

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