

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"*.