

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.<sup>52</sup>

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*”<sup>53</sup> 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

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

<sup>53</sup> 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”<sup>54</sup>.

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”.<sup>55</sup>

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 poder 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.

<sup>54</sup> *Idem*

<sup>55</sup> *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*”<sup>56</sup>.

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

<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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".<sup>58</sup>

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".<sup>59</sup>

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",<sup>60</sup> 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

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

<sup>58</sup> Rivera, Julio César., *op. cit.*, p. 63

<sup>59</sup> Bergoglio., *Trasplantes de órganos*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1993, p. 82

<sup>60</sup> 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",<sup>61</sup> 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".<sup>62</sup>

Capitant<sup>63</sup> afirma que la donación de manera genérica es un contrato solemne por medio del cual el que realiza esta liberalidad se desapropia 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,<sup>64</sup> 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.

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

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

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

<sup>64</sup> 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"<sup>65</sup>.

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.<sup>66</sup>

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

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

<sup>66</sup> 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".<sup>67</sup>

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".<sup>68</sup>

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

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

<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup>

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".<sup>70</sup>

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.<sup>71</sup>

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

<sup>69</sup> Idem

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

<sup>71</sup> 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".<sup>72</sup>

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.<sup>73</sup>

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.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Vid. Infra (en anexo)

<sup>73</sup> Vid. Infra 3.15.5

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