermedad, la vida y la muerte hacen las veces de bastidor de los imperativos que tributan en la investigación y el desarrollo y, las más de las veces, toca resistir sus embates con el legado intelectual más sofisticado que Occidente supo conseguir: la tecnología conceptual de los derechos humanos, “uno de los más grandes inventos de nuestra civilización”.<sup>(6)</sup>

De ahí, entonces, que los dispositivos normativos y aspectos regulatorios ocupen un lugar de relevancia. En ese marco, estas líneas pretenden recuperar el proceso de sustitución legislativa que experimentó la Argentina en la materia durante el año 2018 con la llamada “Ley Justina”.<sup>(7)</sup>

## II. La irrupción del trasplante en la práctica médica

Todo indica que los antecedentes del trasplante, en la cultura occidental, hay que buscarlos en el milagro que materializaron Cosme y Damián: hermanos, gemelos, médicos, mártires y santos, en la Roma del s. IV y bajo el imperio de Diocleciano. El relato es bien conocido y da cuenta del implante de la pierna cadavérica de un moro en el diácono Justiniano.

No obstante, parece que el cirujano hindú Samitha se les habría anticipado unos mil quinientos años con un autoinjerto en la zona de la nariz; lo propio, se le adjudica al chino Hua-To (136-208 d. C.), quien habría trasplantado exitosamente órganos aunque ya entre la segunda centuria de nuestra era y la primera década de la

tercera. También parece que los mayas habrían conocido la técnica del implante dentario.

Ya más cercanos al presente y mejor documentados destacan:

- 1) Los trasplantes de piel del suizo Jacques-Louis Reverdin en 1869.
- 2) Los avances en anastomosis vascular que Mathieu Jaboulay logró entre 1896 y 1901 junto a su discípulo Alexis Carrel, quien alcanzara buenos resultados en trasplante renal canino (lo que le valdría un premio Nobel), al igual que su par Emerich Ullman, allanándole el camino al ruso Yuyo Voronoy para que en 1933 implantara el primer riñón cadavérico; por entonces, faltaban veinte años todavía para que Murray, Merrill y Harrison practicara el primer trasplante renal intervivos.<sup>(8)</sup>
- 3) La detección de los grupos sanguíneos (Landsteiner), de los anticuerpos en el suero (Erich), del sistema de complemento (Bordet) y de los fagocitos (Metchnikoff), hicieron que Murphy vaticinara en 1912 al implante como un cuerpo extraño en organismo del receptor. Dicho escollo, no empezaría a removerse sino hasta 1943-1944, cuando el biólogo Peter Brian Medawar descubre que la causa del rechazo de los injertos se explicaba en los antígenos de histocompatibilidad (los componentes del complejo principal de histocompatibilidad –MHC– se deben a George Snell y Peter Gorer, mientras que el antígeno leucocitario humano –HLA– a Jean Dausset y Felix Rappaport). El círculo de descubrimientos se completa quince años después, cuando Peter Brian Medawar y Frank Macfarlane Burnett, ganan el premio Nobel por describir el rechazo del órgano trasplantado.
- 4) Las investigaciones de Roy Calne introdujeron en 1960 la azatioprina que, en cóctel con corticoides, se utilizó como base de la medicación postrasplante junto a otro hito farmacológico como resultó serlo la ciclosporina (extraída de un hongo noruego). Ese fue el puntapié para la combinación de drogas inmunodepresoras, a las que sobrevinieron nuevas posibilidades, tal es el caso de los anticuerpos monoclonales, el tacrolimus, el sirolimus, los preparados de antilinfocitos policlonales, el quimerismo.
- 5) Claude Barnard realizó en diciembre de 1967 el primer trasplante de corazón y se convirtió en el hombre más importante del s. XX y, quizá, de nuestra historia.

Desde luego que estos son sólo algunos de los hitos de la historia del trasplante a nivel global y que fueron replicándose en la comunidad médica local.

Al unísono y haciendo realidad aquello de que “el progreso trae miseria”, fueron suscitándose conflictos, tanto los propiamente técnicos (como la reanudación de la circulación y la técnica quirúrgica para religar los vasos sanguíneos o la indispensable aceptación orgánica del injerto para evitar que el sistema inmune lo rechazara por extraño) como los eminentemente axiológicos (desde la incertidumbre inicial que despertaba el trasplante como alternativa terapéutica completamente incierta hasta el desafío actual de no poder brindar a todas las personas el acceso a la práctica a causa de la escasez de órganos).

La crisis actual de la temática trasplantológica aparece fuertemente surcada por las dificultades para garantizar la atención de la salud de aquellas personas afectadas por dolencias que requieren ser tratadas mediante implante.

En ese horizonte de comprensión, se acusa recibo de tensiones que conjugan hondas interpelaciones éticas ante los dispositivos tendientes a mitigar el fenómeno de la insuficiencia de órganos para trasplante: la ablación de órganos a seres humanos vivos y especialmente la aptitud del dador no relacionado con el receptor por lazos de parentesco; el cuidado del donante vivo -relacionado o no- en el postrasplante;<sup>(9)</sup> la admisión de la figura del dador heroico; la comercialización de órganos acordada interpartes, aunque rechazada por la ley y lo que se ha dado en llamar “global kidney exchange” (para aludir a la “incompatibilidad económica”);<sup>(10-12)</sup> el tráfico de órganos concebido como concurso de delitos cometidos en banda (privación ilegítima de la libertad, ejercicio ilegal de la medicina, lesiones, homicidio, etc.); los modelos implementados por los sistemas sanitarios para conocer la voluntad de las personas sobre el destino de sus órganos para después de la muerte, particularmente con el siempre recurrente “consentimiento presunto”;<sup>(13)</sup> el “turismo trasplantológico”; los criterios de confección de listas de espera y la consecuente asignación de recursos escasos para necesidades múltiples; los límites de la muerte y las formas de diagnosticarla a partir de criterios neurológicos; la investigación biomédica que involucra seres humanos; la elaboración sintética de órganos; la terapia génica; el xenotrasplante; el

direccionamiento de los órganos para después de la muerte; el donante altruista o “buen samaritano” (o sea: el que da sin saber a quién); el “trasplante cruzado”, el “pareado”<sup>(14)</sup> y el “split” (una técnica quirúrgica que consiste en dividir un hígado en dos a fin de lograr el implante en dos receptores diferentes); los revolucionarios trasplantes de rostro y de útero; el acceso a inmunosupresión de calidad; la donación cadavérica con criterios expandidos.

Esta es la agenda de la trasplantología actual y exige respuestas jurídicas pertinentes, sobre todo a tenor de la constitucionalización pantónoma promovida en los ordenamientos y enderezada a la aplicación directa de los derechos fundamentales.

### III. Recepción del trasplante de órganos en las fuentes formales del derecho argentino

La irrupción del trasplante marcó no sólo un quiebre en la práctica médica, sino que también conmovió núcleos duros de representación simbólica como la muerte, el cuerpo, la dignidad, la libertad, el altruismo, la trascendencia.<sup>(15)</sup> Como ya quedara dicho, la posibilidad cierta de seguir viviendo, con órganos provistos por muertos o por otros seres humanos que continuarán con sus vidas, validó alternativas que apenas insinuaba la literatura fantástica.

Si bien los antecedentes de los trasplantes de órganos pueden buscarse en lejanos recovecos de la historia, lo cierto es que la disrupción se sitúa en la segunda mitad del siglo XX, principalmente porque la tecnología dotó de equipamientos capaces de “terciarizar funciones vitales”. Así, por ejemplo, la respiración, la frecuencia cardíaca, la tensión arterial, la temperatura corporal, podían manipularse con medicamentos y aparatología que permitían ganar espacio a la muerte y extender las fronteras de la vida.

Cobra sentido, entonces, la ampliación nosocomial en unidades de cuidados intensivos, aliadas estratégicas de la trasplantología, y allí corresponde ubicar también la excitación de procesos normativos para orientar los avances científico-técnicos. La salud y la vida, la enfermedad y la muerte, hacen las veces de bastidor de los imperativos que tributan en la investigación y el desarrollo; de ahí, entonces, que los aspectos regulatorios ocupen un lugar de relevancia.

Entre nosotros, la primera respuesta jurídica llegaría en 1951 con la creación del Banco Nacional de Córneas y el de Vasos. Unos años después, en

1958 y mediante el Decreto-Ley N° 17.041, se crearía el Banco de Tejidos.

Al cabo de casi dos décadas, con la sanción de la Ley 21.541, se crea en 1977 el Centro Único Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI) para encarnar “el poder de policía sanitaria referido a la ablación de órganos y materiales anatómicos para la implantación de los mismos entre seres humanos y de cadáveres humanos a seres humanos” (dicho organismo fue precursor de lo que hoy es el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante –INCUCAI–, creado en 1990 por la Ley N° 23.885).

En 1986 la Ley N° 23.464 introdujo modificaciones a la normativa vigente y en 1993 se la reemplazó completamente por la Ley N° 24.193 y su Decreto Reglamentario N° 512/1995. A partir de entonces se inaugura una etapa que no tuvo retos tan fundacionales como el de gestar y organizar un sistema capaz de contener y vehicular adelantos médicos sin precedentes y con alto impacto sociocultural, sino los de consolidar una práctica y garantizar su acceso a lo largo y a lo ancho del país a toda una población que presentaba ya conciencia clara y distinta de que se le debía atender la salud en clave de derecho fundamental.

Este proceso alcanzó máxima efervescencia con la Reforma Constitucional del año 1994, que le concedió máxima jerarquía a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y no podría haberse completado sin un activo rol de los jueces, si bien es cierto que en materia de ablación e implante de órganos se comportan de manera bastante mesurada. Muy probablemente el temple asumido por los magistrados se deba a la prudencia con la que cabe abordar temas altamente sofisticados, pero con seguridad puede explicarse en la impecabilidad técnica de la legislación, extremo que le deparó una larga vida y de buena calidad, desde que, por ejemplo, en los veinticinco años de vigencia de la norma no medió una sola tacha de inconstitucionalidad.

En el año 2005, con el dictado de la Ley N° 26.066, se incorporaron cambios que, si bien no fueron menores, reavivaron la polémica por el “consentimiento presunto”.

Trascartón, con la sustitución y unificación del derecho privado positivo en el año 2015, cuadraba preguntarse si no era momento de actualizar el marco regulatorio de los trasplantes de órganos

\* Art. 1° del derogado Decreto Reglamentario N° 3.011/1977.

(si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación remite siempre esa materia a la legislación especial), con arreglo a los estándares globales delineados por la trasplantología moderna y a las exigencias particulares que reclaman para sí delicados filamentos de la conciencia jurídica de hoy como resultan ser la vida y la salud humanas. En esa inteligencia, se visualiza de modo palmario la tensión democracia vs. mercado<sup>(17)</sup>.

Si bien intuimos que no cabe plantear la diada en términos de oposición, lo cierto es que frente al desbalance de la ecuación no puede concluirse sin más la preeminencia del “determinismo economicista” en desmedro del estado de derecho.

En términos axiológicos y en lo que aquí importa especialmente, diríamos que la justicia y la utilidad son los valores en juego al momento de dirimir la accesibilidad a los parabienes tributarios del imperativo tecnológico aplicado a la salud humana.

El escenario recrudescer en contextos de escasez como los que atraviesan las políticas de procuración de órganos. El dilema entre “lo justo” y “lo útil” se acentúa a poco de reparar en las asimetrías que supone el acceso desigual a los avances y mejoramientos de la biotecnología.

Huelga decir que es aquí donde entran a tallar las estrategias de regulación, sea que descansen en dispositivos institucionales (como el derecho o la deontología profesional) o en normatividades más bien informales (como los valores y costumbres identificables en modelos culturales y representaciones sociales).

La tradición filosófico-política liberal, que inspiró los códigos decimonónicos y la práctica de la medicina apoyada exclusivamente en la evidencia biologicista, facilitó un entendimiento contractualista de la atención de la salud. Asimismo, la idea de “soberanía corporal” se endureció con el discurso bioético de raigambre sajona durante el último cuarto del s. XX.

Y si bien esto no es por sí solo criticable, lo cierto es que, quizá, la secuela más importante que pudo dejar la exacerbación de la autonomía haya sido el descuido de una perspectiva psico-socio-económico-político-cultural del “proceso salud-enfermedad-atención”.

A su tiempo y tras las aludidas tensiones entre democracia y mercado, se tornó auspicioso explicar nuevamente por qué entender a la salud como un problema público, es decir “una construcción y

reconocimiento social, marcado por el contexto donde se presenta, ya que se ve afectado por intereses sociales, económicos, políticos, ideológicos, tecnológicos, administrativos, sociales, ambientales, entre otros”.<sup>(18)</sup> Tradicionalmente, “el concepto de lo público ha sido ligado antagónicamente al de lo privado, considerándose lo primero como lo que no corresponde a lo segundo, o inversamente. (...) Acogiéndose al antagonismo entre lo público y lo privado, podríamos definir lo público como lo que afecta a los demás, lo que es de interés común o colectivo, diferenciándose de lo privado, donde el interés individual es lo que prima. Así, se podría definir un problema público como una situación que afecta negativamente el bienestar de la población. Dentro de la concepción de los problemas públicos se contempla la imposibilidad del individuo o los conglomerados para resolver éste por sus propios medios, siendo necesaria la intervención del Estado para su resolución”.<sup>(19)</sup>

Recapitulando, no dudamos en afirmar que los dispositivos normativos devienen imprescindibles a la hora de regular la salud y la vida, la enfermedad y la muerte.

#### IV. El horizonte de la procuración (jurídica)

Ha quedado afirmado ya que la falta de órganos es un problema global y sostenido en el tiempo desde el inicio mismo de la práctica trasplantológica, si bien en los comienzos el acento se puso en la incertidumbre de la práctica misma. Fue, precisamente, el éxito terapéutico lo que evidenció el faltante y consolidó los déficits en el acceso igualitario a la ablación e implante de órganos y tejidos.

Sentado ello, es posible distinguir tres niveles de problemas jurídicamente relevantes:

- 1) Nivel macro: se impone avanzar hacia un instrumento internacional de carácter vinculante para los estados en materia de trasplantes de órganos, sobre todo teniendo en miras el flagelo que supone el tráfico de órganos y los riesgos del turismo trasplantológico; a este respecto, bien vale recuperar los consensos ya consolidados, por ejemplo, en el ámbito de la *Declaración de Estambul*.<sup>\*\*</sup>

Lo propio convendría replicarse en los bloques

<sup>\*\*</sup> Documento emergente de la Cumbre Internacional sobre Turismo de Trasplantes y Tráfico de Órganos, celebrada en Estambul, Turquía, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008 y a instancias de la Sociedad Internacional de Trasplantes y la Sociedad Internacional de Nefrología.

regionales a fin de atender los desafíos que plantea la atención de la salud de las personas en situaciones que incluyen elementos extranjeros, principalmente armonizando la legislación en contextos de fuertes procesos de migración transfronteriza.

- 2) Nivel meso: se necesita articular la política científica (que define los criterios de investigación y desarrollo), educativa (que se ocupa de proporcionar conocimiento, habilidades y destrezas al factor humano especializado que integrará los equipos de salud y también de brindar formación básica a la ciudadanía que precisa adquirir pautas y hábitos de prevención y cuidado), económica (que decide la adjudicación general de los recursos), sanitaria (que identifica las necesidades, ordena las prioridades y distribuye el recurso sanitario) y jurídica (que realiza la justicia y la equidad), en miras al acceso igualitario a las innovaciones de vanguardia tributarias del imperativo biotecnológico en materia trasplantológica.
- 3) Nivel micro: se atienden con predilección las relaciones que traban el paciente y su entorno con el equipo de salud, reparando en la autodeterminación de las personas, que alcanza sus más altas concreciones en la soberanía corporal; de ahí la importancia de los procesos de consentimiento informado como canales de la voluntad de las personas para decidir el destino de sus cuerpos. Por tanto, cabe escrutar los justificativos que restringen la propia libertad cuando se trata de conductas autoreferentes. Con la misma prudencia, vale revisar los criterios de disponibilidad sobre objetos decisionales como la vida (el “donante heroico”), la salud y la integridad física (el “donante altruista”); el direccionamiento de los órganos para después de la muerte y la relación entre dador y receptor (“donantes no relacionados”, “donación cruzada”, “donación pareada”, “trasplante split”, “trasplante dominó”, “donante marginal”).

En la misma línea de razonamiento, resurgen las discusiones en torno a la legitimidad de los incentivos y las opciones que plantea un mercado regulado de órganos hasta, incluso, la libre comercialización de las partes del cuerpo.

Si bien puede decirse que la gratuidad es un principio (casi) universalmente consensuado en materia trasplantológica, con frecuencia se

reavivan intencionalmente que pretenden ponerlo en discusión, a veces de maneras más solapadas y otras más ostensiblemente desafiantes, basta con referir a quienes sugieren que los estados deberían compensarle a los familiares de los donantes cadavéricos los gastos del funeral o a quienes aluden lisa y llanamente al “global kidney exchange”.

En este orden de ideas y en lo que atañe al quehacer trasplantológico, con sus matices y teniendo en consideración el principio de legalidad y la seguridad jurídica como valores de los sistemas democráticos, con consecuencias prácticas de aplicación en el campo de la dignidad humana –en general– y la inherente al ejercicio de la profesión médica –en particular–, se renuevan las discusiones en derredor a tópicos tales como: ¿resulta viable la cosificación del cuerpo? ¿Es un objeto decisional posible la propia integridad? Caso contrario, ¿cuáles son los límites y sus eventuales legitimaciones? En caso que no haya limitaciones a las decisiones sobre el cuerpo propio, ¿se puede decidir ponerle un precio? En su defecto, ¿qué razones asisten para impedirlo? ¿No basta la propia voluntad para inhibir toda restricción a la autodeterminación personal, máxime tratándose de actos autorreferenciales? Si la vida, la salud, la autodeterminación, la integridad, son derechos, ¿por qué no serían renunciables? ¿Qué alcances tiene la expresión “dignidad humana”? Figurémonos que una persona accede a una vivienda vendiendo parte de su hígado (que se regenera), ¿será que pierde su dignidad haciéndolo? ¿Es menos digno quien vende una porción de su hígado para comprarse una casa que quien no lo hace y sigue sin solución habitacional? Es tan claro que se trata de un juego mental para recrear una situación dilemática como que urge dotar de contenido a la idea de dignidad a partir del relevamiento de indicadores que permitan concluir sobre sus condiciones de verificabilidad. Y, por lo mismo, ¿quién mejor que el propio agente para expedirse sobre la libertad y la voluntariedad de sus actos y autopercepción como ser digno y dignificado? De otro lado, cuadra también preguntarse: ¿qué ocurre con los terceros que tienen obligaciones en virtud de su posición de garantes, concretamente los médicos que se han comprometido a cuidar? ¿Qué responsabilidades cabría a los estados? ¿Qué debería hacerse a fin de evitar la afectación de la confianza de la ciudadanía en la asignación de órganos, en el acceso a lista de espera para trasplante y en los criterios de justicia

distributiva que permiten la movilidad en la misma?

Con este panorama, puede afirmarse que existe un vasto abanico de cursos de acción posibles. La red decisional y no-decisional que se monte dependerá, a no dudarlo, de la comprensión del mundo que se tenga y, finalmente, “estas decisiones pueden ser explícitas o implícitas, encarnadas en normas o en un conjunto de éstas”.<sup>(21)</sup>

## V. Colofón

A tenor de lo expuesto, pues, toca cotejar cómo ha quedado el marco regulatorio de los trasplantes de órganos en la Argentina luego del proceso de sustitución legislativa impulsado por la “Ley Justina”.

- 1) Se introdujeron innovaciones tales como:
  - a) La institucionalización de los “Servicios de Procuración” (Capítulo V), engranajes clave del trasplante, ya que sin procuración no hay órganos.  
La estrategia idónea para incrementar el pool de donantes en la instancia cadavérica es, según lo creemos, montar unidades nosocomiales permanentes en la estructura hospitalaria que tengan por cometido la detección, evaluación y tratamiento del donante.  
Para eso, se necesita de profesionales calificados, suficientemente entrenados y debidamente remunerados, desde que estas tareas no se pueden confiar a la buena voluntad de trabajadores de la salud –ya de por sí– sobrecargados en sus labores, –las más de las veces– mal pagos y –casi siempre– sin capacitación.
  - b) Todo lo atinente a las actividades vinculadas a la obtención y utilización de células de origen humano, en general, y no sólo las progenitoras hematopoyéticas, en particular.
  - c) Consideraciones respecto al paciente en parada cardio-respiratoria, que era un gran vacío y no sólo dejaba expuestos a los profesionales sino que significaba la pérdida de un potencial donante.

Sin embargo, es preciso dejar asentada una crítica a la técnica legislativa respecto al impropio uso de la conectiva lógica empleada, toda vez que el Art. 36 dice que: “El fallecimiento de una persona puede certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas”.

Tal como está redactado, parece que se trata de una “disyunción inclusiva”<sup>\*\*\*</sup> y no de una “disyunción exclusiva”,<sup>\*\*\*\*</sup> que es la que correspondía utilizar expresando que la muerte se produce: o bien con el cese irreversible de las funciones circulatorias o bien con el cese irreversible de las funciones encefálicas. A su tiempo, para ratificar que la intención del legislador no ha sido independizar sendos casos, basta con ver que a renglón se guido dispuso que “(a)mbos se deben reconocer mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación”, cuando debió dar un tratamiento para el paciente que hace la parada cardiorrespiratoria y otro diferente para aquel al que debe diagnosticársele la muerte bajo criterios neurológicos. A todo evento, urge una modificación de la norma que, además y como mínimo, reenvíe a las guías clínicas que protocolicen el manejo del paciente en asistolia.

d) La “donación cruzada”, que, hasta el momento, había sido receptada sólo a nivel infra-legal. Huelga hacer notar que la nueva normativa no profundiza en ningún detalle y remite escrupulosamente a la reglamentación dictada al efecto y limita la posibilidad del recurso a casos de incompatibilidad y no como una estrategia de optimización al momento de conformar la díada entre dador y receptor.

2) Se incorporaron modificaciones:

a) Aunque no constituye un elemento completamente novedoso sino una alteración de lo existente en términos de “flexibilización trasplantológica”, corresponde hacer mención a la eliminación de requisitos para donar en vida entre convivientes, toda vez que se suprimió la exigencia de acreditar una relación de tres años de duración –como mínimo– o de dos si de ella hubieren mediado hijos (Cfr. nuevo Art. 22).

El argumento presentado para la mudanza alude a que la imposición de un plazo mínimo de antigüedad a la relación entre los convivientes para habilitar la dación resulta excesivamente restrictivo y, por ende, discriminatorio si se

<sup>\*\*\*</sup> O sea, aquella que se lee como: “y/o”. Por ejemplo cuando la escuela envía a la familia de un alumno una notificación encabezada con la expresión: “Madre o padre”, quedan habilitadas tres opciones igualmente válidas: a) “madre”; b) “padre”; o, c) “madre y padre”.

<sup>\*\*\*\*</sup> Es decir, las que son del tipo: “o... o...”, pero no las dos”. Por ejemplo: “o estoy embarazada o no estoy embarazada”.

concede para los que acreditan el plazo y se deniega para los que no consiguen hacerlo.

Ciertamente todo criterio cronológico resulta opinable y hasta puede sonar arbitrario; pero, en realidad, el fundamento para limitar la libre dación entre vivos (y que el debate parlamentario ni siquiera abordó) apunta a desalentar la onerosidad encubierta de una donación alegada. Con ese horizonte, se considera que una relación de tipo conyugal de cierta trayectoria vital exhibe una robustez que otras, más efímeras o, incluso, ocasionales, no presentan; en la misma tónica, se entiende que la generación de prole es indicio de un vínculo fortalecido entre los progenitores mientras permanecen unidos.

b) La más polémica y, en apariencia, vanguardista fue, sin dudas y una vez más, el “consentimiento presunto”. Pues bien, nada más lejos de la realidad ya que esta estrategia (que presume que todas las personas son donantes, excepto que se opongán expresamente):

- Se encontraba legislada -mas no vigente- desde 1993. Esto para hacer valer un argumento histórico contra el carácter innovador que pretendió adjudicársele a la reforma.

- De la misma manera, cabe oponerle un argumento etimológico, en la inteligencia de que si “consentir” significa “sentir con” (del latín: *consentire*) mal puede desplazarse al sujeto que permite que algo se haga.

- Y cuánto más si ese “algo” involucra derechos fundamentales, para invocar, entonces, un argumento sistemático.

- A su tiempo, de toda lógica resulta esgrimir un argumento cronológico, en el sentido de que si el agente debe decir que no es donante es porque, indudablemente, alguien ya había dicho que sí por él.

- Luego, claramente se observa cómo se invierte la dinámica constitucional, en la medida que los derechos de las personas deben ser garantizados y no obstaculizados por los estados, extremo que se materializa cuando se coloca en los individuos la carga de remover escollos para alcanzar y gozar de esos derechos. Esta objeción a la presunción del consentimiento se apoya en un argumento metodológico.

- Desde luego que las consideraciones de valor ejercen aquí un rol decisivo (argumento axiológico).

- Al igual que las comprensiones culturales (argumento antropológico).
  - Como así también las características propias de la organización del poder en una comunidad dada (argumento socio-político)
  - Aunque, sin lugar a la menor duda y en sintonía con lo dicho hasta ahora, la impugnación más elocuente se inspira en que no encarna un modelo idóneo para aumentar el número de donantes en la instancia cadavérica (argumento técnico), principalmente porque parte de premisas falsas: no es verdad que todos somos donantes sino sólo aquellos que mueren institucionalizados; y aún falleciendo en una terapia intensiva, tampoco es cierto que todos se conviertan en donantes efectivos (por ejemplo: los pacientes oncológicos, en principio, se descartan como donantes).
- 3) Se promovió la eliminación de toda alusión a los xenotrasplantes, siendo que la ley anterior lo contemplaba expresamente (Cfr. Art. 1º, último párrafo) y ahora la técnica arroja evidencias más que promisorias,<sup>(24-26)</sup> en la medida que los órganos de diseño ofrecen la posibilidad de reducir los rechazos, con la saludable reducción en el uso de drogas inmunodepresoras, al tiempo que coadyuva a paliar la escasez de donantes. Se trata de un tema siempre vigente en el quehacer trasplantológico de las últimas décadas, si bien se ha vuelto especialmente controvertido por las recientes sensibilidades empáticas hacia los animales no humanos (ya que supone el intercambio de tejidos y órganos entre distintas especies).
  - 4) Se omitió receptor de manera explícita figuras que den cuenta de:
    - a) Adelantos científicos relativos a la utilización de la biotecnología para el tratamiento, cura y regeneración de órganos (como las nanotecnologías, el uso experimental de células madre –expresión que, curiosamente, no figura en todo el articulado–, la edición génica).
    - b) Avances quirúrgicos como el trasplante “split” (procedimiento quirúrgico por el cual un hígado donante se divide en dos partes a fin de obtener dos injertos para dos receptores), de venas entre vivos (son más exitosos que los realizados de donante cadavérico) y otros más audaces como el de cara o el de útero.
    - c) Una tendencia auspiciosa que convendría

alentar como resultan serlo los acuerdos de cooperación entre países, tanto sea para armonizar legislación como para mejorar las estrategias de procuración y trasplante.

Sirva este esbozo como hoja de ruta para una actualización funcional del marco regulatorio de los trasplantes de órganos y con buena sobrevida.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) López Medina R. Cultura jurídica. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*. 2014;7:229-35.
- 2) Trindade AK, Magalhães Gubert R. Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*. 2009;4:164-213.
- 3) Taboada Verona, AP. Relación cine y derecho: una lectura desde las comunidades indígenas. *Revista Virtual LEGEM*. 2014;1(2):7-19.
- 4) Revista Cine, Televisión y Derecho [sitio web]. Facultad de Derecho, Universidad de Chile  
Disponible en: <<https://www.editorialhammurabi.com/revista-cine-television-y-derecho/>> (consulta: 12/12/2021).
- 5) Shelley MW. *Frankenstein, or the Modern Prometheus*. London: Lackington, Hughes, Harding, Mavor, & Jones, 1818.
- 6) Nino CS. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Paidós, 1984, p. 13.
- 7) Argentina. Ley de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células N° 27.447 (reglamentada mediante Decreto N° 16/19).
- 8) Pregno E. Renovados olvidos y viejas postergaciones: el donante vivo en los trasplantes de órganos. En: Basset Ú, Fulchiron H, Bidaud-Garon Ch, Laferrière, JN (Directores), González EM, Martínez Alcorta JA, Tetard S, Millerioux G (coord.). *Tratado de la vulnerabilidad*. Buenos Aires: La Ley, 2017, pp. 779-93.
- 9) 8) Wiseman AC, Gill JS. Financial incompatibility and paired kidney exchange: walking a tightrope or blazing a trail? *Am J Transplant*. 2017;17(3):597-8. doi: 10.1111/ajt.14183.
- 10) Delmonico FL, Ascher NL. Opposition to irresponsible global kidney exchange. *Am J Transplant*. 2017;17(10):2745-6. doi: 10.1111/ajt.14473.
- 11) Rees MA, Dunn TB, Kuhr CS, Marsh CL, Rogers J, Rees SE, et al. Kidney exchange to overcome financial barriers to kidney transplantation. *Am J Transplant*. 2017;17(3):782-90. doi: 10.1111/ajt.14106.
- 12) Pregno E. Algunas meditaciones en torno al

- Consentimiento Presunto y su aplicación en la temática trasplantológica: un posible caso de rechazo agudo. *Revista Jurídica Doctrina Judicial*. 2005;21(43): 592-8.
- 13) Tanús EU, Alemán MT, Petraglia GO, Fortunato RM, Bayardo S, Carruthers AP, *et al.* Donación pareada/cruzada en Argentina. Reflexiones bioéticas basadas en el estudio del donante vivo. Documento Conjunto de los Comités de Bioética de la Sociedad Argentina de Nefrología y Sociedad Argentina de Trasplante. *Rev Nefrol Dial Traspl*. 2017;37(1):29-7.
- 14) Switzer GE, Dew MA, Twillman RK. Psychosocial issues in living organ donation. En: Trzepacz PT, Di Martini AF, eds. *The transplant patient: biological, psychiatric and ethical issues in organ transplantation*. New York: Cambridge University Press, 2000, pp p. 40-49.
- 15) Przeworski A. *Democracia y mercado*. Madrid: Cambridge University Press, 1995. 370 p.
- 16) Molina Marín G, Alonso Cabrera Arana G, comp. *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*. Colombia: Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2008.
- 17) Abalovich A, Wechsler C, Lara S, Bervottini M. Pig islet xenotransplantation acceptance in a Latin-American diabetic population. *Xenotransplantation*. 2010;17(4):263-6. doi: 10.1111/j.1399-3089.2010.00598.x.
- 18) Matsumoto S, Abalovich A, Wechsler C, Wynyard S, Elliott RB. Clinical benefit of islet xenotransplantation for the treatment of type 1 diabetes. *EBioMedicine*. 2016;12:255-62. doi: 10.1016/j.ebiom.2016.08.034.
- 19) Cooper DK, Matsumoto S, Abalovich A, Itoh T, Mourad NI, Gianello PR, *et al.* Progress in clinical encapsulated islet xenotransplantation. *Transplantation*. 2016;100(11):2301-8. doi: 10.1097/TP.0000000000001371