

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".

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 otorgándoseles 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 beneficiosos, 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