

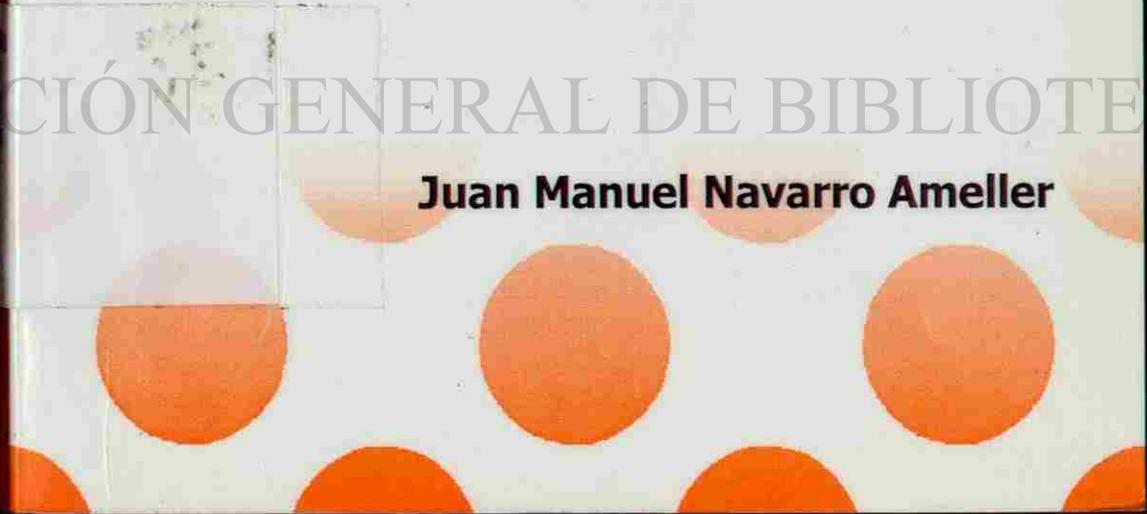
Trasplante y donación de órganos y tejidos por menores de edad



IDAD AUTÓNOMA DE NUEV

CIÓN GENERAL DE BIBLIOTE

Juan Manuel Navarro Ameller

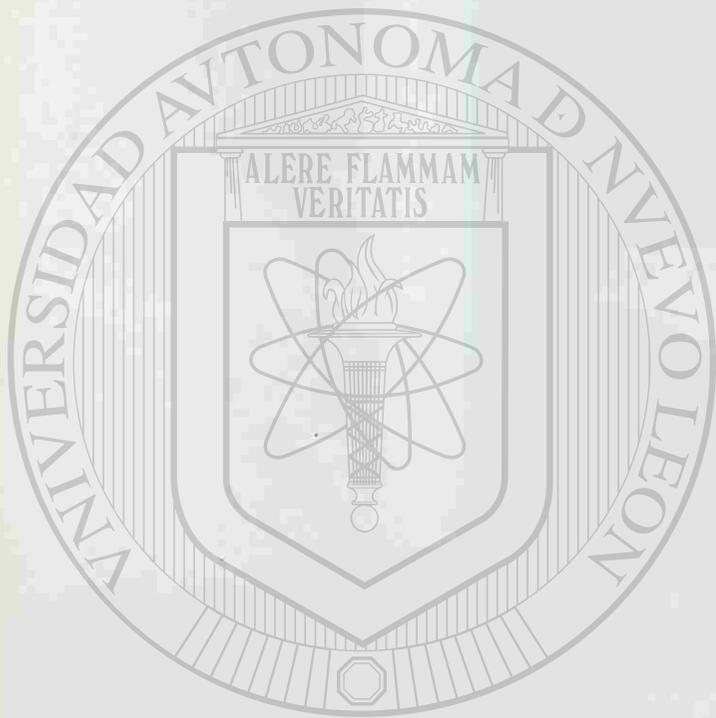


K3611
.T7
N38
2003
c.1

Organismos y tejidos de estado Juveniles de Arroz Amarillo



1080126012

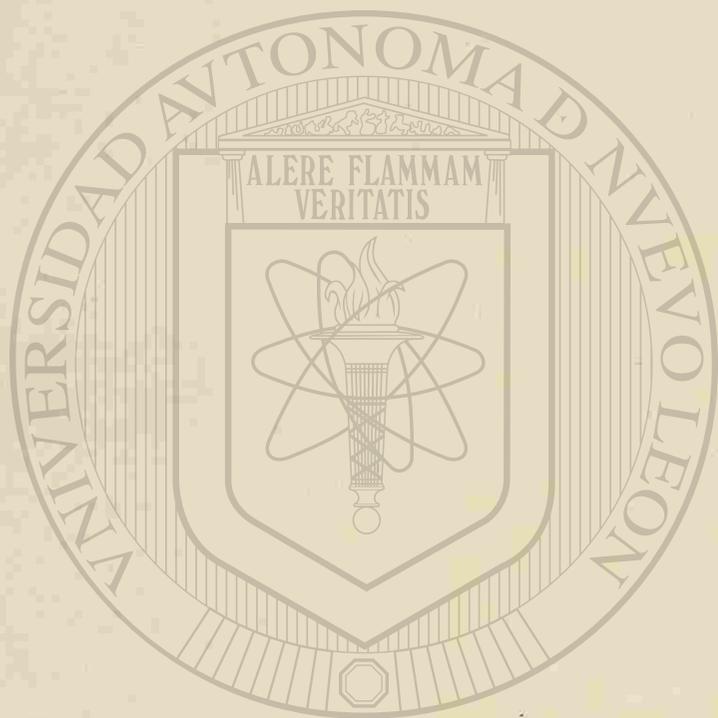


UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE NUEVO LEÓN

Dr. Luis J. Galán Wong
Rector

Ing. José Antonio González Treviño
Secretario General

Dra. María Elizabeth Cárdenas Cerda
Secretaria Académica

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

Lic. Helio E. Ayala Villarreal
Director

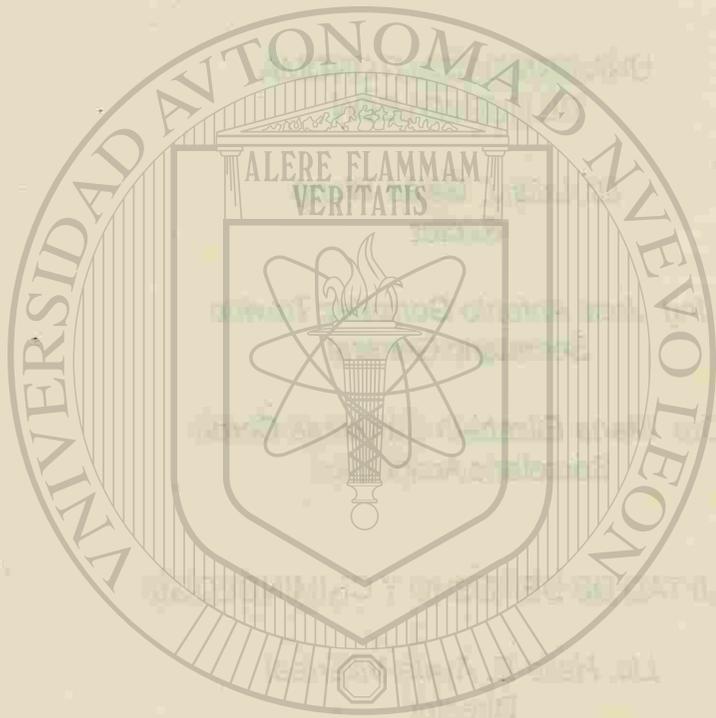
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Dr. José Luis Prado Maillard
Coordinador del Instituto de Investigaciones Jurídicas

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

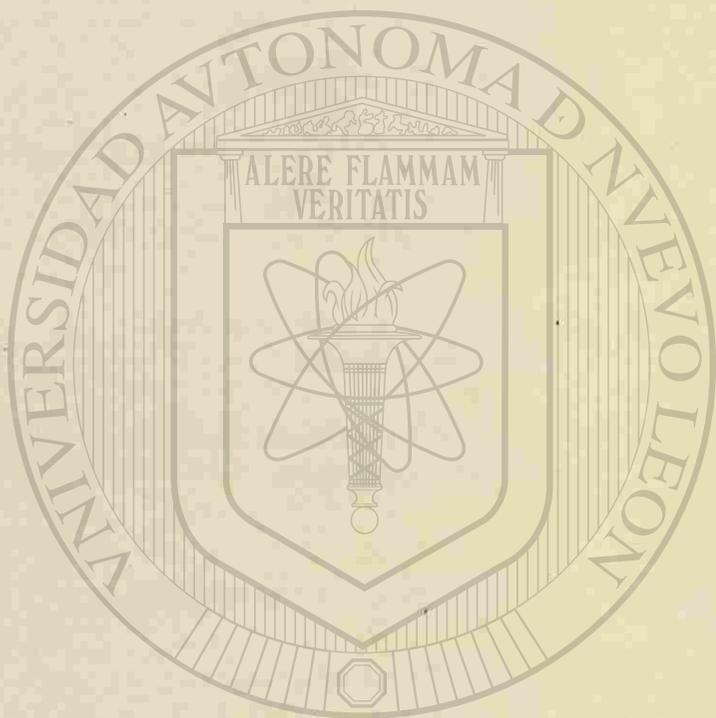


UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Noviembre 2003



Juan Manuel Navarro Ameller
Trasplante y donación de órganos y tejidos por menores de edad

Edición: *Ricardo Zárate Sepúlveda*

Universidad Autónoma de Nuevo León
Facultad de Derecho y Criminología
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Impreso en Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza,
Nuevo León, México

JUAN MANUEL NAVARRO AMELLER

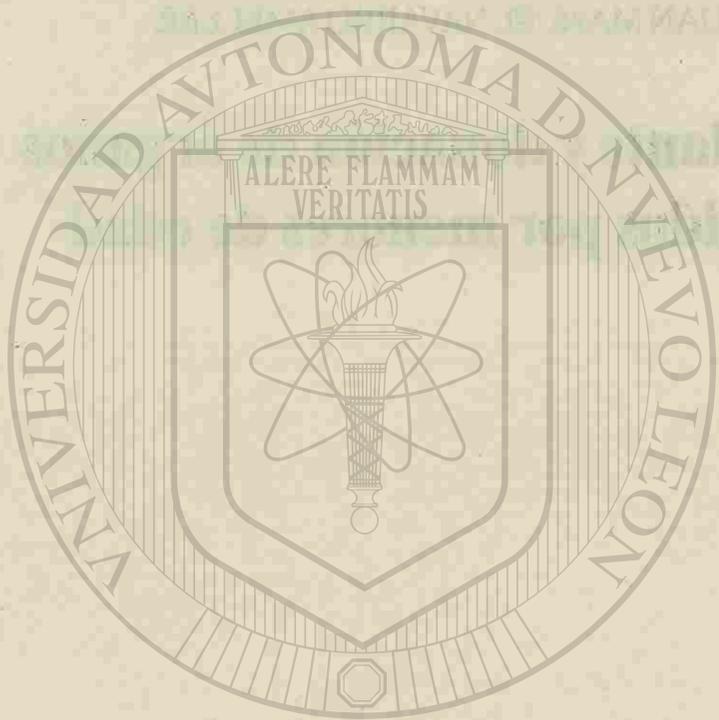
Trasplante y donación de órganos y tejidos por menores de edad

UJANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



JUAN MANUEL NAVARRO AMELLER

**Trasplante y donación de órganos
y tejidos por menores de edad**

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Universidad Autónoma de Nuevo León

Facultad de Derecho y Criminología

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Año 2003

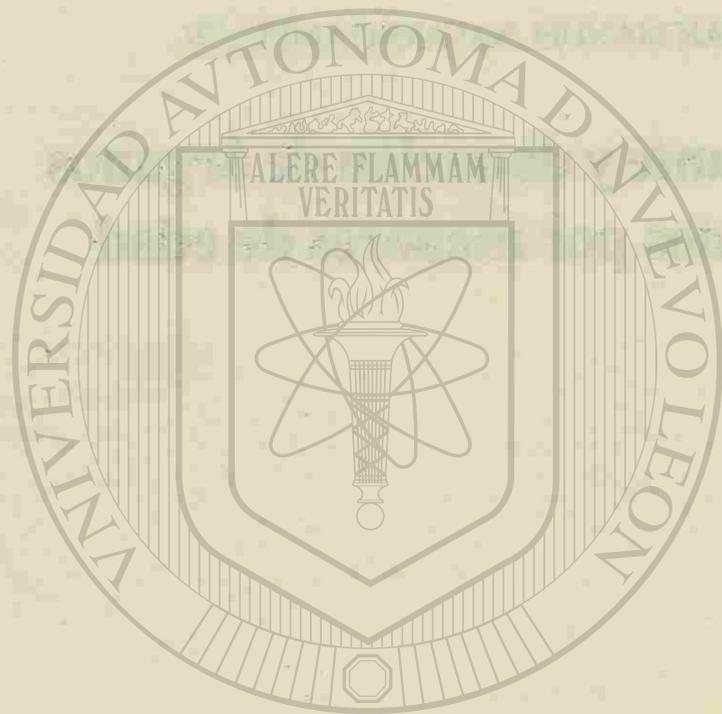


K3611

.T7

N38

2003



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



ÍNDICE

PRESENTACIÓN / 13

Capítulo I:

Generalidades-Historia. / 15

Capítulo II.

Los derechos de la personalidad. / 25

Capítulo III.

Principios y requisitos generales que rigen
la Bioética de los trasplantes. / 39

Capítulo IV.

Posición de los distintos cultos religiosos frente
a los trasplantes de órganos. / 53

Capítulo V.

Posiciones doctrinales. / 57

Capítulo VI.

Casos de ablación de órganos y tejidos en
personas vivas menores de edad. / 63

Capítulo VII.

Problemática médico jurídica
de los trasplantes de órganos. / 67

Capítulo VIII.

Actos de disposición sobre el propio
cuerpo y capacidad para realizarlos:
la cara jurídica de los trasplantes. / 73

Capítulo IX.

Actos de disposición sobre el propio cuerpo. / 93

Capítulo X.

Estudio de la legislación comparada y jurisprudencia. / 109

Conclusiones. / 179

Recomendaciones. / 183

Bibliografía. / 187

PRESENTACIÓN

Esta publicación, «*Trasplante y donación de órganos y tejidos por menores de edad*», es el primer producto del Convenio celebrado entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra Facultad, con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, de Cochabamba Bolivia.

Me es grato expresar que nuestra Facultad esta cumpliendo de esta manera con uno de los objetivos planteados que es de su internacionalización.

Que mejor camino para este propósito que el campo de la investigación que, en este caso se realiza sistemáticamente con la implantación del Programa de Doctorado en Derecho entre ambas Universidades.

La presente obra es trabajo de un profesor investigador de la Universidad Mayor de San Simón, Juan Manuel Navarro Ameller, que versa sobre un tema de actualidad jurídica y moral. Es sin duda una aportación a nuestras reflexiones jurídicas que siempre debemos tener presentes.

En fin, espero que este programa siga dando frutos y aportando a la Ciencia del Derecho, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, conjuntamente con la Facultad hermana de Bolivia.

¡Enhorabuena!

Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza,
Nuevo León, México

Noviembre de 2003

LIC. HELIO E. AYALA VILLARREAL
Director

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO I GENERALIDADES / HISTORIA.

1.1 GENERALIDADES

Según los estudios realizados y las prácticas ejecutadas, los trasplantes de órganos y tejidos constituyen una alternativa en la medicina contemporánea. Así, para Sabistón,¹ la práctica de los trasplantes ha dejado de ser algo experimental para llegar a ser actualmente aceptado y reconocido como válido en el campo médico y su desarrollo ha alcanzado notable éxito en los últimos 20 años. De acuerdo con esto, es imprescindible que se cuente con un sistema organizado y eficiente dentro de un marco jurídico, con normas éticas y morales aceptadas.

1.2 HISTORIA.

Desde tiempos muy remotos han existido esbozos sobre ciertos acontecimientos relacionados con la práctica de los trasplantes de órganos y tejidos, o en muchos de los casos, situaciones que pueden ser analógicamente comparadas dentro de este campo.

Por ejemplo, en la antigüedad, encontramos en Grecia a Creta, una isla donde floreció la primera de las civilizaciones griegas y que puso los cimientos de la cultura occidental aproximadamente en

¹ Sabistón, David. *Tratado de Patología Quirúrgica*, 21ª. ed. Ed. Interamericana, México, 1996. p 425

En fin, espero que este programa siga dando frutos y aportando a la Ciencia del Derecho, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, conjuntamente con la Facultad hermana de Bolivia.

¡Enhorabuena!

Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza,
Nuevo León, México

Noviembre de 2003

LIC. HELIO E. AYALA VILLARREAL
Director

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO I GENERALIDADES / HISTORIA.

1.1 GENERALIDADES

Según los estudios realizados y las prácticas ejecutadas, los trasplantes de órganos y tejidos constituyen una alternativa en la medicina contemporánea. Así, para Sabistón,¹ la práctica de los trasplantes ha dejado de ser algo experimental para llegar a ser actualmente aceptado y reconocido como válido en el campo médico y su desarrollo ha alcanzado notable éxito en los últimos 20 años. De acuerdo con esto, es imprescindible que se cuente con un sistema organizado y eficiente dentro de un marco jurídico, con normas éticas y morales aceptadas.

1.2 HISTORIA.

Desde tiempos muy remotos han existido esbozos sobre ciertos acontecimientos relacionados con la práctica de los trasplantes de órganos y tejidos, o en muchos de los casos, situaciones que pueden ser analógicamente comparadas dentro de este campo.

Por ejemplo, en la antigüedad, encontramos en Grecia a Creta, una isla donde floreció la primera de las civilizaciones griegas y que puso los cimientos de la cultura occidental aproximadamente en

¹ Sabistón, David. *Tratado de Patología Quirúrgica*, 21ª. ed. Ed. Interamericana, México, 1996. p 425

el año 1375 a.C., que dentro de su mitología describe a la Quimera como un monstruo con cabeza de león y cola de serpiente, prototipo de un injerto realizado con dos distintos tipos de especie animal.

De la misma forma, si nos remontamos geográficamente a Egipto en su imperio antiguo, en la III dinastía, a partir del año 2778 a.C. encontramos, a poca distancia de las pirámides de Gizeh, a la Esfinge, que tiene una cabeza de persona humana y el cuerpo de un león en posición de vigilancia, dando la apariencia de un injerto entre un animal y un hombre; y si revisamos los dioses de esa época, podemos encontrar a Anubis, Sebek, Thot, Jnum y otros, que de igual forma son representados con la cabeza de un chacal y el cuerpo de un hombre, prototipo de xenoinjertos. En la China antigua se describe la práctica de injertos de piel realizados entre individuos no consanguíneos con la finalidad de cubrir superficies quemadas que no podían cicatrizar. En la India, al igual que en China, utilizaron esta práctica, pero con el fin de cubrir heridas que presentaban defectos en su continuidad, empleando tejido cutáneo de los mismos individuos afectados.

La idea de remplazar partes enfermas del cuerpo por otras sanas anidó en el espíritu humano desde tiempos remotos. Susruta, un cirujano de la India, procedía a reconstruir narices hace 2 mil años con tejido de los mismos pacientes. La creencia de que la lepra se podía curar por medio de baños de sangre extraída de niños y mujeres vírgenes puede compararse como un trasplante de un tejido líquido como es la sangre humana, implantada en las llagas de estas heridas.

En la Edad Media se destaca notablemente el milagro de San Cosme y Damián, en el cual este último se encontraba enfermo, pues tenía gangrenado un miembro inferior y estaba destinado a morir. Cosme, ante tal eventualidad, decide realizar un acto de generosidad al hacerse extraer un miembro sano e implantarlo en lugar del miembro afectado de Damián, acontecimiento que para esa época es considerado como un milagro.

En el Renacimiento se destacan las reconstrucciones faciales realizadas por cirujanos italianos, aunque en esta época las manipula-

ciones efectuadas en cadáveres eran castigadas por la Iglesia Católica por supuestos actos de prácticas satánicas. Por ejemplo, Miguel Ángel Buonarroti (1475-1564) creador de *La Pietá*, escultura ubicada en la Basílica de San Pedro en El Vaticano, expresa el dramatismo amargo de la Virgen María al tener en sus brazos a su hijo muerto, motivación que se pudo reproducir gracias al estudio anatómico que el artista tuvo que realizar en un cadáver con la ayuda solapada de Prior Bichiellini de Santo Spirito, visitando todas las noches la morgue del hospital de la localidad donde vivía, con la finalidad de estudiar la conformación anatómica de los cadáveres que no eran retirados por sus familiares.

En el siglo XVII, la literatura médica nos describe intentos de la inicialización más agresiva de esta práctica. En el año 1670 Macren realiza un heterotrasplante, injertando tejido óseo de perro en un ser humano, con resultados clínicos que se desconocen.

Entrando en el siglo XX, alrededor de los años 1902 y 1912 se tienen los primeros informes sobre el avance de una técnica vascular para realizar uniones de arterias. Carrel y Guthrie realizan un gran número de experimentos en animales para posteriormente experimentar con órganos completos, incluyendo corazón, bazo, ovarios, glándulas endocrinas, extremidades, cabeza y cuello con resultados poco favorables, pero el éxito técnico se comprobó cuando realizaron otro trasplante renal en un animal, al implantar el riñón izquierdo de éste en lugar del derecho y el derecho en lugar del izquierdo; de esta manera, Carrel reconoció y diferenció claramente el problema del rechazo que Guthrie sospechó se debía a fenómenos inmunitarios, puesto que en el presente caso el éxito del trasplante fue exitoso, a diferencia de otros casos donde se utilizaba órganos de diferentes animales.

Entrando en el año 1940 tenemos las experiencias en seres humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial luego de brutales prácticas médicas realizadas en los campos de concentración de Alemania, entre algunas de éstas tenemos la implantación de células ma-

lignas y tumorales efectuadas con la finalidad de estudiar su evolución o el posible daño que pudieran desarrollar en personas sanas que se encontraban prisioneras.

Este tipo de prácticas fueron censuradas mundialmente y el 19 de agosto de 1947, el Tribunal Militar de Nuremberg, al tratar el caso Karl Brand referido a este tipo de prácticas, estableció los principios rectores de las prácticas médicas experimentales en los seres humanos, principios conocidos internacionalmente en el Código de Nuremberg.

En el año 1934 la Corte Suprema de Roma cuestionó la legitimidad de algunas disposiciones corporales, como el trasplante homoplástico efectuado mediante la ablación de un testículo de Salvatore Paolo para ser implantado en Vitorio La Pegna, disminuido en su capacidad sexual, el procedimiento fue conocido como "El injerto Voronoff", situación que fue remunerada por el receptor a favor del dador. Ante tal actitud, la Corte del distrito inició un proceso penal contra los médicos que realizaron el trasplante y al concluir el mismo, el Tribunal consideró que el trasplante era lícito, fundamentando que la extirpación de un solo testículo no alteraba el funcionamiento normal del aparato genital, absolviendo a los imputados.

Otra situación similar que nos presenta la historia es el caso de los trasplantes de ovarios destinados a corregir o equilibrar las hipermenorreas o amenorreas que, en opinión de Mc Fadden citado por Bergoglio², son operaciones lícitas porque no disminuyen la función vital de las dadoras, pero estas situaciones originaron una crítica y una normatividad al respecto, debido a la posible descendencia que podrían tener los receptores, pues ésta sería la de los dadores. De esta manera, el Código Civil italiano de 1942 refleja la influencia de estas prácticas, estableciendo que "*Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarias en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres*",

² Bergoglio, Bertoldi, *Trasplante de Organos*, Ed. Hammurabi, Bs. As. Argentina, 1993, p. 73

norma similar que la legislación argentina adoptó del Código Civil citado y asimilado por la normatividad boliviana establecida en su artículo 7 del Código Civil.

Estas normas produjeron y producen la prohibición de este tipo de trasplantes, en los que en la mayoría de los casos, si bien no afecta la integridad funcional y fisiológica de los dadores, se oponen superiores razones de moralidad, buenas costumbres y orden público.

Los primeros intentos de trasplante cardíaco se remontan hacia el año 1940 con Demijov, hasta esa fecha sólo se tienen descritos en la literatura dos casos en los cuales se procedió a experimentar con animales, el primero realizado por Carrel, pero en esa época se ignoraban las técnicas adecuadas, por lo que el animal vivió sólo algunas horas, muriendo por una posible sepsis generalizada y una incompatibilidad inmunológica. El segundo caso fue realizado por Mann, Priesteley y Markowitz, que publicaron su trabajo sobre el trasplante de corazón realizado en animales, anastomosando los grandes vasos en arterias y venas del cuello del receptor. Sinitsyn realiza un estudio de trasplantes cardíacos en ranas, publicando una monografía al respecto en el año 1948. Marcus, Wong y algunos otros científicos en el año 1953 realizaron un estudio experimental de trasplante cardíaco en 58 perros; todos ellos sólo tuvieron una supervivencia de 48 horas; un año más tarde, la supervivencia alcanzó un máximo de ocho días.

Las primeras teorías del rechazo, según Sabistón³, se realizaron a principios del primer decenio del siglo XX. Este estudio fue realizado por varios autores; de esta manera, en el año 1940, Murphy⁴ describió que la causa del rechazo de tejidos se debía a cierta variedad de linfocitos pequeños, que años más tarde y en la Segunda Guerra Mundial fue completado con el estudio y los efectos que producía la transfusión sanguínea.

En la actualidad se conoce que este mecanismo de rechazo inmunológico se debe a los linfocitos CD3 que son los responsables

³ Sabistón, *op. cit.*, p. 428

⁴ *Ibid.*, p. 427

de la creación de anticuerpos que actúan contra los elementos extraños que ingresan a nuestro organismo, produciendo el rechazo de éstos. Este tipo de reacción, que es generada por nuestro organismo en el campo de los trasplantes de órganos, en la actualidad es neutralizada con la utilización de inmunosupresores, entre ellos la ciclosporina. Estudios más recientes proporcionaron el descubrimiento de anticuerpos monoclonales que actúan directamente contra los responsables del rechazo "Anti CD3", la desventaja de este descubrimiento radica en el costo elevado que significa la utilización de este anticuerpo monoclonal.

Paralelamente a estos descubrimientos, de la misma forma se incursiona en el campo de la inmunología genética con el descubrimiento de los antígenos leucocitarios HLA que se encuentran en el brazo corto del cromosoma seis, clasificados en A, B, C y DR, los mismos que mediante el estudio de histocompatibilidad proporcionan la posibilidad de decisión sobre el trasplante de órganos y tejidos. Actualmente se trabaja en el estudio del ácido desoxirribonucleico, el cual proporcionará con mayor exactitud el grado de similitud de dos organismos humanos.

Volviendo al avance histórico, en el año 1959 el Hospital de la Administración de Veteranos de Long Beach, EE.UU., dio a conocer la creación de un banco de huesos humanos para utilizarlos con fines de trasplantes.

El año de 1963 marca un hito al realizarse los primeros trasplantes humanos de pulmón e hígado, realizados por James Hardy y Thomas E. Starzi, mismos que tuvieron un resultado negativo. Un año más tarde se procedió a realizar el primer heterotrasplante de corazón efectuado por James Hardy, profesor de la Universidad de Mississippi, el cual extrajo el corazón de un chimpancé para trasplantarlo en el organismo de un humano.

Robert J. White, cirujano de Cleveland, experimentó el primer trasplante de cerebro de perro y en 1966, también en Estados Unidos de Norteamérica, Richar C. Lilehei llevó a cabo el primer trasplante de páncreas, con un resultado totalmente negativo.

Todas estas intervenciones se multiplicaron en muchos centros y laboratorios del mundo, ejercitando diferentes técnicas quirúrgicas realizadas en animales. El 3 de diciembre de 1967, en Sudáfrica, el Dr. Christian Barnard, quien trabajaba en estas prácticas, decidió realizar el primer trasplante entre humanos. El lugar de la operación fue el Hospital Groote Schuur en la ciudad de El Cabo, con un equipo médico conformado por 30 hombres y mujeres altamente adiestrados.

El receptor era un comerciante de nombre Louis Washkasky, quien sufría una insuficiencia cardíaca irreversible y decidió someterse a esta intervención de alto riesgo para esa época, porque él, como sus médicos tratantes, estaba convencido de que no existía otra oportunidad de sobrevivir si no lo hacía.

La dadora fue una mujer llamada Denise Ann Darvall, de 25 años de edad, quien había fallecido tres horas antes, víctima de un accidente de tránsito que le había dejado el cráneo casi completamente destrozado. Su padre, Edward Darvall, aceptó que el corazón de su hija, que seguía latiendo, fuera extraído e implantado en Washkasky después de que los médicos solicitaron su autorización, convencidos de que no existía posibilidad alguna para ella de sobrevivir. Después de realizar el trasplante, Barnard comentó:

"Introduje la mano, saqué el corazón de Washkasky de su cuerpo y lo coloqué en una jofaina que sostenía la enfermera Jordan. Con una ligera ondulación, el corazón vacío se extendió sobre el fondo metálico del recipiente. Parecía increíble, pero sus ventrículos tuvieron un ligero temblor, como animado súbitamente por otro corazón más pequeño en el momento de su separación del cuerpo del que procedía. Fue también como un recordatorio último de que habíamos privado a aquel hombre de sus últimos momentos de vida, que ahora teníamos que devolverla... muy aumentada.

"El rumor del aspirador me hizo dar la vuelta y mirar a Rotney que vaciaba el pericardio, hasta que no quedó más que la abierta cavidad con unos diminutos charquitos de sangre. Los muñones de la aorta y de la arteria pulmonar colgaban ociosos. La

tapadera auricular, con sus departamentos de grises paredes, pendían lacias de las venas que la sostenían.

“Debajo de ella estaba aquel hueco, y me pareció inmenso, jamás había visto un pecho sin corazón o con un agujero semejante; como si el propio agujero fuese algo fijo y permanente mientras que el hombre, con el pecho abierto de par en par, parecía sólo un objeto temporal, dotado de una efímera existencia, y en realidad era precisamente esto algo que pocos hombres habían visto; un ser humano sin corazón, pero mantenido con vida por una máquina situada a unos tres metros de distancia.

“Todo estaba dispuesto para instalar el corazón en su nueva morada. Con gran cuidado, Rodney lo levantó y lo introdujo en el pecho vacío de Washkansky, lo miré un instante preguntándome si sería posible que llegase a funcionar y él que parecía pequeño e insignificante.

“Demasiado pequeño para cumplir las exigencias a que se vería sometido pues el corazón de la mujer es un veinte por ciento más pequeño que el del hombre, y el corazón de Washkansky había creado una cavidad dos veces mayor que lo normal. En medio de tanto espacio, aquel corazón parecía excesivamente pequeño... y solitario.”⁵

Después de casi cinco horas de ardua labor la operación concluyó, pero para que el corazón de Denise empezara a trabajar fue necesario un impulso eléctrico. Adversamente, el deseo de Barnard de devolver una *“vida aumentada”* se vio truncado, pues Washkansky falleció a los 18 días.

Pese al resultado negativo de Washkansky, Barnard realizó otro trasplante de corazón proveniente de un hombre de color, el 2 de enero de 1968. El receptor fue un dentista de nombre Philip Blaiberg. Según la prensa fue muy exitoso, pues después de la cirugía el receptor paseaba por las calles y tomaba baños de mar.

Lamentablemente, después de 19 meses de sobrevida, Blaiberg falleció el 17 de agosto de 1969, dejando consternado al mundo; una

⁵Clayton, P.K. *“History Transplantation”*, 2 ed., Ed. Druckhaus, Germany, 1998, p. 45

vez realizada la autopsia se pudo constatar que el corazón, implantado 563 días antes, había sufrido un gravísimo daño debido a un proceso degenerativo producto de un rechazo, el cual se corroboró por cuatro anteriores crisis que sufrió el receptor. Al respecto, la historia expresa:

“La cirugía de corazón pareció afirmarse con el corazón ajeno que sobrevivió 563 días, en lo que parecía constituir la consagración de las nuevas experiencias.

“Al morir Blaiberg, la viuda confesó que el operado había llevado una doble vida; oficialmente, se hallaba muy bien pues comía con apetito, nadaba, volvió a practicar rugby y hacía vida normal. Pero la verdad era muy distinta: tuvo que internarse de nuevo y permanecer los 248 últimos días de su existencia en un hospital, y a ello habían precedido 95 de su permanencia en el lecho hogareño. Frente a la propaganda que lo mostraba empedernido bebedor de cerveza, la realidad es que tomaba un centenar de píldoras por día para poder tenerse de pie: la escenografía de unos minutos en la playa requería 8 horas de preparación para poderlo resistir. Todas las exhibiciones eran recompensadas con dinero de los medios de difusión”.⁶

Casi paralelamente a estos acontecimientos, en Francia, el cirujano Charles du Bost, en el año 1968, implantó un corazón al sacerdote dominico Jean-Marie Boulobne; y Fritz Bach, de la Universidad de Wisconsin, trasplantó una médula ósea en un niño de dos años de edad que sufría leucemia, y al mismo tiempo, en la Universidad de Minnesota, Robert Good realizó el mismo tipo de trasplante en un niño de ocho meses por igual causa; ambas intervenciones arrojaron un resultado positivo.

En 1971, Barnard volvió a incursionar en el área, trasplantando dos pulmones y un corazón en un paciente que sufría enfisema pulmonar.

Al cumplirse el primer aniversario del primer trasplante de corazón, se calcula que la práctica de esta técnica de la cirugía sustitutiva alcanzó un promedio de un centenar de casos con un éxito relativo, pues

⁶ *Idem.*

muchos receptores fallecían en la mesa de operaciones o, en el mejor de los casos, sólo lograban sobrevivir algunos meses, por lo que se empezó a investigar con más detenimiento la causa de estos fracasos.⁷

En el año 1982 el Centro de la Universidad de Stanford, considerado uno de los mejores a nivel mundial, dio a conocer sus datos estadísticos desde el año 1970, los cuales arrojaron una cantidad de 200 trasplantes de corazón, de los que 75% tuvo una sobrevida de un año, y sólo algunos de los casos entre 10 y 12 años, por lo que cerca de 24% de los trasplantes no tuvo un resultado positivo.

Desde entonces y de manera incesante se realizan estudios inmunológicos, genéticos y se practican nuevas técnicas con la finalidad de perfeccionar esta práctica.

En Bolivia la práctica de los trasplantes se remonta al año 1948,⁸ el oftalmólogo Juan Pescador realizó el primer trasplante de córnea en el Hospital Santa Bárbara de la ciudad de Sucre, y hasta la fecha se han realizado más de 500 trasplantes de córneas. Posteriormente, el Dr. Néstor Orihuela, en el año 1979, realizó en La Paz el primer trasplante de riñón. Hasta la fecha, en Bolivia existen alrededor de 500 trasplantes de riñón.

En el año 1996 se realizó en Santa Cruz el primer trasplante de hígado a una menor de edad, quien recibió un lóbulo del órgano procedente de su madre.

El 11 de febrero de 1998, el Dr. Juan Pablo Barrenechea, quien conoció al doctor Barnard en Europa y África y estudió acerca de sus primeros experimentos relativos a los trasplantes de órganos, realizó el primer trasplante de corazón en el Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga en Cochabamba, con ayuda de un equipo de médicos.

En diciembre de 1998, en la misma ciudad y por los mismos especialistas, se realizó el primer reimplante de antebrazo derecho en un trabajador de imprenta que sufrió una amputación completa. Si bien éste no es un caso de trasplante es necesario mencionar el hecho, pues marca un hito en Bolivia para futuros trasplantes de partes anatómicas.

⁷ *Ibid.*, p. 80

⁸ Manzanera, Miguel, *Bioética del Trasplante de Órganos*, Bios 3 ed. UCB, Cochabamba - Bolivia, 1998, p. 5

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

2.1. LA PERSONA

Según Bergoglio, la persona individual es el sujeto que goza de derechos protegidos en las normas internas y externas. Por lo que el hombre es una unidad superior, que para el pleno desarrollo de su personalidad se sirve del mundo que lo rodea, para satisfacer sus necesidades que, mediante todas sus potencias y facultades, lo convertirán en un ser pleno⁹.

Esta persona posee bienes que son de distinta naturaleza: "personales", como la vida, la integridad física, el honor; etc.; "patrimoniales", que son del carácter económico que rodea a la persona; "familiares" y "sociales", que representan su poder dentro de las organizaciones en que ella se desenvuelve. La protección de la primera y más fundamental de esta categoría de bienes de la persona individual se traduce en los llamados "derechos" de la personalidad, que desde el nacimiento del nuevo ser aparecen como un conjunto de derechos innatos, originarios y vitalicios que le corresponden por el solo hecho de ser tal.¹⁰

Se los ha definido como "aquellos derechos que tienen por objeto los modos de ser físicos o morales de la persona", o como aquellas facultades que corresponden al hombre en cuanto es persona y que no podrían desconocérsele sin negar esa cualidad. Para Díez Díaz citado por Bergoglio, son derechos cuyo contenido especial consiste en regular las distintas pro-

⁹ Bergoglio, *op. cit.*, p.3

¹⁰ *Idem*

muchos receptores fallecían en la mesa de operaciones o, en el mejor de los casos, sólo lograban sobrevivir algunos meses, por lo que se empezó a investigar con más detenimiento la causa de estos fracasos.⁷

En el año 1982 el Centro de la Universidad de Stanford, considerado uno de los mejores a nivel mundial, dio a conocer sus datos estadísticos desde el año 1970, los cuales arrojaron una cantidad de 200 trasplantes de corazón, de los que 75% tuvo una sobrevida de un año, y sólo algunos de los casos entre 10 y 12 años, por lo que cerca de 24% de los trasplantes no tuvo un resultado positivo.

Desde entonces y de manera incesante se realizan estudios inmunológicos, genéticos y se practican nuevas técnicas con la finalidad de perfeccionar esta práctica.

En Bolivia la práctica de los trasplantes se remonta al año 1948,⁸ el oftalmólogo Juan Pescador realizó el primer trasplante de córnea en el Hospital Santa Bárbara de la ciudad de Sucre, y hasta la fecha se han realizado más de 500 trasplantes de córneas. Posteriormente, el Dr. Néstor Orihuela, en el año 1979, realizó en La Paz el primer trasplante de riñón. Hasta la fecha, en Bolivia existen alrededor de 500 trasplantes de riñón.

En el año 1996 se realizó en Santa Cruz el primer trasplante de hígado a una menor de edad, quien recibió un lóbulo del órgano procedente de su madre.

El 11 de febrero de 1998, el Dr. Juan Pablo Barrenechea, quien conoció al doctor Barnard en Europa y África y estudió acerca de sus primeros experimentos relativos a los trasplantes de órganos, realizó el primer trasplante de corazón en el Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga en Cochabamba, con ayuda de un equipo de médicos.

En diciembre de 1998, en la misma ciudad y por los mismos especialistas, se realizó el primer reimplante de antebrazo derecho en un trabajador de imprenta que sufrió una amputación completa. Si bien éste no es un caso de trasplante es necesario mencionar el hecho, pues marca un hito en Bolivia para futuros trasplantes de partes anatómicas.

⁷ *Ibid.*, p. 80

⁸ Manzanera, Miguel, *Bioética del Trasplante de Órganos*, Bios 3 ed. UCB, Cochabamba - Bolivia, 1998, p. 5

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

2.1. LA PERSONA

Según Bergoglio, la persona individual es el sujeto que goza de derechos protegidos en las normas internas y externas. Por lo que el hombre es una unidad superior, que para el pleno desarrollo de su personalidad se sirve del mundo que lo rodea, para satisfacer sus necesidades que, mediante todas sus potencias y facultades, lo convertirán en un ser pleno⁹.

Esta persona posee bienes que son de distinta naturaleza: "personales", como la vida, la integridad física, el honor; etc.; "patrimoniales", que son del carácter económico que rodea a la persona; "familiares" y "sociales", que representan su poder dentro de las organizaciones en que ella se desenvuelve. La protección de la primera y más fundamental de esta categoría de bienes de la persona individual se traduce en los llamados "derechos" de la personalidad, que desde el nacimiento del nuevo ser aparecen como un conjunto de derechos innatos, originarios y vitalicios que le corresponden por el solo hecho de ser tal.¹⁰

Se los ha definido como "aquellos derechos que tienen por objeto los modos de ser físicos o morales de la persona", o como aquellas facultades que corresponden al hombre en cuanto es persona y que no podrían desconocérsele sin negar esa cualidad. Para Díez Díaz citado por Bergoglio, son derechos cuyo contenido especial consiste en regular las distintas pro-

⁹ Bergoglio, *op. cit.*, p.3

¹⁰ *Idem*

yecciones psíquicas o físicas de la persona misma.¹¹

Existen diferentes conceptos que han tratado de comprender y distinguir y explicar los valores del hombre como persona, en orden a su adecuada protección. En una formulación abierta dice Degni citado por Bergoglio que por «derechos de la personalidad es necesario entender a aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad».¹²

2.1.1. Orígenes de los derechos de la personalidad.

De acuerdo con Bergoglio, en la antigüedad existieron manifestaciones aisladas referidas a la protección de la personalidad individual, pero no como las consideramos hoy, llamadas derecho de la personalidad. Los griegos vieron la esencia del hombre, lo que podríamos llamar la *humanitas*, en el ser político.

En Roma, estos derechos eran desconocidos y la protección de la personalidad funcionaba a través de la *actio injurarum*. El cristianismo sentó la base moral indestructible sobre la que reposa el reconocimiento de los derechos de la personalidad individual y representó la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana con la idea de la verdadera fraternidad universal. Éstos englobaban la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas individuales y sociales. La concepción jurídica de la Edad Media, fundada en una consideración del derecho como ordenación total de la vida, no sintió durante siglos la necesidad de destacar los derechos naturales de las personas.¹³

Es hasta el Renacimiento cuando comienzan a aparecer las construcciones jurídicas en la que se concretarían estas aspiraciones, entre

¹¹ Ibidem

¹² Ibid, p. 4

¹³ Ibid, p. 5

ellas se destaca la figura de una *potestas in se ipsum* o *jus in corpus*, considerada como el atisbo de la moderna doctrina de los derechos de la personalidad. El español Baltasar Gómez de Amescua, en un libro del siglo XVII, *Tractatus de Potestate in se ipsum*, defiende la tesis de que todo hombre por ley de la naturaleza o por los preceptos del derecho civil o canónico, tiene una *potestas in se ipsum* en los límites establecidos por tales leyes.¹⁴

En el siglo XVII, la escuela del derecho natural reconoce los derechos de la personalidad a través de los llamados derechos naturales o innatos, que son connaturales al hombre, pues nacen con él, están indisolublemente unidos a la persona y son preexistentes a su reconocimiento por el Estado. En el siglo XVIII, la teoría de estos derechos llamados originarios, esenciales, fundamentales y absolutos se va uniendo poco a poco a un sentimiento de reivindicación política, que fue transformándose en una doctrina de matiz revolucionario, llamada "*Los derechos del hombre y del ciudadano*".¹⁵

La escuela histórica y en general el positivismo del siglo XIX dejaron de lado la idea de estos derechos innatos. Sólo los escritores católicos, continuadores de la tradición *jus* naturalista, siguieron fieles a lo más sustancial de esta concepción. Todo ello, unido al matiz político que llega a tener esta teoría, hace que los pandectistas y civilistas se hayan visto en la necesidad de llevar al derecho privado, con nuevos enfoques, la doctrina que admite la existencia de estos derechos que se ejercitan sobre la propia persona o sus cualidades o atributos, asegurando el goce de nuestros bienes internos, de nuestras energías físicas y espirituales.¹⁶

Tal es el origen de la concepción de los derechos de la personalidad, como una nueva especie de derechos privados.

2.2.2. Naturaleza jurídica de la personalidad.

Respecto a la naturaleza de los derechos de la personalidad se ha dis-

¹⁴ Idem

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Idem

cutido si éstos pueden ser concebidos como un poder que el hombre ejerce sobre su propia persona y se ha objetado, en este sentido, que es imposible admitir la existencia de un derecho sobre la propia persona sin confundir por completo en el mismo individuo las cualidades contradictorias de sujeto y objeto; sin embargo, a esta postura se ha replicado diciendo que tal confusión no existe en realidad. El sujeto del *jus in se ipsum* es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, bien sea física o moral.¹⁷

Las controversias del tema llevan, por lo tanto, a los autores a dejar de lado la concepción de los derechos personalísimos como derechos sobre la propia persona y a encuadrarlos como derechos que recaen sobre los modos de ser, físicos o morales, de la persona. Los derechos subjetivos de la personalidad, se afirma entonces, son los que protegen la personalidad como tal, en sus atributos esenciales y en sus manifestaciones inmediatas, que sirven para integrar la personalidad misma, si bien la personalidad es una cualidad jurídica, de ella emanan aptitudes que son verdaderos y propios derechos subjetivos. La separación entre personalidad y derechos de la personalidad se opera objetivando algunos atributos de aquélla y haciéndolos aparecer como bienes jurídicos.¹⁸

La doctrina mayoritaria, nos dice Buteler citado por Bergoglio, comparte el argumento de que la persona mirada en sí misma es un presupuesto indispensable de todos los derechos y no puede ser, por ende, objeto de derecho. Sin embargo, es correcto considerar que los atributos o cualidades constitutivas e integrantes de la persona constituyen el objeto de estos derechos. Díez Díaz citado por Bergoglio afirma que prefiere utilizar la expresión "proyecciones", pues considera que la misma comprende tanto las concreciones materiales como las aspiraciones espirituales. Según su criterio "*allí donde haya una plasmación personal definida, ya física, ya moral y lo suficientemente relevante*

¹⁷ Ibidem, p.7

¹⁸ Idem,

*como para constituir un específico derecho subjetivo, allí surgirá el derecho de la personalidad correspondiente».*¹⁹

Por otra parte, la posición que niega a estos derechos la categoría de verdaderos derechos subjetivos afirma que en los mismos falta un "deber jurídico" correlativo de la facultad o prerrogativa del titular. Pero esta objeción no resulta decisiva. El deber correlativo a los derechos de la personalidad consiste en la obligación que pesa sobre todos los integrantes de la sociedad de respetar ese derecho, pues el derecho de una persona termina donde empieza el derecho de la otra. Así como sucede con la propiedad, aquí tampoco el sujeto pasivo está individualizado, pero no por ello deja de existir, lo que acontece es que nos encontramos frente a derechos absolutos; son absolutos porque se dan, a imagen y semejanza de los derechos reales, contra todos. De modo que el elemento "deber", término correspondiente al elemento "derecho", no falta en esta clase de derechos.²⁰

La puesta en marcha y la calificación de los derechos de la personalidad como verdaderos derechos subjetivos, posición que compartimos, tuvo el aval de destacados juristas como Carranza, Leonfati, Raffo y De la Torre, entre otros, que suscribieron el despacho señalado.

De esta manera vienen a consagrarse los derechos de las personas como lo que se conoce hoy en día: "Los Derechos Humanos". Así, para el profesor Pacheco Gómez, los DD.HH. indica que: "lo denomina derechos fundamentales de la persona humana, y con ello se quiere manifestar que toda persona posee derechos por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual".²¹ Para Hübner los DD.HH. son "Un conjunto de atributos inhe-

¹⁹ Ibidem

²⁰ Ibid, p. 9

²¹ Conferencia del Profesor Pacheco Gómez, Máximo, en el Programa de Magister y Postítulo en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile "Los Derechos Fundamentales de la persona humana" Santiago, Martes 19 de marzo de 1996, p.2 Vid. también, otro enfoque conceptual del mismo autor y dice: "Los derechos fundamentales de la persona humana son aquellos que corresponden a esta, en razón de su propia naturaleza, y que deben ser reconocidos y respetados por todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales." y "Los Derechos Humanos como fundamento del sistema democrático", edición al cuidado de Marisa Morel M. Santiago de Chile. 1986 p.6

rentes al hombre por su condición de tal, concernientes al resguardo y perfeccionamiento de su vida y al ejercicio de ciertas prerrogativas y libertades básicas, que la autoridad pública debe respetar y amparar. Estos atributos se fundan en la naturaleza misma de la persona humana entendida en un sentido universal, sin distinción de raza, nacionalidad, sexo, estado civil, situación económica, etc."²² y por último, la definición de la Organización de Naciones Unidas es la siguiente: "Los DD.HH. son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos.

"Los DD.HH. y libertades fundamentales nos permiten desarrollar cabalmente nuestras cualidades humanas, nuestra inteligencia, nuestro talento y nuestra conciencia y satisfacer nuestras variadas necesidades, entre ellas las necesidades espirituales. Se basan en la exigencia cada vez mayor de la humanidad, de una vida en la cual la dignidad y el valor inherentes de cada ser humano reciban respeto y protección".²³

Como se puede apreciar, los DD.HH. sólo pueden desarrollarse si la calidad de vida de las personas reúne todas las premisas establecidas en cada uno de los conceptos, claro está que si a esta persona se le niega la posibilidad de someterse a un tratamiento médico para mejorar su salud, todos los preceptos enunciados sólo serían líricos y el enunciado de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 4, que al tenor dice:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida; este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de su concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", ¿no es acaso arbitrario el hecho de negar la vida a una persona, contando con un dador menor de edad con un órgano genéticamente compatible, para salvar la vida de su padre, madre o hermano moribundo?, ¿no es arbitrario coartar la posibilidad de que este menor de edad pueda realizar esta dación teniendo un estudio especializado que certifique que la dación del órgano o tejido no afectará su desarrollo normal?

²² Hübner Gallo, Jorge Iván, *Panorama de los Derechos Humanos*, Editorial Andrés Bello Santiago, Chile, 1973, p.9

²³ Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Preguntas y respuestas*, Nueva York, Estados Unidos de América. 1987, p. 4

En opinión nuestra, las normas del ordenamiento interno boliviano deberían readecuar sus limitaciones pues podría darse la situación de que el receptor sea la única persona que solventa su hogar manteniendo unida a su familia, y si ocurriera su muerte, el núcleo familiar podría romperse dejando a la suerte la educación y formación del resto de los hijos. Por otra parte, no se tiene que olvidar que la protección de la familia se encuentra en la Convención Americana que a la letra señala en su artículo 17: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". De la misma manera la Constitución Política del Estado en su régimen Familiar artículo 193 establece que: "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado", es en este punto que el Estado deberá velar por la familia, tratando por todos los medios que no se destruya como consecuencia de una prohibición en una norma especial, imposibilitando que la única persona que sostiene el hogar fallezca si existe un dador hijo de éste que pueda salvarlo y salvar el hogar, porque tampoco se puede dejar de lado la norma constitucional que manda que todos los hijos, sin distinción de origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores (artículo 195 Constitución Política del Estado), este deber que expresa el anterior artículo es también el deber que tiene el hijo de salvar la vida a su progenitor, realizando un acto sublime de amor y de un verdadero desprendimiento, basta que éste tenga el suficiente discernimiento y un debido consentimiento informado. Estos fundamentos se materializan como consecuencia del artículo 7 inc. a de la misma Constitución que a la letra dice: "Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: A la vida, la salud, y a la seguridad". "Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno", (artículo 35 de la Constitución Política del Estado). Esto significa que la Constitución no se limita sólo a reconocer los derechos consagrados en ella, sino que da un margen abierto en el cual se reconocen otros derechos no

enunciados que emanan no de la ley sino de la misma vida, de la naturaleza de una ley no escrita y que se abre paso de la vida misma.

De esta manera los derechos de las personas consagrados en la Constitución Política del Estado guardan una estrecha relación con los Derechos Humanos y con la Convención Americana de los Derechos Humanos, donde se pone de evidencia el Principio *Pro Homine (nis)*, que según la profesora Mónica Pinto, nos señala cuando se realiza una hermenéutica de los DD.HH. debe recogerse este principio, o sea, que todos los Derechos Humanos, deben acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Por otra parte, la ha identificado a una interpretación teleológica de los instrumentos de los DD.HH., concordante con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en síntesis determina, la buena fe, conforme con el sentido corriente de los términos en el texto y en el contexto y de acuerdo con su objeto y fin, se desprende como prioritario en el caso de los DD.HH., la consideración del objeto y fin de las normas en esta materia.²⁴

La Corte Interamericana de los DD.HH. en su segunda Opinión Consultiva expresó que el párrafo segundo del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no podía aplicarse “entre otras razones, porque el objeto y el fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un limitado número de estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independiente de su nacionalidad”.²⁵

De lo anteriormente citado se concluye que la hermenéutica utilizada en un tratado de DD.HH., debe ser perenne a favor del ser humano, y en el caso concreto perenne a favor de la vida humana.

²⁴ Tapia Pinto, Iván Sandro, Curso de derechos Humanos en Bolivia, sin Ed. La Paz, 2002, p.15

²⁵ Idem

2.2.3. El derecho a la disposición del propio cuerpo.

Para Bergoglio el derecho debe ajustarse a la realidad de los hechos humanos que le sirven de fundamento y a cuya regulación tiende, realidad que nos demuestra que el hombre dispone a diario de su cuerpo, no sólo de sus fuerzas espirituales y creadoras en la constante búsqueda de su desarrollo integral, sino que también tiene la facultad o posibilidad de libre determinación sobre una serie de actos que convergen hacia su esfera corpórea.

La disposición del propio cuerpo tiene en nuestros días proyecciones vastísimas. Ésta no es, sin embargo, una nueva cuestión. Desde el precedente literario de *El mercader de Venecia* hasta los tiempos actuales, la problemática ha ido pasando del puro ámbito especulativo a una concreción práctica en la que ya se hace necesaria la intervención de la norma jurídica. Ello es así, puesto que la simple situación fáctica, indiferente al derecho en una primera época, adquiere relevancia jurídica cuando la comunidad le adjudica trascendencia social. En el marco de estas facultades dispositivas encontramos actos que revisten distintos matices de gravedad. Desde la comercialización de los cabellos, la celebración del contrato *di baliatico*, la dación de sangre para transfusiones, pasando por la asunción de riesgos en actividades deportivas y laborales, hasta llegar a los supuestos más comprometidos de los trasplantes de órganos y la experimentación científica en seres humanos, advertimos que esta disponibilidad adquiere cada día mayor trascendencia.²⁶

2.2.4. Connotaciones en torno a la esencia del cuerpo humano.®

La naturaleza de estas facultades que tiene la persona en el área de la disponibilidad corpórea ha sido una cuestión muy controvertida en el campo del derecho privado.

Comenta Degni, citado por Bergoglio, que un llamado “dere-

²⁶ Bergoglio, *op. cit.*, p. 16

cho sobre la propia persona" fue admitido por Windscheid, quien entendía que así como el orden jurídico al conceder un derecho real declara que la voluntad de su titular es decisiva para la cosa, así la misma voluntad es decisiva en relación con la propia persona; también se ha atribuido a Ihering el reconocimiento de un "derecho sobre el propio cuerpo" a partir de la distinción que realiza entre "pertenencia" y «propiedad». Este razonamiento se explica al afirmar que ciertas cosas pueden pertenecer a la persona, sin someterse a los principios que rigen la propiedad: el cabello pertenece a la persona, mas luego que ha sido cortado puede ser objeto de comercio y propiedad. Este concepto genérico de pertenencia tuvo muchos opositores, como los han tenido toda las posturas que vinculan la disponibilidad corporal con el derecho de propiedad, pero esta posición ha sido suplantada por nuevas concepciones.²⁷

En realidad, esta incertidumbre sobre la verdadera esencia del derecho a disponer del propio cuerpo oscurece lo que se debe tener bien claro: el que es un derecho personal de caracteres especiales, que trae aparejada la libre disposición de nuestro cuerpo con las restricciones que impongan las leyes, la moral y las buenas costumbres,²⁸ por lo que queda, en consecuencia, excluido del ámbito de los derechos patrimoniales.

El error de estas vacilaciones es tratar de encuadrar un derecho de características peculiares. El auténtico señorío de la voluntad, referido al orden corpóreo, se configura como un verdadero derecho de la personalidad que permite al hombre ejercer facultades específicas y disponer, dentro de los límites legales, de su cuerpo o manifestaciones somáticas.

El llamado por Bergoglio sector físico de los derechos de la personalidad tiene en nuestros días el reconocimiento, de tendencia ya generalizada, de un derecho a la disposición del propio cuerpo como auténtico e independiente derecho personalísimo con la misma merecida consideración del derecho a la integridad física.²⁹

Por otra parte, es necesario mencionar que el derecho de la persona se encuentra tutelado y protegido no sólo en el ámbito privatístico, artículos 6 al 23 del Código Civil boliviano, Ley 1716

²⁷ *Ibid*, p. 19

²⁸ *Idem*

²⁹ *Ibid*, p. 20

de Donación y Trasplante de Órganos, células y tejidos, promulgada el 5 de noviembre de 1996, sino también en las diferentes ramas que conforman el derecho público como los artículos 7 de la Constitución Política del Estado boliviano y los artículos 251 al 281 del Código Penal boliviano.

Éste es, por consiguiente, tal como manifiesta Bergoglio un derecho a la vida y no un derecho sobre la vida. Por lo que, si bien existe un derecho a la vida, se da también el deber correlativo de conservarla. De la existencia de este derecho innato no puede derivarse un poder omnímodo y soberano sino que, por el contrario, su reconocimiento exige la fijación de límites. La vida, derecho de la personalidad reconocido a todo hombre por el hecho de serlo, no es en sí sólo un valor biológico. La vida es una potencia que quiere conservarse y ha de ser conservada. El individuo no puede quitarse la vida que él no se ha dado. Por ello es que el derecho temporal niega la eutanasia y castiga al que coopera a un suicidio.³⁰

Los llamados "derechos corporales" de la personalidad incluyen, en segundo término, a la integridad física como medio de proteger a la persona contra ataques legítimos a ella. Tradicionalmente la inviolabilidad somática se entiende garantizada a través del derecho penal por medio de la figura de la lesión. Sin embargo, cabe advertir que dicha legislación represiva está indicando la existencia previa de elementales derechos subjetivos, especialmente personales, que merecen una detenida consideración privada.

Es preciso, por lo tanto, reconocer un específico derecho civil de intangibilidad corpórea como derecho de la personalidad. Esta potestad, de origen natural, consistirá en la facultad de rechazar cualquier agresión corporal; su deber correlativo será el general respeto o de abstención de actividades lesivas a la integridad somática.

El sector físico de los derechos de la personalidad partiendo del presupuesto primario del derecho a la vida considera la integridad física y luego el llamado «derecho a la disposición del propio cuerpo». Así se nos plantea la problemática corporal en sus dos aspectos: por una parte, la protección del cuerpo humano contra atentados

³⁰ *Ibid*, p. 21

procedentes de terceras personas, tutela que se brinda a través del derecho a la integridad física; y por la otra, la protección del cuerpo humano frente al poder de disposición del propio individuo, mediante el derecho a la disposición del propio cuerpo.

Este derecho de disposición corporal debe reconocerse como auténtico e independiente derecho de la personalidad.

El conjunto de facultades referidas a la disponibilidad corporal, íntegra, sin duda, el contexto de los derechos personalísimos, aunque no se reconozca en forma decidida que se trata de una categoría autónoma e independiente. En este sentido se ha manifestado que se está en presencia de exteriorizaciones del derecho a la vida y a la integridad física, mediante las manifestaciones del uso y goce que la persona hace de sus bienes jurídicos.³¹

2.2.5. El área de protección de la disponibilidad corporal.

La disponibilidad corporal, que nunca puede tener por objeto la cesión total del cuerpo de la persona viva comprende, en un sentido lato, aquella primigenia e innegable facultad del hombre de desarrollarse en el aspecto somático con un sentido constructivo y formativo de su personalidad toda.

Bergoglio explica las situaciones en las que la persona puede autorizar la intervención sobre su propio cuerpo, siendo éstas:³²

- a) En su propio beneficio, con miras a la recuperación o mejoramiento de su salud y equilibrio psicofísico, en esta situación se encuentra el caso de las intervenciones quirúrgicas con fines de mejorar la salud de éste, causadas por algún padecimiento orgánico, como también el caso de las intervenciones de la cirugía plástica y el caso de los trasplantes de órganos cuando el receptor desea que se realice un trasplante en su organismo.

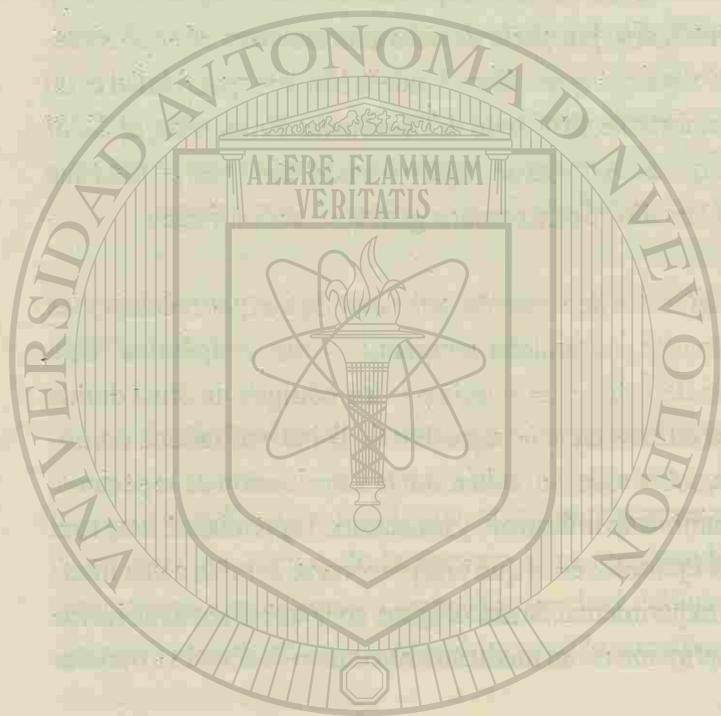
³¹ Idem

³² *Ibid*, pp. 26-30

- b) En beneficio de terceras personas determinadas, permitiendo la ablación de órganos o materiales anatómicos de su cuerpo con fines de implante en otras personas. Este aspecto es el que da lugar a los trasplantes de órganos, pudiendo ser realizados en vida o *post mortem*. En el caso del primer aspecto, la dación en vida puede realizarse por parte de personas mayores de edad o menores en casos excepcionales, donde la histocompatibilidad es un factor importante en el éxito del trasplante. En síntesis, el dador autoriza que se extraiga un órgano o tejido de su cuerpo para que sea trasplantado en otra persona genéticamente idéntica.
- c) En los supuestos de consentir ser sometida a experimentaciones científicas de naturaleza terapéutica o no terapéutica. Esta situación debe de estar regida por los códigos de ética donde se ponga énfasis en la no agresión de la individualidad corporal y que, sobre todo, se realice con la autorización de la persona, el consentimiento informado y la necesidad apremiante. Este es el caso, por ejemplo, en el que una persona se somete a una intervención experimental farmacológica, en la que el paciente recibe una prescripción de un medicamento nuevo destinado a mejorar su salud.

Los tres puntos citados anteriormente necesitan forzosamente que sean desarrollados respetando y ejerciendo los principios generales de la Bioética, para garantizar que no se cometan excesos innecesarios.





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS Y REQUISITOS GENERALES QUE RIGEN LA BIOÉTICA DE LOS TRASPLANTES.

Tres son los principios bioéticos que rigen la práctica de los trasplantes de órganos,³³ a saber: el principio de beneficencia, el de no maleficencia, el principio de autonomía y el de justicia, principios que son practicados en el campo de la moral y de la ética.

3.1. PRINCIPIO DE BENEFICENCIA.

Dentro del campo bioético se refiere a que el profesional médico debe poner todo su empeño en atender al paciente para que éste pueda mejorar su salud de la forma que le permita reinsertarse en la vida social. Así, establecido el principio recoge el sustento del juramento hipocrático referido a la aplicación de todos los medios necesarios para la sanación del paciente. Este aspecto se evidencia cuando se trata de un receptor de órgano, pues éste, una vez realizado el trasplante, con todos los cuidados y desempeño del médico, se beneficiará con el tratamiento quirúrgico mediante un órgano que es implantado en su persona procedente de un dador.

La aplicación de este principio se torna un tanto dificultosa cuando se trata de un dador menor de edad vivo, pues éste no está siendo beneficiado al ser sometido a una ablación de órgano y tejido, ya que estaría siendo despojado de su integridad física.

³³ Pérez, Leonardo, *Humanización*, s. Ed. Cuba, 2001 p. 16

Por otra parte, la dación de órganos por menores de edad llevaría a una serie de problemas legales si éstos no son realizados con los requisitos establecidos por la doctrina en las diferentes legislaciones extranjeras.³⁴

De no ser así, el médico, al extraer un órgano o tejido, estaría actuando con el único fin de mutilar al dador y el procedimiento no tendría un carácter curativo pues no se realizaría sobre la persona enferma, actuando, por consiguiente, con dolo directo, dado que la finalidad de la intervención sería la de ablacionar un órgano con la finalidad de ser implantado en otra persona distinta a la originaria.

En el caso concreto de tratarse de un menor de edad el Dr. Miguel Manzanera, miembro de la Iglesia Católica y del Instituto de Bioética de la Universidad Católica Boliviana, afirma que: "La donación de órganos por parte de menores de edad tan sólo podría permitirse en casos muy excepcionales con el consentimiento de sus padres, por razones de parentesco íntimo, como sería el trasplante de riñón de un niño sano a su hermano gemelo, quien sin trasplante no podría subsistir".³⁵

Esta posición ha sido corroborada en diferentes partes del mundo como en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, del Consejo de Europa, el 4 de abril de 1997 establecida en su artículo 20 inc. 2, al permitir la extracción de órgano a un menor de edad.³⁶

Este tipo de argumento manejados en la actualidad presuponen un avance en el entendido de la aplicación del principio de beneficencia, pues éste se aplicaría en el sentido de que el dador, menor de edad, se convertiría en un sujeto de decisión para la dación o no de un órgano doble no regenerable o tejido sanguíneo, materializando el principio de beneficencia de una manera dual. Esta manera dual por parte del dador se refiere a que éste estaría ejercitando un acto desti-

³⁴ Vid. *Infra* 3.1

³⁵ Manzanera Miguel, *Aspectos éticos, culturales y religiosos del trasplante de órganos y tejidos*, 1996 s. Ed., Cochabamba, p.78

³⁶ Vid. *Infra* 3.1

nado a salvar la vida de su familiar consanguíneo y el receptor estaría recibiendo el principio de beneficencia en su persona.

Por otra parte se ha comprobado médicamente también que la extracción de un órgano doble como es el caso del riñón en un menor de edad, no afectaría al desarrollo normal del dador menor de edad.³⁷ Y si el médico actuaría conforme con los principios bioéticos y a las disposiciones normativas, las cuales permitirían la dación de manera excepcional por parte de menores de edad significaría que éste realizaría el acto con la ausencia de dolo y de culpa, por lo que, significaría una ausencia de las formas de culpabilidad que según M. Cobo y T.S. Vives: "La negación del dolo y la culpa supone la ausencia de las formas de culpabilidad en sentido estricto. Dolo y culpa son, como es sabido, formas de culpabilidad. Su negación es, en definitiva, la ausencia de dichas formas. La inmediata consecuencia de esa negación, será la declaración de inculpabilidad".³⁸

De esta manera los actos del médico que realice la extracción del órgano con todos los cuidados necesarios acrecería dolo pues no existiría el nexo volitivo que anuda el hecho antijurídico al querer del agente, por lo que significaría la negación del nexo psicológico.³⁹

En lo que significa el dolo, el médico que intervenga al dador para extraer el órgano doble no regenerable, no deberá actuar con negligencia ni con inobservancia a las normas de cuidado. Sólo así y de esta manera se podrá materializar el principio de beneficencia donde el profesional médico, juntamente con el dador, menor de edad, podrán mejorar la salud del receptor interactuando ambos de una manera dual y en beneficio del receptor.

3.2. PRINCIPIO DE NO MALEFICENCIA.

El principio se encuentra relacionado íntimamente con el de benefi-

³⁷ Vid. *Infra* 1.6

³⁸ M.Cobo del Rosal-T.S. Vives, Antón. *Derecho Penal Parte General* 2 ed. Edito rial De Valencia, España 1984 p. 537

³⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 4 ed., Editorial Barcelona, España, 1996 p. 542

cencia, quiere decir que si el médico pone en práctica el principio de beneficencia éste deberá ser realizado de tal manera "sobre todo, no hacer daño",⁴⁰ al realizar algún procedimiento médico.

En el caso de los dadores menores de edad este principio debe de estar entre una de las premisas más importantes del médico ya que si bien el menor acepta la dación, deben utilizarse y agotarse todos los medios necesarios para que el trasplante se realice tratando, sobre todo, de dañar lo menos posible su integridad, para que posteriormente pueda recuperarse favorablemente después de la intervención quirúrgica.

3.3. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA.

Cobra importancia según la concepción doctrinal y cultural de los diferentes países, en unos más que en otros. Así, en los Estados Unidos de Norteamérica se tiende a dar una mayor prevalencia al principio de la autonomía, mientras que en España y en Bolivia se da mayor énfasis al principio de beneficencia.⁴¹

Este principio se basa en el respeto a la libertad de decisión del dador y del receptor en lo que él juzga lo más conveniente para su persona. Pero este principio no significa que el paciente haga o elija lo que crea conveniente, pues para que se materialice y exteriorice por parte del dador y receptor tiene que estar respaldado jerárquicamente por un consentimiento informado previo, donde el paciente sea informado de la naturaleza de la operación, en un lenguaje corriente y no técnico, de todas las posibles complicaciones, presentes y emergentes, como también de los beneficios que conlleva el trasplante. Sólo así y después de que el dador y el receptor conocen ampliamente del objeto del tratamiento, su naturaleza, los procedimientos, las posibles complicaciones, presentes y emergentes, originadas de todos los actos del personal médico y paramédico, podrá, de manera amplia, materializar el consentimiento informado y no sig-

⁴⁰ PEREZ Pérez Gallardo, Leonardo., *op. cit.* p. 19

⁴¹ *Idem.*

nificará, en ningún momento, que el dador admita realizar en su persona algún procedimiento que autolesione su integridad física.

Al respecto el Código Penal Boliviano sanciona la autolesión en el artículo 275 inc. 3 al establecer que "Incurrirá en reclusión de tres meses a tres años el que lesionare a otro con su consentimiento". De acuerdo con este tipo delictivo y al principio de la autonomía, un dador menor de edad sólo podrá materializar este principio en el caso en que la ablación del órgano o tejido no signifique un menoscabo en su salud. Pero inmediatamente surge la pregunta: ¿Cómo sabe el menor que el procedimiento quirúrgico no le significará un detrimento o menoscabo físico? Es en este punto donde sus representantes legales, el médico tratante y un equipo especializado ajeno al trasplante, juntamente con un juez competente deberán evaluar la decisión del menor y establecer si es o no, la más aconsejada.

De esta manera, la autonomía será ejercitada por el dador menor de edad, la que será valorada por un equipo humano ajeno a la práctica del trasplante que deberá evaluar también el aspecto psicosomático, la salud del dador como también el consentimiento informado.

3.4. PRINCIPIO DE JUSTICIA.

El principio de justicia se refiere a la atribución de dar a cada persona lo que por derecho le corresponde. Este principio de la Bioética se encuentra materializado en el artículo 7 inc. a de la Constitución Política del Estado, al establecer que toda persona tiene derecho a la vida, la salud y la seguridad. En el campo de la Bioética se materializa cuando se efectúa una distribución adecuada y equitativa a los pacientes conforme existan todos los recursos de la Medicina. Tradicionalmente se entiende por justicia "La virtud de dar a cada uno lo que le corresponde",⁴² pero el sentido de justicia y derecho no siempre son coincidentes, debido a que existen derechos que no son jus-

⁴² *Ibid*, p. 21

tos, o la justicia no está establecida en los ordenamientos positivos.

Sin embargo, el principio de justicia en el campo de la Bioética es un pilar macro y rector, refiriéndose a que toda persona tenga acceso, sin limitación de algún precepto legal, a todos los medios médicos que se encuentran a disposición.

En el caso de un dador menor de edad el principio de justicia, por consiguiente, se refiere a que este dador tiene la facultad de solicitar y de hacer prevalecer su deseo de realizar un acto de altruismo al querer ser un dador de su familiar consanguíneo en el entendido de que no existe otro potencial dador como consecuencia de una incompatibilidad con otros dadores.

Esta justicia de querer manifestar su petición de dar un órgano se respalda en las disposiciones referidas a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual manifiesta que en la opinión de los niños y adolescentes, se hace necesaria acceder a las solicitudes que ellos manifiestan. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 24 estipula que: *"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés particular, y el de obtener pronta resolución"*. Este precepto legal no hace mención si sólo pueden acceder a estas peticiones los mayores de edad, por consiguiente, engloba también a la petición que puedan formular los menores de edad. Al respecto la Constitución Política del Estado boliviano en su artículo 7 inc. h rescata los preceptos anteriormente citados de la siguiente manera: *"Toda persona tiene derecho a formular peticiones individual y colectivamente"*. Por otra parte cabe preguntarse ¿desde cuándo se considera a un ser humano persona? El artículo 1 del Código Civil boliviano estipula que la personalidad comienza desde el nacimiento, por lo que una persona podría realizar peticiones desde el momento que tuviera el discernimiento adecuado para hacerlo.

El Código del Niño, Niña y Adolescente establece en su artículo 101 inc.2 que un niño tiene la libertad de opinión y expresión, por lo que en el caso

de trasplante de órganos debe tomarse muy en cuenta su opinión.

El principio de la justicia en el caso de los trasplantes de órganos también se refiere a que, teniendo los medios necesarios y el dador genéticamente compatible, no se tendría que permitir que el receptor fallezca, sabiendo sobre todo médicamente que el órgano o tejido proveniente del dador no implicará un menoscabo en el dador menor de edad.

Por otra parte ante la existencia de la Ley boliviana de Trasplantes de Órganos, Células y Tejidos Ley N° 1716 sólo faculta la dación de órganos a mayores de edad. Pero al no permitir la legislación vigente la dación de órganos por menores de edad, excluye la posibilidad de que un hijo menor de edad pueda realizar este acto a favor de sus padres o hermanos. No obstante, en la práctica médica se evidencian casos donde la única ayuda posible al paciente depende de la disponibilidad del órgano o tejido por ese menor.

Estos casos llevan a una serie de cuestionamientos en el momento de aplicar el Principio de Justicia. Si bien la Ley 2089, referida a la modificación de la mayoría de edad en Bolivia, en su artículo 2 establece los 18 años como la mayoría de edad para realizar actos de disposición, protegiendo jurídicamente la integridad física del menor, ¿protege también la estabilidad psicoemocional?, ¿no afecta valores humanos de solidaridad que emanan justamente con la relación de parentesco? Dicho de otra forma, la imposibilidad legal de ser dador de un órgano y la inminente muerte de un familiar ¿no afectan al menor, a pesar de resguardar su integridad física?

En el presente caso ¿se estaría aplicando el principio de justicia correctamente? En opinión nuestra, este principio no estaría siendo aplicado, debido a que en más de los casos al no permitir que un menor de edad con discernimiento pueda ser dador para su familiar consanguíneo, éste se encuentra imposibilitado de poder salvar a su padre o hermano, destruyéndose su salud mental y moral que contrariamente al caso la Constitución Política del Estado en su artículo 199 establece que *"El Estado protegerá la salud física, mental y moral de la infancia y defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación"*.

3.5. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.

En mi opinión, éste es un principio que es necesario poner en práctica en el campo de los trasplantes de órganos, en el caso que exista un dador menor de edad, debido a que, en muchos casos, es difícil conseguir un pariente emparentado, mayor de edad y el único dador posible es un dador menor de edad consanguíneo.

Según este principio, sólo en el caso de que se agoten todos los medios médicos disponibles y los actuales sean insuficientes para poder devolver la salud a plenitud al receptor, se acudirá al trasplante de órganos, células y tejidos y sólo en el caso en que se agoten y descarten absolutamente todos los dadores mayores de edad y atendiendo al caso concreto, previa una valoración especializada, se podrá acudir a la posibilidad de que un menor de edad sea el dador para un familiar consanguíneo.

Este familiar consanguíneo no debe entenderse sólo como un primo hermano o tío, ni tampoco como un abuelo o abuela. El familiar que deberá ser auxiliado por el principio de beneficencia será necesariamente un hermano, hermana, padre y madre.

Este principio, en el caso de órganos, se materializará por parte de los dadores menores de edad y consanguíneos con el receptor, sólo y cuando haya existido un consentimiento informado y en los casos de tratarse de un trasplante de tejido humano referido a la médula ósea. Cuando el dador no tenga discernimiento, los padres podrán suplir esta decisión para el trasplante en un hermano o padre. Por otra parte, el Proyecto de Ley del año 1989, que no fue promulgado, señalaba muy acertadamente que en algunos casos previa una valoración se permitía que éstos puedan ser dadores para sus familiares. La actual Ley de Trasplantes es omisa en este aspecto, imposibilitando que un menor de edad pueda salvar a su coetáneo.

Es importante mencionar que esta decisión se deberá realizar previa autorización judicial emitida por un juez competente, resolución judicial que deberá ser emitida con carácter de urgencia, previa valoración

del caso en el menor tiempo posible. Esta valoración que deberá realizar el juez se basará en un informe previo, emitido por un equipo interdisciplinario y especializado. Solo así, tomando estos recaudos para que no se comenten excesos no deseados, se podrá agotar y materializar el principio de excepcionalidad.

3.6. NUEVOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS.

Según el padre Miguel Manzanera, existen otros principios que son necesarios desarrollar en el campo de la bioética y de la biotecnología,⁴³ estos son:

3.6.1. Respeto de la vida y de la dignidad humanas.

Se refiere según Manzanera a: "el respeto a la vida de todo ser humano, tanto individual como universal..., desde la concepción o momento inicial hasta su terminación o momento final en su muerte".⁴⁴

De este fundamento para Manzanera es que: "deriva que la vida humana es el valor sagrado e inviolable que debe ser reconocido y respetado absolutamente, y que es el soporte de todos los demás valores. Por lo tanto, todo instrumento científico y técnico debe valorarse en cuanto a la contribución que hace en función al hombre, en el sentido de favorecer el bien de la vida humana en su plenitud, es decir entendiendo al hombre en su plenitud, es decir entendiendo al hombre como familia humana, en su sentido integral, universal, y global, no solamente sincrónico, sino también diacrónico, que quiere asegurar al bienestar de la familia, incluyendo las futuras generaciones".⁴⁵

Este principio muy bien fundado por Manzanera, hace referencia no solo a la persona individual, sino también a su familia en conjunto, por lo que inmediatamente a raíz de este principio nos trae a la memoria el ejemplo en el que esta persona individual en su condición de padre de familia y enfermo renal, pudiera cumplir el objetivo de "asegurar al

⁴³ Manzanera Miguel, Instituto de Bioética, *BIOS 7*, Ed. Universidad Católica Boliviana, Discurso del Papa Juan Pablo II, Cochabamba, Bolivia, 2002, pp 21-24

⁴⁴ Idem

⁴⁵ Ibidem

bienestar de la familia, incluyendo las futuras generaciones”, en el caso de que su hijo menor de edad pudiera ser dador del riñón necesitado por su padre, pero no podría cumplirse el cometido si la norma prohíbe este acto de amor y solidaridad humana, terminando, por consiguiente, su vida y quedando inconclusa su misión de padre.

3.6.2. Principio de solidaridad universal.

Como consecuencia de los grandes problemas de toda índole que atraviesa el mundo es necesario preconizar la solidaridad universal, pues “la globalización de la solidaridad en el ámbito mundial es uno de los imperativos del inicio del tercer milenio”.⁴⁶

Esta solidaridad debe desarrollarse a todo ámbito y nivel, uno de estos es, sin lugar a dudas, también la solidaridad de un hijo que tiene para con su padre, madre o hermano, de donar un órgano o tejido y salvarlo de la muerte, manteniendo unida la familia en ese sentido sincrónico y diacrónico que menciona Manzanera.

3.6.3. Principio de solidaridad preferencial por el Tercer Mundo.

Para Manzanera este principio se refiere a dos aspectos importantes, el primero referido a la distribución de los recursos mundiales para aliviar el hambre, mejorar los cultivos utilizando la biotecnología mediante los productos transgénicos, los cuales están dando resultados espectaculares. Por lo que “dentro de esa globalización de solidaridad se debe dar prioridad a los países del Tercer Mundo, que se debaten en la pobreza generalizada. Uno de los mayores problemas que enfrenta la actualidad es el hambre que afecta a una gran parte de la población mundial especialmente en África, Asia y América Latina”.⁴⁷

El segundo aspecto de este principio y el que nos interesa para el presente estudio es aquel que se refiere al de velar los dere-

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Idem

chos “de los más débiles y desprotegidos, entre los que se encuentran los concebidos no nacidos, los niños, los discapacitados, los enfermos, los ancianos y, en general las personas carentes de recursos económicos”.⁴⁸

Los niños a que hace referencia el principio, se debe entender en nuestro estudio que deben estar protegidos por todas las instancias llamadas por ley para velar y asegurar que no se cometan excesos no deseados ni actos dolosos con el solo afán de extraerles un órgano o tejido sin que se hubieran agotado previamente todos los recursos disponibles.

Los enfermos, de la misma manera, merecen la debida atención por parte de la tutela del Estado, aspecto que se encuentra protegido en el artículo 7 de la Constitución Política del Estado boliviano. Es en estos pacientes que se deben agotar todos los recursos disponibles para poder revertir su enfermedad, pero sin que esto quiera decir la utilización de artimañas o medios dolosos para conseguir su recuperación, y en el caso de contar con un solo recurso, el cual es la dación de un órgano o tejido por parte de un menor de edad consanguíneo, se deberá acudir a éste, pero sin lesionar ninguno de los principios anteriormente enunciados. De esta manera se podrá salvar la vida del enfermo.

3.7. REQUISITOS GENERALES QUE RIGEN EL CAMPO DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS.

Paralelamente a estos principios de la Bioética, la doctrina establece ciertos requisitos que rigen la práctica de los trasplantes de órganos, donde descansan las normas de la legislación nacional y comparada, y son válidos para la dación en vida y *post mortem*.⁴⁹ Y son los siguientes:⁵⁰

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Casal, Patricia, *Ley de Trasplante de Órganos*, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1990, p. 16

⁵⁰ Bergoglio, *op. cit.* pp. 85-102

3.7.1. La técnica corriente y no experimental.

Se refiere a la exclusión de todos los procedimientos médicos que se encuentran en investigación o estudio experimental, aplicándose sólo los conocimientos científicos conocidos. Este requisito se encuentra recogido en el artículo 4 de la Ley 1716 boliviana al establecer "*La ablación de órganos y tejidos de personas vivas para los trasplantes utilizará las técnicas corrientes, excluyendo las técnicas experimentales*".

3.7.2. De la subsidiaridad.

El mismo establece que la práctica del trasplante sólo es viable cuando se han agotado todos los procedimientos terapéuticos para poder revertir la enfermedad del paciente siendo el trasplante subsidiario a las demás técnicas médicas convencionales. De la misma manera este principio se encuentra plasmado en el artículo 5 de la Ley 1716 boliviana estipulado como: "*El trasplante de órganos, tejidos y células es viable únicamente agotados los métodos médicos destinados a revertir las causas que ocasionen la enfermedad y cuando la expectativa de rehabilitación del paciente le asegure grados previsibles de viabilidad*".

3.7.3. La necesidad.

Este requisito se desprende del anterior, el cual hace referencia a que la práctica de los trasplantes constituye una terapia final para salvar la vida del paciente, de la misma forma la Ley 1716 en su artículo 5 refleja el espíritu de este postulado. En el caso del dador menor de edad, este requisito deberá de priorizarse, sólo en el caso de una extrema necesidad y única compatibilidad genética con el receptor, de esta manera el dador menor de edad entrará como una opción para materializar lo anteriormente expuesto.

3.7.4. La capacidad profesional.

Requisito que se refiere a la idoneidad profesional, es decir, sólo podrá realizar la técnica del trasplante el personal especializado en la ciencia de la trasplantología. Se encuentra garantizado en los artículos 18 y siguientes del Decreto Reglamentario de la Ley 1716: "*La práctica médico quirúrgica de trasplante de órganos, células y tejidos requiere la participación de profesionales que estén reconocidos en las especialidades del trasplante a realizar*".

3.7.5. Asistencia eficiente e infraestructura.

No todos los centros médicos cuentan con el personal, equipo tecnológico e infraestructura para poder realizar esta intervención. De esta manera el D.R. de la Ley 1716 en su artículo 13 establece que: "*sólo podrán practicarse los trasplantes en centros que cuenten con la infraestructura adecuada a este tipo de avance tecnológico como de la infraestructura requerida*".

3.7.6. El consentimiento informado.

Tanto el dador como el receptor deberán estar informados ampliamente del procedimiento, consecuencias, resultados y beneficios de todo lo relativo a la intervención médica. Esta información se realizará con un lenguaje corriente y no técnico, posibilitando que los pacientes puedan comprender a cabalidad la información por parte del médico para que, después, éstos puedan dar su consentimiento en forma escrita,⁵¹ de la misma manera reflejado en el artículo 9 de la Ley 1716: "*El donante vivo como el receptor deberán ser ampliamente informados de las características de la operación. En caso de no existir oposición respecto a la intervención quirúrgica a llevarse a cabo, deberá consignarse este acuerdo en documento firmado por las par-*

⁵¹ Rivera Julio César, *Derecho Civil Parte General*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Bs. As., Argentina, 1997, p.18

tes interesadas. Si hubiera impedimento físico del receptor para firmar, lo hará su representante legal”.

3.7.7. La gratuidad.

Se refiere a la prohibición de cualquier contraprestación en dinero por parte del receptor a favor del dador, pero no contempla la retribución en especie en los casos, por ejemplo, en que por la dación realizada se trate de ofrecer un bien inmueble o mueble, o el que se prometa impartir una educación al dador menor de edad. Pese a estos cuestionamientos, el requisito es recogido por la Ley 1716 en su artículo 17: “*Todos los actos de cesión de órganos, con fines terapéuticos, en vida o después de la muerte serán realizados de manera gratuita. La infracción a este principio acarreará responsabilidad civil, penal y administrativa, en contra de los transgresores*”.

3.7.8. La revocabilidad.

Referido a que la decisión del dador es completamente revocable, aún en la mesa del quirófano. Si el dador menor de edad se encuentra en sus plenas facultades y sin ningún fármaco que le anule su conciencia, podrá revocar su decisión. Este requisito trata de proteger la esfera personalísima e intangible de la persona reconociendo la voluntad del dador. En la Ley 1716 en su artículo 16 se refleja el presente requisito con una condicionante referida a que sea una revocación de forma escrita: “*La donación de órganos y tejidos para trasplantes puede desistirse en cualquier tiempo comunicando del hecho por escrito al beneficiario. El desistimiento no ocasiona ninguna consecuencia legal ni económica*”. En opinión nuestra, la revocabilidad por parte del dador menor de edad debería permitirse de manera oral pues la voluntad de retractarse de su decisión se debe materializar con su sola manifestación verbal y la ablación del órgano quedaría sin efecto.

CAPÍTULO IV

POSICIÓN DE LOS DISTINTOS CULTOS RELIGIOSOS FRENTE A LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS.

Muchos cultos religiosos catalogan al cuerpo como un templo sagrado en el cual habita Dios, por lo que éste tiene que ser protegido, inclusive después de la muerte, de cualquier mutilación. Esta conducta por demás proteccionista, ha sido cambiada y en la actualidad se acepta la ablación de un órgano con fines de trasplante para ser destinado a salvar alguna vida humana no importando su religión o credo.

Dentro de estas agrupaciones humanas se citará a quienes han logrado alcanzar cierta relevancia en el ámbito religioso mundial, así se tiene a los católicos, a los musulmanes y a los testigos de Jehová.⁵²

La Iglesia Católica por muchos siglos mostró un comportamiento silencioso a la realización de los trasplantes, pero actualmente este criterio muestra una apertura. Es así que el Papa Juan Pablo II en su discurso del Primer Congreso Internacional de Reparto de Órganos (20 de junio de 1991) manifestó que: “*Debemos regocijarnos de que la medicina al servicio de la vida haya encontrado en el trasplante de órganos una forma de servir a la familia humana*”⁵³ y recientemente en mayo de año 2001, ratificó su posición y aceptó que la muerte ya no es entendida como el cese de las funciones cardiorrespiratorias, sino como el cese de la función del encéfalo, respaldando esta posición el padre Miguel Manzanera, quien afirma que la voluntad de donar un órgano es una manifestación de generosa

⁵² Agrego Callau, Manfredo. *Comercialización y tráfico de material anatómico*. Ed. Cochabamba, Bolivia, 1994, p. 5

⁵³ Vid. en *Memorias del Simposio Departamental de trasplantes de órganos*, s.Ed., Cochabamba, Bolivia, 1995, p. 79

tes interesadas. Si hubiera impedimento físico del receptor para firmar, lo hará su representante legal”.

3.7.7. La gratuidad.

Se refiere a la prohibición de cualquier contraprestación en dinero por parte del receptor a favor del dador, pero no contempla la retribución en especie en los casos, por ejemplo, en que por la dación realizada se trate de ofrecer un bien inmueble o mueble, o el que se prometa impartir una educación al dador menor de edad. Pese a estos cuestionamientos, el requisito es recogido por la Ley 1716 en su artículo 17: “*Todos los actos de cesión de órganos, con fines terapéuticos, en vida o después de la muerte serán realizados de manera gratuita. La infracción a este principio acarreará responsabilidad civil, penal y administrativa, en contra de los transgresores*”.

3.7.8. La revocabilidad.

Referido a que la decisión del dador es completamente revocable, aún en la mesa del quirófano. Si el dador menor de edad se encuentra en sus plenas facultades y sin ningún fármaco que le anule su conciencia, podrá revocar su decisión. Este requisito trata de proteger la esfera personalísima e intangible de la persona reconociendo la voluntad del dador. En la Ley 1716 en su artículo 16 se refleja el presente requisito con una condicionante referida a que sea una revocación de forma escrita: “*La donación de órganos y tejidos para trasplantes puede desistirse en cualquier tiempo comunicando del hecho por escrito al beneficiario. El desistimiento no ocasiona ninguna consecuencia legal ni económica*”. En opinión nuestra, la revocabilidad por parte del dador menor de edad debería permitirse de manera oral pues la voluntad de retractarse de su decisión se debe materializar con su sola manifestación verbal y la ablación del órgano quedaría sin efecto.

CAPÍTULO IV

POSICIÓN DE LOS DISTINTOS CULTOS RELIGIOSOS FRENTE A LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS.

Muchos cultos religiosos catalogan al cuerpo como un templo sagrado en el cual habita Dios, por lo que éste tiene que ser protegido, inclusive después de la muerte, de cualquier mutilación. Esta conducta por demás proteccionista, ha sido cambiada y en la actualidad se acepta la ablación de un órgano con fines de trasplante para ser destinado a salvar alguna vida humana no importando su religión o credo.

Dentro de estas agrupaciones humanas se citará a quienes han logrado alcanzar cierta relevancia en el ámbito religioso mundial, así se tiene a los católicos, a los musulmanes y a los testigos de Jehová.⁵²

La Iglesia Católica por muchos siglos mostró un comportamiento silencioso a la realización de los trasplantes, pero actualmente este criterio muestra una apertura. Es así que el Papa Juan Pablo II en su discurso del Primer Congreso Internacional de Reparto de Órganos (20 de junio de 1991) manifestó que: “*Debemos regocijarnos de que la medicina al servicio de la vida haya encontrado en el trasplante de órganos una forma de servir a la familia humana*”⁵³ y recientemente en mayo de año 2001, ratificó su posición y aceptó que la muerte ya no es entendida como el cese de las funciones cardiorrespiratorias, sino como el cese de la función del encéfalo, respaldando esta posición el padre Miguel Manzanera, quien afirma que la voluntad de donar un órgano es una manifestación de generosa

⁵² Agrego Callau, Manfredo. *Comercialización y tráfico de material anatómico*. Ed. Cochabamba, Bolivia, 1994, p. 5

⁵³ Vid. en *Memorias del Simposio Departamental de trasplantes de órganos*, s.Ed., Cochabamba, Bolivia, 1995, p. 79

solidaridad, que se ha convertido en excesivamente solidaria “especialmente elocuente en una sociedad que se ha convertido en una sociedad por demás utilitaria y cada vez menos sensible a la generosidad para con los otros”⁵⁴.

Respecto a los menores de edad, el Instituto de Bioética de la Universidad Católica Boliviana, a través del reverendo Dr. Miguel Manzanera, manifiesta su posición en su separata del año 1995 titulada: “Aspectos éticos, culturales y religiosos del trasplante de órganos y tejidos” de la siguiente manera: “Tan solo podría permitirse, en casos muy excepcionales, con el consentimiento de sus padres, por razones de parentesco íntimo, como sería el trasplante de riñón de un niño sano a su hermano, quien sin el trasplante no podría subsistir”.⁵⁵

En posición nuestra, este es un gran avance de la Iglesia Católica pero con un error, esto es, el referido a que se debe respetar el consentimiento del menor de edad en el caso de que tenga discernimiento para manifestar su voluntad y no se debe delegar el consentimiento a sus padres por el peligro de que puedan manipular o inducir la decisión del dador menor de edad.

La religión musulmana, desde sus orígenes hasta nuestros días, no permite que por ninguna circunstancia se proceda “a toda mutilación o desmembramiento de un cadáver”, llegando inclusive a influir de tal manera en algunos países, que respetan el Islamismo en su ordenamiento legal y que prohibieron la práctica de los trasplantes.

Por otra parte, los testigos de Jehová muestran una conducta mucho más cerrada que las descritas anteriormente, pues se oponen tenazmente a la realización de los trasplantes y más aún, llegan al extremo de prohibir a sus seguidores las transfusiones sanguíneas, aunque éste sea el único medio para salvar su vida.

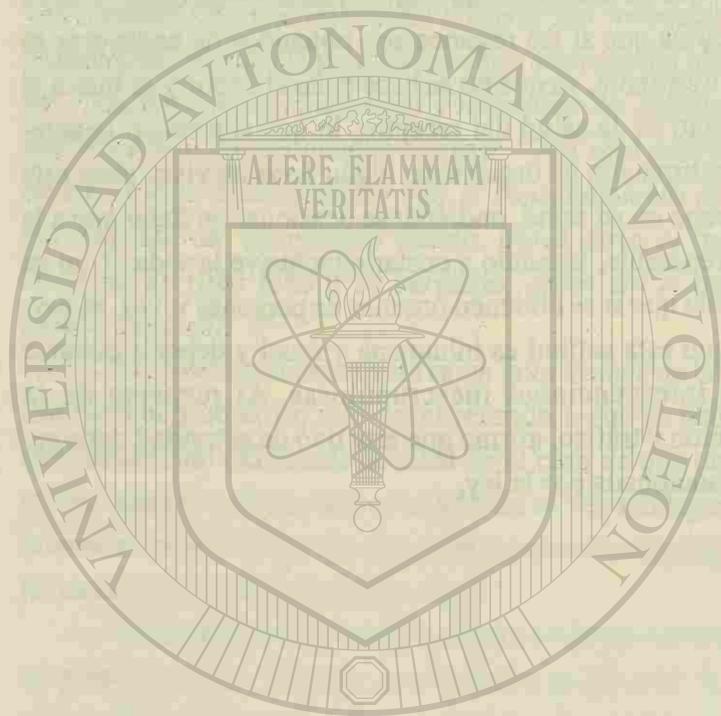
Estas últimas religiones, como se puede apreciar al no aceptar la dación de órganos, lógicamente tampoco permiten la dación por menores de edad.

⁵⁴ *Idem*

⁵⁵ *Ibid*, p. 80

La religión hindú, con adeptos y seguidores en todo el mundo, sostiene una visión favorable para la realización de los trasplantes de órganos humanos, fundamentados en que con su práctica se busca el bienestar de las demás personas necesitadas de esta práctica

Es así que su líder máximo Sant Rajinder Singh manifiesta en una de sus cartas que si los órganos son obtenidos de cadáveres es permitido el trasplante, ya que no se hace daño al dador y se busca el restablecimiento de la salud del receptor, lo que sí critican tajantemente es la extirpación de órganos de algún donante vivo, pues éste sufre menoscabo en su salud, pudiéndose ocasionar un daño que a la larga sería irreparable, llegando a costarle inclusive la vida. Y en su carta manifiesta que si se obtienen órganos de personas vivas, es perjudicial, porque esta actitud es inhumana y cruel y debería evitarse este tipo de intervenciones inescrupulosas. Al respecto de la comercialización y tráfico, afirma que este tipo de actividad debe ser prohibida y sancionada por la ley.



CAPÍTULO V POSICIONES DOCTRINALES

Según varios tratadistas como Sabistón, Dorland, Lender y otros, en la literatura médica el trasplante tiene puntos coincidentes en su conceptualización y es definido como el cambio de un tejido u órgano de un lugar a otro, ya sea procedente de la misma persona o de otra extraña.

Por su parte, Luna define el trasplante como *“el cambio de ubicación espacial de un órgano, hacia otro ser distinto del originario, con la finalidad de mantener las funciones del órgano desplazado, en el organismo del receptor”*⁵⁶.

Para realizar esta práctica es necesario contar con un dador, el cual puede ser vivo o cadavérico y un receptor, el cual, obviamente, tiene que ser vivo. En el caso del dador vivo, que es motivo de nuestro estudio, según Cotton, preferentemente se recurre al consanguíneo, puesto que se mostraron buenos resultados debido a una similitud genética que existe en este caso entre receptor y dador.

Dador o donante, de acuerdo con el artículo 4 de nuestro Reglamento del D.S. 24671 de la Ley 1716 referido a los trasplantes de órganos, *“...es la persona que sin fines de lucro, durante su vida y por su voluntad propia o después de su muerte por decisión de sus parientes, dispone que se extraigan sus órganos, células y tejidos destinados a trasplantes en otros seres humanos para su utilización*

⁵⁶ Silva Silva, Hernán. *Diccionario de términos médico legales*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 1989, p. 224

inmediata o diferida"

Como se puede apreciar, la Ley boliviana hace mención a una "donación" que en opinión de Carlos María Romeo Casabona es una imperfección conceptual. Algunas legislaciones la utilizan por su uso popular en el transcurso del tiempo.⁵⁷

Para Alberto J. Bueres y Julio Rivera, la persona que entrega un órgano es comúnmente llamada *donante*. Esta imperfección técnica no se encuentra en la legislación argentina debido a que no es correcto dentro del campo jurídico "hablar de donante y donatario ni de cedente o cesionario, para referirse a las partes del acto, al no estar de por medio un contrato de donación o cesión de derechos, pues no se encuentra en la categoría del contrato, por cuanto el deber de aquél no es una obligación".⁵⁸

Para María Teresa Bergoglio de Brouwer de Koning, el acto de entregar un órgano propio a otra persona con fines de trasplante: "no configura un contrato, ya que está totalmente desprovisto de la fuerza obligatoria de los mismos y no genera obligaciones en estricto sentido. No corresponde entonces referirse a donación o a cesión ni denominar donante y donatario o cedente y cesionario a los sujetos que otorgan el acto jurídico. Los usos han impuesto, sin embargo los vocablos donación o donante y donatario para referirse a este tipo de actos; la designación más adecuada es la de dador y receptor".⁵⁹

Sin embargo con estas consideraciones técnico-jurídicas, el Instituto de Bioética de la Universidad Católica Boliviana representado por el reverendo Dr. Miguel Manzanera erradamente no se encuentra de acuerdo, debido a que los "términos de dación y dador no son usuales en el lenguaje corriente",⁶⁰ claro está que la dación de órganos humanos está regulada mediante la sistemática y lógica jurídicas donde se tiene que utilizar necesariamente un lenguaje apropiado

⁵⁷ Romeo Casabona, Carlos María. *Los trasplantes de órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996 p. 26

⁵⁸ Rivera, Julio César., *op. cit.*, p. 63

⁵⁹ Bergoglio., *Trasplantes de órganos*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1993, p. 82

⁶⁰ Manzanera, Miguel, *op. cit.*, p. 10

do en la ciencia del derecho y que en más de las veces es necesario analizar las palabras jurídicas para adecuar hechos a la legislación pertinente.

El Dr. Leonardo Pérez Gallardo afirma al respecto que los órganos humanos son "extrapatrimoniales, por lo tanto no hay cesión en la donación de órganos y, por consiguiente, no existe empobrecimiento ni enriquecimiento patrimonial",⁶¹ por lo que "no es técnicamente considerada una donación civil, pues la donación tiene elementos esenciales como ser: a) La atribución patrimonial que produce enriquecimiento en el donatario y empobrecimiento en el donante; b) Intención de beneficiar por parte del donante e intención de recibir la donación por parte del donatario; c) Privación de la cosa en el donante; d) El no poder ser revocada de modo arbitrario por el donante".⁶²

Capitant⁶³ afirma que la donación de manera genérica es un contrato solemne por medio del cual el que realiza esta liberalidad se despropia de un bien sin ninguna contraprestación por la persona que la acepta.

En el campo de los trasplantes, Capitant citando a Machado afirma que es un medio a través del cual la persona que realiza este desprendimiento lo hace para satisfacer necesidades de orden moral y que no tiene precio en el comercio de los hombres. Castán Tabeñas,⁶⁴ por su parte, añade que la comercialidad no se acepta y que la ley y las buenas costumbres se oponen.

Como se puede apreciar, estas opiniones son coincidentes con nuestro ordenamiento jurídico, ya que el artículo 7, inc. 1, del Código Civil dispone que la donación de órganos y tejidos está permitida si no afecta la integridad física del donante ni el orden público y las buenas costumbres.

⁶¹ Gallardo Pérez, Leonardo. *Las donaciones de órganos y tejidos Status Legal*, s. Ed. La Habana, 2001, s.p.

⁶² Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, 4ta. Edición, Volumen I, Ed. Reus, Madrid, 1999, pp. 145-147

⁶³ Morales Guillén, Carlos., citando a Capitant *Derecho Civil*, Ed. Gisbert y Cia.S.A., Bolivia, La Paz, 1991, p. 929

⁶⁴ Castán Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*, separata de legislación y jurisprudencia", Madrid, Reus, jul-ago. 1952, p. 24

En el ámbito de la dación de órganos humanos existe una discrepancia según diversos autores, respecto a si ésta es un acto patrimonial o un acto extrapatrimonial. Para Ana Raquel Nuta es un acto extrapatrimonial "puesto que la donación de cosas es un contrato por el cual se transfiere libre y gratuitamente la propiedad de éstas y sólo pueden ser donadas las cosas que pueden ser vendidas"⁶⁵.

Esta posición en el campo de los trasplantes de órganos no puede ser concebida, pues si utilizaríamos la palabra "donación" según la anterior posición deberíamos de entender que podemos vender un órgano o tejido al mejor postor, soslayando, por consiguiente, el requisito de la gratuidad, por lo que lo correcto es utilizar la palabra dación, y así estaríamos saliendo por completo del campo de los contratos y de sus elementos esenciales, entre éstos la evicción y el saneamiento.

En consecuencia, es incorrecto hablar de donante en el campo de los trasplantes de órganos, al no estar de por medio un contrato de donación o de cesión de derechos; con mucha más propiedad debe aludirse como dador al que realiza este desprendimiento, y receptor al injertado, puesto que el acto de trasplante no es regido por principios fundamentales de los contratos, entre estos, la fuerza obligatoria.

Esta opinión la comparte Yungano, quien considera que este acto es extrapatrimonial y está totalmente desprovisto de la fuerza obligatoria y, por ello, no genera obligaciones en sentido estricto y no puede ser encuadrado en la clasificación de actos gratuitos u onerosos, por tanto, se trata de un acto esencialmente revocable en el que no se puede forzar al dador a la entrega del órgano o material anatómico. Por tal razón, en el presente trabajo tomaremos esta posición y hablaremos de dación, dador y receptor.⁶⁶

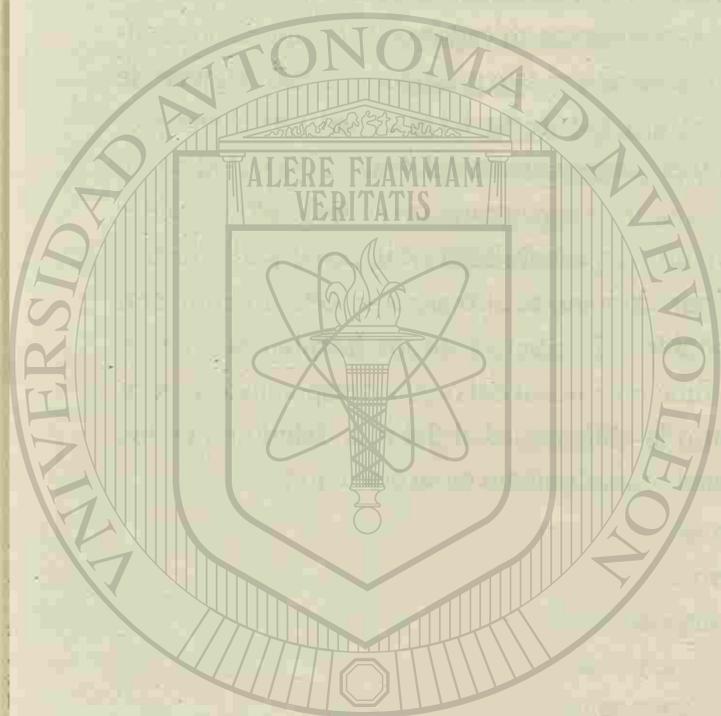
Lo que importa es reconocer que en la dación existan las características de liberalidad, revocabilidad y gratuidad, que proporcione al

⁶⁵ Nuta, Ana Raquel. *Interrogantes jurídicos en torno a los trasplantes de órganos humanos*, Revista *La Ley*, 135, pp. 1478 y ss.

⁶⁶ Yungano, Arturo Ricardo. *Revista La Ley* 21.541 *De trasplantes de órganos humanos*, en *La Ley Doctrina* tomo 76, p. 785

receptor la ventaja de desarrollar una vida normal, que le permita contribuir a la comunidad y además de todo ello, que sólo sea admisible si concurren fines terapéuticos, es decir, cuando sirva sólo para salvar vida del paciente o mejorar su salud.

Como consecuencia de esto no es correcto utilizar el termino de donación. De ser así estaríamos ubicados en el campo de los contratos con todas las exigencias que esto presupone, siendo algunas de ellas la patrimonialidad, al ser el objeto del acto mediante el enriquecimiento del receptor y empobrecimiento del donante, ya que al ser un bien con un valor pecuniario se encontraría sancionado en el artículo 17 de la Ley 1716 con una responsabilidad civil, penal y administrativa. La evicción y el saneamiento es otro aspecto contradictorio con los principios que establece la práctica de los trasplantes pues se podría exigir el buen funcionamiento del órgano trasplantado y en su defecto la devolución o la obligatoriedad del acto debido a que los contratos tienen fuerza de cumplimiento en su ejecución.



CAPÍTULO VI CASOS DE ABLACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN PERSONAS VIVAS MENORES DE EDAD.

En el campo de la medicina se puede constatar situaciones reales en las cuales se tuvo que intervenir quirúrgicamente ablacionando un órgano doble a menores de edad, en edades comprendidas de recién nacidos y púberes con la finalidad de darles una expectativa de vida. A este efecto se les tuvo que extraer un órgano doble, como el riñón enfermo: "dichos pacientes posteriormente a la cirugía tuvieron un desarrollo normal de su vida con el funcionamiento fisiológico de un solo riñón y con éxito del 98% de las intervenciones".⁶⁷

Algunos de estos casos que la literatura médica describe son los referidos a la "agenesia renal" que es la ausencia de riñón, siendo la más frecuente la unilateral. Dicho índice de la patología es de un caso por cada 1,000 nacimientos. Dentro de esta patología los recién nacidos pueden desarrollar una vida totalmente normal debido a que el riñón colateral compensa la función del riñón faltante, "según seguimientos médicos realizados a estos pacientes que nacieron sin un riñón, se puede evidenciar que pueden realizar una vida totalmente normal".⁶⁸

Otro de los casos es el referido al tumor de Wilms, que afecta a menores de 15 años de edad, siendo la edad habitual de diagnóstico las edades de 2 a 3 años. Acompañando a este grupo de patologías

⁶⁷ Kobrinsky y col. Revista AVERY/ FIRST *La práctica de la pediatría*, Ed. Médica Panamericana, Bs. As., Argentina, 1988, pp. 531

⁶⁸ García, M. y Revert, L., *Malformaciones congénitas y enfermedades quísticas renales*, Ed. Doyma, Madrid, 1992, pp. 927

que atacan a menores de edad tenemos también el nefroma mesoblástico benigno. En ambos casos el único tratamiento es la nefrectomía teniendo un éxito de recuperación del 95% mediante la extracción del órgano afectado.⁶⁹

Otro de los casos que se presenta en la lactancia es el nefroma mesoblástico congénito para el que, de igual manera, el único tratamiento es la extirpación del riñón afectado. Pero la historia médico-jurídica muestra casos reales en los cuales se tuvo que realizar trasplantes renales teniendo como dadores menores de edad. "Al respecto los tribunales de Massachusetts admitieron el trasplante de riñón de un menor a su hermano gemelo, fundados en que hubiera sido un impacto nocivo para el hermano dador la muerte de su hermano receptor".⁷⁰

Como se puede observar, estos casos reales presentados en la Medicina pueden demostrar que pacientes de recién nacidos hasta los 15 años de edad, al no contar con un órgano doble, no regenerable, como el riñón, pueden desarrollar posteriormente a la intervención quirúrgica una vida normal y sin complicaciones; entonces, de la misma forma, es lógico que dadores de órganos no vitales menores de edad puedan, después de la extirpación de uno de ellos, realizar una vida normal y sin complicaciones.

Según Zamora, no existe la edad ideal para ser dador potencial pero se toma como parámetro biológico la pubertad. En nuestro medio se puede evidenciar que por la escasez de dadores muertos se acude a los dadores vivos siendo éste un factor limitante y una realidad indiscutible en todos los países del mundo, pero mucho más en los países pobres, con bajo nivel cultural, prejuicios religiosos y tradiciones arraigadas.⁷¹

En el caso de médula ósea y sangre humana, esta práctica se realiza sin ninguna complicación debido a que es un tejido regenerable susceptible de ser extraído en menores de edad para ser trasplantados

⁶⁹ Idem

⁷⁰ Baron, Charles, *Live organs and tissue transplants form minor donor in Massachusetts*, Boston, University Review, 55: 169 - 93, Mr.75

⁷¹ Vid. Infra 3.16

en algún pariente consanguíneo.

Por otra parte, según la posición de la Sociedad Boliviana de Trasplante de Órganos y Tejidos: "Todo ser humano desde que nace hasta que muere puede donar un órgano, siempre que su estado de salud sea perfecto. En otras palabras, más importante que la edad cronológica en sí, tiene la edad biológica y el estado funcional del organismo en su conjunto y del órgano a ser donado en particular".⁷²

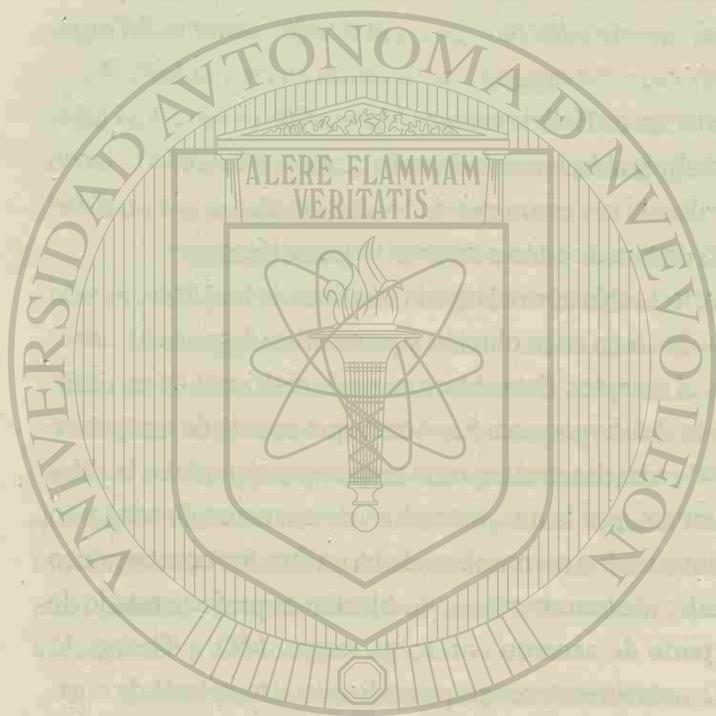
De esta manera en Bolivia también han existido casos en los cuales se tuvieron que realizar ablaciones de órganos en menores de edad, siendo uno de ellos el realizado por una menor de 16 años de edad con la finalidad de constituirse en dadora de riñón a favor de su padre biológico.⁷³

Por otra parte, la ablación del hígado con fines de trasplante ha sido desarrollada con éxito en su evolución y pronóstico después de haber sido injertado en el receptor. Esta ablación puede realizarse de un cadáver o en su defecto de una persona. En el caso que se trate de una persona, la ciencia médica ha desarrollado una técnica consistente en la ablación sólo en un lóbulo, por lo que, tratándose de un menor de edad y en situaciones extremas podría ser trasplantado en un familiar consanguíneo y quedando el dador posteriormente de la ablación en perfecto estado de salud. Por otra parte de acuerdo con Jorge Reyes, MD, y George V. Mazariegos, MD, actualmente se está procediendo al trasplante de hígado para ser implantado en un receptor, posteriormente a esta intervención el dador se recupera favorablemente y hace una vida totalmente normal.⁷⁴

⁷² Vid. Infra (en anexo)

⁷³ Vid. Infra 3.15.5

⁷⁴ Fung John J. MD. PhD, Rakela Jorge. MD *The Surgical Clinics of North America in Paediatric Transplantation*, Ed. Guest, 1999, pp. 163 y ss.



CAPÍTULO VII PROBLEMÁTICA MÉDICO JURÍDICA DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

7.1. Condiciones del donante vivo.

Según la Dra. María del Carmen Neira, existen requisitos que debe cumplir todo dador de órganos y tejidos, para ser considerado como tal.⁷⁵

Estas condiciones para los trasplantes han sido estudiadas y elaboradas a lo largo del desarrollo de esta técnica de la medicina substitutiva por varios especialistas médicos y doctrinarios del área jurídica entre los que se encuentran Romeo Casabona, Bertoldi y Gordillo, entre otros. Todos han coincidido en puntos básicos de respeto al derecho de la decisión voluntaria y de requisitos biológicos que debe contar todo dador vivo, que pueden resumirse en:

- Manifestación espontánea de realizar la dación de algún órgano.
- Capacidad.
- Parentesco consanguíneo.
- Someterse a exámenes para comprobar la compatibilidad o semejanza genética con el receptor.
- Estar en un buen estado físico y psicológico.

La manifestación espontánea es aquella por la que el dador des-

⁷⁵ Neira, María del Carmen, *El trasplante renal*, Ed. Centro médico de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 25

pués de haber recibido toda la información necesaria decide realizar la dación sin presiones de ninguna naturaleza. La capacidad referida a la aptitud legal de realizar actos jurídicamente validos.⁷⁶

El parentesco consanguíneo constituye un elemento importante para el éxito de un trasplante, pues la similitud o la identidad genética es una condición *sine qua non* para que el organismo del receptor pueda aceptar el órgano trasplantado. El buen estado físico y psicológico del dador es otra de las condiciones para proceder a la ablación del órgano, pues de no ser así, se estaría cometiendo una lesión en el organismo del dador.

7.2. Órganos y tejidos que pueden ser objeto de dación.

Pueden ser objeto de dación de órganos y tejidos aquellos cuya extracción no altere la salud del dador de forma permanente y no ponga en peligro su vida. Según Romeo Casabona,⁷⁷ el dador no tiene que ver mermada su capacidad física o psíquica a causa de la dación, ni perder ninguna función importante del organismo. Por esta razón, no pueden ser objeto de dación órganos impares, ni otras partes del cuerpo que produzcan una disminución funcional, pero sí es posible la donación de uno de los órganos pares, que admitan la sustitución funcional del que queda, como también de los tejidos regenerables, como la sangre.

Así, los órganos que pueden ser objeto de dación son: el riñón, la mejor opción terapéutica para pacientes afectados de insuficiencia renal crónica terminal; el hígado, como opción en enfermedades hepáticas agudas fulminantes; la médula ósea, para pacientes afectados con diversos tipos de leucemia, siendo su costo elevado al igual que el trasplante de hígado; el intestino delgado, indicado en pacientes con falla terminal e irreversible de la absorción intestinal, siendo los resultados limitados; el corazón, en los casos de "insuficiencia cardiaca irreversible" cuyos resultados se pueden considerar excelentes pero al ser un órgano vital exige la dación de un dador cadavérico, el que no es motivo de nuestro estudio,

⁷⁶ Vid infra 2.4.3.3

⁷⁷ Romeo Casabona, Carlos María, *Los trasplantes de órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1987, p. 81

"las córneas también con limitaciones, pues es aconsejable tomarlas de dadores cadavéricos; el páncreas, que al contrario del riñón y el hígado no tiene aplicación como alternativa para salvar vidas, sino que está indicado para prevenir y revertir las complicaciones crónicas de la diabetes mellitus".⁷⁸

Gracias al desarrollo alcanzado por la ciencia médica e inmunológica cada vez se suman nuevos órganos a la lista de posibilidades, que según una serie de artículos publicados por la revista alemana *Der Spiegel*, ya alcanza una cantidad de más o menos 29. En primer lugar los tres grandes órganos con mayor frecuencia trasplantados son; el hígado, el corazón y los riñones; posteriormente se encuentran el páncreas y los pulmones, como también el bazo, la médula ósea, los huesecillos del oído medio y el oído interno. De la misma manera están la piel, las articulaciones, los huesos, los cartílagos, los ligamentos, las venas, las venas periféricas, las fibras nerviosas, el pericardio, las mandíbulas inferiores, la duramadre, la fascia lata, el uréter, los órganos dentarios y los ovarios y finalmente, los son casi de técnica corriente; los testículos, el intestino grueso y el delgado, la glándula del timo y las endocrinas, el tejido fetal, las células cerebrales y extremidades como las manos.⁷⁹

7.3. La oportunidad y los riesgos del trasplante.

Según describe Michel Huerta, la oportunidad de los órganos se refiere al momento en que una vez extraídos los órganos o tejidos del cuerpo humano tienen un determinado tiempo fatal antes de que comiencen a darse las transformaciones bioquímicas que descompongan su naturaleza original y, por lo tanto, se hagan inservibles.

Según investigaciones realizadas por Mark Dowie, publicadas en

⁷⁸ Vid. Primer Simposio Departamental de trasplantes de Órganos Cochabamba, *op. cit.* pp. 7-8

⁷⁹ *Der Spiegel, Wer darflieben? Wer mub sterben?*, N° 16-16 abril 1990, Editorial Druckhaus Ahrensburg, Hamburgo, 1990, p. 132 citado por Michel Huerta Manuel, Sánchez Mamani Elisa, *Trasplantes de Órganos Humanos*, Ed. Tupac Katari, Sucre, 1998, p. 15

la revista *Der Spiegel*, un corazón se mantiene cuatro horas refrigerado a cero grados; un riñón se puede conservar de la misma forma de 12 a 18 horas. Estos son términos promedio corrientes, porque existen otros ejemplos descritos en Pittsburg por el Dr. Starlz, el cual mediante una solución adecuada puede mantener los órganos perfectamente durante 24 horas y también el caso del hígado congelado durante 34 horas que el implantó.⁸⁰

Pero básicamente en nuestra opinión, el momento preciso y oportuno de una indicación es aquella en que el receptor necesita realmente un trasplante es aquel en que se agotaron todos los medios médicos posibles para revertir la enfermedad, siendo subsidiario el tratamiento del trasplante a otros tratamientos convencionales y el trasplante constituye una alternativa final para salvar la vida del paciente.

Este es, pues, el momento oportuno para realizar el trasplante y salvar la vida al receptor. Este momento del trasplante la legislación boliviana debería de normarlo, puesto que pueden darse casos en los cuales algunos médicos actúen con negligencia sometiendo al paciente a diálisis innecesarias con la finalidad de cobrar montos económicos, cuando el tratamiento y la disponibilidad de un dador indica el trasplante de órganos, o en caso contrario, cuando todavía existen posibilidades serias de poder controlar una insuficiencia renal en el posible receptor, y el médico solicita un trasplante renal que todavía no es recomendado y donde el posible dador es un menor de edad; es en esta situación que no puede admitirse la ablación de un órgano o tejido, sometiendo innecesariamente a un procedimiento quirúrgico al menor de edad.

Los riesgos que se presentan en el trasplante de órganos son tanto para el dador como para el receptor, pueden presentarse en la operación debido a procedimientos médicos ya sean por negligencia, imprudencia o impericia o riesgos desencadenantes después de la operación.⁸¹ Según la literatura el trasplante más riesgoso es el de hígado, pues tal como describe Dowie, las funciones del hígado no pueden ser reemplazadas artificialmente pues sería necesaria una instalación química del tamaño de una cancha de fútbol, y aun un hígado fuertemente dañado todavía cumple

⁸⁰ Michel Huerta, *op. cit.* p 15

⁸¹ *Ibid*, p 18

sus funciones de transformación de sustancias y las hemostáticas mejor que cualquier máquina o que todos los medicamentos disponibles.⁸²

Este órgano impar considerado poco regenerable puede ser susceptible de trasplante extrayendo solo un lóbulo, el cual podrá cumplir todas las funciones como si fuera un órgano completo, por lo que actualmente puede ser objeto de dación por parte de personas vivas y lógicamente entraría a ser estudiada, en el caso de tratarse de menores de edad como dadores de este órgano. Los órganos menos riesgosos en relación con el hígado según Michel Huerta son el riñón, el corazón y los pulmones.⁸³

Los riesgos post-operatorios a que se someten tanto el dador como el receptor son aquellos derivados de posibles complicaciones derivadas de posibles procesos infecciosos y de posibles actos médicos productos de negligencia, imprudencia o impericia, que desde luego, son los menos.

En cuanto al receptor, éste se encuentra sometido a otro tipo más de riesgo, esto es el rechazo del órgano implantado, debido a que normalmente el organismo humano, una vez que detecta un elemento extraño a su estructura genética trata de rechazarlo mediante su mecanismo de defensa; para evitar esta situación, la tecnología médica ha desarrollado ciertos fármacos para evitar el rechazo, utilizando inmunosupresores que tienen la tarea de disminuir ese riesgo, bajando las defensas del receptor; de esta manera, el riesgo al rechazo será mínimo, en tanto el éxito del trasplante será mayor.

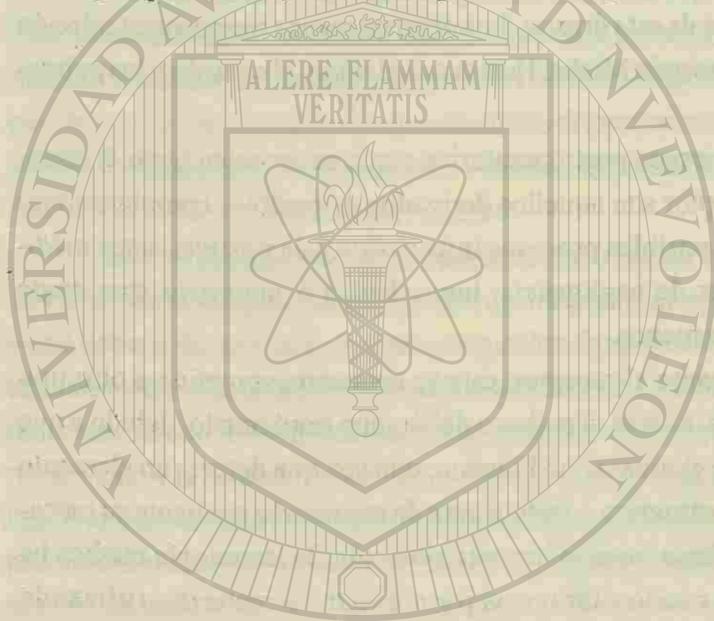
Esta situación de disminuir las defensas para evitar o minimizar el rechazo del órgano implantado conlleva otro tipo de riesgos, que son la desprotección que adquiere el receptor de ser susceptible de contraer diversas enfermedades fácilmente combatidas y controlados en situaciones normales, las que no son las mismas en la condición de trasplantado, por lo que el médico tratante deberá informar ampliamente de este tipo de situaciones al receptor como al dador.⁸⁴

⁸² DOWIE Marck Die Leber ist drauBen. En *Der Spiegel* N° 18 Ed. Druckhaus Ahrensburg, Hamburgo 30 de abril 1990 p 264

⁸³ Michel Huerta Manuel *op. cit.* p.18

⁸⁴ *Ibid*, pp. 18-19

Esta situación la prevé la Ley de Trasplantes de Órganos, Células y Tejidos al establecer en su artículo 9 que: "Tanto el donante vivo como el receptor deberán ser ampliamente informados de las características de la operación. En caso de no existir oposición respecto a la intervención quirúrgica a llevarse a cabo, deberá consignarse este acuerdo en documento firmado por las partes interesadas. Si hubiera impedimento físico del receptor para firmar, lo hará su representante legal".



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO VIII ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO Y CAPACIDAD PARA REALIZARLOS: LA CARA JURÍDICA DE LOS TRASPLANTES.

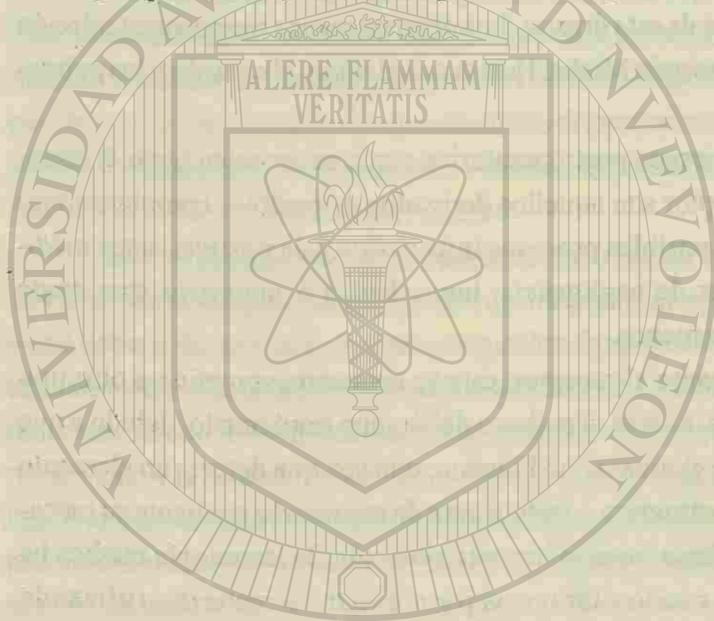
8.1. Actos de disposición sobre el propio cuerpo.

Al carecer nuestro ordenamiento jurídico de una disposición que señale la edad a partir de la cual un menor puede ser dador de órganos y tejidos, es cuestionable deducir a qué edad éste puede tomar una decisión para la ablación de algún órgano. En nuestro país se alcanzaba la mayoría de edad a los 21 años, actualmente es a los 18 años, pero antes de esa edad se reconoce ya capacidad para ejercitar ciertos derechos. Así, los 18 años para la edad laboral, 18 años para el ejercicio de la ciudadanía, 18 años para tener la capacidad procesal ante la jurisdicción contencioso-tributaria, 16 años de edad para el varón y 14 años por la mujer a fin de contraer matrimonio, 16 años para ser imputable penalmente, 18 años para donar sangre y 16 años para poder testar.

Según Cifuentes, en la legislación argentina se adquiere la mayoría de edad a los 21 años, pero se adquiere la capacidad para ser dador de órganos a los 18 años, "porque a esa edad una persona puede testar y disponer así la ablación de algún órgano".⁸⁵ Al tomar como referencia esa lógica, en la legislación boliviana deberíamos poder ser dadores de órganos a los 16 años, porque a esa edad podemos disponer de bienes por testamento.

⁸⁵ Cifuentes Santos, Estudio jurídico sobre trasplantes de órganos humanos, Revista "La Ley", s. ed. s. Ed., Bs.As., 1995, p. 839

Esta situación la prevé la Ley de Trasplantes de Órganos, Células y Tejidos al establecer en su artículo 9 que: "Tanto el donante vivo como el receptor deberán ser ampliamente informados de las características de la operación. En caso de no existir oposición respecto a la intervención quirúrgica a llevarse a cabo, deberá consignarse este acuerdo en documento firmado por las partes interesadas. Si hubiera impedimento físico del receptor para firmar, lo hará su representante legal".



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO VIII ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO Y CAPACIDAD PARA REALIZARLOS: LA CARA JURÍDICA DE LOS TRASPLANTES.

8.1. Actos de disposición sobre el propio cuerpo.

Al carecer nuestro ordenamiento jurídico de una disposición que señale la edad a partir de la cual un menor puede ser dador de órganos y tejidos, es cuestionable deducir a qué edad éste puede tomar una decisión para la ablación de algún órgano. En nuestro país se alcanzaba la mayoría de edad a los 21 años, actualmente es a los 18 años, pero antes de esa edad se reconoce ya capacidad para ejercitar ciertos derechos. Así, los 18 años para la edad laboral, 18 años para el ejercicio de la ciudadanía, 18 años para tener la capacidad procesal ante la jurisdicción contencioso-tributaria, 16 años de edad para el varón y 14 años por la mujer a fin de contraer matrimonio, 16 años para ser imputable penalmente, 18 años para donar sangre y 16 años para poder testar.

Según Cifuentes, en la legislación argentina se adquiere la mayoría de edad a los 21 años, pero se adquiere la capacidad para ser dador de órganos a los 18 años, "porque a esa edad una persona puede testar y disponer así la ablación de algún órgano".⁸⁵ Al tomar como referencia esa lógica, en la legislación boliviana deberíamos poder ser dadores de órganos a los 16 años, porque a esa edad podemos disponer de bienes por testamento.

⁸⁵ Cifuentes Santos, Estudio jurídico sobre trasplantes de órganos humanos, Revista "La Ley", s. ed. s. Ed., Bs.As., 1995, p. 839

Para no pocos tratadistas, "esta controversia tiene que resolverse en favor de la edad en que las personas alcanzan por término medio su madurez, y la ley se inclinará por una edad fija, aplicable a todo tipo de daciones".⁸⁶

8.2. Criterios doctrinales.

Para algunos doctrinarios como Bubnoff, "no debe aceptarse propuestas doctrinales que consideran suficiente valorar en cada caso la madurez del que realiza la liberalidad para ser dador".⁸⁷ La edad idónea según Cifuentes, debería ser la dispuesta para poder disponer de bienes en testamento, que en la legislación boliviana es de 16 años de edad, de acuerdo con el artículo 1119 del Código Civil.

Romeo comenta al respecto que, "para el caso de menores de edad, no puede ser admisible que los padres o representantes legales puedan decidir sobre la integridad corporal de sus hijos, referida a la dación de órganos".⁸⁸ El mismo autor dice que es admisible, excepcionalmente, la dación por parte de menores, previo examen psicológico, cuando el receptor sea un hermano, hermana o padres, debiendo agotarse previamente todos los medios y fuentes de obtención de órganos provenientes de cadáveres y adultos vivos, como condición para esta decisión.

Bergoglio, al respecto de la dación, comenta que el derecho debe ajustarse a una realidad de los hechos humanos y esta realidad nos muestra que el hombre dispone a diario libremente sobre una serie de actos que tienen que ver con su ámbito corpóreo.⁸⁹

En esa disponibilidad sobre el cuerpo, se incluyen actos como la cirugía en general, la autolesión, la inseminación artificial, la esterilización o la fecundación extracorporal. Las convenciones en las

⁸⁶ Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 78

⁸⁷ Buanoff, *Rechtsfragen zur homologuen organtransplantation aus der sicht der.*, citado por Casabona *op. cit.*, p. 80

⁸⁸ Romeo Casabona, Carlos María *op. cit.* p.81

⁸⁹ Bergoglio *op. cit.*, p. 17

cuales la finalidad es represiva o pretende hacer sufrir al cuerpo son consideradas nulas, admitiendo implícitamente las convenciones que se hacen sobre el propio cuerpo con fines terapéuticos y aquellas con las cuales se pretenda mejorar la salud y prolongar la vida.⁹⁰

Cifuentes,⁹¹ al respecto de lesiones ocasionadas al propio cuerpo sin ningún fin loable ni motivo religioso, afirma que nadie tiene derecho a maltratar su cuerpo. Orgaz, citado por Bergoglio, sostiene que "el hombre tiene la facultad de disponer físicamente de su cuerpo aun con el fin de automutilarse".⁹² Esta afirmación no es válida en nuestro ordenamiento puesto que, el artículo 275 del Código Penal prohíbe el daño al propio cuerpo, al cometerlo, además este acto atentaría contra las buenas costumbres y la moral prescritas en el artículo 7, inc. 1 del Código Civil.

Para Bergoglio, el derecho de disponer del propio cuerpo es un derecho personal, libre y voluntario, con ciertas restricciones que impongan las leyes, la moral y las buenas costumbres, fundamentando que "si bien existe un derecho a la vida, existe un deber de conservarla y ayudar a la conservación de los demás, este derecho de disposición corporal debe reconocerse como auténtico e independiente derecho de la personalidad".⁹³

La disposición del cuerpo puede ser realizada en beneficio propio o en beneficio de terceras personas. En el primer caso, se refiere a situaciones en que el fin es la recuperación y el mejoramiento de su salud; en el segundo, se refiere a la ablación de órganos con fines de trasplante, cuando a falta de dadores cadavéricos, es necesario recurrir a órganos tomados de personas vivas y "por razones genéticas y de mayor receptibilidad que permitan el éxito de la realización de los trasplantes es aconsejable recurrir a dadores consanguíneos, evitando así el rechazo de éstos".⁹⁴

⁹⁰ Idem

⁹¹ Cifuentes, Santos, *Los Derechos de la Personalidad*, Ed. Lerner, Bs. As., 1974, p.240

⁹² Bergoglio *op. cit.*, p. 17

⁹³ Bergoglio, *op. cit.*, pp. 20-25

⁹⁴ Sabistón, David, *op. cit.*, p. 15

Es por esta razón que existe mayor esperanza de salvar la vida y mejorar la salud de un enfermo si es que el único donante posible es un menor de edad hijo o hermano del afectado.

8.3. Capacidad de realizar actos de disposición sobre el propio cuerpo.

Uno de los problemas, dentro de la extracción de órganos en vida, para trasplantes, es el estudio de la capacidad requerida para consentir su extirpación. Nuestra legislación dispone en el artículo 7, inc. 1 del Código Civil, las condiciones en las cuales se tiene que realizar esta práctica, de la siguiente manera:

"I. Los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo están prohibidos cuando debiendo ejecutarse en vida del donante, pueden ocasionar una lesión grave y definitiva a su integridad física o son de otra manera contrarios al orden público o a las buenas costumbres. II. En la donación de órganos que se va a trasplantar en vida del donante, serán necesarias, para la ejecución quirúrgica, el informe previo y el control por una comisión que designará el Colegio Médico. III. Una persona puede revocar siempre los actos de disposición sobre su propio cuerpo."

La Ley de Trasplantes de Órganos, promulgada en noviembre de 1996, en su artículo 6 señala que podrán ser donadores potenciales los mayores de 21 años, norma que se relacionaba con el artículo 4 del Código Civil que señalaba la mayoría de edad y la capacidad de obrar a los 21 años de edad, y actualmente de acuerdo con la Ley N° 2089 del 5 de mayo del año 2000, su artículo primero establece los 18 años, edad en la que una persona adquiere la mayoría de edad.

Esta capacidad a la que se hace mención es variable de legislación en legislación, como ya se vio en páginas precedentes, pero además de la edad en la cual una persona es considerada capaz, ésta tiene que ir estrechamente vinculada con el consentimiento, lo que "implica la necesidad de una información completa y fehaciente de

todo lo relativo a la extracción y el trasplante",⁹⁵ además de la edad que es necesario mencionar, pues sirve para determinar la capacidad de las personas, "pero en realidad se trata de una ficción derivada de las dificultades que originaría la determinación del grado de capacidad en cada caso concreto".⁹⁶

8.4. Capacidad. Un atributo de la persona.

Según Ossorio, la capacidad es "el poder realizar actos con eficacia jurídica. Esta capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos o relativa, cuando consiente realizar algunos de ellos y no otros".⁹⁷

La incapacidad, entonces surge expresamente de la ley, puesto que si en cada caso concreto tendría que examinarse la existencia de atributos a base de los cuales la ley concede la capacidad, "nunca podría saberse a ciencia cierta cuándo una persona habría podido válidamente celebrar un acto jurídico o cuando no la hubiera podido hacer, es por esto que la capacidad descansa en normas imperativas".⁹⁸

Según Orgaz, el discernimiento tiene una estrecha relación con la capacidad y la acompaña en su evolución, pero siempre respaldado en la ley, "así si el menor incapaz es precoz y tiene discernimiento, la incapacidad le será atribuida dentro de las normas legales existentes".⁹⁹

El Código Civil argentino define en el artículo 921, el discernimiento como la aptitud de razonar, la intención y el propósito de celebrar un acto con libertad, la misma que se adquiere a los 14 años de edad, siendo considerados actos voluntarios los realizados a partir de esa edad, teniendo como elementos la intención, la libertad, y la exteriorización. "La intención es el acto realizado espontáneamente

⁹⁵ Casabona, *op. cit.*, p. 78

⁹⁶ Ossorio Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas*, 21ª ed., Ed. Heliastia, Bs.As. 1994, p. 367

⁹⁷ *Ibid.*, p.152

⁹⁸ OMEBA, *Enciclopedia jurídica*, tomo II, Editorial Dristkill S.A., Bs. As. 1998, p. 601

⁹⁹ *Ibid.*, p. 604

sin error ni ignorancia, la libertad es referida a aquellos actos celebrados sin fuerza ni intimidación y el hecho exterior aquello que trasciende en el mundo jurídico".¹⁰⁰ La legislación boliviana no presenta esta figura jurídica de discernimiento, la cual ayudaría mucho tratándose de la decisión de donar algún órgano o tejido por menores de edad.

8.5. Capacidad y edad.

Dentro de la normativa jurídica mundial existen distintos sistemas en los cuales se da la posibilidad de obrar con mayor o menor amplitud, de acuerdo con la edad que se tenga y la facultad que se le reconoce a la persona en cada una de las edades.

Así, tenemos los sistemas descritos por De Castro.¹⁰¹ En un primer sistema se señala una edad básica en la cual se adquiere una total independencia jurídica pudiendo realizar todos los actos jurídicos sin distinción ni limitación alguna. Un segundo sistema, opuesto al anterior, determina una pluralidad de edades señalando una edad específica para cada caso jurídico en particular. Un tercer sistema, que predomina en la legislaciones contemporáneas, se fija una edad básica, siendo ésta la mayoría de edad, por la cual la personas tienen una capacidad plena, haciendo una distinción esencial entre mayores y menores de edad, pero paralelamente a esto, existen edades antes y después de la mayoría de edad, donde se dan determinadas capacidades para ciertos actos jurídicos y políticos.

Estos caracteres y sistemas han hecho que la consideración de la edad haya sido muy distinta en las diversas épocas de la historia del derecho. Así, tenemos que en el derecho romano se hacía una distinción entre púberes o impúberes, sobre la base de una inspección física de los varones, los cuales alcanzaban esta condición entre los 14 y 16 años; mediante una inspección física otorgándoles la toga virilis. En cuanto a las mujeres, eran consideradas capaces, especialmente para el matrimonio, a los 12 años. Hacia fines de la República

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ *Ibid.*, tomo IX, p. 610

se encuentran algunos casos que señalan los 14 años para la mayoría de edad. La escuela de los proculyanos sostienen esta posición, mientras que los sabinianos siguen sosteniendo la madurez sexual para determinar cuándo una persona es considerada mayor de edad, debido a que con esta madurez se alcanzaba también la madurez mental.

Por su parte, Justiniano fijó la capacidad plena en los 14 años para el hombre y 12 para la mujer y en el año 200 a. de C., se impuso la mayoría de edad a los 25 años.

"El derecho contemporáneo se caracteriza por establecer una edad básica que separa la vida humana en dos periodos fundamentales: el de la mayoría de edad, en la cual se adquiere la capacidad plena y absoluta y la minoría de edad, en la cual uno tiene sólo una capacidad de goce relativa donde sólo pueden realizarse determinados actos jurídicos".¹⁰²

En el antiguo derecho español y en el Fuero Juzgo se encuentran dos edades; la de los 14 años en la cual una persona es púber y los 25 años para la restitución en familia de los menores.

En la época contemporánea se distinguen algunas variantes por ejemplo en Austria la mayoría de edad se fijaba en 24 años, en Holanda y España a los 23, en Chile a los 25, en Argentina a los 22. Por otra parte en Alemania en 1946 se fijaban tres edades; hasta los 7 años, donde las personas eran totalmente incapaces aun para los actos benéficos, los mayores de 7 años y menores de 21 que tienen una capacidad de obrar limitada, y los 21 años cumplidos, adquiriendo la capacidad absoluta.

En Bolivia la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años de edad, posteriormente desde el año 2000 esta capacidad se adquiere a los 18 años de edad, aunque existen otras capacidades como la capacidad de disponer en testamento a partir de los 16 años, la imputabilidad penal a partir de los 16 años, entre otras.

Como puede apreciarse, si bien la edad sirve para determinar la capacidad de las personas, sólo "se trata de una ficción derivada de

¹⁰² OMEBA, *op. cit.*, pp. 611 y ss

las dificultades que originaría la determinación del grado de capacidad en cada caso concreto",¹⁰³ pues ésta se trata de algo arbitrario y variable que se establece mediante criterios no convencionales. Actualmente el criterio que más se difunde y que está prevaleciendo en la mayoría de los países americanos y europeos es la edad de 18 años, situación que podría cambiar de acuerdo con nuevos criterios manejados por el avance social y de la ciencia del derecho.

8.6. Capacidad de realizar actos de disposición en la legislación nacional y comparada.

Según la *Enciclopedia Jurídica Omeba*,¹⁰⁴ al haber dividido el derecho contemporáneo la vida humana en dos períodos, la mayoría y la minoría de edad, vemos que las edades de 21 y 18 años son las más difundidas actualmente para alcanzar la mayoría de edad y tener la capacidad de realizar actos con eficacia jurídica.

La incapacidad ha de surgir, entonces, expresamente de la ley; en caso contrario, se tendría que examinar la existencia de los atributos a base de los cuales la ley concede la capacidad, y nunca podría saberse a ciencia cierta cuándo una persona habría podido validamente celebrar un acto jurídico o cuándo no lo hubiera podido. Por esta razón, la capacidad descansa necesariamente en normas imperativas.

Por otro lado, Rivera afirma que la capacidad es una pura creación de la ley y que está estrechamente vinculada con el fenómeno del discernimiento,¹⁰⁵ el que de acuerdo con el Código Civil argentino en su artículo 921, se adquiere a los 14 años de edad. Así, aunque el menor tenga una maduración precoz, la incapacidad le será atribuida dentro de las normas legales y la incapacidad de derecho es siempre relativa y afecta un número determinado de actos jurídicos.

El artículo 5 del Código Civil boliviano establece que las personas con incapacidad de hecho son los menores de edad y los inter-

¹⁰³ Ossorio, Manuel, *op. cit.*, p. 367

¹⁰⁴ OMEBA, Tomo N° IX *op. cit.*, p. 612

¹⁰⁵ Rivera, Julio Cesar Casal, Patricia, *Derecho civil, Parte General*, Temas, Ed. Abeledo Perrot, Argentina Bs. As. 1987, p. 25

dictos declarados, los cuales no pueden realizar actos de disposición. De la misma forma, el Código de Familia, en su artículo 365, determina que los menores emancipados no pueden realizar actos de disposición sin observar las formalidades prescritas en las normas. Contrariamente, el Código Civil en su artículo 1119 párrafo 1, dispone que los mayores de 16 años de edad pueden testar y así, el artículo 1112 del mismo cuerpo legal, les faculta disponer de sus bienes patrimoniales y bienes no patrimoniales. Países como Uruguay (artículo 280. C.C.), Perú (artículo 8 C.C.), Venezuela (artículo 419 C.C.) y otros países, como Colombia (artículo 34 C.C.); Chile, Rusia (artículo 7 de C.C.), Yugoslavia, Polonia y Egipto fijan la edad de 18 años para la disposición de bienes, Cuba igual en su artículo 29, como también en Bolivia de acuerdo con la Ley 2089 del 5 de mayo del 2000 dispone los 18 años para la mayoría de edad.

8.7. Problemática jurídica de los trasplantes en los menores de edad

La doctrina contemporánea ha estudiado la problemática de la ablación de órganos efectuadas a menores de edad, aceptando que pueda plantearse la necesidad de tomar un órgano de una persona menor de edad que la ley pueda autorizar dicha ablación pero a falta de esta autorización legal, ¿podrá ser sustituida la capacidad de decisión del menor por sus padres o sus representantes legales?

Para Romeo Casabona,¹⁰⁶ no es admisible que los padres puedan decidir sobre la integridad corporal de sus hijos respecto a la dación de órganos, pero sí podría admitirse excepcionalmente esta decisión, cuando el menor sea el único dador genéticamente posible, pero con la condición de que el receptor sea su padre, hermano o hermana, quedando siempre la posibilidad de no realizar la ablación, por decisión del menor, que deberá ser respetada.

¹⁰⁶ ROMEO, *op. cit.*, p. 78

8.8. Minoría de edad y capacidad.

Según la *Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana*, el menor de edad es "el hijo de familia o pupilo que no ha llegado a la mayoría de edad", pero cabe preguntarse ¿desde cuándo se considera a una persona mayor de edad? De acuerdo con la doctrina, la distinción para determinar la mayoría de edad no admite una regla fija e incide en su apreciación una serie de factores, dependiendo del enfoque con el que se realice y por esta razón existen diferentes criterios con razones de orden jurídico, social, político y económico. En la concepción jurídico-positiva el límite de la minoría ideal está fijado por la ley, en la que, según la *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, existen etapas o grados incidentes.¹⁰⁷

En el derecho romano se distingue dos clases de menores: los púberes y los impúberes, siendo los primeros los *infans*, que comprende a los menores desde el nacimiento hasta los siete años; los segundos, los impúberes infantiles mayores, comprendidos desde los siete años, hasta los 14 años, a quienes se les atribuyen la realización de ciertos actos, pero únicamente los que son ventajosos para ellos y no los perjudiciales.¹⁰⁸

La edad tiene una estrecha relación con la capacidad de obrar que tiene una persona, pues de acuerdo con ella, se diferencia la mayoría y la minoridad.

La edad, es "el tiempo de existencia de una persona a partir de su nacimiento". Para De Castro, es una condición jurídica general que atañe a una persona y a la vez es la más impersonal y abstracta.¹⁰⁹

Por esta razón es que la edad, como requisito para realizar válidamente algunos actos jurídicos, ha sido distinta en diversas épocas de la historia del derecho.

La *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, por su parte, citando a Orgaz, sostiene que la edad habla muy poco sobre la verdadera aptitud de la persona. Es por esto que tiene que determinarse, caso por caso, la capacidad de

¹⁰⁷ OMEBA Tomo IX op. cit., pp. 619-614

¹⁰⁸ Idem

¹⁰⁹ Idem

ésta, prescindiéndose de la edad, fijada en cierto número de años de vida, como elemento determinante de la capacidad de obrar, cobrando especial significado jurídico otras consideraciones, como la pubertad, la aptitud de la vida independiente, el desarrollo de la inteligencia y el discernimiento.

8.9. Menor de edad y trasplante de órganos: perspectiva normativa y doctrinaria.

Para Norrie,¹¹⁰ existe un problema principal y es que los dadores manifiesten su consentimiento en forma escrita; del mismo modo, Cotton y Sandler admiten este tipo de consentimiento, que se hace válido una vez que se revela el tipo de riesgo a que se ha expuesto y los beneficios a que estará sometido.¹¹¹

Por esta razón la mayoría de las legislaciones han adaptado el consentimiento de la dación de órganos en forma expresa y disponen que los dadores tengan la capacidad absoluta,¹¹² además de un pleno uso de sus facultades mentales, y, por consiguiente, prohíben que discapacitados y menores de edad sean dadores de órganos. Sharpe, por su parte, no coincide con esta prohibición; para él "puede ser demasiado severo este impedimento pues no alivia la problemática actual de la escasez de órganos y las limitaciones de la donación deben ser más flexibles a fin de satisfacer la necesidad de órganos de tamaño aproximado al de sus órganos dañados tal como es el caso de los lactantes y los niños".¹¹³

Por su parte, Romeo Casabona, en su obra *Los Trasplantes de Órganos* da una solución para el caso de menores de edad y manifiesta

¹¹⁰ Norrie K. Mick. Human tissue transplants: Legal liability in different jurisdictions. *International and Comparative Law Quarterly*, 34 (3) 1985, p.442

¹¹¹ Cotton, R. S. y Sandler A.L., The regulation of organ procurement and transplantation in the US. *J. Leg. Med.*, 7(1): 1986, p. 55

¹¹² Fuenzalida, Hernán L., *Boletín de la oficina Sanitaria Panamericana*, Mayo, Junio, Vol 108, N° 5-6, BIOÉTICA, "Trasplantes de órganos. La respuesta legislativa de América Latina, Estados Unidos de América, Washinton, DC, 1996, pp. 445 y ss

¹¹³ Sharpe G, *Comineice in Issue anal organs. Health lan in Canada*, Ed. 1998 p. 44

que "este impedimento puede ser sustituido por el consentimiento de sus padres o tutores una vez que se hubieran agotado otras fuentes de obtención de órganos como ser el de cadáveres o donadores adultos".¹¹⁴

La normatividad existente en los países que tienen el sistema romanista en cuanto a la minoridad se refiere a que la capacidad de los menores para permitirles donar algún órgano, está restringida a la edad que alcanzan de acuerdo con las normas vigentes en cada país.

"Así se ha visto que esta restricción es debida a la protección que se da al menor por tener un carácter tuitivo, de contenido proteccionista a la integridad física, al desamparo, y a la orfandad".¹¹⁵

El derogado Código Boliviano del Menor, en su artículo 26, establecía la prohibición de la dación de órganos por personas vivas menores de edad. En la realidad esa prohibición restringe la voluntad del menor cuando es el único dador posible por una afinidad genética de consanguinidad; así, esta norma priva al menor de realizar este desprendimiento en favor de su padre, hermano o hermana que necesita de esta dación para poder salvar su vida y poder reinsertarse activamente a la sociedad. Esta protección física que instituye la normatividad vigente, no garantiza una protección psicológica que puede ser muy nociva para el menor al encontrarse imposibilitado de salvar la vida de uno de sus familiares. Por su parte el actual Código del Niño, la Niña y Adolescentes no hace mención a ninguna situación referente a la dación de órganos humanos.

La ley francesa 76-1181, acepta la dación de un menor de edad con la exigencia de que éste sea hermano o hermana del receptor. La ley italiana N° 91 del 1° de abril del 1999, en su artículo 5, referente a la dación de órganos, también acepta la dación de menores con la misma exigencia.

Entre las sentencias dictadas por tribunales existen algunas relevantes, referidas a casos de menores de edad donadores de órganos. Las podemos encontrar en los países del *Common Law*. Una de

¹¹⁴ Casabona, *op. cit.*, p. 79

¹¹⁵ OMEBA, Tomo XIX, *op. cit.*, p. 573

ellas, es el caso Hart vs. Brown (Connecticut, 1972) en el cual un niño menor de 8 años requería un trasplante de riñón y el único posible dador era su gemelo idéntico. Los padres solicitaron a las Cortes la autorización para el trasplante; se solicitó un examen de un médico psiquiatra, quien informó que el éxito de la intervención resultaría beneficiosa para el hermano dador, puesto que el impacto psicológico de que el hermano muriese por falta de la intervención sería nocivo para el hermano gemelo donador. La Corte, aparte del informe psicológico, solicitó la opinión de un clérigo que sostuvo que la decisión de los padres era moralmente sana, concediendo en consecuencia la autorización para el trasplante. Otra situación similar fue la planteada en Kentucky, en 1969, en el caso Strunk, vs. Strunk en el cual el enfermo de 28 años de edad necesitaba un trasplante renal y el único donador posible era su hermano, discapacitado mental de 27 años de edad, pero cronológicamente con un coeficiente mental propio de un niño de 6 años. "La madre solicitó la autorización para la intervención y la Corte la concedió fundamentándose en el dictamen psiquiátrico que aconsejó la donación, puesto que estimó que la vida del hermano enfermo era muy importante para el bienestar del discapacitado mental y así evitar sentimientos de culpa en éste, si el hermano moría sin haberse efectuado el trasplante".¹¹⁶

8.10. Requisitos jurídicos que debe cumplir el dador.

8.10.1. Capacidad.

Existen requisitos necesarios que se deben considerar en la dación de órganos y tejidos, entre los cuales está la capacidad absoluta de obrar que nuestra legislación reconoce a partir de los 18 años cumplidos, por la cual la persona puede, por sí o por su representante, actuar válidamente en la vida jurídica.

El Código Civil se refiere a la capacidad de testar, en el artículo 1119 inc. 1, el cual dispone que son incapaces para testar los

¹¹⁶ Vid. *Infra* 3.15.2

menores que no hayan cumplido los 16 años de edad, otorgando de esta manera, a aquellas personas que cumplieron los 16 años de edad, capacidad para disponer de sus bienes, en previsión de su propia muerte.

La legislación argentina, en el artículo 3614 del Código Civil, reconoce a los mayores de 18 años la capacidad para testar. Cifuentes comenta al respecto, que con esta capacidad de testar coincide la Ley 21541, en su artículo 13, que dispone la dación de órganos o materiales anatómicos del propio cuerpo para fines de injerto y que, al respecto, si bien la capacidad plena se adquiere a los 21 años (artículo 128 C.C.) "la norma ha querido significar pues, que para ser dador de partes del cuerpo esta capacidad se la adquiere a los 18 años, modificando la regla común de la capacidad".¹¹⁷

Se puede observar aquí cómo la legislación argentina sobre trasplantes encuadra lógica, coherente y sistemáticamente en su ordenamiento civil, pues permite que, a los 18 años, el testador pueda disponer de sus bienes para después de su muerte y lógicamente, permite, también, disponer de órganos y materiales anatómicos en vida del dador.

Si este mismo criterio se aplicara en la legislación boliviana habría que permitir la dación de órganos por menores de edad a partir de los 16 años debido a que con esa edad el artículo 1119 del Código Civil relaciona la capacidad de testar.

Por otro lado, no hay que descuidar la conjunción de la capacidad jurídica con la de poder entender y aceptar, con la madurez necesaria, los riesgos derivados y los efectos de la ausencia futura de algún órgano. Así, hasta hace poco, este punto se debatía en los EE.UU. y era mayoritaria la oposición de que el menor de edad no podía consentir válidamente la ablación de algún órgano y se hacía hincapié en que, aun cuando tuviera suficiente discernimiento e intención, debían sus padres dar el consentimiento del caso. "Al respecto los tribunales de Massachusetts, admitieron el trasplante de riñón de un

¹¹⁷ Cifuentes op. cit., p. 845

menor a su hermano gemelo fundados en que hubiera sido un impacto nocivo para el hermano dador la muerte de su hermano receptor".¹¹⁸

8.10.2. Consentimiento.

El consentimiento es otro requisito indispensable, que conlleva una relación estricta con la capacidad de obrar e implica la "necesidad de una información completa y fehaciente de todo lo relativo en la extracción del órgano dado el cual debe ser manifestado en forma libre".¹¹⁹ Esto quiere decir que la voluntad no tiene que estar viciada y el dador, antes de manifestar su consentimiento, debe ser informado de todos los posibles riesgos y complicaciones que pueden suscitarse en el transcurso y desarrollo de su vida posterior a la extirpación de algún órgano.

Según la doctrina de los tratadistas, el consentimiento en la dación no es un acto unilateral, sino esencialmente bilateral; así, la voluntad debe ser emitida y comunicada por una parte a la otra de modo que las dos voluntades se integren recíprocamente. Por esto, en la dación de órganos, tanto el dador como el receptor tienen que manifestar su acuerdo de dar y recibir respectivamente el órgano o tejido que será implantado. "Así este consentimiento se expresa por una declaración externa que es lo que regula el precepto y que manifiesta el acto interno de voluntad mediante formas libres y formas solemnes".¹²⁰

Las formas libres a que se hace referencia es que deben ser totalmente espontáneas, sin presiones ni condicionamientos ajenos. Así lo manifiesta Casabona y añade que esta libertad supone que la decisión de ser dador de órganos es revocable hasta el mismo momento de la ablación de éstos.¹²¹

Esto quiere decir que si el dador desiste de su propósito y manifiesta su voluntad de no realizar la dación de un órgano aun cuando se encuentre ya en el quirófano, el receptor carecerá de derecho alguno

¹¹⁸ Vid. Infra 3.15.3

¹¹⁹ Castellano Arroyo, El consentimiento informado de los pacientes, sin ed., s. Ed. 2001, p. 329

¹²⁰ López Bolaño LOPEZ, Jorge D, Responsabilidad de los médicos "Cuestiones Penales", 4ªed., Ed. Universidad, Argentina, 1996, p.241

¹²¹ Casabona, op. cit., pp.77-80

para iniciarle algún tipo de acción.

La forma solemne a que se hace referencia es que el consentimiento de la dación debe ser expreso y debe hacerse por escrito, en el aspecto exterior que ésta asume para así ganar certeza de los actos de disposición de órganos, "en este documento se tendría que hacer constar su decisión libre, la información que ha recibido del equipo médico y los términos exactos en que se han producido, así como el órgano que se procede a la dación y a qué receptor, documento que debe ser firmado por el dador y los médicos en presencia de alguna autoridad sanitaria".¹²² Según nuestro ordenamiento en el artículo 6 de la Ley de Trasplantes de Órganos y Tejidos la dación debe realizarse mediante documento público, debidamente registrado en una Notaría de Fe Pública. Esto nos muestra que existe una similitud con la legislación argentina por la presencia obligada de una autoridad competente.

8.10.3. Consentimiento informado.

De acuerdo con M. Castellano Arroyo, en su obra *El consentimiento informado* es "La ética en la práctica médica cotidiana",¹²³ el consentimiento informado, también llamado "Informe consentido" es aquel en el cual el paciente da su conformidad de que en su persona se procedan a realizar una serie de procedimientos tras recibir una completa información de los detalles a realizarse en su organismo. Esta explicación –según el autor– deberá ir de manera explícita en un documento donde se hagan constar todos los pormenores de la práctica médica, como: diagnóstico de la enfermedad, técnica quirúrgica a seguir, riesgos frecuentes, procedimientos alternativos, resultados previsibles, curso de la enfermedad, entre otros. Este tipo de documento, tratándose de dadores menores de edad es lógico que se realice con el

¹²² López Bolaño LOPEZ, JorgE D., *Los médicos y el Código Penal*, 3ª ed., Ed., Universidad, Argentina, 1998, p. 225

¹²³ Castellano Arroyo, "El consentimiento Informado" en "La ética en la practica médica cotidiana", pp. 328 y ss

¹²⁴ Idem

mayor cuidado posible, de tal manera que el menor de edad, juntamente a sus familiares comprendan abiertamente cuál será el desarrollo de la ablación.

8.10.4. Estándares de información.

Un aspecto que es importante manejar dentro del consentimiento informado es el referido a los estándares de información que serán dados a conocer al paciente. Según Castellano Arroyo existen tres modelos, los cuales son: estándar del médico razonable, estándar del paciente razonable y estándar subjetivo del paciente.¹²⁴

8.10.4.1. Estándar del médico razonable.

Referido a que los médicos mantendrán un criterio acerca de la extensión de la información proporcionada al paciente, esto quiere decir que la información será emitida parcialmente. En opinión nuestra y en el caso de los dadores menores de edad no cabría la posibilidad de que se emita una información parcial, pues se le estaría ocultando el alcance del consentimiento emitido por éste, llevando al dador a caer en algún tipo de error con el solo propósito de que la dación de alguno de sus órganos sea consentida.

8.10.4.2. Estándar del paciente razonable.

Se refiere a que sólo la persona interesada es la apropiada para recibir la información para que, de esta manera, pueda consentir o rechazar su decisión. Tratándose de un dador menor de edad no sería aconsejable que sólo éste pueda recibir la información debido a que, como en el caso anterior, podría tratar de ser convencido por algún exceso cometido por el que proporciona la información con el único propósito de que éste asienta su conformidad.

¹²⁴ Idem

8.10.4.3. Estándar subjetivo del paciente.

Este modelo hace referencia a que el médico debe ponerse en lugar del paciente e informar como él quisiera ser informado, pero de manera individualizada y de acuerdo a sus cualidades psicológicas, culturales, sociales, etc. Este estándar, al igual que el anterior, sugiere que la información se proporcione de manera individual, pero de acuerdo con el nivel sociocultural y psíquico del paciente, esto quiere decir que el médico, antes de emitir la información, deberá tener una información veraz del nivel sociocultural y psíquico del dador. Este aspecto en nuestra opinión sería difícil de poder determinar por el galeno con la única posibilidad de que exista un equipo interdisciplinario que pueda brindarle una información correcta al respecto. Por otra parte, la información individualizada a que hace referencia Castellano traería como consecuencia de algún tipo de manipulación en la decisión emitida por el dador menor de edad.

8.10.4.4. Estándar pleno.

En mi opinión es de capital importancia introducir un estándar en el cual el dador menor de edad sea informado ampliamente y sin restricciones de ninguna naturaleza de todos los procedimientos que serán realizados en su persona a raíz de su consentimiento emitido. En esta información se deberá hacer constar de manera expresa todos los posibles riesgos presentes y emergentes de la dación como también los beneficios que conlleva la dación del órgano o tejido dado. Esta información no deberá ser realizada sólo de forma individualizada o personal, y más bien será proporcionada conjuntamente a sus familiares más cercanos, pues el objeto de su dación tendrá sólo el objetivo de que el órgano o tejido dado tendrá como destinatario a uno de sus familiares más cercanos.

Por otra parte sería aconsejable que la manifestación final se realice en un documento que además tenga carácter de reservado, donde el dador menor de edad, se encuentre solo, para poder emitir su deci-

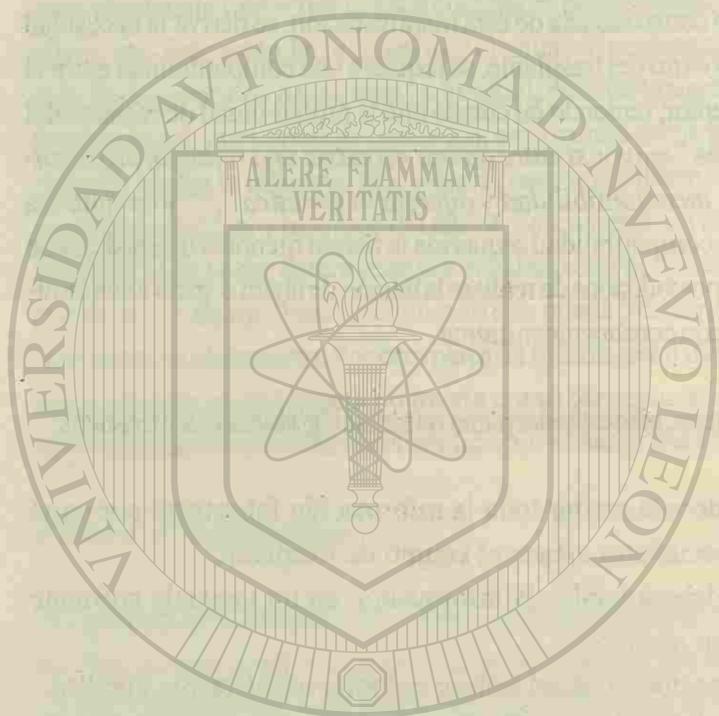
sión sin que ninguna persona pueda inducirle psicológicamente a la afirmación de su dación. Esta decisión si es válida deberá ser evaluada por un equipo interdisciplinario que certifique posteriormente la veracidad de que el consentimiento fue pleno después de una amplia explicación tanto personal como familiarmente.

Como consecuencia de esta manifestación, se deriva la necesidad de que, para el éxito del trasplante, se requiera una compatibilidad entre el dador y el receptor, teniendo en cuenta que la probabilidad de rechazo del órgano dado, es "mayor si entre ambos no existe una relación de parentesco por una incompatibilidad y diferencia genética",¹²⁵ y en muchos de los casos la compatibilidad requerida la tienen menores de edad que se encuentran imposibilitados de realizar la dación de algún órgano a sus familiares con relación consanguínea íntima.

En síntesis, este estándar pleno reúne las siguientes características:

- a) El dador deberá recibir toda la información fehaciente por parte de los especialistas ajenos al equipo de trasplante.
- b) El dador deberá recibir la información en un lenguaje corriente para él y no técnico.
- c) Esta información se deberá realizar en forma verbal, escrita y gráfica.
- d) Debe ser individual y solitaria, pues en el momento de decidir el dador deberá de estar solo en un ambiente, sin la presencia de ningún familiar, para evitar algún tipo de coacción psicológica.
- e) Debe ser evaluada por un equipo especializado ajeno al equipo de trasplante para evidenciar si éste entendió todos los riesgos presentes y emergentes propios de la calidad de la cirugía.
- f) De no encontrar algún vicio en el consentimiento, o de encontrarlo y tratándose de menores de edad, el equipo especializado deberá presentar un informe al respecto para que el juez valore esta situación.
- g) Debe ser corroborada posteriormente por el mismo dador en el mismo caso del inciso "d"

¹²⁵ Neira, María del Carmen, *Trasplante renal*, s.ed. s. Ed Córdoba Argentina, 1997, p. 5



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO IX

ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO

9.1. Naturaleza y restricción de los órganos ablacionados.

El derecho a disponer del propio cuerpo no podrá nunca referirse a la totalidad del cuerpo de la persona, necesariamente deberá recaer sólo sobre partes del mismo.

En lo referente a la legislación boliviana, el artículo 7 inc. 1 del Código Civil establece que: *“los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo están prohibidos cuando debiendo ejecutarse en vida del donante, pueden ocasionar una lesión grave y definitiva a su integridad física”*.

Al respecto el Código Penal boliviano establece en su artículo 275 la prohibición de la autolesión de la siguiente manera *“Incurrirá en reclusión de tres meses a tres años: El que se causare una lesión o agravare voluntariamente las consecuencias de la misma, para no cumplir un deber, servicio u otra prestación impuesta por ley, o para obtener un beneficio ilícito. El que permitiera que otro le cause una lesión, para los mismos fines. El que lesionare a otro con su consentimiento”*. El precepto es claro y nos muestra la no permisibilidad de que una persona pueda atentar contra su propio cuerpo, más aún tratándose de un dador menor de edad.

En el caso concreto, si este menor de edad tuviera 16 años de edad de acuerdo con el Código Penal boliviano sería imputable al

establecer el artículo 5 que: "La Ley Penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueran mayores de 16 años".

De esta manera la legislación boliviana no permite que los menores de edad puedan realizar un acto de dación aun tratándose de familiares consanguíneos y dejando que su padre, madre o hermano fallezcan, en el caso que este dador sea el único genéticamente parecido al receptor emparentado.

En el caso concreto es importante analizar la culpabilidad si los actos ejecutados que se realizan como consecuencia de la dación de un órgano se realizan contrarios a la ley, a la *lex artis*,¹²⁶ y a las buenas costumbres, de ser así estaría cometiendo un acto antijurídico, entrando dicho acto en la imputabilidad ya sea del dador, y del médico tratante. Es esta la importancia por la que debe analizarse la naturaleza de la imputación en los trasplantes de órganos.

9.2. Naturaleza de la imputación subjetiva. La culpabilidad.

La culpabilidad ha de entenderse como el juicio de reproche y de atribución personal que se origina a raíz de un acto antijurídico, pero de acuerdo con la doctrina contemporánea el término "culpabilidad" está en crisis y ha cambiado su denominación por la de "imputación subjetiva" o "imputación personal", ya que a decir de Mir Puig, lo que se sanciona no es la culpabilidad, ni el elemento antijurídico porque la culpabilidad simplemente es la atribución personal de un elemento antijurídico realizado por una persona.¹²⁷

Por esto se habla de "imputación personal" que tiene por objeto la no desvalorización del elemento antijurídico, pues de no ser así, se estaría sancionando la culpabilidad y no la atribución personal.

¹²⁶ La *lex artis* refiere a que todo el equipo médico deberá actuar conforme a las reglas establecidas para un irrepachable tratamiento médico, además el médico deberá de informar al paciente de todas las complicaciones presentes y emergentes que pueden originarse a través de algún procedimiento. Por lo que la *lex artis* significa también que el consentimiento informado no se encuentre viciado.

¹²⁷ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., España, Barcelona, 1996 pp. 530 y ss

Pérez Manzano habla de que imputación subjetiva en virtud de que la culpabilidad es un término en crisis dentro de lo que significa el derecho penal, debido a que lo que interesa es saber si el hecho antijurídico se realizó en pleno uso de las facultades mentales del autor por lo que: "la crisis de la culpabilidad no es solo una crisis del concepto normativo de la culpabilidad como categoría dogmática, sino también una crisis de la fundamentación culpabilista del derecho penal",¹²⁸ coincidiendo con la posición que adopta Mir Puig, por lo que la palabra "culpabilidad" ha sido sustituida por la de "imputación subjetiva" o por la de "imputación personal", pero en definitiva, al mencionar cualquiera de estas dos acepciones, se está hablando de lo mismo.¹²⁹

Actualmente, la "imputación subjetiva" es entendida en dos sentidos distintos: el primero referido al principio de derecho penal, de que "no existe pena sin culpabilidad", y el segundo a los elementos de la teoría del delito, siendo los mismos: el hecho antijurídico (antijuricidad) y la atribución al autor (culpabilidad).¹³⁰

Pero la responsabilidad penal no siempre se originó de un juicio o de una atribución subjetiva a su autor; es así como antiguamente la responsabilidad penal nacía del vínculo físico de una persona con un hecho determinado y era suficiente que un individuo estuviera presente en el lugar de un evento para atribuirle la responsabilidad del mismo; por otra parte, no interesaba el vínculo anímico del autor con el resultado; a este tipo de responsabilidad se denominaba objetiva.

Es en el derecho romano cuando aparece por primera vez el vínculo subjetivo del autor con el resultado y se empieza a hablar de culpa,¹³¹ culpa *lata* y culpa *levis*. La primera, referida al impedimento para la realización de una prestación, ya sea por imprudencia o por

¹²⁸ Pérez Manzano Mercedes, *Culpabilidad y Prevención*, Ed. Colección de estudios, España, p. 132

¹²⁹ *Ibid*, pp. 57 y ss.

¹³⁰ Cobo del Rosal M, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Universidad de Valencia, 1984, p. 441

¹³¹ Jordán Quiroga Augusto, *Derecho romano*, Ed. Arol, Cochabamba, Bolivia, 1990, pp. 97-98

falta de previsión; la segunda, referida a la extrema negligencia del autor del hecho y la tercera, al cuidado que se toma de ordinario en los propios asuntos.

El segundo vínculo subjetivo a que hace referencia el derecho romano es el dolo, entendido como un vicio del consentimiento en los contratos, que consiste en la argucia, falacia, o maquinación para engañar a una persona, pero en el feudalismo desaparece esta responsabilidad subjetiva, volviendo con mucho peso la responsabilidad objetiva.

Por influencia de la filosofía llamada iluminismo europeo en el derecho penal (fines del siglo XVIII), reaparece el concepto de responsabilidad subjetiva por el hecho delictivo cometido, como principio de derecho que se desprende del principio de legalidad, "*no hay pena sin ley previa, no hay pena sin culpa*".¹³² Ello supone que sólo puede ser responsable el autor psicológicamente vinculado con el hecho.

Posteriormente, la responsabilidad del hecho pasa a ser una categoría en la teoría del delito y es definida como el vínculo o nexo psicológico entre el autor y el hecho. Tal fue la teoría psicológica de la culpabilidad.¹³³ A fines del siglo XIX comienzan a ser tomados en cuenta los elementos del dolo y la culpa, pero esta concepción de la culpabilidad tropezó con problemas que no podía explicar, tales como los hechos imprudentes y los delitos causados por estado de necesidad.

Como consecuencia de tales circunstancias, aparece la teoría normativa de la culpabilidad, desarrollada en 1907 por Reinhard Von Franck. Según este autor, la culpabilidad no es el nexo psicológico del autor con el hecho, sino el reproche que se origina a raíz de haber actuado alguien de manera contraria a una norma penal, en la cual son elementos importantes la capacidad de culpabilidad (dolo y culpa),¹³⁴ las formas de culpabilidad (intención o imprudencia), y las condiciones normales de exigibilidad.

La teoría normativa se explica como la reprochabilidad personal de un hecho antijurídico a su autor y no como vínculo psicológico entre el saber y

¹³² Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 73, *Vid.*, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal* tomo V p 20

¹³³ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 74

¹³⁴ Cobo del Rosal, M. *Derecho Penal parte general op. cit.*, p. 79

el querer del autor con el hecho típico sino como un juicio de valoración por haber incumplido una norma de cuidado, por lo que como otro elemento importante en la valoración de esta teoría se da el incumplimiento a la norma.

Del principio de legalidad en el derecho se desprende la culpabilidad como una categoría dogmática, en la cual sus elementos deben estar reglados por parámetros establecidos en la ley,¹³⁵ entendiéndose como imputables en Bolivia a todos los que fueren mayores de 16 años, exceptuados los enfermos mentales, los que sufren de una grave perturbación de conciencia o los que sufren una grave insuficiencia de la inteligencia en el momento del hecho delictivo (artículo 17, Código Penal boliviano).

La teoría normativa, tras varias consideraciones con Hans Welzel (finalismo), llega a desembocar en la llamada teoría normativa pura, denominada así porque se extrae del juicio de culpabilidad la intención y la imprudencia dejando en la culpabilidad sólo elementos normativos puros como son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta.¹³⁶

Como se puede apreciar, la teoría normativa pura se basa en el reproche personal al autor del hecho antijurídico por haber actuado de manera contraria a la norma de cuidado y se entiende así porque es culpable el que pudiendo actuar conforme a Derecho no lo hizo o lo que es lo mismo es culpable el que pudiendo actuar de forma distinta, no lo hizo. Al respecto, varias fueron las explicaciones con las que se intentó fundamentar la teoría normativa de la culpabilidad, que pueden resumirse en la teoría del poder medio y en la teoría de la motivabilidad normal.

La primera teoría,¹³⁷ explica que el hombre podía actuar de una manera diferente a la que lo hizo, por lo que es factible crear un hombre ideal que se ajuste a la normatividad existente, pero como era de esperar, esta teoría no tuvo muchos seguidores pues la crítica que sufrió la echó por tierra, debido a que se trataba de un juicio impersonal al juzgarse al

¹³⁵ Cobo del Rosal, M. *Derecho Penal parte general*, p.460, Jeschek, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, p. 391, Pérez Manzano *op. cit.*, p. 107

¹³⁶ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 535, PEREZ MANZANO *op. cit.*, pp. 83-85

¹³⁷ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 93

hombre ideal, lo cual puede ser bueno para análisis de modelo pero no para juicios de responsabilidades penales.

La motivabilidad normal plantea que¹³⁸ sólo debe sancionarse a la persona que tenga la libertad de voluntad de elegir entre varias cosas la que más le motive y será culpable aquella que teniendo una motivabilidad normal hubiera cometido un acto antijurídico.

Según Mir Puig,¹³⁹ el problema de ambas teorías se traduce en la relación de causa y efecto en la conducta humana; por ello se debe establecer con claridad, el significado de ambos elementos, ya que causa-efecto son categorías filosóficas inseparables que expresan una concatenación universal de todos los fenómenos en la realidad objetiva y no un resultado subjetivo, siendo imposible poder valorar ciertas circunstancias de estados de necesidad traducidos en actos antijurídicos.

9.3. Capacidad de culpabilidad.

El término imputabilidad presenta varios sentidos.¹⁴⁰ Etimológica y semánticamente, imputar significa atribuir e imputabilidad tiene por ello, tanto peso como atribuibilidad. Entre otros tratadistas, Patrocelli diferencia la imputabilidad de acción de la de hecho, siendo la primera llamada también “de agente”, caracterizada por una serie de condiciones que debe reunir el que protagoniza un hecho antijurídico para que éste pueda serle atribuido.

La imputabilidad, entonces, se da en una serie de condiciones establecidas en la norma para que un hecho pueda ser atribuido a su autor.

Pero los términos de imputabilidad e inimputabilidad vienen hoy en día a ser reemplazados por “capacidad de culpabilidad e incapacidad de culpabilidad”, los mismos que tienen un vínculo estrecho con el concepto de “discernimiento”, contando como premisa principal el poder diferenciar lo bueno de lo malo, la capacidad intelectual de conocer y valorar la licitud o ilicitud de los actos y guiar voluntariamente la conducta.

¹³⁸ *Ibid*, pp. 110-114

¹³⁹ Mir Puig, *op. cit.*, pp 530 y ss

¹⁴⁰ *Idem*

Coincidiendo con esta premisa, el actual Código Penal alemán, en su artículo 20 establece que la imputabilidad es la capacidad de comprender y valorar la ilicitud del hecho y de actuar según esa apreciación que, a decir de la doctrina contemporánea, esta aptitud tiene que estar determinada por una edad concreta establecida por ley; pero esta edad es convencional y arbitraria, siendo diferente de legislación a legislación. Al respecto, el Código Penal boliviano en su artículo 5 establece que son imputables sólo los mayores de 16 años.

Esta capacidad de culpabilidad a que hacen mención la doctrina y la normativa vigente, no se reconoce en los casos de enfermedad mental presente en el momento de la comisión de un acto antijurídico (artículo 17 Código Penal boliviano). Esto se debe a que los que sufren una enfermedad mental carecen de la conciencia, por que cuando cometen un hecho antijurídico y típico no saben realmente que lo cometieron, pues los enfermos mentales no saben controlar sus actos.

Por otra parte, lo que importa al derecho dentro de la “capacidad de culpabilidad” es el hecho antijurídico realizado con sus dos elementos subjetivos: la capacidad de conocer que el evento es contrario a las normas vigentes y la capacidad de guiar la voluntad para cometer el acto antijurídico pese al conocimiento de la ley.

9.4. Formas de imputación subjetiva.

Según Mir Puig y sus seguidores, dentro de la nueva concepción de la doctrina penal existen dos formas de imputación subjetiva: la intención y la imprudencia.¹⁴¹

En lo que se refiere a la primera forma, ésta tiene dos momentos importantes: el cognitivo, concebido como un conocimiento de lo que se hace y del desvalor de esa conducta por parte del derecho, y el momento volitivo dependiente de la graduación de voluntad, poniéndose de evidencia el dolo con sus diferentes formas, siendo las más importantes el directo y el eventual.

¹⁴¹ *Ibidem*

Dicho de otra manera, la persona que comete un hecho antijurídico, primero sabe que una determinada acción es considerada como delito en el ordenamiento jurídico penal y, si a sabiendas de este conocimiento comete el hecho delictivo voluntariamente, estaría infringiendo la norma o el deber de cuidado de no infringirla, por lo que sería responsable penalmente.

El dolo es directo o de primer grado cuando el resultado del hecho corresponde a la intención del autor; éste obtiene las consecuencias previstas. El dolo eventual o de segundo grado es aquél en que el autor no perseguía en el hecho los resultados obtenidos, pero los acepta como algo inevitable de su conducta. Doctrinalmente existen otros tipos de dolo, como el dolo genérico, el premeditado, el repentino, el condicionado, el de daño, el de peligro, entre otros, pero que en el tema no serán objeto de análisis.

Antes de poder analizar la segunda forma de la imputación subjetiva: "la imprudencia", es importante poner en evidencia la frontera que existe entre ésta y "la intención", determinada por el "querer". Esta frontera puede ser violada por el solo hecho de la intención seguida de la ejecución del acto de cuya antijuricidad tiene conciencia el autor. En este sentido, existen dos teorías que explican esta situación límite. La primera es la que hace referencia a la probabilidad, explicando que ésta se centra en la posibilidad del individuo de representar imaginariamente el resultado de su acción, de manera certera y sin posibilidad de errar, de tal manera que una conducta tiene una intención definida y por consiguiente dolosa, en el caso de que el autor del hecho lo hubiera imaginado como posible.

La segunda teoría, expuesta por Cobo-Vives,¹⁴² trata de explicar la frontera que existe entre el dolo y la culpa referida al consentimiento. Refuta a la anterior teoría manifestando que el solo hecho de la representación mental del resultado, no es suficiente para calificar un hecho doloso o culposo, sino que la diferencia entre la intención (dolo) y la imprudencia (culpa), está dada porque exista o no deseo y consentimiento en la realización del hecho antijurídico (elemento hipotéti-

¹⁴² Cobo-Vives *op. cit.*, pp 441-455

co). Esta teoría admite otra posibilidad de poder explicar la existencia de la frontera, y según la doctrina penal se tiene que tomar en cuenta el resultado del hecho, e identificar si la persona actuó con intención o imprudencia (elemento positivo).¹⁴³

La imprudencia se funda en el incumplimiento de una norma de cuidado, que a diferencia de la intención se basa en un no "querer", teniendo dos deberes; el deber de prever el resultado antijurídico y el deber de prevenir este hecho. Estos dos elementos no se pueden diferenciar, pues actúan como si fueran un solo elemento.

Los diferentes códigos penales establecen que las normas escritas se ocupan de reglar las diferentes conductas, pero según la doctrina se debe identificar y tomar en cuenta, las normas históricas, entendiéndose que éstas no tienen que estar necesariamente escritas; tal es el caso, por ejemplo, de la persona que manipula un arma de fuego sabiendo que es peligrosa, por lo que debe revisarla y evitar un hecho no deseado. Si descuida las debidas precauciones y el arma es disparada, matando sin ninguna intención a otra persona, nos encontramos frente a la violación de una norma histórica (de buen criterio, de sentido común) y por consiguiente frente a un homicidio, debido a que el portador del arma no tuvo el cuidado que debe tener una persona al manejar cualquier arma de fuego, y si tomamos este ejemplo en el campo de los trasplantes de órganos, el cirujano y todo el equipo de trasplante deben de tener todas las debidas precauciones al realizar el trasplante, tanto en el dador como en el receptor, de no ser así, se estaría violando una norma de cuidado.

9.5. Formas mixtas de imputación subjetiva.

Las formas mixtas son aquellas en las cuales se encuentran los dos elementos antes estudiados, es decir, la intención (dolo) y la imprudencia (culpa).

Dentro de esta variedad de supuestos, podemos citar al "deli-

¹⁴³ Cobo del Rosal, Vives Antón, *op. cit.*, pp. 460 y siguientes, Jecheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho Penal, Parte General*, p. 391, Pérez Manzano *op. cit.*, p. 107

to preterintencional” y al “delito cualificado de resultado”. En lo que respecta al primero, se caracteriza porque el hecho antijurídico que se quería cometer supera las expectativas del autor llegando a cometer un delito mayor del que esperaba; éste es el caso de la persona que deseaba herir a una persona, pero en el intento la víctima resulta muerta, o en el caso de los trasplantes de órganos el médico tratante sin guardar las reglas de la *lex artis* tiene la intención de extraer un órgano sin importarle cómo se encuentre el dador y a consecuencia de este acto el dador fallece. La *lex artis* ha de entenderse como la actuación del profesional médico técnicamente competente, el empleo de ambientes quirúrgicos apropiados, la realización de previos estudios exhaustivos, la eliminación de todos los riesgos no indispensables, una técnica operatoria impecable, el debido respeto a la oportunidad y conveniencia de la operación y el consentimiento plenamente informado sobre el hecho desprovisto de coacción.¹⁴⁴

De acuerdo con la legislación penal boliviana, esta forma mixta de culpabilidad se encuentra estipulada en algunos artículos, pero no hacen mención a la mala práctica de los trasplantes y tan solo mencionan otro tipo de hechos hipotéticos, tal es el caso del artículo 267 “*El que mediante violencia diera lugar al aborto sin intención de causarlo (...), será sancionado con reclusión de tres meses a tres años*”, como se puede apreciar, dentro de esta norma jurídica existe un daño causado seguido por otro mucho mayor. En síntesis, el delito preterintencional es aquel en el que una persona inicia un acto, pero el resultado va mucho más allá de su intención, de su “querer” y se expresa en un delito mucho más grave.

Cobo y Vives, en su obra *Derecho Penal* caracterizan en el delito cualificado de resultado como una figura construida a base de un hecho doloso, desembocando en un resultado mucho más grave;¹⁴⁵ y como ejemplo, podemos señalar el artículo 264 del Código Penal boliviano el que establece: “*Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuera seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años; y si sobreviene la muerte, la sanción será agravada a*

¹⁴⁴ López Bolaño, Jorge D. Cuestiones Penales en Yungano “Responsabilidad profesional de los médicos”, *op. cit.*, p. 258

¹⁴⁵ Cobo -Vives, *op. cit.*, p. 535

la mitad”. Como se puede apreciar en la legislación boliviana, tampoco se hace mención a un consentimiento ilícito en el que un menor o los padres de este menor, contrariamente a las leyes actuales manifiestan su conformidad para que se extraiga un órgano y, como consecuencia, se produzca la muerte de éste.

9.6. Responsabilidad sin culpabilidad.

Este tipo de figura nace sin poderse atribuir subjetivamente el hecho a su autor. Dentro de esta variedad, la doctrina penal nos presenta la responsabilidad sin hecho y la responsabilidad objetiva.¹⁴⁶ En lo que se refiere al primer aspecto el hecho se produce sin una directa participación de su autor. Cobo del Rosal señala por ejemplo,¹⁴⁷ la responsabilidad presunta en un hecho que se produce por una pandilla y como consecuencia del cual todos sus integrantes son responsables, aun en el caso de que no hubieran participado todos en él.

Una segunda consideración del primer aspecto es el referido a la responsabilidad por el hecho de otro que se da cuando se hace responsable a una persona por los hechos cometidos por terceros; es así, por ejemplo, el caso de una vinculación de una persona con el autor. En el campo de los trasplantes de órganos y en el caso que se demuestre, que el equipo médico obre ilícitamente, para obtener la autorización respectiva, con la finalidad de realizar la práctica de los trasplantes, no cumpliendo con todos los requisitos ni con la infraestructura adecuada, y en el caso de que se realice un trasplante donde muere el dador o el receptor, todo el equipo médico de trasplante más las autoridades del centro hospitalario, aunque no participen directamente de la cirugía, serán responsables penalmente.

La segunda consideración de la responsabilidad sin hecho es la responsabilidad objetiva que se hace a una persona por el solo hecho de encontrarse presente en el lugar del evento; tal es el caso, por ejemplo, de la riña tumultuaria.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 528 y ss

¹⁴⁷ Cobo del Rosal, *op. cit.*, p. 523

9.7. Ausencia de formas de imputación subjetiva.

La falta de la intención (dolo) y de la imprudencia (culpa) constituyen sin duda alguna la forma de toda inculpabilidad,¹⁴⁸ por ejemplo, la muerte de una persona producida después de la dación legítima de uno de sus órganos o tejidos, en la que se guardaron todas las formalidades legales como también las referidas a la *lex artis*, por lo que el médico tratante estaría exento de culpabilidad puesto que se trata de un hecho imprevisible.

Otra forma de exculpación que la doctrina penal establece es el error, que no debe confundirse con la ignorancia, puesto que la ignorancia es la ausencia total de conocimiento y el error es el conocimiento equivocado, y por tanto, falso. No obstante lo expuesto, es claro que el error presupone una cierta ignorancia de conocimiento.

Dentro de esta clase de exculpación penal la doctrina describe una extensa variedad, que comprende el error esencial, el no esencial, el impropio, el propio, el error de golpe, el de tipo, etc., dentro de las cuales el ordenamiento penal boliviano no realiza ninguna distinción.

Por lo anteriormente analizado en la situación extrema y límite en que se encuentre una familia sin ningún dador genéticamente parecido a uno de sus miembros y tan solo se tenga la posibilidad de salvar la vida del padre o hermano y así lo hicieran con la dación de otro miembro de la familia menor de edad, estarían cometiendo delitos contra la integridad corporal y la salud establecidos en el Código Penal boliviano de la siguiente manera: artículo 270 incs. 2, 4 "*(Lesiones gravísimas) Incurrirá el autor en la penal de privación de libertad de dos a ocho años, cuando de la lesión resultare: 2) La debilitación permanente de la salud o la pérdida o uso de un sentido, de un miembro o de una función. 4) La marca indeleble o la deformación permanente del rostro*".

La debilitación o la pérdida de un miembro o de la función y de la marca endeble, tratándose de una ablación de órgano de acuerdo con los avances médicos. En lo que es aspectos médicos no se estaría debilitando

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 537

ninguna función, pues en el caso de la dación de un riñón, el otro riñón supliría la función del órgano ablacionado. En el caso del hígado, sólo se extrae un lóbulo de los tres que conforman el órgano, quedando los otros para cumplir su función. Tratándose de la médula ósea, se extrae una pequeña parte, además que la médula es un tejido regenerable lo que no significaría un menoscabo en la integridad del dador menor de edad.

El artículo 271 del Código Penal boliviano hace mención a las lesiones graves y leves disponiendo que: "El que de cualquier modo ocasionare a otro un daño en el cuerpo o en la salud no comprendido en el artículo anterior, del cual derivare incapacidad para el trabajo de treinta a ciento ochenta días, será sancionado con reclusión de uno a cinco años".

La norma refleja una situación extrema y tratándose de una dación de órgano en vida, ésta originaría un daño en el cuerpo, que en situaciones normales en los cuales se han seguido todas las reglas y cuidados médicos, las complicaciones post cirugía no deberían existir.

El artículo 273 del mismo cuerpo legal tipifica la lesión seguida de muerte de la siguiente manera: "*El que con el fin de causar un daño al cuerpo o en la salud produjera la muerte de alguna persona sin que está hubiera sido querida por el autor, pero que pudo haber sido previsto, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años*". En el trasplante de órganos y tejidos como en cualquier otro tipo de intervención quirúrgica, la intervención del médico cirujano es primordial para salvar y mejorar la vida de un paciente, por otra parte estos profesionales están actuando en ejercicio legítimo de su profesión u oficio por lo que al igual que en el anterior caso, si concurren situaciones permitidas y normales para la ablación de un órgano u tejido con fines de trasplante, el médico quedaría exento de responsabilidad lo mismo que los familiares del dador si éste fuera menor de edad y si la ley de trasplante de órganos así lo permitiera.

9.8. Situación penal del dador menor de edad y del médico tratante.

La trascendencia de la problemática de los trasplantes desde una perspectiva penal no ha sido desarrollada en la legislación boliviana, a

pesar que la práctica de los trasplantes de órganos encierran riesgos apreciables en la integridad de las personas que son intervenidos sin los debidos cuidados de la *lex artis*.

El Código Penal boliviano al respecto no establece una normatividad especial tipificando delitos originados de la práctica de los trasplantes, y sólo presta especial atención a los delitos contra la vida y la integridad corporal de manera general como: el homicidio, el asesinato, el parricidio, el infanticidio entre otros (Vid. artículo.251 y siguientes).

Por lo mencionado, es necesario analizar la relación paciente médico dentro del campo de los trasplantes de órganos humanos.

El paciente ha de entenderse por la persona que tiene alguna dolencia orgánica y que necesita de una atención médica para poder mejorar su calidad de vida o, en su defecto, salvar su vida. Este paciente, en el campo de los trasplantes de órganos, es conocido como el receptor.

Tratándose del receptor, el tratamiento quirúrgico está destinado a salvar su vida mediante la cirugía invasiva, debido a ello debe aceptar cortes y secciones en su organismo, realizados por el médico con la finalidad de obtener la mejora del paciente mediante la implantación de un órgano o tejido extraño a éste. La idoneidad profesional y la aplicación de la *lex artis* es otro elemento que tiene que estar presente en la intervención para que el receptor pueda tener una mejora en su calidad de vida, estos casos son llamados por Romeo Casabona como condicionantes para una medicina curativa, con los cuales se da una licitud en la agresión al cuerpo humano por parte del médico, quedando justificado su proceder.¹⁴⁹ Por otra parte, Yungano-López afirman que con el consentimiento del paciente ya se confiere la licitud a la intervención quirúrgica, por lo que las heridas producidas se encontrarían justificadas.¹⁵⁰

El dador menor de edad que manifiesta su voluntad de manera plena mediante el consentimiento informado, y el médico que procede a invadir su organismo con la finalidad de mutilar, ablacionando un órgano o tejido, no estaría ejerciendo una intervención curativa en el

¹⁴⁹ Romeo Casabona, *op. cit.*, p. 82

¹⁵⁰ Yungano-López, *op. cit.*, p. 256

dador pero éste tendrá que aplicar la *lex artis* en toda su magnitud, juntamente con el principio de no maleficencia, para que el dador tenga posteriormente una recuperación inmediata. Por otra parte, si la intervención fracasa y el dador menor de edad muere a pesar que se practicaron todos los cuidados necesarios, el médico carecerá de responsabilidad penal, debido a que éste no tenía el dolo de lesionar, sino de curar al paciente, lo mismo que el dador no tenía la intención de autolesionarse, sino de curar a su familiar consanguíneo mediante un acto altruista.

Es importante también analizar el hecho en que el médico tratante, al no tener presente el dolo en su proceder y aun así el dador fallece, éste carece del elemento subjetivo del tipo penal, por lo que no deberían atribuírsele delitos tipificados en el Capítulo VIII del Código Penal boliviano, además que se tendría que acudir a las eximentes de culpabilidad en las que el médico estaría actuando legítimamente en un oficio o profesión.

Al respecto el Código Penal boliviano en su artículo 11 inc. 2 establece que: “*Está exento de responsabilidad el que en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, vulnera un bien jurídico ajeno*”.

Por otra parte, es necesario señalar que, biológicamente existen partes del cuerpo que son “renovables y partes no renovables siendo las primeras aquellas que puedan reconstituirse como ser, piel, sangre, médula ósea; y las segundas, aquellas que no pueden regenerarse”,¹⁵¹ como el riñón, intestino delgado y otros. Lógicamente que en el caso de dadores vivos sólo se extraerán partes renovables u órganos dobles y nunca órganos únicos, a excepción del lóbulo hepático.¹⁵²

Debe destacarse que la disposición de partes renovables de órganos y tejidos, según la doctrina contemporánea, ha de tener utilidad social y no debe ir contra la ley ni las buenas costumbres, “*aunque en la realidad pueden ser objeto de tráfico, pero esta dación debe ser efectuada a título oneroso o gratuito*”.¹⁵³ Al respecto existen distintas posiciones sobre la disposición de partes regenerables y no regenerables. La

¹⁵¹ Bergoglio, María Teresa, *op. cit.*, p. 52

¹⁵² Vid supra 1.7.2

¹⁵³ Castán Tobeñas José, Los derechos de la personalidad, separata rev. gral de legislación y jurisprudencia, Madrid julio/agosto p. 38

primera es referida a que el tejido al separarse del organismo, se convierte en *res nullius*, susceptible de apropiación por cualquier persona pero existe la preferencia de decisión de la persona de quien formaba parte.

La segunda posición se refiere a que las partes del cuerpo, una vez separadas de él, pertenecen a la persona de cuyo cuerpo se separaron y que ésta adquiere *ipso jure* la propiedad y puede disponer de ella con preferencia. Al respecto la legislación boliviana señala en el artículo 7 del Código Civil que, "el acto de disposición tiene que tener una causa lícita y no tiene que ir contra la moral y las buenas costumbres".¹⁵⁴

En la realidad, tratándose de tejidos renovables como la sangre humana, se ha procedido a la disposición de este tejido, en diferentes centros hospitalarios, antes de la promulgación de la ley de la medicina transfusional, aprobada el 21 de marzo de 1996, que en su artículo 19 permite la dación de sangre por menores de edad.¹⁵⁵

En cuanto a la disposición de las partes no renovables, según la mayor parte de la doctrina, queda excluida la disposición total del cuerpo y sólo se refiere a partes u órganos dobles. Según este autor, tienen que existir causas justificadas y éstas no deben ser susceptibles de ocasionar un daño grave a la salud, o no deben atentar contra las buenas costumbres o el orden público. De la misma forma, este último precepto coincide con la legislación boliviana en el artículo 7 del Código Civil que prohíbe la dación si se contraviene con esos principios y sólo podrá ablacionarse uno de dos órganos pares y nunca un órgano vital. En el caso de un órgano doble, el menor de edad que proceda a la dación no contraviene a las buenas costumbres si dispone en favor de un familiar consanguíneo, ejerciendo una solidaridad que nace juntamente con la relación de parentesco.

¹⁵⁴ Carranza A., Jorge, *op. cit.*, p. 38

¹⁵⁵ Estos datos fueron obtenidos en entrevistas realizadas en centros hospitalarios de la ciudad de Cochabamba, que practican dicho procedimiento

CAPÍTULO X ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

Actos de dación de órganos por menores de edad. Para el estudio del derecho de disponer sobre el propio cuerpo, es necesario referirse al tratamiento de este tema en las legislaciones extranjeras. Son pocos los países latinoamericanos que han logrado normarla de manera amplia hasta el momento, razón por la que es necesario analizar las legislaciones de otros continentes.

10.1. Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997).

La protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina desarrollado por los miembros del Consejo de Europa establece en su artículo 6 inc. 1 y 2 respectivamente que: "Con las reservas de los artículos 17 y 20, las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo".

"Cuando, según la ley, un menor no sea capaz de consentir a una intervención, ésta no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley. El consentimiento del menor será considerado como elemento tanto más determinante cuanto mayores sean su edad y grado de discernimiento".

primera es referida a que el tejido al separarse del organismo, se convierte en *res nullius*, susceptible de apropiación por cualquier persona pero existe la preferencia de decisión de la persona de quien formaba parte.

La segunda posición se refiere a que las partes del cuerpo, una vez separadas de él, pertenecen a la persona de cuyo cuerpo se separaron y que ésta adquiere *ipso jure* la propiedad y puede disponer de ella con preferencia. Al respecto la legislación boliviana señala en el artículo 7 del Código Civil que, "el acto de disposición tiene que tener una causa lícita y no tiene que ir contra la moral y las buenas costumbres".¹⁵⁴

En la realidad, tratándose de tejidos renovables como la sangre humana, se ha procedido a la disposición de este tejido, en diferentes centros hospitalarios, antes de la promulgación de la ley de la medicina transfusional, aprobada el 21 de marzo de 1996, que en su artículo 19 permite la dación de sangre por menores de edad.¹⁵⁵

En cuanto a la disposición de las partes no renovables, según la mayor parte de la doctrina, queda excluida la disposición total del cuerpo y sólo se refiere a partes u órganos dobles. Según este autor, tienen que existir causas justificadas y éstas no deben ser susceptibles de ocasionar un daño grave a la salud, o no deben atentar contra las buenas costumbres o el orden público. De la misma forma, este último precepto coincide con la legislación boliviana en el artículo 7 del Código Civil que prohíbe la dación si se contraviene con esos principios y sólo podrá ablacionarse uno de dos órganos pares y nunca un órgano vital. En el caso de un órgano doble, el menor de edad que proceda a la dación no contraviene a las buenas costumbres si dispone en favor de un familiar consanguíneo, ejerciendo una solidaridad que nace juntamente con la relación de parentesco.

¹⁵⁴ Carranza A., Jorge, *op. cit.*, p. 38

¹⁵⁵ Estos datos fueron obtenidos en entrevistas realizadas en centros hospitalarios de la ciudad de Cochabamba, que practican dicho procedimiento

CAPÍTULO X ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

Actos de dación de órganos por menores de edad. Para el estudio del derecho de disponer sobre el propio cuerpo, es necesario referirse al tratamiento de este tema en las legislaciones extranjeras. Son pocos los países latinoamericanos que han logrado normarla de manera amplia hasta el momento, razón por la que es necesario analizar las legislaciones de otros continentes.

10.1. Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997).

La protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina desarrollado por los miembros del Consejo de Europa establece en su artículo 6 inc. 1 y 2 respectivamente que: "Con las reservas de los artículos 17 y 20, las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo".

"Cuando, según la ley, un menor no sea capaz de consentir a una intervención, ésta no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley. El consentimiento del menor será considerado como elemento tanto más determinante cuanto mayores sean su edad y grado de discernimiento".

El primer inciso nos lleva a los artículos 17 y 20 donde se darían las liberalidades respectivas del menor y el segundo inciso da un margen paulatino para que la decisión del menor de edad se adquiriera con la condición de que éste tenga el discernimiento necesario para decidir sobre su organismo.

De lo anteriormente citado, lo que interesa es el artículo 20 referido a la protección de las personas incapaces de consentir a la extracción de un órgano. La segunda parte de esta disposición dispone que: "*Excepcionalmente y con las condiciones de protección previstas en la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona sin capacidad para consentir, puede ser autorizada con los siguientes requisitos:*

- I. *que no se disponga de donante compatible con capacidad para consentir;*
- II. *que el receptor sea hermano o hermana del donante;*
- III. *que la donación pretenda preservar la vida del receptor;*
- IV. *que la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6 haya sido otorgada específicamente y por escrito, tal como lo prevé la ley, y con la aprobación del órgano competente;*
- V. *que el donante del órgano no se oponga".*

Como se puede apreciar, los párrafos condicionan la dación del menor de edad sólo cuando éste sea el único dador genéticamente posible, además que éste sea un familiar consanguíneo en segundo grado y que sólo se trate de un tejido regenerable, y excluyen la posibilidad de que este menor de edad pueda salvar la vida de su hermano, hermana, padre y madre, limitándose sólo a la dación de tejido regenerable como es el caso de la médula ósea y no permite la dación de un órgano para su hermano o hermana, o peor aun, para su padre y madre. En opinión nuestra, esta limitante debería de suprimirse debido a que la realidad muestra muchos casos en los cuales los menores de edad son los únicos dadores genéticamente posibles para sus familiares consanguíneos tratándose de órganos dobles¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Vid. *Infra* pp. 3.15.5

10.2. Legislación española.

La legislación española sobre extracción y trasplante de órganos promulgada mediante Real Decreto 411/ 1996 de 1 de marzo regula la dación de órganos por menores de edad en su artículo 7 inc. 2 de la siguiente manera:

"Los menores de edad pueden ser donantes de residuos quirúrgicos de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea. En estos dos últimos casos exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres. En estos casos el donante menor de edad deberá ser oído conforme prevé el artículo 9 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor".

Los residuos de progenitores hematopoyéticos se refieren a la sangre y sus derivados que incluyen a la médula ósea. Como puede apreciarse, la dación por parte de un menor de edad sólo se permite cuando se trata de un tejido humano, pero la presente legislación no restringe este acto de altruismo a los hermanos, pues la norma habla de la relación genética pudiendo ser ésta a hermanos, padres, abuelos, etc. La ley española tampoco da una solución tratándose de órganos dobles con fines de trasplante, imposibilitando que algún familiar genéticamente parecido pueda salvar la vida a otro pariente consanguíneo.

10.3. Legislación italiana.

La legislación italiana referida a la disposición en materia de trasplantes y tejidos de 21 de abril de 1999 dispone sobre la dación en vida por menores en su artículo 4 inc. 3 de la siguiente manera:

Artículo 4. (Dichiarazione di volontà in ordine alla donazione)

"1. Entro i termini, nelle forme e nei modi stabiliti dalla presente legge e dal decreto del Ministro della sanità di cui all' articolo 5,

comma 1, i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo.

2. I soggetti cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti, secondo le modalità indicate con il decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, sono considerati non donatori.

3. Per i minori di età la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è manifestata dai genitori esercenti la potestà. In caso di non accordo tra i due genitori non è possibile procedere alla manifestazione di disponibilità alla donazione. Non è consentita la manifestazione di volontà in ordine alla donazione di organi per i nati, per i soggetti non aventi la capacità di agire nonchè per i minori affidati o ricoverati presso istituti di assistenza pubblici o privati. ”

Traducción del artículo 4 inc. 1, 2 y 3 referida a la Ley Italiana de 1 de abril de 1999, N° 91

“Disposición en materia de extracción y de trasplante de órganos y de tejidos”, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 87 del 15 de abril de 1999.

Artículo 4.

“1. Dentro de los términos, en las formas y modos establecidos por la presente Ley, y del Decreto del Ministro de la Sanidad del cual el artículo 5, 1 establece que los ciudadanos deben declarar su libre y propia voluntad sobre la donación de órganos y de tejidos de su propio cuerpo sucesivamente después de su muerte, ya que son informados que la falta de la declaración de la voluntad es considerada como consentimiento de la donación, según lo establecido en los incisos 4 y 5 del presente artículo.

2. Las personas de las cuales no se ha notificado el pedido de

manifestación de la propia voluntad sobre la donación de órganos y tejidos, según las modalidades indicadas con el Decreto del Ministro de la Sanidad del cual el artículo 5 inc. 1 son considerados no dadores.

3. Para los menores de edad la declaración de la voluntad sobre la donación es manifestada por sus padres que ejercen la potestad. En caso de desacuerdo entre los padres no es posible proceder a la manifestación de la disponibilidad de la donación. No es consentida la manifestación de la voluntad sobre la donación por los que van a nacer (*naciturus*), por las personas incapaces de obrar ni por los menores confiados o internados en instituciones de asistencia pública o privada.”

Como se observa el actual régimen jurídico sobre trasplante de órganos, en su artículo 4, acepta la dación por menores de edad, siempre y cuando sean autorizados por sus padres y no exista desacuerdo entre ellos, pues de ser así la dación no podría realizarse.

10.4. Legislación francesa.

El decreto N° 96-375 del 29 de abril de 1996 permite la dación mediante el consentimiento informado de una persona menor de edad sólo en los casos de que se trate de un familiar consanguíneo y tratándose de médula ósea.

En relación con la utilización de órganos (hay una asimilación entre la médula ósea y los órganos), el texto hace la distinción entre una persona viva o muerta. Está prohibida la obtención de órganos de una persona menor o incapaz. Pero por derogación, un menor puede donar médula ósea en beneficio de su hermano o de su hermana.

Respecto a la toma de órganos sobre una persona muerta, la regla está encaminada al previo consentimiento. Se reafirma la regla según la cual los médicos que levantan el acta del deceso y los que realizan la toma de órganos deben pertenecer a distintos servicios o entidades. Además, un mismo médico no puede hacer la toma y el tras-

plante. Esta disposición no contempla que en la práctica los riñones son órganos que se toman por los equipos de trasplante. Lo importante de esta legislación es que a partir de enero del año 2000 los menores de edad a partir de los 13 años de edad pueden manifestar su decisión de ser dadores para después de su muerte "Toute personne de plus de 13 ans peut faire connaître sa position. Il suffit de remplir un formulaire simple et de l'adresser à l'Établissement Français des Greffes.", 5 rue Lacuée 75012, Paris.

Está autorizada la toma de tejidos, células y productos del cuerpo humano de una persona viva, siempre y cuando sea con fines terapéuticos o científicos. Los establecimientos que efectúan las tomas de tejidos o células requieren de autorización en vista de su donación, transformación, conservación, distribución y cesión. Por otra parte, se amplió la necesidad de una autorización al sector privado con fines lucrativos en el campo de transformación, conservación, distribución y cesión de tejidos y células del cuerpo humano.

10.5. Legislación de Québec.

Promulgada el 1 de diciembre de 1971, en el artículo 20, se dispone que toda persona capaz mayor de 21 años puede disponer gratuitamente de parte de su cuerpo de la siguiente manera: "una persona mayor de edad puede consentir por escrito la disposición *inter vivos* de una parte de su cuerpo con fines de trasplante o con fines de experimento científico".

Respecto a menores de edad, estipula que "un menor capaz de discernir puede, del mismo modo, disponer con el consentimiento de la persona que ejerza la autoridad parental y de un juez de la Corte Suprema, siempre que no resulten riesgos graves para su salud".

El segundo párrafo del artículo 20 trata la situación de los menores capaces de discernir pero "en Québec no se encuentran normas específicas que determinen cuál es la edad de discernimiento, por lo que el problema deberá ser resuelto en cada caso concreto",¹⁵⁷

¹⁵⁷ Bergoglio, María Teresa, *op. cit.*, pp. 38 y ss

esto quiere decir que al no existir una edad concreta en la que un menor puede ser dador de algún órgano se toma como referencia la capacidad de discernimiento que éste tenga. Por tanto un menor de 16 años de edad o más, si cumple con este requisito, puede ser considerado como potencial dador.

10.6. Legislación etíope.

Según Antonio Aguilar Gutiérrez, del Instituto de Derecho Comparado de México, citado por Bergoglio,¹⁵⁸ el Código Civil etíope ha sido calificado como una de las más importantes contribuciones a la ciencia jurídica moderna, en materia de trasplante de órganos. En su artículo 18, estipula que una persona puede disponer parte de su cuerpo con fines de trasplante con los pertinentes límites que existen para la disponibilidad corporal. Estos límites se refieren a que la "dación realizada, no signifique un grave atentado a la integridad del cuerpo humano y siendo la esencia de ésta un acto personalísimo, la voluntad para efectuarla tiene que ir paralelamente con la norma concordante a la disposición testamentaria de ese país".¹⁵⁹

Esta legislación no hace referencia a la disposición de órganos por menores de edad, pero al igual que la legislación argentina, considera que la edad para la disposición sobre órganos es la misma que se requiere para disponer de bienes en testamento.

10.7. Legislación de Argentina.

La Ley 24.193 del 4 de enero de 1995 en su artículo 19, dispone que toda persona capaz de 18 años puede disponer de la ablación, en vida, de alguno de sus órganos. El nuevo régimen legal de trasplantes, puesto en vigencia el 1 de enero de 1996, en su artículo 21, referido a la disposición de órganos provenientes de cadáveres, determina que a falta de voluntad expresa por parte del *de cuius*, de dar algún órgano después de su muerte, ésta podrá ser otorgada por los hijos, hermanos, nietos, todos mayo-

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 36

¹⁵⁹ *Idem*

res de 18 años. Según Cifuentes, la capacidad plena en Argentina se adquiere a los 21 años, de acuerdo con el artículo 128 del C.C., pero para casos de dación de órganos, la capacidad se adquiere a los 18 años, coincidiendo con otro artículo del C.C., referido a la capacidad de testar (artículo 3614 C.C.).

En el caso de la dación de médula ósea la ley 24.193 sic. "Trasplantes de órganos y materiales anatómicos humanos" establece en su artículo 15 que "En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de 18 podrá ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas. Los menores de 18 años de edad podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco consanguíneo".

Como se puede ver, la ley argentina permite la dación por menores de edad cuando se trate de médula ósea y tratándose de los demás órganos a partir de los 18 años de edad, aunque en la jurisprudencia argentina se evidencian casos en los que se permite la dación de órganos por menores de edad.

10.8. Legislación del Brasil.

El decreto N° 879 de 23 de julio de 1993 referido a la dación de órganos humanos establece en su artículo 12 inc. 4 y 5 que:

"O indivíduo menor, irmão ou não de outro com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação para receptor enumerado no &1º, nos casos de transplante de medula ósea, desde que haja consentimento dos seus pais e autorização judicial e não exista risco para a sua saúde". "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula ósea e o ato médico não oferecer nenhum risco à gestante e ao feto".

&1º "A permissão prevista neste artigo limitar-se-á à doação entre avós, netos, pais, filios, irmãos, tios, sobrinos, primos

até segundo grau inclusive, e entre cônjugues. &2º "A doação entre pessoas não relacionadas no &1º somente poderá ser realizada após autorização judicial."

Los artículos enunciados por la legislación brasilera se traducen de la siguiente manera:

"El individuo menor, hermano o no de otro con compatibilidad inmunológica comprobada, podrá hacer una donación para el receptor, enumerado en el & 1º, en casos de transplante de médula ósea, desde que haya consentimiento de sus padres y autorización judicial y no exista riesgo para su salud". "Es vedado a la gestante disponer de tejidos, órganos o partes de su cuerpo, excepto cuando se trata de una donación de tejido para ser utilizado en transplante de médula ósea y el acto médico no ofrece ningún riesgo a la gestante como al feto." &1º "El permiso previsto en este artículo se limita a la donación entre abuelos, nietos, padres, hijos, hermanos, tíos, sobrinos, primos hasta segundo grado inclusive, y entre cónyuges. &2º "La donación entre personas relacionadas en el & 1º solamente podrá ser realizada después de una autorización judicial."

Por lo anteriormente citado, se observa que la dación de órganos en el Brasil es permitida por menores de edad, restringiendo su campo de acuerdo al &1 sólo a familiares consanguíneos y cónyuges y sólo cuando se trate de médula ósea. El artículo 5 de la ley permite inclusive que las gestantes puedan ser dadores de tejido cuando este acto no signifique un riesgo a la salud del feto como a la madre. De esta situación se entiende que aun en el caso en que la gestante no hubiera dado a luz se procederá a extraerle el tejido necesario para que pueda ser implantado, con la condición de que este procedimiento no signifique un daño tanto para la madre como para el feto.

10.9. Legislación chilena.

La ley 19451 del 29 de marzo de 1996, en su artículo 4 establece que sólo los legalmente capaces podrán donar en vida un órgano con fines de trasplante al disponer que: "Podrán extraerse órganos de una persona viva, legalmente capaz, previo informe positivo de aptitud física", esta aptitud física en la legislación chilena debe realizarse por dos médicos distintos a los que vayan a efectuar el trasplante, por otra parte la presente legislación carece de una normativización en los casos de menores de edad, y aún tratándose de tejidos renovables como la médula ósea. Por lo que en Chile los menores de edad, siendo estos menores de 18 años, se encuentran imposibilitados de poder salvar a un familiar consanguíneo cuando éstos sean los únicos dadores posibles.

10.10. Legislación de Puerto Rico.

Ley de Donaciones y Trasplante de Puerto Rico de 2000, Ley No. 325 del 2 de septiembre de 2000, dispone la dación de órganos en sus artículos 6 y 8 de la siguiente manera:

"Artículo 6. (Donaciones; derecho a donar) Cualquier persona de dieciocho (18) años de edad o más y que esté en pleno disfrute de sus capacidades mentales, podrá realizar una donación en vida o cadavérica a cualquier persona, institución o entidad que en virtud de esta Ley quede autorizada a extraer, depositar, examinar o llevar a cabo todo o parte de lo relacionado al estudio o manejo de trasplantes de órganos y tejidos. El donante podrá limitar su donación a uno o más de los propósitos señalados en esta Ley. De igual forma se reconoce a todo individuo el derecho a rehusarse a hacer una donación de órganos o tejidos.

"Artículo 8. (Procedimiento para la donación en vida). La donación en vida podrá efectuarse por persona de dieciocho (18) años o más, mediante declaración jurada ante notario, o mediante la expresión verbal o escrita del donante ante dos testi-

gos sin la concurrencia del notario. Toda donación para trasplante en vida conlleva la autorización de cualquier examen médico necesario. Por lo cual, tal donación estará sujeta a la viabilidad y probabilidad de éxito que reflejen dichos estudios médicos, tomando en consideración el que no se ponga en riesgo la salud del donante y que no se exponga al recipiente a la transmisión de enfermedades.

"La donación en vida podrá ser para un recipiente específico o para ser dispuesta por alguna institución o entidad autorizada en Ley para manejar, mantener, depositar o llevar a cabo todo o parte de lo relacionado a donaciones y trasplantes.

"La donación en vida puede ser revocada en cualquier momento antes de realizada la extracción del órgano o tejido, mediante declaración jurada ante notario o mediante comunicación dirigida al médico cirujano o al director médico de la institución a cargo del trasplante.

"Para fines de esta Ley, el menor emancipado menor de dieciocho (18) años será considerado como adulto al momento de su determinación de donar en vida."

La presente ley considera que las personas pueden ser dadores de órganos a partir de los 18 años, pero abren un margen de dación por los menores de 18 años con la condición de que éstos sean emancipados, la figura jurídica en este caso viene a tornarse forzada, pues cualquier persona que necesite dar un órgano a su familiar consanguíneo y se encuentre imposibilitado de hacerlo por ser menor de edad sólo tendrá que solicitar la emancipación con la finalidad de dar el órgano o tejido necesario.

10.11. Legislación venezolana.

La presente ley de dación de órganos humanos del 3 de diciembre de 1992 sólo permite la decisión de los dadores cuando éstos sean mayores de edad y parientes consanguíneos:

“Artículo 11. Serán admitidos como donantes de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos, con fines terapéuticos, los parientes consanguíneos hasta el quinto grado. El Ejecutivo Nacional, por vía reglamentaria, y oído el parecer de la Academia Nacional de Medicina, la Federación Médica Venezolana y las Escuelas de Medicina de las Universidades Nacionales, podrá determinar otras personas admisibles como donantes de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos, a los fines anteriores.

“Los médicos a cuyo cargo esté la operación de trasplante, informarán suficientemente al donante y al receptor del riesgo que implica la operación y sus secuelas”.

“Artículo 12. Cuando se trate de trasplantes provenientes de un donante vivo, éste deberá: 1. Ser mayor de edad, a menos que se trate de los parientes previstos en el artículo 11.”

De acuerdo con el artículo 12 en su inc. 1 la regla de la dación que tiene que ser sólo por los mayores de edad podría ser cambiada, si el dador consanguíneo en uno de los grados indicados por el artículo 11 se encontrara con una edad que lo colocaría legalmente como un potencial dador, aunque éste sea un menor de edad. Por otra parte, la legislación venezolana no hace una distinción tratándose de médula ósea u órganos dobles, por lo que si fuera un menor de edad el dador, este podría serlo de médula u órgano doble.

10.12. Legislación mexicana.

La norma técnica N° 323 para la disposición de órganos células y tejidos de seres humanos de 1988 (vigente) de la misma manera que la legislación argentina y la de Puerto Rico, entre otras, sólo permite la dación de órganos por personas mayores de 18 años de edad, es así que en los elementos personales que debe contar el dador están delimitados en su reglamento artículo 16 inc. I, estableciendo ciertos requisitos

para ser considerado como dador, uno de éstos está establecido de la siguiente manera: “Inc. I Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta”; por otra parte, el inc. V en su párrafo segundo dispone que: “Tratándose de trasplantes de médula ósea, la Secretaría de Salud podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito al que se refiere el inc. I”. Por lo anteriormente anotado, la legislación mexicana permite la dación a menores de 18 años de edad sólo en el caso de tratarse de médula ósea, quedando restringida la posibilidad de dar un órgano en vida a algún familiar consanguíneo.

10.13. Legislación de Cuba.

La legislación cubana regula la práctica de los trasplantes de órganos en la Ley 41/83 y en el Reglamento de Ley 41/1983 y su Decreto 139/1988. De esta manera en su artículo N° 81 estipula la capacidad de donar órganos a partir de los 18 años de edad, con la condición de que estos mayores de edad tengan todas sus facultades en pleno goce, pero no establece que tengan que contar con una facultad física de igual manera.

Respecto a los menores de 18 años de edad, éstos podrán ser dadores siempre que sus representantes legales complementen la capacidad del menor de edad. Esto significa que los representantes legales, aun no fueran consanguíneos, podrán disponer que el menor de edad que tienen a su cargo pueda ser dador de algún órgano, quitándole todo poder de decisión que podría asumir a raíz de su consentimiento informado.

10.14. Normatividad boliviana.

El Código del Menor abrogado, en su artículo 26 prohibía la donación de órganos por menores de edad. El Código Civil boliviano en su artículo 7 establece que: “los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo, están prohibidos cuando debiendo ejecu-

tarse en vida del donante, pueden ocasionar una lesión grave y definitiva a su integridad física o son, de otra manera, contrarios al orden público o a las buenas costumbres”.

Posteriormente fue sancionada la Ley 1716 de 5 de noviembre de 1996 que en su artículo 6 sólo permite la dación a los mayores de 21 años de edad: “Las ablaciones de órganos, tejidos y células de personas mayores de veintiún años, cuando no le ocasionen menoscabo a su salud, disminución física que afecte su supervivencia o le originen un impedimento considerable, debiendo previamente contar con su consentimiento expreso, libre y voluntario, debidamente registrado en Notaría de Fe Pública, el mismo que deberá quedar documentado en la institución hospitalaria.”

Esta disposición concordada con la normatividad civil referida a la mayoría de edad solo permitía la dación a partir de los 21 años de edad, pero la promulgación del 16 de abril del 2000 modifica esta permisión a partir de los 18 años de edad, pues en su artículo único modifica la mayoría de edad a partir de los 18 años de edad al disponer que: “I. La mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos”.

Esta modificación de la mayoría de edad permite que se pueda ser dador de órganos a los 18 años de edad, pero la legislación boliviana no posibilita que los menores de edad puedan ser dadores de órganos, aun en el caso de receptores consanguíneos. Por otra parte, la legislación boliviana no distingue entre partes regenerables y no regenerables, lo que impide que, aun tratándose de dar un tejido como la médula ósea, este acto de solidaridad humana se encuentra imposibilitado de ejecutarse, trayendo como consecuencia la muerte inevitable de algún familiar consanguíneo.

Es peor la situación tratándose de la dación de órganos no regenerables, pues la ley no lo permite, pero se evidencian casos en los cuales, al margen de las disposiciones legales, se permite la dación de órganos no regenerables a menores de 18 años de edad.

La disposición del cuerpo humano, tal como afirma Manuel Michel,¹⁶⁰ no sólo se refiere como es lógico pensarlo, a la que del suyo hace el dador, sino también a la que hace el receptor; esta disposición está regulada por criterios médicos y lógicamente jurídicos, es así que el Código de Salud boliviano, en su artículo 92 estipula que para realizar el trasplante se requiere el consentimiento del donante y que aquel consentimiento puede ser revocado; el artículo 93 establece que los menores y las mujeres embarazadas en ningún caso pueden ser donantes; el artículo 94 establece también que, en general, los privados de libertad tampoco pueden donar órganos, salvo que sea a parientes consanguíneos. Por otra parte, la Ley de donación y trasplante en su artículo 6 estipula que sólo los mayores de 21 años de edad podrán donar órganos, con la condición de que en vida no signifique un menoscabo a su salud.

Otra norma que era bien proyectada es el artículo 23 del Proyecto de Reglamento de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, puesto en consideración del Honorable Senado de la República en 1985, regulaba que: “Para la donación de órganos y tejidos por parte de seres vivos y con fines de trasplante se deberán llenar los siguientes requisitos: a) que los donantes sean mayores y Tejidos, sólo se encuentran habilitados como donantes los mayores de edad¹⁶¹. La proyección de la disposición analizada permitía que los menores de edad puedan ser potenciales dadores, pero al mismo tiempo no hacía referencia ni limitaba esta facultad, por lo que el menor de edad hubiera podido disponer tanto como para su familiar como para un tercero. En opinión nuestra, el proyecto de ley debería limitar la disposición sólo a los familiares consanguíneos, pues del grado de parentesco y similitud genética depende el éxito del trasplante. Por otra parte, restringiendo la dación sólo a los familiares consanguíneos se puede garantizar que quede desterrada la comercialización de órganos y, por consiguiente, el mercado negro de órganos.

¹⁶⁰ Michel Huerta Manuel, Sánchez Mamant, Elisa, *Trasplantes de Órganos Humanos, consideraciones ética, religiosa, filosófica, jurídicas*, Ed. Tupac Katari, Bolivia, Sucre, 1998, p. 17

¹⁶¹ *Ibid*, p. 17

La restricción existente en Ley 1716, la cual sólo posibilita la dación a mayores de edad, se aleja de la realidad social y médica. En el caso del menor de edad, muy frecuentemente se presenta la situación en la que un hermano tiene el riñón genéticamente idóneo que necesita otro hermano para su supervivencia. En tal sentido, el artículo 23 del primer proyecto de ley, era muy acertado cuando permitía la dación hecha por menores, pues este menor de edad salvaría a su hermano.¹⁶²

Los anteriores fundamentos enunciados nos llaman a la reflexión, es necesario replantear el artículo 6 de la Ley de Trasplantes de Órganos pues se considera ético que un hermano mayor o menor sea dador de órganos para su familiar; al igual que el que lo haga un débil mental, lo que no es correcto y que sirve de base a las restricciones, es el que se lesione irreparablemente la salud biopsicosocial del menor; o que se abuse del incapaz alevosamente, por lo que todo esto le corresponde analizar a la ciencia médica y psiquiátrica si ellas, en casos concretos, certifican que cualquier riesgo es inexistente o mínimo, es moral entonces que se corra ese riesgo para salvar otra vida, si existe la voluntad de dación en el menor.¹⁶³

10.14.1. La autoridad de los padres y del tutor.

De la autoridad de los padres nacen las obligaciones que tienen ellos respecto a sus hijos de velar por su educación, salud, alimentación, etc. Para este cumplimiento los padres poseen la autoridad que les reconoce la ley. En virtud a esta autoridad, los hijos están sometidos a sus padres hasta que llegan a su mayoría de edad.¹⁶⁴ Antes de la mayoría de edad, los menores de edad no pueden ser separados de sus padres sino cuando hay causa legítima.

Los legisladores denominan patria potestad al conjunto de derechos que la ley confiere sobre la persona y bienes del hijo menor de edad no emancipado. Por lo que la autoridad de los padres es un conjunto de derechos naturales y jurídicos del padre y de la madre sobre los bienes de

¹⁶² *Ibid*, pp. 41-45

¹⁶³ *Ibid*, p. 89

¹⁶⁴ Saavedra López Mario, *Manual de derecho de Familia*, Ed. Serrano, Cochabamba, Bolivia, 1996 p. 246

sus hijos hasta la mayoría de edad. (artículo 249 Conc. 245-246-251-255-259-260-276-277 C.F.). Por lo cual, tratándose de dadores de órganos, aquéllos son los que deberán velar por el cuidado de sus hijos, ya sea permitiendo o no la ablación de algún órgano con fines de trasplante para un familiar consanguíneo.

La autoridad de los padres es una institución de orden público que corresponde a los padres, donde la autoridad de los padres es un conjunto de derechos y deberes en bien de los hijos y la tutela es un mandato conferida por la ley a una persona para el cuidado del menor y de los bienes.¹⁶⁵

El Código de Familia en su artículo 251 se refiere al ejercicio de la autoridad de los padres disponiendo que: "La autoridad sobre los hijos comunes se ejerce durante el matrimonio, por el padre y la madre". En caso de ausencia de uno de los padres o suspensión de su autoridad e incapacidad, la autoridad se ejerce solamente por el otro. Esto quiere decir que por ausencia de autoridad de alguno de los padres, el que cuenta con ésta estaría capacitado para dar su consentimiento juntamente con el consentimiento del menor de realizar una ablación de órgano o tejido regenerable en el menor; este acto debería permitirse sólo en el caso excepcional de no contar con otro dador compatible posible, previo examen de un equipo interdisciplinario y mediante la autorización judicial respectiva. Puesto que, de acuerdo con los artículos 255-260 del C.F., que establecen que los desacuerdos entre el padre y la madre se resuelven por el juez con sujeción al procedimiento establecido por el Código de Familia, teniendo en cuenta el interés del hijo. Este interés sin duda alguna, deberá ser valorado plenamente en el caso de que un hermano necesite de un órgano o tejido y si fuere la médula ósea se necesitará tener una compatibilidad genética exacta y ser descendiente de padre y madre en común.

De la misma manera, es importante enfatizar que la armonía y comprensión de la unión matrimonial o de la unión libre o de hecho, es ejercida por el padre y la madre que viven con el hijo, puesto que

¹⁶⁵ *Ibid*, p. 249

el progenitor que no vive con sus hijos mal podría ejercer la autoridad de padre, quedando reducidas sus obligaciones a la pensión alimenticia impuesta por el juez familiar, sin saber certeramente lo que su hijo desea, ya que no vive con él. No obstante, el juez atento al interés del hijo puede confiar su guarda a otra persona, prefiriendo a los parientes próximos (artículo 145 C.F.). En esta situación, de encontrarse un hermano o padre necesitado de la dación de un órgano o tejido regenerable, previo informe de un equipo especializado, y del que ejerce la guarda, el juez debería valorar el consentimiento informado del menor de edad para autorizar o no la ablación. Esta valoración es aún difícil y acorde con las circunstancias del dador y del receptor, pues podría darse el caso de que el receptor fuera hermano, padre o madre.

La autoridad del padre y de la madre comprende, de acuerdo al artículo 258 Conc. 14-174-175-223-261-265, del Código de Familia, en guardar al hijo, corregir adecuadamente su conducta, mantenerlo y educarlo dotándole de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes y el de administrar su patrimonio y representarlo en los actos de la vida civil. Estos deberes y cuidados lógicamente que los ejercitan si el padre o madre se encuentran biológicamente sanos, de no ser así, y siendo que los ingresos económicos de éstos son limitados debido a que sólo uno de los padres es el que trabaja, y dado el supuesto caso en que éste pueda requerir un trasplante de un órgano donde el único dador es el hijo menor de edad, el padre o madre que necesitan el trasplante, no podrán llevar a cabo su deber debido a que existe una prohibición expresa en el ordenamiento jurídico boliviano en el sentido de que sólo los mayores de edad pueden ser dadores de órganos, entonces el padre o madre al fallecer, dejarían la familia desintegrada.

Por consiguiente, la limitación de la ley de trasplantes de órganos y tejidos respecto a la edad del dador imposibilita que los padres, en el caso de encontrarse con alguna enfermedad susceptible de un trasplante, no puedan contar con el único dador posible, su hijo, y si fallece el padre o la madre no podrán suministrarle los recursos necesarios como la alimentación, asistencia médica, vivienda, vestido, etc. Este deber de los

padres que comienza con el nacimiento de los hijos y termina con la educación y oficio de éstos (artículo 264 Conc. Arts. 14-24-258 del C.F.) no podrán, por consiguiente, asegurar la vida futura del hijo, puesto que aun en el caso de que el menor pase a la tutela de un tercero, éste no podrá inculcarle todos los principios éticos y morales, tal como lo ejercitare un verdadero padre o madre.

El análisis de las anteriores normas legales es necesario relacionarlas con el Código del Niño, Niña y Adolescente. En esta norma se consideran aspectos que garantizan el desarrollo pleno de éstos, el artículo 101 establece el derecho a diferentes libertades siendo la más importante para el presente estudio el inc. 2, el cual hace mención a la libertad de opinión y expresión que tenga, y el artículo 103 expresa que el niño o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tome en cuenta sus opiniones.

Concordante con esta disposición interna, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Bolivia mediante Ley N° 1152 del 14 de mayo de 1990, en su artículo 13 establece que: *"El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño"*.

La libertad de expresión a que hace mención el artículo precedente, nos llama a la reflexión puesto que, en la situación de un trasplante de órgano o tejido, deberá en muchas de las circunstancias prevalecer la decisión sobre la base de la libertad de expresión que el menor de edad tenga, posibilitando la dación del órgano o tejido que será trasplantado en su padre, madre, hermano o hermana. De la misma manera, esta decisión deberá ser valorada mediante el consentimiento informado juntamente con la aceptación del tutor, mediante una autorización judicial.

Otro artículo de la Convención que es necesario analizar es el 24, donde se estipula que los Estados reconocen el derecho del niño al disfru-

te del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se comprometen por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los derechos a que hace mención el precepto nos pone en la situación del receptor menor de edad que cuenta con un único dador genéticamente parecido, el mismo que puede ser su hermano menor de edad.

Ante esta situación y respetando la Convención del niño ratificada por Bolivia, se deberá dar una atención prioritaria al receptor permitiendo la dación de su hermano menor de edad. Por otra parte, el artículo 157 del Código del Niño, Niña y Adolescente norma que el niño tiene que cumplir ciertos deberes fundamentales, uno de estos el de defender, cumplir y preservar sus derechos y los derechos de los demás. Los derechos de los demás son, sin lugar a dudas, el de ser escuchados para salvar la vida de su hermano, hermana, padre o madre, norma que tiene como base fundamental el artículo 7 de la Constitución Política del Estado, precepto fundamental el de que toda persona tiene derecho a la vida, la salud y la seguridad. Por lo citado anteriormente, no se puede permitir que a un menor de edad se lo limite para salvar la vida de su familiar consanguíneo, sabiendo que es el único dador genéticamente parecido.

10.14.2. Derecho de representación de la tutela de los menores.

La ley presume, como regla general, la capacidad de las personas. Pero también establece en beneficio de determinadas personas, ciertas incapacidades que producen la nulidad de los actos efectuados o realizados por los menores con la finalidad de que éstos, en el momento de realizar un acto producto de su inexperiencia, pueda ser considerado nulo por la ley, con la finalidad de precautelar su integridad física y su patrimonio económico.

Toda persona para poder actuar en la vida civil debe hacerlo por sí misma o representada por alguien, en este último caso se aplica la representación de los incapaces, que se hace a través de instituciones espe-

ciales para los menores que tuvieron la adversidad de perder sus padres y los otros que están sometidos a la autoridad de los padres, son representados por éstos.

La palabra tutela proviene del latín *tutela*, que quiere decir defensa, protección, amparo de la persona y bienes de un menor o incapaz.¹⁶⁶ La tutela es una institución que tiene por objeto el cuidado y la representación en todos los actos de la vida civil de un menor huérfano y la administración de sus bienes.¹⁶⁷ El Dr. Agustín Aspiazu citado por Saavedra manifiesta que la tutela es un cargo impuesto por la ley para administrar los bienes y cuidar del menor.

De los diferentes criterios señalados, podemos deducir la siguiente definición:¹⁶⁸

La tutela es la Institución legal de orden público que, siendo un mandato y una función, permite la protección, el amparo, los cuidados, la adecuada educación y formación de los menores huérfanos, por lo que la persona que tiene el ejercicio de la tutela en favor del menor, se llama tutor y el menor bajo tutela se llama pupilo.

La palabra tutor procede del latín *tutor tutoris*, en relación con *tutelar* y lleva hoy también el sentido de defensa.¹⁶⁹ Pupilo es el menor huérfano o no, de uno y otro sexo que aún no ha cumplido los 18 años de edad. La palabra pupilo procede del latín *pupillus*, que quiere decir menor huérfano, con referencia a su tutor.¹⁷⁰

Se abre la tutela de los menores al fallecer los padres o cuando éstos por causales señaladas por la ley, pierden su autoridad sobre aquéllos o quedan suspendidos de ejercerla y también, como no podría ser de otra manera, cuando la situación familiar de un menor no se encuentre establecida (artículo 283 Conc.244-247-284-287-324-325-357-440 C.F.).

Asimismo, la tutela se desempeña por el tutor con la supervigilancia e intervención del juez tutelar y de los fiscales (artículo 284 C.F. Conc.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 259

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 259

¹⁶⁷ *Idem*

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 260

¹⁶⁹ *Idem*

¹⁷⁰ *Ibidem*

283 y sgtes. 367-376-381-440-441 C.F.). Por lo que el tutor reemplaza a los padres de los menores huérfanos o no, cuidando de éstos, representándolos en todos los actos de la vida civil y teniendo a su cargo la administración de sus bienes.

Estos bienes son también sin lugar a dudas los bienes extrapatrimoniales referidos a los órganos y tejidos de éstos, entonces el tutor deberá velar por el bienestar del menor. Por otra parte si se diera la situación en la que el menor pudiera ser considerado potencial dador para su hermano, el tutor en este caso podría representarlo ante las instancias correspondientes para evaluar el hecho concreto y determinar la autorización o no de la ablación.

La situación se torna contraria en el caso en que el pupilo desee ser dador para su tutor. En este punto se deberían considerar otros aspectos, como ser la compatibilidad genética, dado que es probable que el tutor y pupilo sean genéticamente compatibles, pero, es más aconsejable que el tutor en caso de necesitar un trasplante agote primero todos los recursos de búsqueda en sus familiares consanguíneos realizando el descarte genético, para que posteriormente, sea admitida la solicitud previa corroboración por parte del juez del menor de que se cumplieron con éstas exigencias, además de la verificación de un equipo interdisciplinario conformado por un psicólogo, un médico, y un psiquiatra, que garanticen que el menor no fue sometido a ningún tipo de presión física ni psicológica para obtener su consentimiento.

La legislación boliviana, en lo que respecta al Código de Familia, establece una serie de sistemas tutelares, siendo éstas la testamentaria, la legítima, la de terceros y la interina (artículos 290, 291, 292, 293).

La tutela testamentaria es la que se establece mediante testamento por el padre o madre sobreviviente del menor. La designación del tutor testamentario es de exclusiva incumbencia del padre o madre que muere, quien designa al tutor mediante testamento como acto de última voluntad. Esta disposición que realiza sólo se refiere al

cuidado que deberá tener el tutor para con el pupilo, pero en ningún caso esta disposición testamentaria tendrá caracteres de autorización para la ablación de algún órgano del menor, por lo que el tutor no puede invadir este campo, debiendo velar por el cuidado del menor tal como si fuera un verdadero padre de familia.

El tutor testamentario, que puede ser pariente o extraño, no puede renunciar por ser la tutela de orden público y de interés social, salvo causas atendibles. El padre o madre que perdió la autoridad sobre sus hijos no puede designar tutor testamentario, ya que si no tuvo capacidad para ejercer la patria potestad, tampoco puede tenerla para designar a la persona responsable para ejercer la tutela, después de producida su muerte.

El Código de Familia, en su artículo 290, bajo el epígrafe «*tutor designado por los padres*», estipula lo siguiente:

«*El juez tutelar debe nombrar tutor, preferentemente al designado por el último de los progenitores que ejercía la autoridad parental. La designación se puede hacer por testamento, por escritura pública o privada reconocida y aun por declaración recibida por el juez tutelar, con la concurrencia de dos testigos*». (Conc. Arts. 291-308-440 C.F.).

La tutela legítima es la que corresponde a los ascendientes y colaterales del menor huérfano. Para el ejercicio de la tutela legítima es necesario que hayan fallecido el padre y la madre del menor y no haya tutor testamentario y se establece con preferencia entre los ascendientes. En defecto de los ascendientes, la tutela corresponde a los parientes colaterales del menor huérfano, con preferencia de grados más próximos hasta el 4º. grado.

El Código de Familia, en su artículo 291, bajo el denominativo de «*Ascendientes y colaterales*» dispone: «*No habiendo designación alguna o si concurrén motivos graves que se opongán al nombramiento de la persona designada, el juez tutelar elige al tutor entre los ascendientes paternos o maternos o bien entre los parientes colaterales o afines del menor, según convenga más al interés de este últi-*

mo". "Se escuchará a los parientes, al menor que pueda manifestar su opinión y al Ministerio Público». (Conc. Arts.287-346-367-440, C.F.).

En la tutela legítima puede darse la situación que el pariente, ascendiente o colateral, necesite ser sometido a un trasplante de órgano o tejido, biológicamente es mucho más probable que el parecido genético sea más compatible que el caso de la tutela testamentaria, donde el tutor puede ser una persona no consanguínea y el factor genético sea totalmente diferente, caso que es menos posible en la tutela legítima, donde de la misma manera deberá procederse a valorar el caso con todas las recaudas señalados por el juez, el médico y el personal especializado.

La tutela de terceros es aquella en la que el juez tiene la facultad de nombrar como tutor a una persona vinculada por relaciones de amistad con el menor o sus familiares, cuidando siempre el interés del menor.

El artículo 292, al respecto, se refiere de la siguiente manera: «En defecto de las personas mencionadas, el juez nombra como tutor a un tercero allegado o amigo de la persona o de la familia del menor teniendo siempre en cuenta el interés de éste». (Conc., Arts. 297-322-440 C.F.).

La tutela de terceros es similar a la tutela testamentaria, donde se puede designar a un extraño para el cuidado del menor. La diferencia radica en que el nombramiento en la tutela testamentaria la realizan el padre o madre y en la tutela de terceros, será el juez quien lo haga. Respecto al campo de la dación de órganos por parte del menor a uno de sus tutores, es poco posible que este sea compatible genéticamente, por lo que en este caso, el menor no deberá ser considerado como dador potencial.

Mientras se elige tutor en la forma señalada por los artículos anteriores, el juez puede nombrar un tutor interino o poner la persona y bienes del menor al cuidado de una institución de la administración pública o de una entidad de asistencia, según convenga, por un plazo no mayor a quince días (artículo 293, Conc. 287-288-440 C.F.).

En esta situación no puede concebirse que el tutor interino en un supuesto caso sea beneficiado con un órgano o tejido por el pupilo, aun éste sea compatible, pues esta excepcionalidad sólo debe estar reservada para

alguna eventualidad que beneficie a algún familiar directo y consanguíneo del pupilo, de no ser así, su preemisión podría estar sujeta a una serie de manipulaciones maliciosas no deseadas. Por otra parte, de cumplirse con los principios y reglas que rigen la práctica del trasplante, se debe tener en cuenta al consentimiento informado que manifieste el dador, previa evaluación de un equipo especializado y la autorización judicial respectiva.

10.15. Jurisprudencia

10.15.1. EE.UU. - Connecticut. Caso Hart vs. Brown (Common Law).

El caso presentado se desarrolla dentro de un contexto en el cual un niño menor de 8 años de edad requería un trasplante de riñón y el posible único dador era su hermano gemelo idéntico. De no procederse al trasplante, las posibilidades de vida del niño enfermo eran escasas, según comenta la Dra. Bergoglio en su obra *Trasplantes de órganos entre personas*.

"El trasplante de riñón permitía avizorar una recuperación exitosa si el órgano era tomado de su gemelo".¹⁷¹

Los padres solicitaron a las Cortes la autorización para la ablación del órgano. La Corte solicitó un informe de un médico psiquiatra, quien consideró que una operación con éxito resultaría positiva para el hermano dador, el cual se sentiría mejor en una familia feliz que en una desolada. Por otra parte, de no procederse a la ablación sería de un impacto psicológico nocivo si el hermano muriese sin causa de su enfermedad por la falta de la intervención. La Corte sostuvo que este argumento era de valor limitado, pero concedió importancia a la opinión de un clérigo, que sostuvo que la decisión de los padres era moralmente sana, concediendo en consecuencia la autorización para la extirpación del órgano.

10.15.2. EE.UU.-Kentucky. Caso Struk vs. Struk.

Una situación semejante en lo que respecta a la capacidad mental de una persona en la cual el enfermo necesitaba un trasplante de riñón y su hermano, débil mental, era el único miembro de la familia compatible.

¹⁷¹ Bergoglio, *Los trasplantes de órganos entre Personas*, Ed Hammurabi Bs As., Argentina, 1992, p. 41

La madre solicitó a la Corte la autorización de la ablación, la Corte concedió la autorización basándose en el dictamen psiquiátrico que aconsejó la dación y estimó que al hermano, de 27 años de edad cronológica con un coeficiente mental de seis años, le aparecerían sentimientos de culpa en el caso de que su hermano falleciera sin efectuarse el trasplante.

*"Bowker considera que si estos planteos se hubieran realizados en Québec, la solución en ambos casos hubiera sido distinta, ya que el Artículo 20 no permite que el mayor incapaz o el menor sin discernimiento sea autorizado a disponer por medio de sus representantes legales"*¹⁷²

Por otra parte la legislación de Québec establece que la persona que va a disponer de algo de su cuerpo tiene que tener discernimiento, por lo que posiblemente ninguno de los fundamentos hubieran servido para la ablación de uno de los órganos y solo hubiera prevalecido el discernimiento evaluado en cada caso concreto.

10.15.3. EE.UU.—Massachusetts. Caso Masden vs. Harrison.

El hospital donde se procedería a realizar un trasplante solicita la autorización a la Corte para realizar una ablación de riñón de un menor de edad de 14 años de edad. La Corte, sin considerar el consentimiento del dador decide que la operación debe permitirse aun sin el consentimiento de sus padres, esta decisión que es frecuente en los países del Common Law, debido a que se maneja el criterio de los "mejores intereses", puesto que, según esta teoría, la dación traerá mayores beneficios psicológicos a la persona que posibles riesgos físicos. Basado en este criterio se procedió a extraer el órgano del menor de edad para ser implantado en su receptor.¹⁷³

10.15.4. Argentina. Caso Sagur y Dib.

CS, noviembre 6-980. - Saguir y Dib.

Opinión del Procurador General de la Nación.

A fs. 30 se presentaron J. S. y N. A. D. de S., por sus propios

¹⁷² Idem

¹⁷³ *Ibid*, p. 118

derechos, en su carácter de padres de la menor C. G. S. y D. y solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano J. I. S. y D. Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que ha sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era C. G., quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo «A» es decir: histoidéntico. Como fueron informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, es que efectúan esa presentación. A pedido de la jueza, a fs. 34/41, se produjo un dictamen de los médicos forenses, cuyas conclusiones a esa época resultan las siguientes: 1) El estado de J. I. S. es de crónica gravedad, no obstante debe tolerar físicamente una espera hasta el día 30 de diciembre de 1980 (fecha en que la donante cumplirá los 18 años), sin que se practique dicho trasplante; 2) El peligro de muerte existe en el paciente desde que se diagnosticó la enfermedad, causa de la insuficiencia renal bilateral; 3) Para evaluar las consecuencias inmediatas y futuras, al realizar la ablación de un riñón de una menor de 17 años, debe considerarse: a) Si la menor posee suficiencia renal en cada uno de sus riñones, por lo que se deberá hacer el estudio de éstos por separado, luego de descartar que no es portadora de riñón único; b) De todos modos, la dadora quedará con una debilitación permanente de una función de vital importancia para su futuro como mujer; 4) El porcentaje de éxito respecto a la parte técnico-quirúrgica puede ser alto, no pudiendo informar lo mismo respecto al

futuro y a la evolución. A este respecto, según las estadísticas del VIII Informe del Registro de Trasplantes para el año 1968-69, al año de sometido a la operación, había un 78 % de éxito y a los dos años un 75 %. Sólo las 2/3 partes de los pacientes receptores efectuaron una actividad normal; 5) De acuerdo a la ley de trasplantes cardíacos, es el Centro Unico Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI), perteneciente a la Secretaría de Estado de Salud Pública, el que puede disponer de los órganos cadavéricos para su trasplante.

A fs. 51 se produjo el dictamen de la asesora de Menores quien, con fundamento en el Artículo 13 de la ley 21.541, por considerar que en el caso concreto la menor no estaría capacitada para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano tan vital como un riñón, ni tampoco sus progenitores, trastornados emocionalmente por el sufrimiento de su otro hijo y con base en las conclusiones del peritaje médico, aconsejó negar la autorización solicitada.

A fs. 65 los padres de los menores impugnaron el dictamen médico y las conclusiones de la asesora de Menores, efectuando extensas consideraciones de contenido médico en cuanto a la necesidad inminente de un trasplante y a los escasos riesgos que se provocarían en el dador. Invocaron asimismo argumentaciones de tipo ético y legal.

A fs. 78 obra un nuevo dictamen de los médicos forenses quienes insistieron en su posición anterior, desaconsejando la autorización.

A fs. 82 hay un resumen de historia clínica del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos en donde se informa respecto al estado actual del enfermo y se llega a la conclusión de que refleja una tendencia al desmejoramiento progresivo.

A fs. 85 la jueza interviniente dictó sentencia y, con fundamento en la minoría de edad de la pretensa donante y lo dispuesto por los arts. 55 y sigts. del Cód. Civil y los arts. 11, 12 y 13 de la ley 21.541, resolvió denegar la autorización para que la menor

done uno de sus riñones.

Apelada dicha sentencia, a fs. 99 se produjo un nuevo informe del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos sobre la salud del menor, en el que se afirmó que la posibilidad del trasplante renal debía ser evaluada de inmediato. no aportándose nuevos elementos de juicio.

El asesor de Menores de Cámara, por razones coincidentes con las de la asesora de Menores de 1ª instancia y de la jueza interviniente, solicitó el rechazo de la autorización.

A fs. 101/105, por el voto de la mayoría de la sala A de la Cámara en lo Civil, fue confirmada la sentencia. El vocal doctor de Igarzábal, en su voto en disidencia, sostuvo una posición favorable a la concesión de la autorización.

Contra este último pronunciamiento, se interpuso a fs. 108/116 recurso extraordinario federal. Los fundamentos de dicha apelación son: 1) Que la Cámara de Apelaciones se apartó y negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad. Se afirma al respecto que el artículo 13 de la ley 21.541 no prohíbe la donación de órganos en vida a los menores de 18 años sino que —se argumenta— éstos pueden donar igualmente un órgano, aunque previo consentimiento de sus padres y autoridad judicial. Se invoca el artículo 19 de la Constitución Nacional. Finalmente, se expresa que no existe mayor diferencia entre una menor de 18 años recién cumplidos y, como en el caso de autos, una menor de 17 años y 8 meses de edad. 2) Que los jueces se apartaron de la ley 21.541, toda vez que se basaron en el dictamen de médicos no especialistas y desecharon la opinión del equipo de médicos que habría de operar a los menores, que son los únicos autorizados por la mencionada ley, para efectuar los trasplantes. 3) Que existe arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que —se arguye— aquélla sólo tiene fundamento aparente toda vez que los jueces, dicen los recurrentes, se basaron para arribar a sus conclusiones en fundamentos dogmáticos y extralegales. Afirmar, además, que pese a haber existido una entrevista personal entre la donante y el tribunal, este

último arribó a la conclusión denegatoria de la autorización, pero sin expresar las razones fundamentales que tuvo para llegar a esa conclusión final. Invocan violación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y, por ende, solicitan que V. E. otorgue la autorización solicitada.

A fs. 117 el *a quo*, por considerar que la cuestión debatida en autos suscitaba gravedad institucional, concedió el recurso extraordinario

Buenos Aires, noviembre 6 de 1980.

Considerando:

1°) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1ª instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor C. G. S. y D., en su representación, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116, en el cual sostienen que el fallo del *a quo* es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del artículo 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2°) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (artículo 13, ley 21.541) ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, t. 255, p. 360; t. 258, p. 75; t. 281, p. 146; causa «Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza» del 31 de julio de 1980 -Rev. La Ley, t. 112, p. 709; t. 116, p. 13; t. 146, p. 687, fallo 28.856, t. 1980-D,

p. 394). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690). Sobre tales bases no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte.

3°) Que según resulta de autos, el menor J. I. S. y D., que nació el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el artículo 3 de la referida ley informa a fs. 99: «Creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dada la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos» y el jefe del equipo médico que realizaría la operación de trasplante expresa en su declaración ante esta Corte «que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte».

4°) Que corresponde, en primer lugar, señalar debidamente las particularidades de orden fáctico que surgen de las constancias de autos con respecto a la operación en sí misma y a sus eventuales consecuencias para el receptor y la dadora.

El informe de los médicos forenses carece de las necesarias conclusiones asertivas en su fundamentación, habida cuenta de que la casi totalidad del dictamen se compone de interrogaciones que no permiten extraer consecuencias con fuerza de convicción.

Al iniciar la serie de esos interrogantes dicen los médicos forenses: «...pero nos preguntamos y preguntamos a los facultativos intervinientes» y al terminarla expresan: «estimamos que todas estas preguntas deberán responder los médicos del equipo quirúrgico a los padres del paciente y de la probable y futura dadora...»

Frente a la situación reseñada y a la urgencia en resolver esta causa ante el riesgo de muerte del receptor, esta Corte citó inmediatamente y con habilitación de días y horas al jefe del equipo médico que se encargaría del trasplante, y le efectuó una serie de preguntas y pedidos de explicaciones, que constan en el acta de fs. 131/132.

5°) Que sobre la base de los elementos de juicio que obran en la causa, este tribunal acoge con fuerza de convicción bastante para llegar a una certeza moral suficiente para adoptar una decisión conforme a la naturaleza y características del caso, las siguientes conclusiones:

a) Desde el punto de vista inmunológico la compatibilidad entre dador y receptor es buena; uno y otro son histoidénticos, lo cual permite la viabilidad del trasplante y aleja la posibilidad del rechazo.

b) De no haber rechazado luego de la operación, el receptor podría llevar una vida normal y el «medio interno» se soluciona con la operación de trasplante.

c) Se puede descartar que el receptor tenga en la actualidad alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente al nuevo riñón.

d) Que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte.

e) Que por la experiencia personal del declarante le constan casos de personas que han vivido hasta 13 años con riñón trasplan-

tado, pero la experiencia mundial registra casos de personas que han vivido 25 años, no pudiendo registrarse mayores lapsos porque tales operaciones comenzaron a realizarse hace aproximadamente 25 años.

f) Que con anterioridad al trasplante se reactualizarán los exámenes inmunológicos a fin de asegurar la improbabilidad del rechazo, así como también, se volverán a evaluar la situación del receptor en cuanto a su osteopatía, polineuropatía, estado cardiovascular, etc., y también el estado anatómico y funcional de los órganos urinarios a fin de determinar su capacidad de funcionamiento. La última vez que examinó al paciente—alrededor de mes y medio—llegó a la conclusión que se estado físico era capaz de soportar la operación y el post-operatorio.

g) Con respecto a la dadora, expresa el declarante que: «... los riesgos de la intervención que requiere la ablación son remotos dado el estado de salud de la menor. La internación en general es de una semana. La vida de los dadores con un sólo riñón es plenamente normal y no significa ninguna invalidez. Los inconvenientes podrían derivar de un accidente que sufriera en el único riñón. El riñón subsistente no está especialmente expuesto a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos. La dadora podrá llevar vida normal en su matrimonio y maternidad».

h) Agrega el médico en su declaración que, a su juicio, la menor donante es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente libre, apreciación que coincide en un todo con la obtenida por los suscriptos en la detenida conversación que mantuvieron a solas con la menor y posteriormente con sus padres, según acta de fs. 128. Asimismo dejan constancia los suscriptos de su convencimiento de que no media inestabilidad emocional en la menor donante en cuanto a su firme y serena decisión, como tampoco inexperiencia para valorar las consecuencias de sus actos ni dependencia de factores externos: basta señalar su espontánea manifestación de que, sin cono-

cimiento de sus padres, concurrió a hacerse todos los exámenes y análisis necesarios para establecer su compatibilidad para el trasplante de un riñón a su hermano y, al concluirse que aquélla era total, sólo entonces comunicó a sus progenitores la decisión de donar su riñón, circunstancia ésta que luego ratificaron sus padres. Con lo expuesto precedentemente en este párr. h) se puede dar por satisfecha, con intervención de los órganos jurisdiccionales, la especial protección jurídica de la menor referida en el artículo 11 y en la nota de elevación del proyecto de la ley 21.541. No existiendo en autos prueba fehaciente que haga poner en duda la opinión del equipo especializado que realizaría el trasplante, como primera conclusión de lo expuesto en este considerando, cabe afirmar —dentro de la limitación propia de las previsiones humanas en cuestión tan delicada como la que aquí se trata— que en tanto el menor J. I. está en una situación actual y permanente de riesgo de muerte, la ablación del riñón a su hermana C. G., aparte de ofrecer sólo riesgos remotos propios de toda intervención quirúrgica, no le produciría ninguna invalidez y podría llevar una vida plenamente normal, incluso en su eventual matrimonio y maternidad.

6°) Que sentado lo que precede en cuanto a las circunstancias fácticas de la causa, corresponde abordar la interpretación de la norma específica en la materia a fin de conjugarla con aquéllas y con el todo orgánico del ordenamiento jurídico. El artículo 13 de la ley 21.541 establece: «Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...». A la dadora, en el caso, le faltan a la fecha dos meses para cumplir la edad señalada por la ley.

El *quid* del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se

desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

7°) Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de «afianzar la justicia» enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos, t. 249, p. 37 y sus citas. Rev. La Ley, t. 104, p. 29. con nota de Próculo).

8°) Que, sobre la base de las pautas orientadoras expuestas, cuadra señalar ante todo que si bien la ley 21.541 se preocupa de precisar las distintas condiciones que han de cumplirse para la procedencia del trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no puede dejar de tenerse pre-

sente que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos, que considera son ya de técnica corriente y no experimental (conf. artículo 2, ley 21.541). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (advértase que en la nota al artículo 16 del Cód. Civil, que remite a los principios generales del derecho, el codificador expresa: «Conforme al artículo 7 del Cód. de Austria», y éste se refiere a «los principios del Derecho Natural»; vide igualmente el artículo 515 y su nota). No es menos exacto, ciertamente, que la integridad corporal es también un derecho de la misma naturaleza, aunque relativamente secundario con respecto al primero, por lo cual la ley de la materia se ocupa de las condiciones que debe reunir el dador (artículo 13).

Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro. La cuestión radica, entonces, en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico.

9°) Que en cuanto a lo primero baste con hacer remisión al consid. 5° de la presente y a la conclusión de su último párrafo, de lo que cabe deducir que frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado.

10) Que en cuanto a lo segundo cuadra reconocer, por cierto,

que el límite de edad establecido en el artículo 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica.

Sin embargo, cabe observar en primer lugar que la norma citada no prohíbe suplir la ausencia del citado requisito de edad por el asentimiento expreso de sus padres —como ocurre en el caso— o por la venia judicial, situación que no puede dejar de tenerse especialmente en cuenta en las singulares circunstancias de autos en que a la dadora le faltan sólo dos meses para llegar a cumplir los 18 años y en ese lapso la vida de su hermano receptor está expuesta permanentemente al riesgo de muerte. Frente a esta última situación, el tribunal no puede dejar de expresar su convicción de que cumplidos esos dos meses la menor mantendría su consentimiento, argumento corroborante que sólo adquiere validez, por cierto, frente al derecho a la vida de su hermano gravemente amenazado en ese lapso. Nada indica razonablemente que en sólo dos meses la madurez psicológica, el grado de discernimiento, responsabilidad y estabilidad emocional de la dadora (v. nota de elevación del proyecto) pueda experimentar un cambio relevante. En este orden de ideas cabe recordar lo dispuesto en el artículo 921 del Cód. Civil en cuanto al *discernimiento de los menores adultos* y los arts. 58 y 62 relativos al modo y alcance de suprimir los impedimentos de la incapacidad y que la representación se extiende a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados, con lo cual cobra fuerza la razón expuesta sobre la base de que la ley 21.541 no prohíbe a los padres completar el asentimiento de la menor dadora (conf. artículo 19, inc. 3 in fine, ley 17.132). Por lo demás, conforme lo expresado en el considerando 5° apartículo h) y en el presente, es válido concluir que se encuentran reunidos los requisitos de los actos voluntarios previstos en el artículo 897 del Cód. Civil. Por otra parte, debe recordarse que la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad la

excepción y que éstas han de ser expresas y de interpretación restrictiva, principio que, conforme a las excepcionales particularidades de esta causa, tantas veces reiteradas y a las normas jurídicas citadas, ha de ser tenido especialmente en cuenta en la solución de este caso, máxime frente al consentimiento de los padres y a la intervención de la autoridad jurisdiccional.

11) Que aparte del fin primordial de la ley de la materia a que se hizo referencia en el consid. 8º, es particularmente digno de tenerse en cuenta que del artículo 13 de la ley 21.541 surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el artículo 14 bis de la Carta Magna en cuanto enuncia la garantía de "la protección integral de la familia"; en este aspecto de la cuestión no sería razonable desconocer la relevancia que tiene en el caso la conformidad con el trasplante de parte de ambos progenitores y de los hermanos, dadora y receptor. Tampoco cabe prescindir de la ejemplar generosidad, muestra de amor fraterno y unión familiar que implica la espontánea decisión de la dadora, con suficiente discernimiento –según se dijo–,¹⁷⁴ actitud que el derecho no puede reprobar si se tienen presentes los fundamentos morales del orden jurídico.

12) Que no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible

¹⁷⁴ Vid. Supra

con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doctr. de Fallos citados en los consid. 2º y 7º y Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690, con nota de Prócuro)

13) Que la conclusión a que se arriba guarda validez en tanto se cumplan previamente al trasplante, con resultados favorables, los exámenes y estudios a que se hizo referencia en el apartado f) del consid. 5º, sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y subsistiendo la facultad de revocar su decisión por parte de la dadora, conforme al 2º párrafo del artículo 13 de la ley 21.541. Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja sin efecto la sentencia recurrida, y, atento a la urgencia del caso, **se autoriza a la menor C. G. S. y D. a que se le practique la ablación de uno de sus riñones para ser implantado a su hermano J. I. S. y D.** en las condiciones establecidas en el consid. 13 (artículo 16, 2ª parte, ley 48). -Adolfo R. Gabrielli.-Abelardo F. Rossi. -Pedro J. Frías (según su voto). -Elías P. Guastavino (según su voto).

Considerando:

1º) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1ª instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor C. G. S. y D., en representación de aquélla, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116 en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del artículo 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2°) Que como lo pone de relieve el auto de fs. 117, media en el caso interés institucional. Por estar afectadas la integridad corporal de la dadora y la vida y salud del receptor, no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza (doctrina de Fallos, t. 257, p. 132 -Rep. La Ley, t. XXIV, p. 1375, sum. 187-, entre otros). Todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte (doctrina de Fallos, t. 260, p. 114 -Rev. La Ley, t. 117, p. 551-).

3°) Que según resulta de autos, el menor J. I. S. y D., nacido el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el artículo 3° de la referida ley, informa a fs. 99: "Creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dado la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos".

4°) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (artículo 13, ley 21.541), que no ha sido atacada de inconstitucional, ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las particulares circunstancias de la causa, pues la admisión de soluciones notoriamente injustas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, t. 255, p. 360; t. 258, p. 75; t. 281, p. 146; causa "Mary Quant Cosmetics Limited c. R. L. Salvarezza" del 31 de julio de 1980). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices

más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690, con nota de Próculo).

5°) Que importa destacar que la regla general -fundada en el esencial respeto a la libertad y a la dignidad humana- es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos, y ello con más razón respecto a los derechos de la personalidad.

Las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico (artículo 19, Constitución Nacional, 53 y 62, Cód. Civil). No pueden, por lo demás, extenderse por analogía los impedimentos o restricciones de la capacidad. Aún las denominadas incapacidades de hecho deben estar consagradas en normas legales y no han de establecerse irrazonablemente, sino conforme a los valores humanos trascendentes y con arreglo a las garantías de la Constitución Nacional. Como ya se ha dicho, en el caso se trata de armonizar la integridad corporal de la dadora con la vida y la salud del receptor. Todos ellos son derechos de la personalidad que preexisten a cualquier reconocimiento estatal. El Estado y sus leyes, sin embargo, no se desentienden de los mismos. Por su naturaleza se acentúa la protección en múltiples aspectos, se sanciona su violación y se dilucidan cuestiones dudosas y conflictivas. La existencia de tales derechos ha sido reconocida ya en la nota al artículo 2312 del Cód. Civil, cuando dice: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc...", y también han sido objeto de numerosas normas legales posteriores. Mientras algunos derechos de la personalidad humana tienen un régimen

minuciosamente previsto en las leyes, otros, por el contrario, se caracterizan por su imprecisión. Las dificultades son causadas por la falta de sistematización de las normas respectivas y, desde otro punto de vista, por los adelantos de la ciencia y de la técnica, que suscitan riesgos y generan, al mismo tiempo, esperanzas de mejorar la salud y el bienestar general.

6°) Que C. G. S. y D. nacida el 30 de diciembre de 1962 goza de discernimiento conforme a los arts. 127 y 921 del Cód. Civil. No surge de autos que ella padezca de ignorancia, error o dolo que obsten a su intención, ni que se encuentre afectada su libertad con relación al acto de ablación en vida que motiva la causa. En la audiencia de comparecencia personal, se pudo verificar también que la referida menor ha comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quiere someterse y que no ha sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos; circunstancias que fueron corroboradas en la audiencia de fs. 131 por el tribunal. De todo ello cabe concluir que se encuentran reunidos los elementos de los actos voluntarios establecidos en el artículo 897 del mismo cuerpo legal y que está satisfecha la exigencia del artículo 11 de la ley de trasplantes en cuanto se refiere a la comprensión del acto.

7°) Que el artículo 13 de la ley 21.541 establece, en lo que aquí interesa, que: "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuese con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo..."

Tanto la reducción del límite respecto a la regla general de mayoría de edad, como la autorización de trasplantes directos entre seres humanos vivos encuentra justificación en los principios de solidaridad familiar y protección integral de la familia, pues tal especie de práctica quirúrgica sólo es lícita respecto a los integrantes de aquélla en su sentido más genuino

y directo. El citado precepto legal únicamente contempla la hipótesis de dación de órgano dispuesta por el menor que tiene 18 años, por sí mismo. La cuestión a decidir es si resulta arbitrario interpretar que una persona muy próxima a alcanzar dicha edad –faltándole para ello menos de 4 meses al tiempo de la sentencia recurrida– no pueda disponer válidamente la cesión de un riñón, con asistencia de los padres o de los jueces, en las graves circunstancias de autos, donde deben conciliarse los derechos personalísimos de dos hermanos: el derecho a la vida del receptor y el derecho a la integridad corporal de la dadora, justificando la defensa de aquél un amplio respeto de la voluntad del donante.

Ante todo debe observarse que la norma no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial. Si bien por principio la incapacidad para realizar actos de carácter personalísimo no sería susceptible de ser superada por los representantes legales, corresponde señalar que dicha regla no se opone a que la voluntad de ciertos incapaces -voluntad que en el caso existe conforme lo expuesto en el consid. 6°- y que es esencial a los fines de resolver lo discutido, sea integrada mediante el asentimiento de sus progenitores o autorización judicial. Tal lo que surge, por ejemplo, del artículo 10 de la ley 2393 para la celebración del matrimonio y del artículo 19, inc. 3°, de la ley 17.132, e inclusive –dejando a salvo lo concerniente a su valoración moral o validez constitucional– del artículo 86, inc. 2° del Cód. Penal (texto según ley 21.338).

8°) Que si bien la ley 21.541 precisa las distintas condiciones que han de cumplirse para permitir el trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no debe omitirse que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida

del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos (conf. artículo 2 de dicha ley). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho de la persona humana preexistente, como se ha dicho, a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes.

9º) Que la plena satisfacción de la garantía constitucional de protección integral de la familia instituida por el artículo 14 bis de la Ley Suprema —*ratio* del precepto legal analizado y en cuya perspectiva debe final y fielmente ser aplicado—, los principios generales a que se ha hecho referencia en los consids. 4º y 5º, la solución legal para casos de cierta similitud como son los recordados anteriormente e inclusive la literalidad misma del artículo 13 de la ley 21.541 que no prohíbe suplir la falta de edad por medio de la autorización paterna o judicial, conducen de acuerdo a los criterios previstos en el artículo 16 del Cód. Civil y la índole especial de los derechos en juego atento las muy particulares circunstancias de esta causa, a una solución opuesta a la adoptada por el *a quo*. En efecto, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos. t. 241, p. 277 -Rev. La Ley, t. 93, p. 449, con nota de Nerva).

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos

que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compecede con la misión de administrar justicia (doct. de Fallos citados en los consids. 2º y 4º y Fallos, t. 234, p. 482; t. 241, p. 277 y t. 249, p. 37). Ello es congruente con el reconocimiento de valor fundamental del gesto de virtud, solidaridad familiar y amor fraternal que representa la voluntaria ablación de un órgano propio, precedido por el no menor ejemplo materno. Los hechos probados en la causa descartan todo interés subalterno, pues no se trata sólo de disminuir el dolor sino de intentar la conservación de la vida de un hermano después de agotados los otros recursos de la ciencia (artículo 2, ley 21.541). Contribuye a fundar esta solución la calificación de los trasplantes de riñón como "técnica corriente" (artículo 2, ley 21.541 y artículo 2, dec. reglamentario 3011/77), que el paciente J. I. S. y D. haya estado sin éxito en espera de un riñón cadavérico desde el mes de agosto de 1978, y asimismo, el brevísimo tiempo faltante para que C. G. S. y D. cumpla la edad que le permitiría decidir por sí sola la ablación, circunstancia esta última que no autoriza a suponer una modificación sustancial de su madurez psicológica y estabilidad emocional. Las particularidades indicadas en el consid. 3º han sido corroboradas por el doctor R. al declarar que el citado J. I. S. y D. estará expuesto al mismo riesgo de muerte en los 2 meses próximos, que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que

la cánula de Thomas, y que el tratamiento de diálisis a que está sometido por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte. Además, no existen en autos datos ciertos que pongan en duda la opinión del equipo médico especializado respecto a la viabilidad de la operación. Por el contrario, en la referida audiencia el jefe del equipo propuesto para efectuar la ablación, suministró información suficiente respecto a la viabilidad del trasplante desde el punto de vista inmunológico por ser dadora y receptor histoidénticos, precauciones que se toman antes de su realización e inexistencia en el receptor de alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente el nuevo riñón. Fundamentalmente, en lo que concierne a la dadora, informó que son remotos los riesgos de la ablación dado su estado de salud, normalidad de la vida de los dadores con un solo riñón, no estar expuesto específicamente el riñón subsistente a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos, y la posibilidad de la dadora de llevar vida normal en su matrimonio y maternidad.

Por último, las distintas constancias y actuaciones de la causa han permitido al tribunal convencerse de que no media en la donante inestabilidad emocional ni, como se ha dicho, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, satisfaciéndose con la intervención de los órganos jurisdiccionales la especial protección jurídica del menor aludida en la nota de elevación de la ley 21.541.

10) Que la solución alcanzada, siempre que los estudios inmediatamente previos a la operación sean favorables, es sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y sin defecto, asimismo, de la facultad de revocar o arrepentimiento que establece el artículo 13, 2º párrafo, de aquella ley.

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja

sin efecto el fallo apelado; y, atento a la urgencia del caso se autoriza a la menor C. G. S. y D. a que se le practique la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano J. I. S. y D. en las condiciones establecidas en el consid. 10 (artículo 16, 2ª parte, ley 48). - Pedro J. Frías. - Elías P. Guastavino

El presente caso es muestra de la realidad mundial en que se encuentran varias personas esperando un trasplante renal, pudiendo la demora resultar fatal a consecuencia de la escasez de órganos y de las normas restrictivas. El discernimiento de las personas en este caso viene a resultar una solución no solo para los menores de edad, sino también para los mayores que, de tener una aptitud legal como es la mayoría de edad, puede estar restringida por carecer de discernimiento; en los casos en que un menor de edad tenga discernimiento, de acuerdo a la legislación argentina, queda suprimido el impedimento de la incapacidad de dar órganos. Por otra parte, conmueve al ánimo del juzgador quien se apoya en principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra sociedad, uno de estos el derecho natural a la vida que se abre paso por encima del derecho de los hombres.

10.15.5 Estudio de casos en Cochabamba.

Caso No. 1.

El presente caso se dio en la ciudad de Cochabamba, con un paciente de 40 años de edad que sufría de una insuficiencia renal terminal y había sido sometido a una serie de procedimientos médicos para poder mejorar su estado de salud.

Con el tiempo, el tratamiento que se le realizaba tuvo que incrementarse porque el paciente no respondía adecuadamente a éste por causa de un deterioro progresivo en su salud. Ante tal eventualidad

dad, la única alternativa que se presentaba para poder salvar su vida era un trasplante de riñón.

Posteriormente, al decidir esta alternativa se procedió a seleccionar el posible dador del órgano, y se buscó entre sus familiares consanguíneos un dador que genéticamente fuera parecido al receptor. Los potenciales dadores que se presentaron fueron dos de sus hijos mayores de edad, pero ninguno era genéticamente compatible con el receptor; entonces se acudió a otros posibles dadores no consanguíneos, pero no se pudo encontrar ninguno posible; con el transcurso del tiempo la salud del receptor se encontraba en un estado más crítico.

Al presentarse esta situación se vio en la necesidad de acudir a la hija menor de edad (20 años) para realizar los exámenes respectivos entre éste y su padre, con el resultado de que ambos eran genéticamente compatibles, pero al ser la hija menor de edad carecía de capacidad para tomar la decisión de realizar la dación para su padre consanguíneo.

Al no poder realizar dicha liberalidad a causa del derogado artículo 26 del Código del Menor que prohibía dicha ablación por un menor de edad, se tuvo que suspender el trasplante por el lapso de un año. El día 6 de junio de 1994, un día antes de que la menor cumpliera 21 años de edad, fueron internados en uno de los centros que realizan este tipo de intervenciones y al día siguiente cuando la menor adquirió la mayoría de edad, con su consentimiento pleno y el de su padre, se procedió a realizar el trasplante de riñón.

Es necesario cuestionar esta situación porque, en el transcurso del tiempo en que se esperó que la menor llegara a la mayoría de edad, el receptor se deterioró considerablemente y pudo haber llegado a fallecer. Su recuperación post-quirúrgica fue muy larga, situación que se pudo haberse evitado si se hubiera procedido a realizar el trasplante en el momento adecuado.¹⁷⁵

Caso No. 2.

En el año 1990, un paciente de 43 años es diagnosticado con una insuficien-

¹⁷⁵ Fuente: Entrevista obtenida con el Dr. Silvestre Arze representante del equipo médico de trasplante del Centro Médico Boliviano Belga Cochabamba-Bolivia, 2001

cia renal crónica moderada, se mantiene estable durante los cuatro años siguientes, tiempo en el cual los médicos tratantes esperan poder realizar el trasplante renal de cadáver, puesto que no se cuenta con un familiar consanguíneo capaz de realizar la dación de un riñón.

El informe de la Caja Nacional de Salud, evaluando al paciente, sugiere que el trasplante debería efectuarse necesariamente antes de 1996, para así permitirle una rehabilitación plena, ya que es un paciente motivado con deseos de vivir, superarse y seguir cumpliendo su rol en la sociedad. Posteriormente, se ve la posibilidad de que, al no existir un dador cadavérico y tampoco uno vivo no consanguíneo mayor de edad, y después de haber evaluado a más de 36 potenciales dadores entre familiares y amigos, hasta ese momento ninguno inmunológicamente compatible, salvo su hija mayor que contaba con 16 años de edad y viendo el deseo de ésta de realizar la dación de un riñón para su padre, se le realizó un examen médico que determinó su buen estado de salud; entonces se procedió a realizarle un examen psicológico, mediante el cual resulta evidente que la menor es madura psicológicamente y está preparada para cederle a su padre uno de sus riñones.

La Caja Nacional de Salud, posteriormente, realiza un informe médico del paciente y de la menor, mediante el cual sugieren que al no existir otro dador potencial y al ver que la salud del enfermo es cada día más crítica, se proceda al trasplante renal previa autorización respectiva de las autoridades pertinentes.

El Colegio Médico, por su parte y en sujeción al artículo 7, Inciso II del C.C., que dispone su opinión previa para autorizar la realización del trasplante de órganos, emite su aprobación, desde el punto de vista estrictamente médico.

A su vez, el Organismo Nacional del Menor, Mujer y Familia, a solicitud de los padres de la menor, autoriza dicho trasplante apartándose de las normas vigentes de entonces, y apoyándose en la Convención sobre los Derechos del Niño que se refiere al respeto de la opinión de los niños y adolescentes, posibilitando así la voluntad de la menor de salvar la vida de su padre.

De esta manera, se procede al trasplante de riñón, teniendo como dadora la menor de 16 años de edad, aunque existió un desconocimiento de las normas pertinentes en el artículo 26 del Código del Menor, pero se hizo más énfasis en la posible crisis familiar que podría desencadenarse por un posible fallecimiento del jefe de familia, que era el único que contribuía económicamente a la subsistencia del núcleo familiar.

Por su parte, la Constitución Política del Estado, en el Título V, correspondiente al Régimen Familiar, garantiza la protección del Estado a la familia. En el caso aquí referido, estando el paciente destinado a morir, si no hubiera recibido el trasplante de riñón, su familia habría quedado totalmente desprotegida, tanto económica como afectivamente.

En cuanto al examen psicológico, se pudo evidenciar que la menor de edad estaba madura psicológicamente, y que la decisión que tomó era libre y espontánea, sin ninguna presión psicológica.

Todos los aspectos referidos, que se tomaron en cuenta, permitieron realizar el trasplante solicitado por los padres de la menor, y el desarrollo del caso planteado se realizó de la siguiente manera:

Informe Clínico. Paciente/ HC / Fecha/ Dr. /. El paciente de 43 años es portador de una insuficiencia renal crónica en estado avanzado, la misma que está siendo controlada mensualmente en nuestra Institución y en la Caja Nacional de Salud. Antecedentes personales / Antecedentes familiares / Antecedentes patológicos: Probable glomerulonefritis crónica desde la juventud con hipertensión arterial renal parenquimatosa desde entonces. Enfermedad actual: Valorado en 1990 en La Paz. Entonces se le descubre la hipertensión arterial y una insuficiencia renal crónica moderada, la misma que se mantiene estable en los cuatro años siguientes. Trasladado a Cochabamba, fue inicialmente valorado en enero de 1995 y desde entonces seguido en forma mensual. Subjetivamente asintomático, objetivamente: ligeramente pálido. TA 140/90, P 76, R 19, T 36. Examen clínico por lo demás normal. Laboratorio: Hb 11, Hto 36, GB 8700, N 79, L 18, M 3, urea 128, creatinina

7.8. Na 148, K 5.9, glicemia 77, proteínas totales 6.2, albúmina 4.1, bilirrubina total 0.9, bilirrubina directa 0.2, GOT 16, GPT 24, Fosfatasa alcalina 152, ácido úrico 13, orina: D 1006, proteínas, glucosa, acetona, GR 0-1, GB 8-10, Cultivo de orina: estéril. Heces. Rx tórax: normal. ECG: normal. Ecocardiograma: normal. Eco abdominal: ambos riñones atróficos e hiperecogénicos, por lo demás normal.

Diagnóstico final: Insuficiencia renal crónica avanzada.

Comentarios: Tratándose de un paciente joven, en excelentes condiciones físicas, sin compromiso de otros aparatos o sistemas, con un alto grado de responsabilidad y cumplimiento en su tratamiento y con excelentes posibilidades de rehabilitación con un trasplante renal, esta opción terapéutica es la más indicada. El trasplante renal deberá realizarse en cuanto se disponga de un donante del mismo grupo sanguíneo ABO y con un aceptable grado de compatibilidad HLA. Teniendo en cuenta que Cochabamba cuenta con el equipo médico y la infraestructura hospitalaria adecuada para proceder de la forma indicada, es recomendable su permanencia indefinida en esta ciudad hasta después de asegurado el buen funcionamiento de su trasplante.

Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga. Cochabamba-Bolivia

Colegio Médico de Bolivia. Parecer del asesor legal referente a la solicitud de trasplante y donación de órgano (riñón), que debe efectuarse por una menor a favor de su padre.

1. La solicitud debe acompañarse con documentación original, o en su caso, fotocopias legalizadas.
2. Igualmente debe adjuntarse certificado de nacimiento de la hija.
3. De conformidad con el artículo 7-II, del Código Civil; el Colegio Médico debe designar con carácter previo,

una comisión de médicos especialistas, la misma que previamente elevará informe y tendrán la facultad de control.

4. Cumplidos los requisitos anteriores es procedente la solicitud es procedente la solicitud de fecha 11 de enero de 1996. Cochabamba, abril de 1997.

Asesor Legal.

Medicina Interna. Caja Nacional de Salud. Informe de Junta Médica. Paciente/ No. Asegurado / Fecha / Dr. Los abajo firmantes, conociendo los antecedentes del paciente, con carnet de asegurado, solicitan se autorice la realización de un trasplante renal con donante vivo relacionado en un centro especializado.

Para el efecto y teniendo en cuenta de que la donante, hija del paciente, es menor de edad, sugieren contar previamente con la autorización respectiva de las autoridades pertinentes.

Médico nefrólogo, médico internista, médico gastroenterólogo, jefe del Servicio de Medicina.

Informe psicológico. Nombre/ Edad: 16 años/ Fecha de nacimiento/. Hija mayor de la familia, cursó tercero medio con buenos resultados, es socialmente adaptable y capaz de establecer lazos afectivos. Se evidencia un ajuste coherente con la realidad, una actitud madura frente a la situación del padre, estabilidad emocional y fortaleza yoica. La dinámica familiar en la que se ve inmersa gira al rededor de la enfermedad del padre –insuficiencia renal crónica, con la consiguiente deterioración física y psicológica del paciente y el sufrimiento del entorno desde hace cinco años– periodo en el cual no se pudo concretizar un trasplante renal por la infructuosa búsqueda de donante compatible. En estas circunstancias, la hija se ha informado, clara y objetivamente de la enfermedad terminal de su padre y todo lo referente a la donación de un órgano. Su decisión está elaborada y considero que se encuentra física y psicológicamente preparada para atravesar y superar este período. Cochabamba, 4 de diciembre de 1995.

Psicología clínica . Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga. Cochabamba, Bolivia.

Informe previo y control del Colegio Médico. 8 de marzo de 1996. El paciente, de 43 años de edad, con antecedentes de insuficiencia renal crónica, requiere de un trasplante renal para rehabilitarse definitivamente. En este sentido se ha informado a la paciente y sus familiares, y con el acuerdo de todos, se ha procedido a la selección del donador y a la preparación clínica e inmunológica correspondiente.

Por lo expuesto y en sujeción a lo dispuesto en el artículo 7-II del Código Civil, como médico tratante y responsable del caso, adjunto el resumen de historia clínica respectivo y solicito el informe previo y control respectivo por parte del Colegio Médico Departamental, contando para el mismo con el informe favorable de la comisión médica designada por el Colegio Médico y constituida por profesionales de la especialidad. *Médico internista nefrólogo.*

Informe Colegio Médico

En sujeción estricta a lo dispuesto en el artículo 7-BB del Código Civil, el Colegio Médico de Bolivia Filial Cochabamba, determina previo conocimiento de los antecedentes, que los estudios de selección y evaluación de donante y receptor son adecuados y en consecuencia el Colegio Médico Departamental en uso de sus atribuciones específicas autoriza la realización del presente trasplante indicado.

Presidente del Colegio Médico Departamental.

Resolución No. 333/95

Menor / Fecha nacimiento/ Solicitud: Autorización trasplante de riñón / Solicitante:

Vistos: La solicitud presentada, informes Social y Médico. Disposiciones del Código del Menor y:

Considerando: Que de los antecedentes del caso se tiene que el Sr. adolece desde hace varios años de insuficiencia renal crónica, habiéndose complicado al presente, por lo que requiere

de trasplante inmediato de riñón. Que la menor hija de la pareja solicitante presenta de acuerdo a los certificados médicos todas las condiciones necesarias para ser donante de riñón, es decir, tanto el padre en calidad de receptor y la hija en calidad de donadora, comparten los holotipos y antígenos respectivos. Que el informe psicológico establece que la menor se encuentra física y psicológicamente preparada para atravesar y superar este periodo.

Considerando: Que el Organismo Nacional del Menor, Mujer y Familia (ONAMFA), de acuerdo a los artículos 56 y 57 del Código del Menor es quien ejerce la tutela de toda la minoridad del Departamento y por consiguiente existiendo la aprobación de los progenitores de la menor y habiendo escuchado la opinión de la hija, que da su consentimiento para donar su riñón a su padre, cumpliéndose de esta manera lo establecido en el artículo 7 del Código Civil y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto al respecto de la opinión de los niños adolescentes, se hace necesario acceder a esta solicitud.

Por tanto: El servicio Tutelar y Adopciones del Menor dependiente del ONAMFA del Departamento de Cochabamba, en uso de sus atribuciones establecidas por ley:

Resuelve: 1) Autorizar la donación para trasplante de riñón a su padre. 2) Suscriban los señores padres acta de consentimiento para el efecto y sea en los Servicios Tutelares. 3) Notifíquese con la presente Resolución a la clínica respectiva, a las partes, a la Dirección Ejecutiva de ONAMFA y a Asesoría Legal.

La presente resolución se emite en base a las disposiciones legales citadas y es pronunciada a los once días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y cinco años. Regístrese, notifíquese y cúmplase.

Jefe del Servicio Tutelar de Menor. ONAMFA Cochabamba, Bolivia

(Nota: Se suscribió el acta de compromiso en el libro de

actas No. 54 fojas 183).

Toda la información fue obtenida de la Caja Nacional de Salud. La información precedente muestra que aunque existe prohibición en el Código del Menor respecto a la dación de órganos o tejidos por un menor de edad, en la realidad, en el caso concreto analizado en este trabajo, se autorizó el trasplante del órgano de una menor. Un derecho más profundo que el de la norma positiva ha comenzado a abrir un camino jurídico exigido por la vida humana. (Fuente CMQBB)

Caso No. 3.

El presente caso se realiza en el año 1987 cuando sólo se encontraba en vigencia el Código Civil en su artículo 7 que solo hace referencia a la restricción de la ablación de órganos en los casos en que esta dación afecte la moral, las buenas costumbres y cuando afecte la integridad física del dador. La ejecución quirúrgica debería estar sometida a un informe previo por una comisión que designaría el Colegio Médico.

La paciente D.V. de 44 años, viuda y madre de siete hijos todos menores de edad, se encontraba en una situación de insuficiencia renal crónica donde el único tratamiento es era el trasplante renal. Posteriormente se procede a buscar un dador compatible entre sus hermanos, pero con resultados negativos, pues todos eran genéticamente incompatibles. Debido a este percance, se procede a realizar un tipaje de HLA en dadores no consanguíneos, los resultados fueron tan catastróficos como los de sus familiares, pues no se pudo encontrar un dador genéticamente similar. La única opción que quedaba era el tipaje en sus hijos menores de edad, y la única genéticamente parecida era su hija S.M.D., de 16 años de edad. El informe fue el siguiente:

Informe del Colegio Médico.

En sujeción estricta a lo dispuesto en el Código Civil artículo 7-II y al no existir reglamentación y/o legislación específica en el país sobre donación y trasplante de órganos, el Colegio Médico de Bolivia Filial Cochabamba, determina previo co-

nocimiento pleno de los antecedentes científicos médicos del presente caso, y luego de entrevistas personales con la paciente receptora del riñón y la donante del riñón, lo siguiente:

1. Los estudios y procedimientos de evaluación y selección son los adecuados.
2. Las condiciones de tratamiento son de pleno y total conocimiento de las pacientes (donadora y receptora) así como los médicos tratantes.
3. El Colegio Médico de Bolivia Filial Cochabamba en uso de sus específicas atribuciones, Autoriza la realización del trasplante de riñón.

Fdo. Presidente Colegio Médico/ Fdo. Receptora/ Fdo. Donadora/ Fdo. Nefrólogo.

Con la finalidad de que el acto sea formalizado se recurre a un juzgado de mínima cuantía el que era encargado de reconocer firmas y ciertos actos menores, quien sólo daba constancia de diferentes actos realizados por particulares y públicos. El documento redactado es como sigue:

“Por el presente documento, yo, D.V. M., mayor de edad, vecina de ésta, hábil por derecho, C.I. , en pleno uso de mis facultades mentales, como madre de la menor S. M. V., de 16 años de edad, que firma también este instrumento autorizo la donación y trasplante de riñón de mi indicada hija en mi favor, declarando conocer todas las emergencias y posibles eventualidades de la intervención quirúrgica. Este documento tendrá valor de instrumento público con el solo reconocimiento de firmas.

En señal de conformidad con lo estipulado en líneas precedentes, firman los interesados a los 23 días del mes de mayo de 1987.”

Fdo. Donadora / Fdo. Receptora

Posteriormente se procede a realizar un acta de reconocimiento de lo anteriormente anotado con las firmas de la dadora menor de

edad, la receptora madre de la dadora y el juez de mínima cuantía.

La forma en que se procede a realizar la práctica del trasplante en el presente caso nos lleva a una serie de cuestionamientos: ¿el consentimiento informado se realiza de una manera adecuada en la dadora?, ¿no existió una presión psicológica por parte de la madre receptora del órgano?

De acuerdo al caso, la dadora no estuvo posibilitada de someterse a un examen psicológico para determinar si realmente ésta se encontraba en uso pleno de sus facultades para tomar su decisión. La carencia de una norma legal referida a los trasplantes de órganos no es un justificativo para que se proceda a realizar el procedimiento que se practicó, pues el nefrólogo que es parte del equipo de trasplantes estuvo presente en la autorización que emitió el Colegio Médico.

Estos son algunos casos en los cuales se constata la urgencia de modificación de la Ley 1716 referida a la donación de órganos, pues en el tenor de encontrarse limitada la posibilidad de que un menor pueda ser potencial dador para su familiar consanguíneo se evidencian casos en los cuales la única ayuda posible es este dador, que ante la restricción de la ley se encuentran maneras de cometer excesos no deseados por el derecho, y una de las maneras de evitar esto es la modificación y reglamentación para que los márgenes de edad referidos a la permisibilidad de ser un potencial dados sean más amplios.

Caso No. 4. La Paz.

Este último caso, documentado de la misma manera, trata de un menor de nombre C.H.T.E., 19 años de edad -que en el año 1999 era considerado menor de edad pues no se realizó la reforma a la mayoría de edad-, el cual desea donar un órgano a su padre que presenta un insuficiencia renal crónica y el único tratamiento es el trasplante. La jueza conociendo el caso solicita el informe médico y psicológico y el requerimiento del fiscal de familia apoyado en la Convención de los Derechos del Niño, requiere por que se proceda a realizar el trasplante.

Posteriormente se solicita la opinión de Monseñor M.R.C. Cmf. Obispo Castrense de la ciudad de La Paz, quien en fecha 26 de octubre de 1999 informa expresando en sus partes más importantes que:

“ Toda Ley tiene su exención- San Pablo dice a los corintios . La Ley escrita mata, pero el espíritu da vida, 2 Cor., 3,6. Friamente hablando por cumplir la Ley de 21 años para donar órganos, mata el juez al señor H.A.T.L (receptor), habiendo un donante cualificado y testificado por dos médicos”.

Conociendo todos estos antecedente la jueza dispone: sic.

“Que en el presente caso el menor C.H.T.E., menor de edad, en atención a las disposiciones existentes en el Código de Familia y en el mismo Código del Menor, la autoridad de los padres es ejercida únicamente por ellos, por lo que en el presente caso de autos, no se requiere Autorización Judicial para el caso extremo impetrado, toda vez que tratándose de un menor de edad, los padres son los únicos que pueden decidir sobre los aspectos que favorecen o van en contra de sus propios hijos; en consecuencia el trasplante deberá realizarse únicamente requiriendo la autorización de los padres...”

Como puede observarse la jueza optó dejar la responsabilidad sólo a los padres del menor, la cual no evaluó debidamente el consentimiento informado del menor de edad.

3.16. Los trasplantes de órganos en su expresión estadística.

En la Caja Nacional de Salud, la Caja Petrolera y el Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga de la ciudad de Cochabamba se han trasplantado un total de 170 pacientes, en el período comprendido entre mayo del año 1987 y enero del año 2001. El motivo por el cual solamente se realizan trasplantes de órganos en estos tres centros hospitalarios se debe a que son los únicos autorizados por el Ministerio de Salud ya que cumplen con todas las exigencias del decreto reglamentario de la Ley 1716 referida a trasplantes, órganos, células y tejidos.

El porcentaje mayoritario de trasplantes fueron renales y uno cardiaco, donde el porcentaje casi absoluto se originó de dadores vivos, pues en nuestro medio no se cuenta con dadores cadavéricos por falta de una adecuada política de concientización en la sociedad, siendo la escasez de órganos el problema actual por el que pasa la práctica de los trasplantes en Bolivia. Es importante mencionar también que el trasplante renal es la única técnica quirúrgica que se desarrolla, en razón de no contar con una infraestructura hospitalaria adecuada para desarrollar otro tipo de trasplantes como el medular, el pancreático y el hepático entre otros, además, el costo de un trasplante renal es relativamente accesible a las personas que así lo necesitan y que no cuentan con un seguro de salud que pueda cubrir el costo.

Cuadro No. 1. Edad de las personas dadoras

Edad	No. de pacientes
Menores de 16	3 pacientes
Menores de 20	6 pacientes
21-40	125 pacientes
40-60	30 pacientes
Mayores de 60 años	6 pacientes
Total: 85 pacientes	Total 170 pacientes

La edad de las personas trasplantadas osciló entre 15.7 y 62 años de edad (cuadro No. 1), constituyendo un porcentaje significativo los receptores comprendidos entre 21 y 60 años de edad, considerada como la más productiva para una persona.

Cuadro No. 2. Relación de pacientes con seguro y particulares.

	No.	%
Seguro de salud	157	85%
Particulares	13	15%
Total	170	100%

De los pacientes que se sometieron a esta intervención quirúrgica, aproximadamente 85% contaba con seguro de salud que les cubría el costo total de la cirugía, que fue de unos 7 mil dólares americanos, y el resto de estos pacientes, 15%, cubrieron el costo con sus recursos propios (Cuadro No. 2).

Cabe destacar, también, que el costo post-operatorio de estos pacientes oscila el primer año en alrededor de 5 mil dólares americanos y posteriormente y hasta hoy, el monto oscila alrededor de 2 mil dólares americanos por año, debido a que todo paciente, para evitar el posible rechazo del órgano trasplantado, debe someterse a un tratamiento en forma permanente con inmunosupresores, mismo que resultaría excesivamente caro para el receptor si las Cajas de Salud no lo cubrieran, pues el sueldo mensual promedio de los trabajadores en Bolivia está aproximadamente en 200 dólares americanos.

Otro factor negativo que influye para que estos costos sean altos, es sin lugar a dudas, la falta de un adecuado criterio político por parte del Órgano Ejecutivo, pues las políticas económicas implantadas imponen el pago de altos impuestos de importación en materia de fármacos y equipos médicos que son utilizados para mejorar la condición de los pacientes en el campo de los trasplantes de órganos.

Lo anteriormente analizado nos lleva a una reflexión respecto al rol que debe cumplir el Estado en Bolivia, pues mediante Decreto Supremo N° 18950 de 17 de mayo de 1982, este país se adhiere al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12 inciso 1 establece que: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

De la misma manera, la Constitución Política del Estado en su artículo 158 norma que: "El Estado tiene la obligación de defender el capital humano protegiendo la salud de la población; asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas; propenderá asimismo al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar".

Cuadro No. 3. Dadores de riñón

	No.	%
Consanguíneos	156	80%
No consanguíneos	14	20%
Vivos	169	98%
Cadávericos	1	2%

Con respecto a los dadores de órganos y tratándose de un riñón, 98% de éstos fueron vivos y 2%, que constituyen dos casos, fueron dadores cadavéricos. En cuanto a la dación por una relación de consanguinidad con el receptor, fue de 80% frente a la dación de dadores no consanguíneos con 20% (Cuadro No. 3). Este mayor porcentaje de dadores consanguíneos se debe principalmente a la mayor similitud genética que existe entre los receptores y dadores. Claro está que la similitud genética puede darse también en dadores no consanguíneos, siendo éstos vivos o cadavéricos, los que con la ayuda de inmunosupresores pueden perfectamente ser una opción seria para salvar la vida de los receptores.

Por otra parte, la razón por la cual se cuenta con un mayor número de dadores vivos, es la escasez de órganos provenientes de dadores cadavéricos debido a una falta de concientización, por falta de campañas realizadas en la población para convertirse en dadores *post mortem*.

Esta situación de la misma manera que la anterior debería ser solucionada por el Ejecutivo, en estricto cumplimiento de sus normas de carácter interno; de ser así, se estaría cumpliendo con lo normado en la Ley de Trasplante de Órganos, Células y Tejidos que en su artículo 21 referido a autoridades, registro especial, reglamento y campañas, estipula que; *sic*. "El Ministerio de Desarrollo Humano, a través de la secretaría Nacional de Salud en coordinación con el Colegio Médico de Bolivia y la Sociedad Boliviana de Trasplante de

Órganos, Tejidos y Células, creará un registro especial de los posibles donantes y receptores. El Poder Ejecutivo elaborará el Reglamento de la presente ley. De la misma manera llevará a cabo las campanas de orientación en todo el territorio de la República".

Cuadro No. 4. Dadores menores y mayores de edad consanguíneos

Edad	No.	%
Menores de 16 años hasta 18 años	5	15 %
Mayores de 21 años	165	85 %
Total	170	100 %

En cuanto a la edad de las personas que procedieron a la dación de órganos, 85% fueron mayores de 18 años de edad y 15 % constituyeron menores de 18 años de edad y mayores de 16, consanguíneos. La razón por la cual se procedió a la ablación de un órganos en menores, es que no se pudo contar con un dadores vivos mayores de edad ni dadores cadavéricos.

Las autorizaciones para estas ablaciones fueron emitidas totalmente al margen de la ley, donde la primera se autorizó mediante la Resolución No. 333/95 emitida por el Organismo Nacional del Menor, el cual no tenía la atribución para decidir o autorizar ese tipo de actos, y la segunda autorización se realizó sólo con un acta de reconocimiento de firmas ante un juez de mínima cuantía, dando la respectiva autorización la madre de la menor de 16 años de edad. Es importante también mencionar que en la realidad boliviana existen un sinfin de casos donde se tiene como dadores a menores de edad, que no son documentados.

Para recabar información acerca del tema motivo de estudio, se procedió a repartir una encuesta destinado a 100 abogados, 100 médicos y 30 teólogos sobre la base de un universo de entendidos en

la materia o su vinculación con la misma (Ver Cuadro No. 5 en anexo). Las preguntas de este instrumento recayeron sobre la comercialización de órganos, la ética, la función social que cumplen los trasplantes, la posible preferencia que tiene este tipo de intervención en cuanto al acceso de pacientes con buenos o escasos recursos económicos, y la edad en que una persona pueda disponer en vida de algún órgano.

En cuanto al aspecto médico, se enfatizó en la opinión que estos profesionales tienen respecto a la edad biológica en que una persona viva pueda proceder a la dación de algún órgano, la opinión sobre la posible dación de órganos por un menor de 16 años de edad, y las posibles consecuencias biológicas que esta ablación pueda ocasionarle.

En el ámbito de los profesionales abogados, se preguntó la edad en que consideran que una persona pueda disponer de órganos en vida, el conocimiento sobre otras legislaciones respecto al tema y la opinión sobre la promulgación y aprobación de una ley dándole una capacidad relativa a los dadores menores de edad sólo en casos excepcionales en los que no se cuente con un posible dador fuera del menor y sea para su familiar consanguíneo.

Acerca de la opinión vertida sobre la comercialización de órganos, coincidieron en un alto porcentaje las tres categorías de profesionales encuestadas en que no están de acuerdo con la comercialización de órganos, siendo 100% los teólogos, 100% los médicos y 94% los abogados, existiendo sólo un 6% de éstos que discrepan con la mayoría. Como se puede apreciar, un porcentaje elevado coincide con la doctrina y la legislación extranjera sobre las normas y principios generales que debe tener un trasplante, siendo uno de ellos la gratuidad, por ser considerados como actos extrapatrimoniales que, según Romero, Bergoglio y otros, no tienen precio en el comercio de los hombres.

Acerca de si los trasplantes entran en el campo de la ética no hubo ninguna discrepancia, pues todos coincidieron en que es así y de la misma manera se coincide con preceptos que, sobre el tema, el

Papa Juan Pablo II, en su discurso en el Primer Congreso Internacional de Reparto de Órganos (20 de junio de 1991), dice: "la voluntad de donar un órgano es una manifestación generosa de solidaridad"; y el Dr. Miguel Manzanera, en el Simposio Departamental de Trasplante de Órganos (7-8 de febrero de 1995, Cochabamba-Bolivia), señala que cuando la ablación no ponga en grave riesgo la salud o la vida del dador es ética la dación de un órgano no vital o doble, siendo recomendable cuando el beneficiario sea un pariente próximo y que en el caso de que el dador sea un menor de edad, sólo podría permitirse muy excepcionalmente.

En cuanto a si el trasplante de órganos cumple una función social en el seno de la comunidad, existió una ligera discrepancia; así, los abogados en 86% respondieron afirmativamente y 14% desconocían su alcance. Por su parte, los médicos respondieron en 76% que cumple con una función social y 24% opinó lo contrario. (Ver Cuadro No. 8 en anexo).

Esta opinión contraria posiblemente se debe a que en ambos casos no existía un conocimiento acerca de la cobertura de los seguros de salud, que cubren el costo total de la pre y post-cirugía a sus asegurados, dotándoles a los pacientes de todos los recursos médicos necesarios para su rehabilitación para que, posteriormente restablecidos, puedan contribuir al progreso económico y social del país.

Por lo anteriormente anotado, el trasplante de órganos sí cumple con una función social, pues inserta a los pacientes que se sometieron a esta intervención nuevamente en la comunidad, ayudando a desarrollarla.

Otra pregunta realizada en la encuesta fue la referida a conocer la opinión sobre si el acceso a este tipo de intervención está restringido a personas pudientes económicamente o por el contrario, también pueden acceder a ésta personas de bajos recursos económicos, que cuentan con un seguro médico. Se puede evidenciar al respecto que los teólogos respondieron en 80% afirmativamente que es así y 20% que no. El sector de los abogados, en 76% respondió que el trasplante no tiene preferencia, en cuanto al aspecto económico y 24% que sí (Ver Cuadro No. 9, en anexo). Sobre este punto existe

una divergencia notable en dos grupos de profesionales, pero en la realidad se evidencia que esta preferencia no existe, pues todas las personas que cuentan con un seguro de salud ya sea de la Caja Nacional o de la Caja Petrolera no erogan ningún gasto y dichas cajas de salud cubren el monto total de la cirugía y de la recuperación post-cirugía, en forma ilimitada. En este punto es necesario también remarcar que algunos trasplantes efectuados en el Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga, que es una clínica privada, se realizan mediante un convenio institucional con la Caja Nacional de Salud y los gastos, de igual manera, son cubierto por este seguro.

La opinión vertida sobre la dación de órganos por menores de 18 años de edad por los tres grupos de profesionales fue la siguiente: El grupo de los teólogos, en 60%, negó tal posibilidad y 40% opinó que, excepcionalmente, podía darse el caso. El de los abogados, 80% no estuvo de acuerdo con tal situación y 20% afirmó en sentido positivo. Y el de los médicos, 84% opinó que tal dación por parte de menores de edad se puede efectuar sin ningún problema, contra 16% que negó dicha situación (Ver Cuadro No. 10 en anexo).

Se puede apreciar en este punto que existe una gran divergencia de opinión por parte de los médicos con la de los abogados y teólogos. Los primeros están de acuerdo con la ablación de órganos de menores de 16 años y más, y los segundos niegan esta posibilidad posiblemente por el desconocimiento de la materia médica y de los casos en los cuales menores de edad fueron dadores de algún órgano sin ningún problema posterior para el desarrollo de su salud, aunque los teólogos abren un margen de dicha posibilidad en casos excepcionales.

Una pregunta importante al sector médico fue sobre la edad biológica de dación de órganos; se pudo constatar que 20% afirma que la edad es de recién nacidos hasta los 10 años o más; 42% afirma que la edad biológica de dación es de 10 a 16 años o más, y 28% afirma que la edad es de 21 a 25 años o más.

Pero, si tomamos las edades de recién nacidos hasta los 16

años, tenemos que 62% está de acuerdo con dicha dación y si sumamos la muestra cuestionada que es desde menos de 18 años hasta los 21, el 90% está de acuerdo que los menores de 18 años o más puedan realizar una dación de órganos.

Otro aspecto puntual que se tocó fue si los médicos están de acuerdo en que los menores de 18 años, excepcionalmente puedan realizar una dación de órganos: 80% coincidió que sí, contra 20% que no está de acuerdo.

Si comparamos este cuadro con el anterior vemos que existe una ligera discrepancia de 10% respecto a la edad biológica en que una persona puede realizar una dación, pues al preguntar la edad biológica en que una persona puede realizar dicha liberalidad se obtuvo que 90% sostenía que podía realizarse en una edad comprendida de recién nacidos hasta los 21 años o más, pero aun así, existe un gran porcentaje que está de acuerdo con que un menor de 18 años realice dicha dación.

De la misma forma que el anterior punto cuestionado, no se pudo dejar de lado el hecho de si, siendo un menor de edad dador de algún órgano, podría existir la eventualidad de que tenga consecuencias biológicas posteriores a la ablación efectuada. Al respecto la opinión médica mayoritaria, 86%, respondió negativamente, en contraposición con 14% que lo afirma. La afirmación mayoritaria de los médicos, de que no existirían consecuencias biológicas para la vida normal del menor que realiza dicha dación puede corroborarse con los casos presentados en el capítulo II del presente trabajo.

Por otra parte es necesario remitirse a la opinión de los especialistas médicos del tema, éste es el caso del doctor Silvestre Arze, Presidente de la Sociedad Boliviana de Trasplante de Órganos y Tejidos, quien se expresa de la siguiente manera:

sic. "Es perfectamente posible que un menor de edad done un riñón para trasplante, siempre y cuando reúna las condiciones mínimamente necesarias para ello: Perfecto estado de salud física, mental y emocional, íntima relación afectiva y familiar

con el receptor – donación de un hermano a otro o de un hijo a uno de sus padres, capacidad mental lo suficiente madura como para tomar esta decisión en forma voluntaria y sin que medie ningún tipo de presión y menos aun familiar (...). Desde el punto de vista estrictamente biológico, todo ser humano desde que nace hasta que se muere puede donar un órgano, siempre y cuando su estado de salud sea perfecto. En otras palabras, más importante que la edad cronológica en sí, es la edad biológica y el estado funcional del organismo en su conjunto y del órgano a ser donado en particular (...)

"Las posibles consecuencias físicas derivadas de la donación de un riñón a los 17 años, son las mismas que podrían presentarse luego de la mayoría de edad y en general pueden considerarse como despreciables. Estas consecuencias dependen más de las condiciones clínicas del posible donante antes de la intervención que del acto en sí.

"El criterio personal mío y de algunos miembros de la Sociedad de Trasplantes con quienes he tenido ocasión de conversar y que en algún momento de su práctica se han enfrentado a esto, es que la intervención solo se justifica en una situación desesperada en la que el paciente es huérfano de padre y madre y no tiene ningún hermano o hijo mayor de edad apto para la donación (...).

"Algunos de los casos en la ciudad de Cochabamba, en los cuales un menor de edad realizó la donación de riñón a favor de un ser querido, entran precisamente dentro de la categoría de los casos desesperados. En dos de estos casos de los cuales yo tengo conocimiento, dejar morir al paciente por no proceder con el trasplante, hubiese sido menos ético que dar curso a la donación por parte de un donante menor de edad".

En cuanto a la opinión vertida por los abogados respecto a cuál sería la edad en la que una persona pueda realizar una dación de

órganos, 76% considera que la edad sería de 18 a 31 años o más, seguido de 8% que opina que la edad sería de 31 a 41 años o más y el 16% se inclina a que la edad sea de 16 a 18 años o más (Cuadro No. 14). Se puede apreciar que los profesionales encuestados se inclinaron 84% por la edad para disponer de un órgano de 18 a 41 años o más, coincidiendo con la mayoría de edad que en nuestra legislación positiva se adquiere a los 18 años de edad.

Un aspecto importante de la encuesta fue el referido al conocimiento sobre el tema a través de otras legislaciones por parte de los abogados, y las normas que se utilizan para que un menor pueda ser dador en vida, como la coincidencia que se tiene en cuanto a la disposición de órganos con la capacidad de testar, debido a que la lógica que la legislación argentina utiliza es la referida a la coincidencia de la capacidad de testar a partir de los 18 años con la capacidad de poder ser dador de órganos en vida o *post mortem* también a los 18 años.

Al respecto, 64% de los abogados cuestionados no están de acuerdo y 12% desconocen dicha lógica empleada, si sumamos estos dos porcentajes existe el 76% que no está de acuerdo, contra 24% que opinan que esta lógica puede ser utilizada (Cuadro No. 15), esta discrepancia presentada fue sobre 64% que niega dicha posibilidad, posiblemente se debe a que existe un desconocimiento del tema respecto a otras legislaciones de utilizar ésta lógica jurídica en la legislación boliviana en la que se debería permitir que las personas puedan ser dadoras de órganos a partir de los 16 años, debido a que a esa misma edad, y de acuerdo al artículo 1119 del Código Civil boliviano permite que las personas puedan disponer de sus bienes en testamento de la siguiente manera: "*Están incapacitados para testar: 1. Los menores que no hayan cumplido la edad de 16 años...*". Por otra parte, otro fundamento a esta posible permisón es aquella que en la realidad boliviana ya se han permitido una serie de daciones de órganos a partir de los 16 años de edad.

El punto más importante del cuestionario dirigido al sector de los abogados es el referido a si están de acuerdo —en casos excepcionales, ante la posibilidad de la existencia sólo de un menor de 18, y cuando se

hayan agotado todos los recursos para conseguir otro dador mayor de edad en beneficio de un familiar consanguíneo—, pueda promulgarse una ley especial, dándole una capacidad relativa de poder disponer libremente de algún órgano doble y no vital, ésta fue mayoritaria ya que 96% de los abogados está de acuerdo en dicha promulgación contra 4% que no está de acuerdo.

Como se aprecia, existe una coincidencia casi absoluta en que sólo en casos excepcionales y para un familiar consanguíneo del posible dador menor de edad, pueda promulgarse una ley especial que permita salvar una vida, toda vez que la ley tiene su excepción y tal como San Pablo dice a los corintios: "*La Ley escrita mata, pero el espíritu da vida*", (2. Cor. 3,6,) el espíritu del amor al prójimo da vida, según San Pablo; Jesucristo daba vida a los enfermos curándolos en días sábados y contra la ley farisaica de los judíos (Mateo 12, 9-14) "*La letra de la Ley mata y el espíritu de la Ley da vida*".

La investigación bibliográfica y empírica realizada nos muestra que aun en el caso de existir prohibiciones legales en los que un menor de edad pueda ser considerado dador potencial, en casos concretos y analizados en el presente trabajo se autorizó la dación de órganos, mostrándonos que un derecho más profundo que el de la norma positiva ha comenzado a abrir un camino jurídico exigido por la vida humana.

CONCLUSIONES:

- Primera.** La legislación boliviana utiliza incorrectamente el término "donación" en el ámbito de los trasplantes de órganos, ya que esta denominación, de acuerdo con la doctrina contemporánea, pertenece al campo de los contratos e implica la fuerza obligatoria para su cumplimiento, que resulta ser inadmisibles en los trasplantes de órganos. Por otra parte, la donación, de acuerdo con la doctrina, implica la liberalidad de un bien con valor, concepto que resulta inadmisibles en el ámbito de los trasplantes de órganos. Por lo expuesto, se ve la necesidad de desechar los términos impropios de donación y donante, sustituyéndolos por el término de **dación**, referido al to de un órgano y el de **dador**, correspondiente al sujeto de la cesión.
- Segunda.** La legislación boliviana permite la dación de órganos sólo a personas de 18 años de edad. Los casos concretos estudiados nos muestran que en Bolivia, aun con la legislación vigente, se evidencian muchas situaciones al margen de la ley que permiten la dación de órganos a menores de edad. No obstante, existen fundamentos jurídicos, éticos, sociales, y médicos de que los menores de edad puedan ser dadores de órganos.
- Tercera.** La mayoría de las legislaciones extranjeras, como u

jurisprudencia establecen la posibilidad de que los menores de edad y dentro de éstos los niños y adolescentes puedan ser dadores de órganos con la finalidad de que puedan salvar la vida de alguno de sus familiares.

Cuarta. El análisis médico que se realizó, evidenció que una persona menor de 16 años de edad o más puede ser dadora de algún órgano no vital, sin que posteriormente existan consecuencias biológicas para su vida normal, corroborando este hecho con los estudios científicos que han podido evidenciar la existencia de casos en los cuales se tuvo que extirpar un órgano doble de lactantes, los mismos que no tuvieron alteraciones en el desarrollo de su vida posterior.

Quinta. La opinión de los especialistas médicos nos muestra que las personas pueden ser dadoras de órganos desde que nacen hasta que mueren, siempre y cuando su estado de salud física y mental sea perfecto, pues es más importante desde el punto de vista médico la edad biológica y el estado funcional del organismo que la edad cronológica.

Sexta. Desde el punto de vista médico, se ha probado que el éxito de un trasplante depende de la similitud genética que se tiene entre el dador y el receptor, siendo ésta la consanguínea, que se da entre hijos a padres, padres a hermanos y hermanos a hermanos, por lo que la dación de órganos procedentes de un dador menor de edad debe restringirse sólo a sus familiares consanguíneos hasta el segundo grado.

Séptima. En el campo psicológico, se debe realizar estudios con los cuales se determine si el posible dador de edad es maduro emocionalmente y puede afrontar dicho desprendimiento sin presiones y voluntariamente. Para que se considere procedente la dación de un órgano doble o de tejidos por parte de un menor de edad, la Unidad Hospitala-

ria que pretende realizar el trasplante debe, previamente, contar con el informe psicológico de un grupo de por lo menos tres profesionales psicólogos del medio, que acrediten la madurez emocional del menor y además, un informe de un equipo médico que certifique la excelente salud del dador.

Octava. Existe la conciencia religiosa que por razones éticas, de solidaridad humana y por un deber de asistencia familiar entre hermanos y de hijos a padres, en casos excepcionales y donde no se tenga otro dador posible, debería permitirse que los menores de 16 o más años, que puedan realizar actos de dación en favor de esos familiares consanguíneos, previo cumplimiento de requisitos legales.

Novena. Dentro de la práctica de los trasplantes de órganos deben desarrollarse y aplicarse otros principios y en especial el de la "excepcionalidad", si el dador del órgano es un menor de edad, pues primero debe de agotarse la búsqueda de otros posibles dadores para el receptor.

Décima. Dentro de los estándares del consentimiento informado, donde el dador es un menor de edad y consanguíneo hasta el segundo grado con el receptor, debe desarrollarse y aplicarse en la práctica de los trasplantes el del "Estándar pleno", dándole un poder de decisión al dador menor de edad, en el caso que éste tenga discernimiento y comprenda la gravedad del problema. Esta verificación deberá realizarse en base a un equipo interdisciplinario ajeno al equipo médico de trasplante que corroborará si el dador menor de edad comprendió plenamente la situación límite. Este equipo interdisciplinario deberá estar formado por un médico, un psiquiatra, un psicólogo y un religioso.

RECOMENDACIONES:

- Primera.* La legislación boliviana a través del Órgano Legislativo debería de revisar la Ley 1716 referida a los trasplantes de órganos, con la finalidad de modificar la prohibición que existe, en la que los menores de edad no pueden ser dadores de órganos para sus familiares consanguíneos, permitiendo por consiguiente está acto de solidaridad familiar por parte de potencial dador.
- Segunda.* Esta modificación sólo debe beneficiar a los familiares consanguíneos del dador menor de edad, pues, de no ser así, se podría originar un mercado negro de órganos, donde los menores de edad serían los más perjudicados, debido a que podría originarse una serie de coacciones mal intencionadas en los menores.
- Tercera.* Para el caso en el que los menores de edad han sido adoptados o se encuentran sometidos a una tutela que lógicamente no es la de sus padres originarios, y donde aquellos desean, en un supuesto caso, ser dadores de algún órgano para la persona que los cuida, deberá estudiarse cada caso, en concreto para dar la aprobación, previo cumplimiento de todas las exigencias establecidas para los dadores menores de edad.
- Cuarta.* Para poder garantizar la integridad física y psicológica



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



de los menores dadores de órganos debería de tipificarse como delito el no cumplimiento de las exigencias mínimas desarrolladas en la presente investigación.

Quinta. El Órgano Ejecutivo, con el objetivo de cumplir lo dispuesto en el artículo 158 de la Constitución Política referida a que es de obligación del Estado defender el capital humano, proteger la salud de la población y asegurar la continuidad de medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas, debería abaratar los costos de importación en los insumos de fármacos y equipo médico utilizado en las diálisis como en los trasplantes de órganos.

Sexta. De la misma manera, con la finalidad de superar la escasez de órganos y tejidos, el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Salud, en coordinación con el Colegio Médico de Bolivia y la Sociedad boliviana de Trasplante de Órganos, Células y Tejidos y en cumplimiento del artículo 21 de la Ley 1716, debería de promover e impulsar campañas de orientación y concientización con el objetivo de que las personas puedan ser dadores de órganos después de su muerte.

En síntesis, la recomendación realizada para la complementación de la Ley 1716 referida a la donación y trasplante de órganos, células y tejidos es la siguiente:

LEY N°

LEY DE 5 DE MAYO DE 2002

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Por cuanto, el Honorable Congreso Nacional, ha sancionado la siguiente Ley:

El Honorable Congreso Nacional Decreta:

Artículo 1°. Complementétese el Artículo 6 de la Ley de Dación y Trasplante de Órganos Células Y Tejidos N° 1716. **Artículo 2 (Excepcionalidad en la dación en vida por parte de menores de edad).** Excepcionalmente y con las condiciones de protección previstas en la Ley N° 1716, la extracción de tejidos regenerables y de órganos pares de un menor de edad en vida, puede ser autorizada con los siguientes requisitos:

- I. Que no se disponga de dador compatible con capacidad de consentir.
- II. Que el receptor sea hermano, hermana, padre o madre del dador.
- III. Que la dación pretenda preservar la vida del receptor.
- IV. Que el dador sea informado ampliamente, en un lenguaje capaz de ser entendido por éste, de todos los posibles riesgos presentes y emergentes producto de la ablación.
- V. Que el dador manifieste su consentimiento de manera libre y espontánea, quien también podrá manifestar su desistimiento

en forma verbal, escrita o por cualquier medio de expresión.

- VI. Que el consentimiento informado y emitido por el menor sea verificado por un equipo interdisciplinario formado por un médico, un psicólogo, un psiquiatra ajenos al equipo de trasplante.
- VII. Que la autorización para la ablación sea emitida por el Juez del Menor con carácter de urgencia, previo cumplimiento de todos los anteriores requisitos.
- VIII. El o los que infringieren alguno de los requisitos anteriormente señalados, serán sancionados con la privación de libertad de 10 años, y si sobreviniere la muerte del dador, la privación de libertad será de 20 años.

Por tanto la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley de la República Remítase al Poder Ejecutivo para fines constitucionales.

Fdo. Presidente de la República de Bolivia

BIBLIOGRAFÍA

- AGREGO CALLAU, Manfredo, Comercialización y tráfico de material anatómicos. Ed. Cochabamba, Bolivia. 1994.
- BARON Charles, *Live organs and tissue transplants form minor donor in Massachusetts*, Boston University Review, 55: 169-93, Mr.75.
- BERGOGLIO, *Los trasplantes de órganos entre personas*. Ed Hammurabi. Bs. As. Argentina, 1993.
- BUBNOFF, *Rechtsfragen zur homologuen organtransplantation aus der sicht der*. 1997.
- Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, Vol.5,6 "Bioética" Washington, D.C. Ed. O.P.S. EUA, 1996.
- CASABONA, Carlos María Romeo, *Los trasplantes de órganos*. Ed. Bosch, España, Barcelona, 1996.
- CASAL Patricia, *Ley de trasplante de órganos*. Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1990.
- CASTÁN Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*, separata revista general de legislación y jurisprudencia. Madrid julio/agosto, 1996.
- CASTÁN Tobeñas, José, *Los derechos de la personalidad, separata de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Reus, julio-agosto, 1952.

en forma verbal, escrita o por cualquier medio de expresión.

- VI. Que el consentimiento informado y emitido por el menor sea verificado por un equipo interdisciplinario formado por un médico, un psicólogo, un psiquiatra ajenos al equipo de trasplante.
- VII. Que la autorización para la ablación sea emitida por el Juez del Menor con carácter de urgencia, previo cumplimiento de todos los anteriores requisitos.
- VIII. El o los que infringieren alguno de los requisitos anteriormente señalados, serán sancionados con la privación de libertad de 10 años, y si sobreviniere la muerte del dador, la privación de libertad será de 20 años.

Por tanto la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley de la República Remítase al Poder Ejecutivo para fines constitucionales.

Fdo. Presidente de la República de Bolivia

BIBLIOGRAFÍA

- AGREGO CALLAU, Manfredo, Comercialización y tráfico de material anatómicos. Ed. Cochabamba, Bolivia. 1994.
- BARON Charles, *Live organs and tissue transplants form minor donor in Massachusetts*, Boston University Review, 55: 169-93, Mr.75.
- BERGOGLIO, *Los trasplantes de órganos entre personas*. Ed Hammurabi. Bs. As. Argentina, 1993.
- BUBNOFF, *Rechtsfragen zur homologuen organtransplantation aus der sicht der*. 1997.
- Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, Vol.5,6 "Bioética" Washington, D.C. Ed. O.P.S. EUA, 1996.
- CASABONA, Carlos María Romeo, *Los trasplantes de órganos*. Ed. Bosch, España, Barcelona, 1996.
- CASAL Patricia, *Ley de trasplante de órganos*. Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1990.
- CASTÁN Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*, separata revista general de legislación y jurisprudencia. Madrid julio/agosto, 1996.
- CASTÁN Tobeñas, José, *Los derechos de la personalidad, separata de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Reus, julio-agosto, 1952.

- CASTELLANO ARROYO, *El consentimiento informado en "La ética en la práctica médica cotidiana"*, 1997.
- CASTELLANO ARROYO, *El consentimiento informado de los pacientes* S. Ed. 2001
- CIFUENTES Santos, *Estudio jurídico sobre trasplantes de órganos humanos en "La Ley"* s.ed. Ed. Bs.As.1995
- CIFUENTES, Santos, *Los Derechos de la Personalidad*, ED. Lerner, Argentina, Bs. As.1974.
- CLAYTON, P.K., *History Transplantation*. Ed. Druckhaus, 2 ed., Germany, 199 -*Coordinación y trasplantes, "El modelo Español"*, Ed. Grupo Aula Médica, Madrid España, 1996
- COBO DEL ROSAL, M., T.S. Vives Antón, *Derecho Penal*. Ed. Universidad de Valencia, 1984
- COTTON, R.S. y SANDLER A.L., *The regulation of organ procurement and transplantation, in the United States*. J. Leg. Med. 7 (1): 1986
- DER SPIEGEL. *Wer darf leben? Wer muß sterben?* N° 16-16 de abril 1990 Ed. Druckhaus Ahrensburg Alemania, Hamburgo, 1990.
- DOWIE Marck *Die Leber ist drauBen*. En *Der Spiegel* N° 18 Ed. Druckhaus Ahrensburg, Hamburgo, 30 de abril, 1990.
- DOMÍNGUEZ Alfredo Jorge, *Trasplantes de Órganos, Aspectos Jurídicos*. 2° ed. Ed. Porrúa, México, 1997.
- FUENZALIDA, Hernán L., *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, mayo/ junio, Vol. 108, N° 5-6, Bioética. *Trasplantes de órganos. La respuesta legislativa de América Latina*, Estados Unidos de América, Washington, DC, 1996.
- FARRERAS Rozman, *Medicina Interna, Malformaciones congénitas y enfermedades renales pediátricas*. Ed. Doyma, Madrid, España, 1996.
- JOHN. J. Fung, *The Surgical Clinic of North America. Liver Transplantation Current Management*. Vol. 79, N° 1, February, Philadelphia, E.U.A.1999.

- GALLARDO Pérez, *Las donaciones de órganos y tejidos Status Legal*, s. Ed. Cuba 2001
- GARCÍA M. y Revert L. *Malformaciones congénitas y enfermedades quísticas renales*, Ed. Doyma, Madrid, 1992.
- GORDILLO Cañas, Antonio, *Trasplantes de órganos, "pietas" familiar y solidaridad humana*, Ed. Civitas, S.A. Madrid, España, 1987
- HÜBNER, GALLO, Jorge Iván. *Panorama de los Derechos Humanos*. Editorial Andrés Bello Santiago, Chile. 1999.
- FUNG, JOHN MD. Phd. and Jorge Rakela MD. *The Surgical Clinics of North America in Pediatric Transplantation*. Editors Guest, 1999.
- JORDÁN Quiroga, Augusto, *Derecho romano*, Ed. Arol, Cochabamba, Bolivia, 1990,
- KOBRINSKY Y COL. En Avery/ First. *La práctica de la pediatría*, Ed. Médica Panamericana Bs. As. Argentina, 1998.
- LAND W. J.B. Dossetor, *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice, Commerce*, Ed. Sandoz. Nüremberg, Germany, 1995.
- LÓPEZ BOLANO Jorge D., *Los médicos y el Código Penal*, 3ª ed. Ed. Universidad, Argentina 1998
- LÓPEZ BOLANO Jorge D., *Responsabilidad de los médicos. Cuestiones Penales*. 4ª ed. Ed. Universidad, Argentina. 1996.
- M.COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES Antón. *Derecho Penal parte general* 2a ed. Editorial De Valencia, España, 1984.
- MANZANERA Miguel, *Aspectos éticos, culturales y religiosos del trasplante de órganos y tejidos*. Ed. Cbba, 1996.
- MANZANERA Miguel, *Bioética del trasplante de órganos*, Bios 3 ed. UCB, Cochabamba, Bolivia, 1998
- MANZANERA Miguel, *Bioética de la insuficiencia renal*, Bios 5 ed. UCB, Cochabamba, Bolivia, 2001
- MANZANERA Miguel, *Debate Bioético contemporáneo*, Bios 6 ed. UCB, Cochabamba, Bolivia, 2001

- MANZANERA Miguel, *Bioética*, Bios 7 ed. UCB, Cochabamba, Bolivia, 2002, Memorias del Simposio Departamental de Transplantes de Organos s.Ed. Cochabamba Bolivia 1995
- MICHEL HUERTA, Manuel, *Trasplantes de Órganos Humanos*, Ed. Tupac Katari, Bolivia, Sucre, 1998,
- MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal, parte general*, 4 ed. Editorial, Barcelona, España 1996
- MORALES Guillén, Carlos, *Derecho Civil*, Ed. Gisbert y Cia. S.A. Bolivia, La Paz, 1991.
- NACIONES UNIDAS. *Derechos Humanos: Preguntas y respuestas*. Nueva York, Estados Unidos de América. 1987
- NEIRA, María del Carmen, *Trasplante renal*, s.ed. s. Ed. Córdoba, Argentina. 1997.
- NOVOA Eduardo Monreal, *El trasplante de corazón, Aspectos médico-legales, éticos y jurídicos*, Ed. Universitaria, N° 5, Santiago, Chile, 1969.
- NORRIE, K. Mick. *Human tissue Transplants: Legal liability in different jurisdictions. International and Comparative Law Quarterly*, 34 (3), 1995.
- NUTA, Ana Raquel *Interrogantes jurídicos en torno a los trasplantes de órganos humanos*. La Ley, Doctrina. 1996
- OMEBA, *Enciclopedia Jurídica, tomo II*, Editorial Dristkill. S.A. Bs. As. 1998.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas*, ed. 21°, Ed. Heliastia, Bs. As. 1994.
- PACHECO GÓMEZ, Máximo. *Los Derechos Humanos como fundamento del sistema democrático*. Edición al cuidado de Marissa Morel M., Santiago, Chile. 1996.
- PÉREZ LEONARDO, *Humanización*, s. Ed. Cuba, 2001
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y Prevención*, Ed. Colección de Estudios, España.
- PÉREZ DE LEAL, *Responsabilidad del médico*, Ed. Universidad, Bs. As., Argentina, 1996.

- RIVERA Julio César, CASAL Patricia, *Derecho civil, Parte General*, Temas, Ed. Abeledo Perrot, Argentina Bs. As. 1987.
- RIVERA Julio César, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Abeledo Perrot. Tomo II Bs. As. Argentina, 1997, p.18.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los trasplantes de órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1987.
- RONALS W. Busuttill, *Transplantation of the liver*, WI 770 T7725, 1996.
- RUGGIERO Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, 4a. ed. Volumen I. Ed. Reus, Madrid, 1999
- RAVINOVICH, Ricardo David, *Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos*, Ley 24.193, Ed. Astrea, Bs. As., Argentina, 1996
- SAAVEDRA LÓPEZ Mario, *Manual de derecho de Familia*, Ed. Serrano, Cochabamba, Bolivia, 1996.
- SAMOS OROZA, Ramiro, *Apuntes de derecho de Familia*, Ed. Juridicial, Sucre, Bolivia, 1992.
- SABISTÓN David, *Tratado de Patología Quirúrgica*, 21ª. ed. Ed. Interamericana, México, 1996.
- SHARPE, G. *Cominice in Issue Anal Organs. Health Land in Canada*, Ed., 1998
- STRONG, Maurice F. *Georgia Journal of international and comparative law, A New Global Environmental Organization*. Vol.28, N° 3, 2000
- SILVA, Silva Hernán, *Diccionario de Términos Médico Legales*, Ed. Jurídica de Chile, 1989.
- TAPIA Pinto, Iván Sandro, *Curso de Derechos Humanos en Bolivia*, sin ed., Ed. La Paz, 2002.
- YUNGANO, Arturo Ricardo. *La Ley 21.541 de trasplantes de órganos humanos*, en La Ley Doctrina, tomo 76.
- YUNGANO- LÓPEZ Bolano, *Responsabilidad profesional de los médicos, cuestiones civiles, penales, médico-legales y*

deontológicas, Ed. Universidad, 2º ed. Bs. As., Argentina, 1992.

Leyes de consulta:

BOLIVIA, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial, 1995.

BOLIVIA, Compendio de instrumentos internacionales. Derechos Humanos, Gaceta Oficial, 2000.

BOLIVIA, Código Civil, Gaceta Oficial, 1990.

BOLIVIA, Código Penal, Gaceta Oficial, 1997.

BOLIVIA, Código del Niño, Niña y Adolescente, Gaceta Oficial, 2001.

BOLIVIA, Código del Menor, Gaceta Oficial, 1992 (Abrogado).

BOLIVIA, Código de Familia, Gaceta Oficial, 1992.

BOLIVIA, Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, Gaceta Oficial, 1996.

BOLIVIA, Reglamento de la Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, Gaceta Oficial, 1996.

BOLIVIA, Proyecto de Reglamento de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, Congreso Nacional, 1989.

BOLIVIA, Código de Salud, Gaceta Oficial, 1978.

BOLIVIA, Reglamento del Código de Salud, Gaceta Oficial, 1978.

ARGENTINA, Ley 24.193. Nuevo Régimen Legal de los Trasplantes y Materiales Anatómicos Humanos, Gaceta Oficial, 1995.

CHILE, Ley N° 19451 Ley y Reglamento sobre Aprovechamiento de Órganos y Tejidos o Partes del Cuerpo, Gaceta Oficial, 1996.

VENEZUELA, Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, Gaceta Oficial, 1995

ECUADOR, Ley N° 158 de Trasplantes de Órganos y Tejidos, Gaceta Oficial, 1994

PUERTO RICO, Ley de Donaciones y Trasplante de Puerto Rico de 2000 Ley No. 325 del 2 de septiembre de 2000.

CUBA, Ley de Trasplantes de Órganos y su Reglamento de Ley 41/1983 y su Decreto 139/1988.

MÉXICO, Norma Técnica 323 para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines de Trasplante, 1988.

BRASIL, Reglamento y ley de Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, Gaceta Oficial, 1993.

ESPAÑA, Legislación sobre extracción y trasplantes de órganos y tejidos, Real Decreto 411/ 1996.

ITALIA, Disposición en materia de trasplante de órganos y de tejidos, Legge N° 91, 1999.

FRANCIA, Ley de Bioética, Gaceta Oficial 29 de julio de 1994.

FRANCIA, Ley de Bioética, Gaceta Oficial 1 de julio de 1998.

FRANCIA, Decreto N° 99-741 du 30 août, Gaceta Oficial, 1999.

EUROPA, Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. Convenio para la protección de los derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, 1997.



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
RAUL RANGEL EDIACI

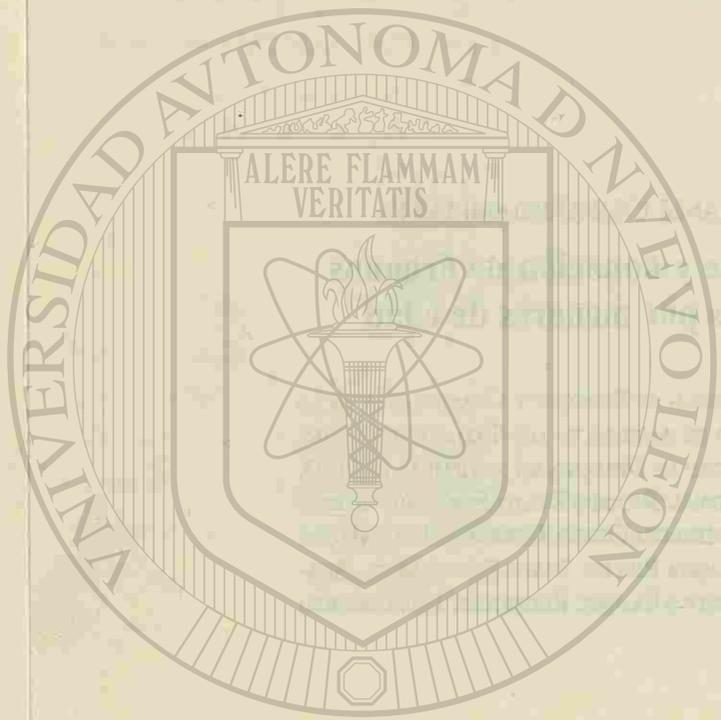
JUAN MANUEL NAVARRO AMELLER
**Trasplante y donación de órganos
y tejidos por menores de edad**

EDICIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA DE LA UANL. SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE LA IMPRENTA DE LA FACULTAD DE DERECHO, EN NOVIEMBRE DE 2003. DEPARTAMENTO EDITORIAL: RICARDO ZÁRATE SEPÚLVEDA. PORTADA: ERICK ORLANDO MENDOZA CORTÉS. IMPRESIÓN: JESÚS MACÍAS GAMBOA, RAFAEL HUERTA RINCÓN, PABLO FLORES MATA. ACABADOS: OSCAR ALEJANDRO RAMÍREZ RODRÍGUEZ, JOSÉ EDGARDO TENIENTE AGUIÑA.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN[®]
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



UJANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
"RAUL BANGHI FERRER"





UANA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA



Universidad Autónoma de Nuevo León
Facultad de Derecho y Criminología
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Año 2003