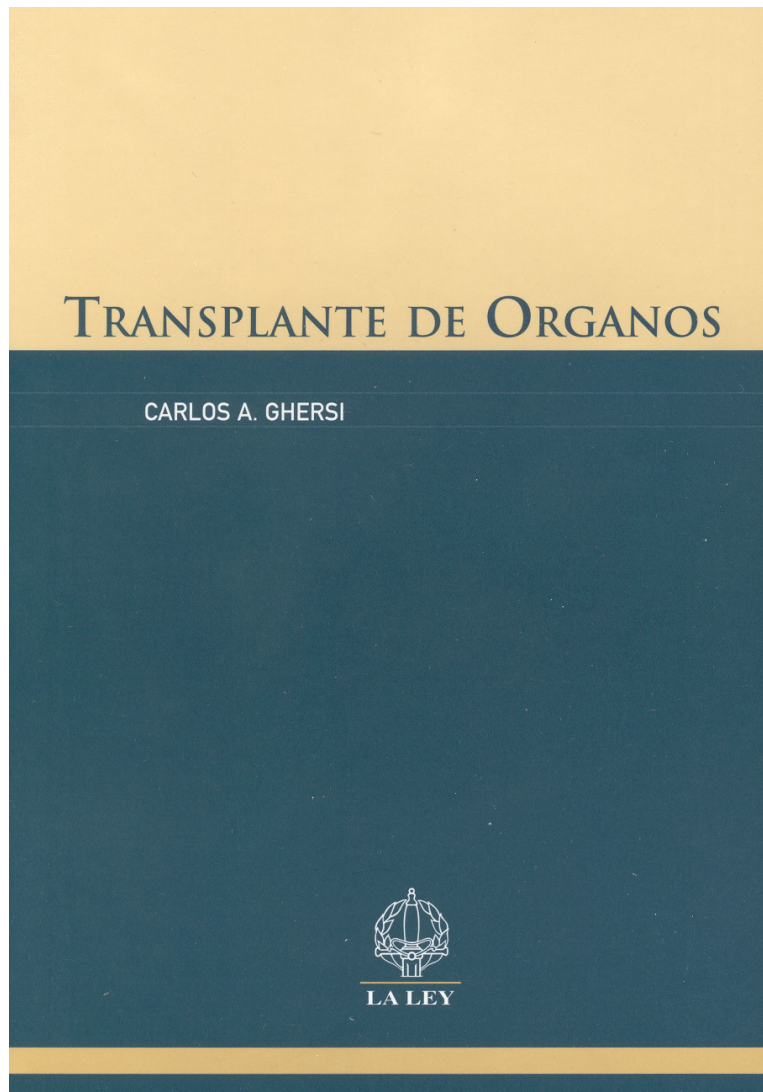


Transplante de órganos

Por
Carlos A. Gherzi.



**Fondo Editorial de
Derecho y
Economía.**

Buenos Aires.

**Primera edición:
2003.**

**Este material
es de uso
exclusivamente
didáctico**

INDICE GENERAL

PRESENTACION

Consideraciones psicológicas
por José E. MILMANIENE

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

CAPITULO I

Los derechos personalísimos
por Carlos A. GHERSI

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

CAPITULO II

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

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

CAPITULO III

El deber de información a donantes y receptores
por Celia WEINGARTEN

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

CAPITULO IV

Los actos de disposición de órganos o materiales

anat6micos provenientes de personas vivas
por Celia WEINGARTEN

I. Introducci3n.....	47
II. La capacidad del dador.....	48
III. El ejercicio personal6simo de disposici3n corporal del dador no puede ser sustituido.....	50
IV. El problema de los insanos, emancipados, inhabilitados y penados.....	50
V. Capacidad del Receptor.....	52
VI. Receptores legitimados para recibir 3rganos o materiales anat6micos de una ablaci3n in vivo..	53
VII. El Transplante de M3dula 3sea.....	55
VIII. Necesidad del transplante. Criterio de evaluaci3n cient6fica.....	56
IX La gratuidad del acto dispositivo de daci3n de 3rganos y materiales anat6micos.....	59

CAPITULO IV

De los actos de disposici3n de 3rganos o materiales anat6micos cadav3ricos
por Manuel CUIÑAS RODRIGUEZ

I. Introducci3n.....	61
II. Fin de la existencia de la persona.....	61
III. Naturaleza jur6dica del cad3ver.....	65
IV. An3lisis de las normas involucrada.....	71

APENDICE NORMATIVO

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

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

POR CARLOS A. GHERSI

SUMARIO: I. Introducción. II. Los derechos personalísimos y la disposición del propio cuerpo. III. El ejercicio del derecho personalísimo de disposición del propio cuerpo en la ley de transplantes. IV. El derecho personalísimo de disposición del cadáver. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Transplantes de órganos es de una significación cultural social e individual y de un realismo trascendente, que multa el modo de representación, el significado, el significante¹ y el referente en el ser humano y **problematiza** un conjunto de relaciones interpersonales y de control estatal, que nos obliga a hacer un **tratamiento epistemológico**² de aquella.

En esta línea de pensamiento, debemos destacar que el donar o aceptar órganos es en primer lugar un **compromiso psíquico** con especial valor simbólico que no es fácil de asumir.

En segundo lugar, es un **proceso individual** que afecta derechos para ambas partes (receptor y dador) que requiere un **modo de regulación** que es precisamente el dictado de la legislación en materia de transplantes.

En tercer lugar, en la **cultural** constituye una **construcción de valores nuevos**³ que mutan en la identidad colectiva que contradicen viejos tabúes e incluso rozan con modelos éticos y morales⁴ que muchas veces permanecen sin resolver hasta el presente.

El impacto como cuarto ámbito en las **religiones** no es menos despreciable, dado el modo construido por aquellas durante reglas de la integridad e identidad del ser humano⁵.

Tampoco es menos problemático, concebirle a los órganos un **valor de uso diferenciado** adjudicándole propiedades materiales, pues no condice con el significado que tradicionalmente el conjunto social le asignaba, ello implica una distinción esencial entre representación y símbolo que genera un poder de los órganos sobre el individuo y obliga a una nueva construcción social desde diversos ámbitos.

En suma, la creación de una **cultura diferente** desde lo individual y social; el **esquema psíquico** y sus impactos en los comportamientos; el **modo de regulación estatal**, etc., implican análisis nuevos en la lógica del comportamiento de las sociedades y muy especialmente el derecho en sus diversos aspectos.

En este orden de ideas, los **derechos personalísimos** son una conquista del ser humano desde su "esencia"⁶, de muy reciente data, a tal extremo que solamente está contemplado el derecho a la

¹ ECCO, Humberto., "La estructura ausente. Introducción a la semiótica", p. 70, Ed. Lumen, Barcelona, 1994.

² GHERSI, Carlos A., "Tercera Vía en el ámbito jurídico", p. 29, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1999.

³ Consult. LASH, Scott, "Sociología de la posmodernidad", Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1997; BOURDIEU, "Campo del Poder y campo intelectual", Ed. Folios, Buenos Aires, 1975.

⁴ Consult. HAMPSHIRE y otros, "Moral Pública y privada", Ed. FCE, México, 1978; HORKHEIMER, "Max. Autoridad y familia", Ed. Paidós, Barcelona, 1988.

⁵ GHERSI, Sebastián, "La investigación científica del derecho a través de las religiones", Ed. Gowa, Buenos Aires, 2000.

⁶ Consult. VERGARA, Leandro, "Derechos personalísimos, distinción con los derechos individuales", en "Derecho Civil, Parte General", GHERSI, Carlos A., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

intimidad en la normativa del art. 1071 bis⁷ y a nivel constitucional en algunas provincias que reformularon su Carta Magna en la última década⁸; por otra parte, como consecuencia de largas investigaciones por la revolución de la medicina tecnológica, se ha posibilitado "el reemplazo" de ciertos órganos vitales que generaron y generan una esperanza de vida para la humanidad; ello depende de la solidaridad de otros seres humanos que estén dispuestos a donar *dichos* órganos durante su vida o después de su muerte⁹.

No se nos escapa que en torno de toda esta problemática, compenetrada de un humanismo sin límites, aparecen los problemas de personas inescrupulosas que con intereses mezquinos encontraron una nueva forma de "mercantilizar" la vida humana, mediante el secuestro de *niños*, enfermos, vagabundos o robo de cadáveres, con la finalidad de extraerles sus órganos y establecer un nuevo comercio concebido en la necesidad y desesperanza de otros seres humanos tan dignos como aquellos. De allí la prudencia con que debemos manejar en estas nuevas cuestiones que plantea la Ley de Transplantes¹⁰.

La metodología de análisis será abordar los derechos personalísimos, que entendemos están conectados con el **poder de disposición** de nuestros órganos y de nuestro cadáver **posmortem** y la extirpación de aquellos, con fines de implantes-transplantes o de investigación, que son los dos supuestos que plantea la normación.

II. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS y LA DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO

Stammler señala con maestría y precisión que "el hombre ha aprendido a concebirse a sí mismo como un ser capaz de tener su propio juicio y de decidir por sí mismo sus actos, y sólo está dispuesto a aceptar como regla obligatoria de conducta aquella que pueda considerar como justa, por lo menos en SUS líneas básicas"¹¹.

Esta es y debe ser, a nuestro entender, la premisa para el análisis de derechos como sistema¹² regulador de conductas en la sociedad, respecto de los hombres entre sí y de éstos con los poderes públicos del Estado o de los privados como grupos económicos, políticos nacionales o transnacionales¹³.

El derecho personalísimo de mayor importancia y trascendencia es el de disposición de su propio cuerpo¹⁴ desde el momento que adquiere jurídicamente el dominio de sí, hasta su último acto la disposición post- mortem.

Nuestra Constitución Nacional original ha amparado y protegido con mayor celo los "derechos a la propiedad"¹⁵ que los "derechos del ser humano" como tal, sin embargo, podemos utilizar algunas normas que referidas a aquellos, que sin duda no pueden dejar de aplicarse a los propios derechos del

⁷ Art. 1071 bis Cód. Civil; "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación" (artículo agregado por ley 21.173).

⁸ Constitución de la Provincia de Salta de 1986.

⁹ GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad por prestación médico asistencial", Cap. IX. "Responsabilidad médica por extirpación, implantes y trasplantes de órganos". p. 265, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2. ed., 1993.

¹⁰ Se ha denominado a esta mercantilización como de consumo posicional, donde solo una pequeña elite participa del mismo y donde se hace más difícil combatir por el alto poder que representan estos grupos en la sociedad.

¹¹ STAMMLER, Rodolfo, "Derecho justo", p. 12. Glockner, Berlín, 2a edición de 1926.

¹² LUHMANN, Niklas, "Hacia una teoría científica de la sociedad", Ed. Anthropos, Barcelona, 1997.

¹³ Hemos definido al derecho como: "Conjunto de toda la normación destinada a regular la conducta del hombre, sus actos y su patrimonio -constituye el ordenamiento legal- que se completa con los valores axiológicos y deontológicos incorporados desde el ámbito de la filosofía, la política, etc., y es aplicado coercitivamente a los miembros de una comunidad en un espacio y en un tiempo". GHERSI, Carlos A., "Derecho Civil, Parte General", 2. ed., Ed. Astrea, 1999.

¹⁴ CIFUENTES, Santos, "Elementos de Derecho Civil, Parte General", p. 59 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires. 1993; GOLDENBERG, Isidoro, "Daños a los derechos de la personalidad", en Obra Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, "Derecho de Daños", p. 335, La Rocca, Buenos Aires, 1989.

¹⁵ ALTERINI, Atilio; GOLDENBERG, Isidoro, "Algunas reformas aconsejables para la actualización normativa de la responsabilidad civil" JA del 8/8/89.

hombre, sustento y soporte de todo derecho económico¹⁶.

Algunas de estas cuestiones fueron modificadas con la Reforma de 1994, adquiriendo un perfil más humanitario, especialmente con la incorporación de los tratados Internacionales¹⁷.

Como señala Manuel Atienza Rodríguez, "la analogía supone un modelo y su imitación regular. Una forma analógica es una forma hecha a imagen de una o de otras muchas según una regla determinada¹⁸.

Siguiendo esta metodología de investigación analógica debemos buscar primeramente el modelo, para luego producir su imitación.

II. 1. El modelo de protección del derecho de propiedad en la Constitución Nacional

El art. 14 de la Constitución Nacional establece que "Todos los habitantes de la Nación Argentina gozan de los siguientes derechos conforme a las reglas que reglamentan su ejercicio a saber: ...de usar y disponer de su propiedad...".

El art. 17 de la misma Carta Magna establece con rigor y firmeza: "La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella...".

Respecto del primero se ha señalado que se trata de una declaración de derechos que se reconocen a todos los habitantes del territorio, en donde se reafirma no sólo la "titularidad individual" del derecho de propiedad, sino el "poder de disposición" del mismo, como cualidades esenciales e inherentes al derecho y del portador del mismo.

En el segundo, en cambio, se reafirma el derecho de propiedad frente al poder público y las normas civiles y penales, a su turno los resguardan ante las "partes", legislando sobre el hurto, el robo, daño económico, etc.¹⁹.

Entonces, podemos decir, siguiendo el jurista español Carlos Lasarte, que "la propiedad privada significa, ante todo, excluir a otros de la posibilidad de utilización de cuanto nos pertenece y, por consiguiente, garantía de que legítimamente nadie puede ser privado de cuanto es suyo, como regla de principio", y continúa diciendo: "...El hecho de que el propietario pueda disponer de cuanto le pertenece significa que el dominio del propietario sobre la cosa no se agota en su utilización material el propietario está facultado; incluso para dejar de serlo, procediendo a transmitir, a enajenar, lo que le pertenece a otra persona²⁰.

Es claro entonces que el "modelo nos determina, que la facultad emanada del derecho de propiedad es autolimitativa y autorregulativa, ya que tanto nuestra Constitución Nacional como nuestro Código Civil reconocen en la autonomía de la voluntad, un poder igualable sólo al de la ley (art. 1197 Cód. Civil)²¹.

II. 2. El modelo de "imitación" para la protección del derecho a la salud y el del propio cuerpo

John Lock estableció como derechos naturales los "derechos a la vida, la libertad y la propiedad"²² los principios de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica²³ los reprodujeron e hicieron hincapié en la "búsqueda de la felicidad".

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, proclamados por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, "enumeró" como sagrados los derechos a la libertad, la propiedad,

¹⁶ DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", p. 38: "El derecho patrimonial estudia la atribución a la persona de bienes económicos y las diversas transacciones que son realizadas entre las personas en relación con dichos bienes... el patrimonio como derivación necesaria de la idea misma persona y concebido como un conjunto unitario de relaciones jurídicas", Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

¹⁷ Consult. VEGA, Juan C. y GRAHAM, Marisa, "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales". Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.

¹⁸ ATIENZA RODRIGUEZ, "Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico", p. 22, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

¹⁹ Consult. MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, "Responsabilidad Civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

²⁰ LASARTE, Carlos, "Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho", p. 170, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

²¹ Consult. FERRI, Luigi, "La autonomía privada", Ed. Edersa, Madrid, 1969.

²² Consult. HILL, Christopher, "Los orígenes de la revolución inglesa", Ed. Crítica, Barcelona, 1980.

²³ Consult. PAINE, "Thomas: Los derechos del hombre", Ed. M. Aguilar, Buenos Aires, 1989.

seguridad y resistencia a la opresión²⁴. La Asamblea General de las Naciones Unidas manifestó su disconformidad por la sola mención de los derechos a la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad de las personas, y agregó una serie de derechos que tienden a mejorar al calidad de vida del ser humano como tal²⁵.

La Iglesia cristiana también se ha expedido en el mismo sentido reafirmando constantemente sobre la "subjetividad del derecho de disposición de sí", de lo contrario pasará a depender de la máquina social y de quienes lo controlan, lo cual le crea dificultades mayores para reconocer su dignidad de persona y entorpece su camino para la constitución de una auténtica comunidad humana²⁶.

Hoy, por suerte, es ya difícil "desandar" el largo camino que han emprendido para su consolidación los derechos humanos; sin embargo, no debemos bajar los brazos, pues siempre existe el peligro de querer disponer de "alguna forma" del hombre²⁷.

Resulta claro entonces, que el esencial derecho de disposición de su propio cuerpo y cadáver es un derecho humano y personalísimo²⁸.

Esto, evidentemente es así, ya que si la Constitución Nacional y las leyes que reglamentan su ejercicio -Cód. Civil, Penal, etc.- consolidan el derecho a la propiedad y se toman medidas necesarias para asegurarle a los portadores el goce del mismo, con mayor razón debe reconocerse y consolidarse el derecho de disposición de su propio cuerpo y cadáver.

Dicho de otra manera: si existe un derecho a la propiedad de cosas, entonces, tomando en cuenta que sólo existe en la medida del soporte, es decir la persona humana, se requiere, moral y jurídicamente, que se establezcan con la misma e idéntica intensidad el derecho sobre la propia vida, que no es más que la disposición de su cuerpo.

La "categoría jurídica" o "jerarquía" de este derecho de disposición sobre el propio cuerpo está mucho más cerca de la persona y de la humanidad que las cosas, y esto no es un mera retórica, sino un derecho inherente a su esencia vital²⁹.

En este sentido es sumamente esclarecedora la opinión del profesor español Jesús Gonzalez Pérez al señalar: "El hombre no es su existencia, sino que la existencia es suya. "En su virtud, el hombre puede modificar el ser suyo de la vida"³⁰.

A este fundacional pensamiento pensamos que es atinente el del francés Legaz cuando dice: "...el tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona".

El derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo -en vida o postmortem- es inherente ala esencia de la calidad humana que posee la persona y es sólo disponible a partir del ejercicio de una verdadera "libertad" e "intransmisible, ya que nadie puede interpretar el "*sentido* de la vida y de la muerte", sino uno *mismo*, portador de ese cuerpo y su espiritualidad.

No quiero cerrar este acápite *sin* mencionar "la necesidad y la cultura en el ejercicio de la libertad".

La dignidad de la persona adquiere, a través de la libertad, una categoría superior que opera como razón de ser un centro del sistema jurídico y que apunta a la reivindicación del hombre desde las fronteras de la marginación³¹.

John Kenneth Galbraith lo muestra con maestría y exactitud: "No hay duda del tema principal. Es más que evidente que los afortunados y los favorecidos no contemplan su propio bienestar a largo plazo y no son sensibles a él. Reaccionan más bien y vigorosamente a la satisfacción y a las

²⁴ JAURIS, Jean, "Causas de la Revolución Francesa", Ed. Crítica, Barcelona. 1982; COBOURNE, Albert, "La Revolución Francesa", Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

²⁵ Consult. ALBANESE, Susana, "Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992.

²⁶ Centesimus Annus, "Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II en el Centenario de la Rerum Novarum", Ed. Claretiana, Buenos Aires, 1991.

²⁷ Consult. DIEZ MULLER, Luis, América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

²⁸ PEREZ LUÑO, Enrique A., "Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio", p. 11, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

²⁹ Consult. MALDEN, A. I., "Los derechos y las personas", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

³⁰ Consult. GONZALFZ PEREZ, Jesús, "La dignidad de la persona", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

³¹ GHERSI, Carlos A., "La cultura de la libertad", Boletín de la Asociación de Abogados, N° 397, Ed. Asociación de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, abril, 1993.

comodidades inmediatas. La libertad sólo se ejercita desde un nivel de desarrollo económico³².

En cuanto a la cultura, Kant ya lo marcaba con absoluta claridad de pensamiento. "Tan solo por educación puede el hombre ser libre. El hombre no es más que lo que la educación hace de él".

No es extraño imaginar que la carencia de medios económicos, la marginalidad, la ignorancia puedan generar en algunas personas la venta de sus propios hijos con fines de extirpación de órganos, y hasta la de los suyos propios, cuando fueren dobles.

La prudencia, entonces, debe marcar la medida de los riesgos³³ a que se somete al ser humano, con una nueva ley de transplantes.

III. EL EJERCICIO DEL DERECHO PERSONALÍSIMO DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO EN LA LEY DE TRANSPLANTES

Como señalamos precedentemente, es necesario para reflexionar sobre la problemática de la dación de órganos entre vivos desde "el derecho personalísimo de disposición del propio cuerpo", conexas con el valor axiológico de la "solidaridad social", y con estas premisas es que abordaremos los distintos supuestos.

III.1. La "capacidad de ejercicio" del derecho personalísimo de disposición de los órganos

III.1.1. Discernimiento

Ley dispone como principio general "que está permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de transplantes sobre una persona mayor de 18 años ", repitiendo el esquema de la anterior legislación.

Tal es así, que la misma norma establece que en los supuestos específicos de "implantación de médula ósea... Los menores de 18 años, previa autorización de su representante legal...", podrán realizarlo, generando una excepción.

Esto significa establecer en el ámbito del derecho civil un "específico" poder, respecto a la capacidad de disposición.

El primer elemento del derecho personalísimo es entonces, el de la capacidad de ejercicio, en este sentido, el discernimiento comienza a los 18 años.

III. 1.2. Derecho a la información

Un segundo elemento que conforma el derecho personalísimo es el **derecho a la información** que la ley la predica "a cada paciente y a su grupo familiar" y con requisitos muy concretos que analizaremos en el capítulo pertinente.

La versación del profesional de la medicina lo obliga en los términos de los arts. 512 y 902 del C6d. Civil a informar el dador a) la mas completa evaluación de las cuestiones fáctico-medicales y quirúrgicas; b) evaluación de medidas a utilizar en el acto quirúrgico; c) la posible evolución, en los términos del art. 90 del Cód. Civil, de las condiciones postoperatorias y restricciones de futuro, secuelas, etc.; d) en un lenguaje claro y llano³⁴.

III. 1.3. La reflexión y la decisión

Un tercer elemento para el concreto ejercicio del derecho personalísimo es "la comprensión del significado de la información", reflexión lógica del acto a realizar y una evaluación de sus

³² Consult. GALBRAITH, John Kenneth, "La cultura de la satisfacción", Ed. Emecé, Buenos Aires, 1992.

³³ BECK, Ulrich, "la sociedad del riesgo", ps. 12/13, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

³⁴ RESTREPO-WEINGARTEN-LOVECE-GHERSI, "Contrato y Consentimiento informado", p. 59, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2001.

consecuencias, lo cual implica un grado de educación e instrucción que le permita realizar este proceso mental.

III. 1.4. Plazo condicional del acto de disposición

El plazo de 48 horas que debe operar entre la información y la operación, es la introducción de lo que podríamos denominar un "plazo de meditación", ya que la ley prevé la posibilidad de arrepentimiento hasta el momento mismo de la operación.

La capacidad de ejercicio del derecho personalísimo o de disposición de órganos del propio cuerpo por un acto en vida se configura a partir de la conjunción de esos cuatro elementos, que los podríamos sub clasificar de la siguiente manera: uno, **objetivo-cronológico** el alcanzar la edad de 18 años; dos, de índole subjetivo: uno el derecho a una información personalizada, y el otro la comprensión de aquélla, del acto y sus consecuencias, y por último, el **elemento material condicionante**, el plazo de 48 horas entre la recepción de la información y el acto quirúrgico.

La violación de cualquiera de estos requisitos torna el **acto de disposición ineficaz**.

La ley establece que "el consentimiento del dador no puede ser sustituido ni complementado", lo cual, sin duda, refuerza nuestra posición de que se trata de un derecho personalísimo de disposición del propio cuerpo, sin embargo debemos aclarar lo que nos parece un error terminológico y conceptual, referido al vocablo "consentimiento"³⁵.

Entendemos que se trata de un **acto unilateral de disposición**, ya que la voluntad de aceptación del receptor no es constitutiva del acto, sino meramente receptiva, a tal punto que puede tratarse de un receptor en estado de inconsciencia o inimputable.

Por otra parte, la misma ley establece que la retractación -también criticable como vocablo- no genera obligación alguna, ni puede ser motivo de derecho alguno.

III. 2. Manifestación externa o formal del acto

Por último, queremos señalar que la manifestación externa -requerida por el art. 913 del Cód. Civil- posee en la normación legal una forma específica: "De todo lo actuado se labrarán actas por duplicado...", recordemos que respecto de los establecimientos autorizados a realizar la ablación e implantación de órganos, deben estar inscriptos en un registro especial, por lo cual si se trata de un establecimiento estatal, el acta tomará estado de **documento público**, en cambio en las clínicas o sanatorios privados, serán de esa índole sin perjuicio de la obligación de guarda por diez años que es común a ambas³⁶.

IV: EL DERECHO PERSONALÍSIMO DE DISPOSICIÓN DEL CADÁVER

IV. 1. El derecho de disposición por la propia persona

El requisito de la edad ha sido mantenido con toda coherencia en los 18 años, y en cuanto a la forma, entendemos debe ser expresa y por escrito, salvo la posibilidad de suplir la autorización personal por determinados familiares cuando hay "ausencia de autorización expresa".

Complementando esta normativa, dispone la Ley de Transplantes que los funcionarios del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas deberán requerir la mantención del derecho de disposición del cadáver -en un sentido o en otro- o su negativa a manifestarse, ante la realización de cualquier trámite de los mayores de 18 años, sin perjuicio de su posterior rectificación, entendiéndose que de esta forma se va generando un camino hacia la solidaridad social, que por otra parte, obliga a una constante campaña educativa -informativa.

³⁵ GARCIA Amigo, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", p. 677, Ed. Edersa, Madrid, 1979.

³⁶ DI PROSPERO, Mariana, "Instrumentación en Derecho Civil. Parte General", ps. 363 y sigtes.; GHERSI, Carlos A" 2a ed.. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

IV. 2. El otorgamiento de autorización por parientes

En el supuesto de muerte natural o muerte violenta -de la Ley de Transplantes-, establecen una serie de requisitos y determinación de personas que pueden **suplir** la ausencia de autorización para disposición del cadáver y sus piezas anatómicas con fines de extracción de órganos para implantes en otras personas vivas, que se analizan en otro capítulo de esta obra; sin embargo no podemos dejar de expedirnos respecto de esta "autorización legal" desde la óptica de los derechos personalísimos.

Sostenemos que al tratarse de un derecho personalísimo, el mismo es **intransmisible**, de allí que puede descartada la primera variable que podría ser la que el derecho de disposición por determinados parientes devenga del derecho sucesorio o de herencia ab-intestato.

Un segundo argumento podría devenir de la "interpretación implícita **postmortem**" por aquellas personas que estando o no vinculadas por un derecho hereditario, verbigracia, la convivencia durante un plazo, etc., pudieran interpretar el sentir del fallecido cuando éste no lo hubiera hecho expresamente, lo cual entendemos violento el concepto y esencia del derecho personalísimo.

Por último, la hipótesis que maneja la nueva normación, que es la **autorización con base en la ley**, entendemos que se trata de una muy buena intencionada búsqueda de la solidaridad social, pero sostenemos que por caminos equivocados y violatorios de las decisiones humanas e incluso hirientes la dignidad de la persona.

Insistimos que el principio tiene que ser la autorización expresa de la persona, y ello debe obtenerse por medio de la educación, la información, la organización de un sistema con un férreo control estatal, que asegure a los seres humanos una libre determinación y una profunda convicción de que la realizan conforme aun principio de solidaridad social, de lo contrario sólo implementaremos mecanismos "débiles" perturbadores de la paz social y generadores de incertidumbre aptos para los traficantes de cadáveres que, como las brujas, no se ven pero que las hay, las hay; y están al acecho.

V. CONCLUSIONES

Al situar el derecho de disposición sobre órganos y el cadáver en la esfera del derecho personalísimo sobre el propio cuerpo, es un reconocimiento irrenunciable para el ser humano.

A veces nos vemos obligados a optar por la preservación de un derecho, cuando en realidad la otra opción también implica una buena y humana razón, pero la realidad es así, "los derechos chocan".

Creemos en la ablación de órganos cuando ello posee fines de salvar otra vida, a través de los implantes o la investigación científica, pero afirmar que el derecho a extraer los órganos es un "derecho absoluto", equivale a decir que la persona humana no tiene derechos inalienables y que su vulnerabilidad es legal.

Me preocupa que se limiten o reglamenten los derechos personalísimos, pues al estar condicionados a la cultura, al lenguaje. A la instrucción, al silencio, se produce la misma falacia que los derechos individuales de la libertad y la igualdad que sólo fueron concebidos en la desigualdad de los desposeídos o **sans-culottes** de la Revolución Francesa, a tal punto que su ejercicio quedó minimizado a una cuestión subalterna del poder en sus más diversas manifestaciones, verbigracia, el económico, político, cultural, etc.

Es evidente que las diferencias que distinguen a las personas respecto de sus actitudes y su inteligencia desempeñan un papel decisivo en el ejercicio de los derechos en general y máxime en los personalísimos, de allí que la cuestión de decidir sobre un axioma de vida y de muerte es preferible que pase por afectos y sentimientos en tanto no exista una verdadera igualdad de oportunidades de acceso al poder, la educación, la justicia y la equidad.

Se trata de pagar un precio demasiado elevado cuando se suple la voluntad del ser humano, que seguramente nos degrada como seres humanos.