

## EXPOSICION DE MOTIVOS

1.— Consideraciones Previas. Las nuevas técnicas quirúrgicas de realización de trasplante de órganos e injerto de tejidos utilizando piezas anatómicas procedentes de cadáveres, tienen perfecta adecuación en el marco del ordenamiento jurídico uruguayo, habida cuenta de que la Constitución de la República establece en su Art. 44 el derecho-deber del Estado de legislar acerca de todo lo atinente a la salud pública y al perfeccionamiento físico de todos los habitantes de la República.

Por consiguiente las innovaciones técnicas en materia de trasplantes de órganos e injertos de tejidos, pueden encontrar, y efectivamente encuentran, el sustrato de la Ley Fundamental.

Y es el caso, que los progresos de la medicina, en el campo biológico y terapéutico, han hecho posible, incluso, que pacientes condenados a morir puedan beneficiarse con trasplantes, infelizmente acerca de los cuales la legislación uruguaya no ha legislado todavía.

Mayormente por cuanto sólo contamos en nuestra legislación con una disposición que como el Art. 28 del Código Penal exime de responsabilidad por actuar la Ley, a quien en ejercicio de la profesión que ejerce, cumple actos que materialísticamente pueden llegar a estar reclamados por una norma legal penal que describa esa conducta como un delito en su objetividad. La posibilidad de la salida del paso en casos concretos —cosa que hasta ahora ha ido ocurriendo— resta seriedad a la situación, y por supuesto, que quita toda tranquilidad de espíritu a los médicos que tienen que abocarse a enfrentarla; máxime por cuanto la mutilación de cadáveres sin finalidad de vilipendio aparece prevista y sancionada por el Art. 309 del Código Penal.

La reflexión que antecede vigente para los trasplantes de órganos e injertos de tejidos, post-mortem, tiene idénticas proyecciones, no por supuesto en lo atinente a las autopsias judiciales, sino a las necropsias clínicas. Nos referimos con ello a las efectuadas con finalidad de investigación científica o bien con el propósito de un aprovechamiento terapéutico; en efecto, hasta ahora es total el vacío legal en materia de tales autopsias clínicas.

El problema de trasplante inter-vivos, obviamente excepcional, se trata en el presente ante proyecto para otorgar al mismo un sentido estructural orgánico capaz de colmar eventuales vacíos; mayormente porque incluso, en nuestro medio se han dado supuestos de ofrecimientos para este tipo de intervenciones.

Hace pocos días uno de los co-autores del presente proyecto, intervino en la solicitud que hiciera un procesado por delito de homicidio, a los efectos de que se tuviera presente que deseaba donar uno de sus ojos.

Situaciones como la anteriormente expuesta, tienen en cierta medida, un tratamiento legal que exime de pena, a nivel de las previsiones del Código Penal vigente, toda vez que el Art. 44 del mismo, establece que no es punible la lesión causada por consentimiento del paciente salvo que tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley o inferir daño a otros.

El verdadero problema que se ha planteado a los autores de la ley en materia de donación de órganos o tejidos para trasplantes intervivos, es el atinente a casos límites: en primer término el que concierne a supuestos de personas que siendo mayores de 18 años (mayoría penal) son en cambio menores de 21 años (mayoría civil) y han consentido en extracciones orgánicas o de tejidos.

El proyecto soluciona la problemática por vía de la aprobación que a la extirpación prestan los representantes legales del menor, previo asesoramiento de un médico consultante, acerca de los riesgos operatorios y de la disminución fisiológica que habrá de sobrevenirle al donante.

En el caso más agudo: menores de 18 años o de incapaces, el proyecto se inclina por la solución de que el consentimiento lo presten los representantes legales pero debiendo concertarse además con la venia judicial concedida luego de la advertencia médica antes señalada.

Y bien; el presente es un esbozo general de las situaciones más imperiosas que pueden y deben colmar el vacío de la legislación patria, y plantean al par que un imperativo jurídico de hacerlo, otro fundado en principios de deontología médica.

Claro está, que el tema requiere una serie de aspectos previos de importante consideración, que han sido efectivamente tratados en la legislación comparada, y que atienen en términos fundamentales a extremos que ya insinuamos, pero que nos permitimos reiterar, a saber: consentimiento del donante de órganos o tejidos para trasplantados intervivos o post-mortem, consentimiento del familiar responsable, determinación de la muerte del donante, así como la responsabilidad del Centro donde se habrá de realizar el trasplante o injerto de órganos y tejidos, y obviamente, de consuno con todo lo expuesto anteriormente, la cuestión de las necropsias clínicas.

2.— Soluciones del derecho comparado. La problemática en examen ha recibido respuesta en el terreno del derecho comparado en lo atinente a puntos concernientes a la voluntad o consentimiento del derecho-habiente para trasplantes o necropsias, a la prueba y al concepto de muerte referido —claro está— al donante, y finalmente la cuestión que se refiere a los Centros Asistenciales aptos para las correspondientes intervenciones.

En general rige para la materia del trasplante de órganos e injerto de tejidos, el principio de la voluntad del donante, que en algunas legislaciones se refuerza con la voluntad de sus parientes; al punto que solo por excepción no se tiene en cuenta el mentado consentimiento.

En SUDAFRICA la Ley de 8 de mayo de 1952, modificada por Ley de 19 de junio de 1961, sobre autopsias y remoción de tejidos humanos, autoriza la respectiva intervención al médico, previa autorización del Ministerio de Salud Pública al Director del Hospital o Institución donde haya muerto la persona, o a los médicos funcionarios de dichos establecimientos hospitalarios recomendados por el médico director, para disponer la remoción de órganos o tejidos del cuerpo del fallecido para fines terapéuticos o propósitos científicos.

Sin embargo, el médico director, cumpliendo con la autorización escrita del Ministerio de Salud Pública, solamente puede deferir al trasplante si existió consentimiento del fallecido o consentimiento escrito de los parientes que se indican en la legislación, y en su ausencia, de un amigo "ex-bona fide" del difunto.

En INGLATERRA, la Ley de 26 de junio de 1952, legisló exclusivamente sobre trasplante de córneas, y recién por ley del 27 de julio de 1961, se amplió la legislación a otros trasplantes. Y es el caso que la ley del Reino Unido, en cuanto al problema del consentimiento es más estricta que la SUDAFRICANA, ya que requiere la voluntad que el difunto hubiera prestado en vida, y luego que no se hubieren opuesto sus deudos.

En CANADA se dictó en 1959, una ley sobre trasplante de córneas, similar a la inglesa de 1952, y cuando en 1961 la legislación inglesa amplió el campo de acción a otros órganos, se dictaron leyes similares en Ontario (Ley de 6 de abril de 1963), Nueva Escocia (Ley de 18 de Mayo de 1964), y en Columbia Británica (Ley de 6 de abril de 1968).

Sin embargo existen algunas novedades en la legislación canadiense con respecto a lo que ocurre en la legislación inglesa. Por ejemplo en la Ley de Ontario, si una persona muere en un hospital, se requiere el consentimiento prestado en vida por el fallecido y la autorización del Director del establecimiento; como se vé, es atenuada la severidad de la ley inglesa que exigía la no oposición de ciertos parientes. Solamente para supuestos de persona fallecida fuera del hospital, juega dentro de la Ley de Ontario, la no oposición de los parientes para que pueda tener lugar el trasplante.

La enmienda 1967 a la Ley de Ontario, preve la hipótesis de una persona que no hubiera hecho donación en vida de su cuerpo y se hallara en situación de muerte inminente e inevitable en opinión del cuerpo médico. En tal caso sus deudos pueden dar autorización siempre que no existiera evidencia alguna de que el difunto habría opuesto su voluntad si hubiera sido consultada la misma. Como puede advertirse la enmienda de 1967, limita la situación a que no exista una voluntad en contra y, según sus comentaristas prácticos, la misma tuvo aplicación importante, en particular con relación a personas que eran víctimas de accidentes.

En 1965, un proyecto de "ley tipo" fue aprobado por algunos Estados canadienses; según los principios de tal norma, toda persona mayor de 18 años puede disponer en vida, del destino de su cadáver, y dejar indicaciones respecto a quienes han de ser los ejecutores de sus disposiciones. En ausencia de toda indicación, se establece en la aludida "ley tipo", quiénes son las personas que pueden decidirlo en orden de precedencia y para los fines especificados en la ley.

Previsiones similares a las aludidas se introdujeron asimismo en la enmienda de Ontario de 1967.

Respecto de AUSTRALIA, pocas novedades ofrece su legislación, ya que en la misma se adoptaron prácticamente disposiciones idénticas a la ley madre inglesa de 1952.

En ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, ocurre que algunos Estados gobiernan las disposiciones referentes a manipulación o empleo de cadáveres, según los principios del common law, entretanto otros, han promulgado estatutos. Es así que 39 Estados han dictado leyes autorizando las donaciones anatómicas hechas por la persona viva para producir efectos luego de su muerte; en 16 Estados se ha legislado respecto de autorización de donaciones intervivos, pero solamente entre parientes próximos.

En California el Código de Salubridad estatuye que toda mutilación humana no autorizada por la ley es castigada; y es el caso que la autorización puede darse por la persona respectiva antes de su muerte, pero el control de las disposiciones del mismo, corresponde a los parientes que se indican en la ley.

En cuanto a DINAMARCA, la ley sancionada el 9 de junio de 1967, prevé tres casos; remoción de tejidos por donantes vivos, trasplantes de tejidos del cadáver de persona de 18 años que en vida hubiera consentido por escrito, y finalmente, trasplantes de personas que hubieran fallecido o hubieran sido trasladadas después de muertos a un hospital o establecimiento similar, exigiéndose que los parientes próximos no opongan reparos al procedimiento. Este último es el supuesto, claro está, en que no haya sido dado —en su caso— el consentimiento de antemano.

En FINLANDIA y en SUECIA se promulgaron en 1967, y 1968, leyes similares a la anterior.

En lo que concierne a FRANCIA, el Decreto de 20 octubre de 1947, establece que en todos los hospitales incluidos en una lista elaborada por el Ministerio de Salud Pública, el trasplante de órganos postmortem, puede llevarse a cabo de inmediato, y lo que es más importante: aún sin autorización de la familia del difunto, si el médico encargado del departamento hospitalario lo considerara necesario para fines terapéuticos o científicos. En dicho caso, la muerte debe ser certificada por dos médicos del equipo del establecimiento, y en el mismo debe quedar fijada la hora del fallecimiento del difunto, debiendo elaborarse además un informe del médico director, en que se establezca las razones y las circunstancias en que se realizó el procedimiento.

En PORTUGAL el Decreto-Ley de 25 de abril de 1964, edicta que el Ministerio de Salud Pública tiene la facultad de crear un Banco de Organos y Tejidos. La respectiva remoción queda restringida a esos bancos, así como a clínicas o institutos universitarios y también a los hospitales públicos o privados, pero solamente en cuanto hubieren estado debidamente autorizados a esos efectos. Asimismo, cada trasplante o tejido sólo puede realizarse, según tal Decreto-Ley, por médicos incluidos en una lista aprobada por el Director del respectivo centro asistencial.

En CHECOSLOVAQUIA, según ley del 17 de marzo de 1966, la remoción de tejidos u órganos solamente puede llevarse a cabo en el departamento de anatomía patológica o medicina forense, o bien en el departamento de trasplantes de un hospital con policlínica, pero todo ello por un médico autorizado especialmente por la autoridad pública, a tales efectos.

Finalmente es del caso señalar que en ITALIA por Ley del 2 de abril de 1968, se estableció un régimen particularmente eficaz y pragmático en materia de trasplante de órganos e injerto de tejidos: se acepta la procedencia del mismo mediando consentimiento expreso del respectivo donante en vida, pero es el caso que la no oposición inequívoca y escrita prestada por un paciente internado en un centro asistencial, equivale presuntamente, a consentir que su cuerpo sea empleado post mortem en el tipo de intervenciones de las que nos estamos ocupando.

Otro problema del que se ha ocupado, sería e intensamente, la legislación comparada, es el atinente a la cuestión de la comprobación de la muerte e incluso, del intervalo entre ésta y el trasplante.

Veamos algunos ejemplos de interés sobre el particular.

En TASMANIA, según lo dispuesto por Ley 17 de diciembre de 1964, debe transcurrir un término de 6 horas a partir de la muerte, para que los parientes próximos del difunto, se opongan; es decir que antes de que venza ese término, es imposible hacer trasplante alguno.

En ESPAÑA, el Cuerpo Médico siguió los dogmas aprobados en Ginebra, en junio de 1968, por la Conferencia del C.I.O.M.S.; según los mismos quedó establecido que el concepto de muerte a los efectos del trasplante, debe basarse en la cesación irreversible de las funciones cerebrales.

En FRANCIA, la Ordenanza de 24 de abril de 1968, reacciona frente a los criterios que se suministraban anteriormente para determinar la muerte a los efectos de un rápido diagnóstico, y que estaban fundados en extremos de paralización cardíaca y circulatoria. Y ello porque, según se consigna en la aludida Ordenanza, esos criterios resultan ahora insuficientes: hay métodos de resucitación en pacientes cuyo corazón se detuvo (ej. masaje cardíaco), además en ciertos pacientes pueden emplearse procedimientos artificiales para mantener un estado de vida en órganos específicos, aún cuando otros órganos esenciales para la vida se encuentren irreversiblemente muertos.

Todo ello, obligó a cambiar el criterio de muerte, por cuya virtud la conclusión de que la misma ha ocurrido, debe basarse en prueba de lesiones irreversibles incompatibles con la vida. Dicho de otra manera: el concepto va a depender en particular de la destrucción, o mejor, del carácter irreversible de cambios patológicos en el sistema nervioso central considerado como un todo.

Y es el caso que -según la ordenanza- tal conclusión de muerte debe fundarse en las siguientes pautas: a) análisis sistemático de las circunstancias productoras de las lesiones; b) carácter puramente artificial de la respiración, mantenida sólo por el empleo de un método obviamente artificial; c) ausencia completa de reflejos, hipotonía completa y midriasis;

d) desaparición de toda indicación electroencefalográfica, por un período de tiempo suficiente, y siempre que no se hubiera provocado la hipotermia y no se hubieran suministrado sedativos.

Digamos finalmente que para la mentada ordenanza, la muerte sólo puede ser considerada, cuando no se da ninguno de estos signos; basta que se dé uno de ellos, para que no pueda considerarse comprobada la muerte. Y bien: lo expuesto hasta aquí es ilustrado por las soluciones más recibidas, en el derecho comparado, en torno a lo que es un vacío de la legislación uruguaya.

Pasaremos ahora a considerar brevemente las soluciones del proyecto, glosando el articulado que se adjunta a la exposición de motivos.

3.— Soluciones del Proyecto. El presente proyecto encara en lo fundamental la temática de la extracción de órganos o tejidos de un cadáver con fines científicos o terapéuticos, la comprobación de la muerte y el problema de las autopsias, la disponibilidad de órganos o tejidos para trasplantes o injertos intervivos, y finalmente determina cuáles pueden ser los centros habilitados para efectuar intervenciones del tipo que prevé la ley.

El artículo 1º del proyecto se refiere a la extracción de órganos o tejidos para trasplantes o injertos post mortem. Sigue la línea más prestigiosa de las soluciones del derecho comparado, plegándose a la solución que propicia la ley italiana.

Tratándose de un mayor de edad es requisito fundamental su consentimiento expreso. La falta del mismo plasmado en una ausencia franca de oposición inequívoca y por escrito al empleo de su cuerpo post mortem, hace presumir el consentimiento suministrado para que se disponga del mismo. El proyecto se ocupa asimismo de la situación de una persona ingresada en coma en un establecimiento asistencial, y consagra el principio de que sólo podrá disponerse de su cuerpo si no hay oposición de los parientes dentro del plazo que se consigna en la ley.

El fallecimiento de un incapaz o de un menor de edad sólo permitirá el uso de su cuerpo para usos científicos o terapéuticos mediando el consentimiento expreso o tácito de sus representantes legales:

Con la filosofía del artículo examinado se pretende garantizar al máximo al paciente, estando a su voluntad o a la de sus representantes, en la misma medida en que se garantiza al médico respecto de la legalidad de su intervención.

El artículo 3º suministra un concepto muy amplio de lo que es la muerte a los efectos de esta ley como manera de no limitar los avances científicos que siempre superan las previsiones rígidas del legislador.

El artículo 4º se preocupa de solucionar el grave problema de las autopsias clínicas, y para ello opta por el mismo criterio que los trasplantes: idénticas limitaciones en cuanto a requisitos y procedimientos.

Obviamente con ellos, se respeta al paciente cuyo cuerpo eventualmente será empleado con fines necrópsicos, y al médico autopsista.

El artículo 2º tiene un sentido si se quiere formal o probatorio. Se refiere a la necesidad de llevar un Libro Registral en el que se documentan las voluntades de los derechos habientes a los efectos de esta ley, y asimismo se consagra el dogma de llevar un Libro Especial de Necropsias, con el propósito de documentar, con el máximo de garantías, lo concerniente al fallecimiento, sus causas y la prueba del hecho.

El artículo 5º se refiere al orden de parentesco prioritario y excluyente que debe regir a los efectos de la ley, consagrándose en el apartado final de dicha disposición, un dogma que, por su simplicidad, no requiere aclaración de especie alguna.

Lo atinente a la disponibilidad de órganos o tejidos para trasplantes o injertos inter vivos aparece legislado en los artículos 6º, 7º y 8º del proyecto.

Para el mayor de edad, el dogma es el de la plenitud de su voluntad para donar un órgano suyo, a efectos de un trasplante a otro ser humano, aunque para garantizar al máximo su decisión la ley exige una previa advertencia médica (Art. 7º).

Para el supuesto de donaciones de órganos o tejidos por mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, el consentimiento del donante requiere la homologación de la voluntad prestada por su representante legal, sin perjuicio claro está, de la correspondiente advertencia médica (Art. 7º).

Finalmente, para dotar del máximo de garantías, el caso de donaciones de órganos de menores de 18 años o incapaces, el proyecto exige además de la voluntad de los representantes legales, venia judicial y advertencia médica (Art. 8º).

Un principio elemental de deontología profesional se consagra en el Artículo 9º, con la inhabilidad del médico consultante por el paciente que donará sus órganos o tejidos, para intervenir él mismo, en el trasplante con que un tercero habrá de verse beneficiado.

Finalmente, en el artículo 10º del proyecto, se estructuran los Centros de Trasplantes de Organos e Injerto de Tejidos.

El sistema es duplex: por un lado funciona como centro el Hospital de Clínicas como instituto universitario, siguiendo con ello el proyecto, la línea de la legislación europea más avanzada, que concede prioridad administrativa precisamente a este tipo de institutos para hacer esta clase de intervenciones.

Pero, por otro lado, no deja de contemplarse -como no puede ser de otra manera- la competencia orgánica del Ministerio de Salud Pública, que por acto administrativo puede habilitar como Centros, otros establecimientos asistenciales públicos, e inclusive establecimientos privados que estuvieran capacitados para hacer las intervenciones que prevé la ley.

Como modo de reconocer un derecho de opción a los establecimientos asistenciales privados que empero no hayan sido habilitados por el Ministerio de Salud Pública, la ley torna para ellos discrecional, la elección para coordinar la actividad suya, con otros Centros Públicos o Privados que estén funcionando.

---

Se deja constancia que este proyecto de ley fue estructurado por los Profesores Titulares de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Doctores Adela Reta y Fernando Bayardo Bengoa.