

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.<sup>7</sup>

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,<sup>8</sup> 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.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 80

<sup>8</sup> 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 pleno<sup>9</sup>.

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.<sup>10</sup>

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-

<sup>9</sup> Bergoglio, *op. cit.*, p.3

<sup>10</sup> *Idem*

yecciones psíquicas o físicas de la persona misma.<sup>11</sup>

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».<sup>12</sup>

### 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.<sup>13</sup>

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

<sup>11</sup> Ibidem

<sup>12</sup> Ibid, p. 4

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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*".<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup>

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-

<sup>14</sup> Idem

<sup>15</sup> Ibidem

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup>

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*

<sup>17</sup> Ibidem, p.7

<sup>18</sup> Idem,

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

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.<sup>20</sup>

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".<sup>21</sup> Para Hübner los DD.HH. son "Un conjunto de atributos inhe-

<sup>19</sup> Ibidem

<sup>20</sup> Ibid, p. 9

<sup>21</sup> 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.”<sup>22</sup> 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”.<sup>23</sup>

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?

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

<sup>23</sup> 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