

primera es referida a que el tejido al separarse del organismo, se convierte en *res nullius*, susceptible de apropiación por cualquier persona pero existe la preferencia de decisión de la persona de quien formaba parte.

La segunda posición se refiere a que las partes del cuerpo, una vez separadas de él, pertenecen a la persona de cuyo cuerpo se separaron y que ésta adquiere *ipso jure* la propiedad y puede disponer de ella con preferencia. Al respecto la legislación boliviana señala en el artículo 7 del Código Civil que, “*el acto de disposición tiene que tener una causa lícita y no tiene que ir contra la moral y las buenas costumbres*”.¹⁵⁴

En la realidad, tratándose de tejidos renovables como la sangre humana, se ha procedido a la disposición de este tejido, en diferentes centros hospitalarios, antes de la promulgación de la ley de la medicina transfusional, aprobada el 21 de marzo de 1996, que en su artículo 19 permite la dación de sangre por menores de edad.¹⁵⁵

En cuanto a la disposición de las partes no renovables, según la mayor parte de la doctrina, queda excluida la disposición total del cuerpo y sólo se refiere a partes u órganos dobles. Según este autor, tienen que existir causas justificadas y éstas no deben ser susceptibles de ocasionar un daño grave a la salud, o no deben atentar contra las buenas costumbres o el orden público. De la misma forma, este último precepto coincide con la legislación boliviana en el artículo 7 del Código Civil que prohíbe la dación si se contraviene con esos principios y sólo podrá ablacionarse uno de dos órganos pares y nunca un órgano vital. En el caso de un órgano doble, el menor de edad que proceda a la dación no contraviene a las buenas costumbres si dispone en favor de un familiar consanguíneo, ejerciendo una solidaridad que nace juntamente con la relación de parentesco.

¹⁵⁴ Carranza A., Jorge, *op. cit.*, p. 38

¹⁵⁵ Estos datos fueron obtenidos en entrevistas realizadas en centros hospitalarios de la ciudad de Cochabamba, que practican dicho procedimiento

CAPÍTULO X ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

Actos de dación de órganos por menores de edad. Para el estudio del derecho de disponer sobre el propio cuerpo, es necesario referirse al tratamiento de este tema en las legislaciones extranjeras. Son pocos los países latinoamericanos que han logrado normarla de manera amplia hasta el momento, razón por la que es necesario analizar las legislaciones de otros continentes.

10.1. Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997).

La protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina desarrollado por los miembros del Consejo de Europa establece en su artículo 6 inc. 1 y 2 respectivamente que: “*Con las reservas de los artículos 17 y 20, las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo*”.

“*Cuando, según la ley, un menor no sea capaz de consentir a una intervención, ésta no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley. El consentimiento del menor será considerado como elemento tanto más determinante cuanto mayores sean su edad y grado de discernimiento*”.

El primer inciso nos lleva a los artículos 17 y 20 donde se darían las liberalidades respectivas del menor y el segundo inciso da un margen paulatino para que la decisión del menor de edad se adquiriera con la condición de que éste tenga el discernimiento necesario para decidir sobre su organismo.

De lo anteriormente citado, lo que interesa es el artículo 20 referido a la protección de las personas incapaces de consentir a la extracción de un órgano. La segunda parte de esta disposición dispone que: "*Excepcionalmente y con las condiciones de protección previstas en la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona sin capacidad para consentir, puede ser autorizada con los siguientes requisitos:*

- I. *que no se disponga de donante compatible con capacidad para consentir;*
- II. *que el receptor sea hermano o hermana del donante;*
- III. *que la donación pretenda preservar la vida del receptor;*
- IV. *que la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6 haya sido otorgada específicamente y por escrito, tal como lo prevé la ley, y con la aprobación del órgano competente;*
- V. *que el donante del órgano no se oponga".*

Como se puede apreciar, los párrafos condicionan la dación del menor de edad sólo cuando éste sea el único dador genéticamente posible, además que éste sea un familiar consanguíneo en segundo grado y que sólo se trate de un tejido regenerable, y excluyen la posibilidad de que este menor de edad pueda salvar la vida de su hermano, hermana, padre y madre, limitándose sólo a la dación de tejido regenerable como es el caso de la médula ósea y no permite la dación de un órgano para su hermano o hermana, o peor aun, para su padre y madre. En opinión nuestra, esta limitante debería de suprimirse debido a que la realidad muestra muchos casos en los cuales los menores de edad son los únicos dadores genéticamente posibles para sus familiares consanguíneos tratándose de órganos dobles¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Vid. *Infra* pp. 3.15.5

10.2. Legislación española.

La legislación española sobre extracción y trasplante de órganos promulgada mediante Real Decreto 411/ 1996 de 1 de marzo regula la dación de órganos por menores de edad en su artículo 7 inc. 2 de la siguiente manera:

"Los menores de edad pueden ser donantes de residuos quirúrgicos de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea. En estos dos últimos casos exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres. En estos casos el donante menor de edad deberá ser oído conforme prevé el artículo 9 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor".

Los residuos de progenitores hematopoyéticos se refieren a la sangre y sus derivados que incluyen a la médula ósea. Como puede apreciarse, la dación por parte de un menor de edad sólo se permite cuando se trata de un tejido humano, pero la presente legislación no restringe este acto de altruismo a los hermanos, pues la norma habla de la relación genética pudiendo ser ésta a hermanos, padres, abuelos, etc. La ley española tampoco da una solución tratándose de órganos dobles con fines de trasplante, imposibilitando que algún familiar genéticamente parecido pueda salvar la vida a otro pariente consanguíneo.

10.3. Legislación italiana.

La legislación italiana referida a la disposición en materia de trasplantes y tejidos de 21 de abril de 1999 dispone sobre la dación en vida por menores en su artículo 4 inc. 3 de la siguiente manera:

Artículo 4. (Dichiarazione di volontà in ordine alla donazione)

"1. Entro i termini, nelle forme e nei modi stabiliti dalla presente legge e dal decreto del Ministro della sanità di cui all' articolo 5,

comma 1, i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo.

2. I soggetti cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti, secondo le modalità indicate con il decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, sono considerati non donatori.

3. Per i minori di età la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è manifestata dai genitori esercenti la potestà. In caso di non accordo tra i due genitori non è possibile procedere alla manifestazione di disponibilità alla donazione. Non è consentita la manifestazione di volontà in ordine alla donazione di organi per i nati, per i soggetti non aventi la capacità di agire nonchè per i minori affidati o ricoverati presso istituti di assistenza pubblici o privati."

Traducción del artículo 4 inc. 1, 2 y 3 referida a la Ley Italiana de 1 de abril de 1999, N° 91

"Disposición en materia de extracción y de trasplante de órganos y de tejidos", publicada en la *Gaceta Oficial* N° 87 del 15 de abril de 1999.

Artículo 4.

"1. Dentro de los términos, en las formas y modos establecidos por la presente Ley, y del Decreto del Ministro de la Sanidad del cual el artículo 5, 1 establece que los ciudadanos deben declarar su libre y propia voluntad sobre la donación de órganos y de tejidos de su propio cuerpo sucesivamente después de su muerte, ya que son informados que la falta de la declaración de la voluntad es considerada como consentimiento de la donación, según lo establecido en los incisos 4 y 5 del presente artículo.

2. Las personas de las cuales no se ha notificado el pedido de

manifestación de la propia voluntad sobre la donación de órganos y tejidos, según las modalidades indicadas con el Decreto del Ministro de la Sanidad del cual el artículo 5 inc. 1 son considerados no dadores.

3. Para los menores de edad la declaración de la voluntad sobre la donación es manifestada por sus padres que ejercen la potestad. En caso de desacuerdo entre los padres no es posible proceder a la manifestación de la disponibilidad de la donación. No es consentida la manifestación de la voluntad sobre la donación por los que van a nacer (*naciturus*), por las personas incapaces de obrar ni por los menores confiados o internados en instituciones de asistencia pública o privada."

Como se observa el actual régimen jurídico sobre trasplante de órganos, en su artículo 4, acepta la dación por menores de edad, siempre y cuando sean autorizados por sus padres y no exista desacuerdo entre ellos, pues de ser así la dación no podría realizarse.

10.4. Legislación francesa.

El decreto N° 96-375 del 29 de abril de 1996 permite la dación mediante el consentimiento informado de una persona menor de edad sólo en los casos de que se trate de un familiar consanguíneo y tratándose de médula ósea.

En relación con la utilización de órganos (hay una asimilación entre la médula ósea y los órganos), el texto hace la distinción entre una persona viva o muerta. Está prohibida la obtención de órganos de una persona menor o incapaz. Pero por derogación, un menor puede donar médula ósea en beneficio de su hermano o de su hermana.

Respecto a la toma de órganos sobre una persona muerta, la regla está encaminada al previo consentimiento. Se reafirma la regla según la cual los médicos que levantan el acta del deceso y los que realizan la toma de órganos deben pertenecer a distintos servicios o entidades. Además, un mismo médico no puede hacer la toma y el tras-

plante. Esta disposición no contempla que en la práctica los riñones son órganos que se toman por los equipos de trasplante. Lo importante de esta legislación es que a partir de enero del año 2000 los menores de edad a partir de los 13 años de edad pueden manifestar su decisión de ser dadores para después de su muerte "Toute personne de plus de 13 ans peut faire connaître sa position. Il suffit de remplir un formulaire simple et de l'adresser à l'Établissement Français des Greffes.", 5 rue Lacuée 75012, Paris.

Está autorizada la toma de tejidos, células y productos del cuerpo humano de una persona viva, siempre y cuando sea con fines terapéuticos o científicos. Los establecimientos que efectúan las tomas de tejidos o células requieren de autorización en vista de su donación, transformación, conservación, distribución y cesión. Por otra parte, se amplió la necesidad de una autorización al sector privado con fines lucrativos en el campo de transformación, conservación, distribución y cesión de tejidos y células del cuerpo humano.

10.5. Legislación de Québec.

Promulgada el 1 de diciembre de 1971, en el artículo 20, se dispone que toda persona capaz mayor de 21 años puede disponer gratuitamente de parte de su cuerpo de la siguiente manera: "una persona mayor de edad puede consentir por escrito la disposición *inter vivos* de una parte de su cuerpo con fines de trasplante o con fines de experimento científico".

Respecto a menores de edad, estipula que "un menor capaz de discernir puede, del mismo modo, disponer con el consentimiento de la persona que ejerza la autoridad parental y de un juez de la Corte Suprema, siempre que no resulten riesgos graves para su salud".

El segundo párrafo del artículo 20 trata la situación de los menores capaces de discernir pero "en Québec no se encuentran normas específicas que determinen cuál es la edad de discernimiento, por lo que el problema deberá ser resuelto en cada caso concreto",¹⁵⁷

¹⁵⁷ Bergoglio, María Teresa, *op. cit.*, pp. 38 y ss

esto quiere decir que al no existir una edad concreta en la que un menor puede ser dador de algún órgano se toma como referencia la capacidad de discernimiento que éste tenga. Por tanto un menor de 16 años de edad o más, si cumple con este requisito, puede ser considerado como potencial dador.

10.6. Legislación etíope.

Según Antonio Aguilar Gutiérrez, del Instituto de Derecho Comparado de México, citado por Bergoglio,¹⁵⁸ el Código Civil etíope ha sido calificado como una de las más importantes contribuciones a la ciencia jurídica moderna, en materia de trasplante de órganos. En su artículo 18, estipula que una persona puede disponer parte de su cuerpo con fines de trasplante con los pertinentes límites que existen para la disponibilidad corporal. Estos límites se refieren a que la "dación realizada, no signifique un grave atentado a la integridad del cuerpo humano y siendo la esencia de ésta un acto personalísimo, la voluntad para efectuarla tiene que ir paralelamente con la norma concordante a la disposición testamentaria de ese país".¹⁵⁹

Esta legislación no hace referencia a la disposición de órganos por menores de edad, pero al igual que la legislación argentina, considera que la edad para la disposición sobre órganos es la misma que se requiere para disponer de bienes en testamento.

10.7. Legislación de Argentina.

La Ley 24.193 del 4 de enero de 1995 en su artículo 19, dispone que toda persona capaz de 18 años puede disponer de la ablación, en vida, de alguno de sus órganos. El nuevo régimen legal de trasplantes, puesto en vigencia el 1 de enero de 1996, en su artículo 21, referido a la disposición de órganos provenientes de cadáveres, determina que a falta de voluntad expresa por parte del *de cuius*, de dar algún órgano después de su muerte, ésta podrá ser otorgada por los hijos, hermanos, nietos, todos mayo-

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 36

¹⁵⁹ *Idem*

res de 18 años. Según Cifuentes, la capacidad plena en Argentina se adquiere a los 21 años, de acuerdo con el artículo 128 del C.C., pero para casos de dación de órganos, la capacidad se adquiere a los 18 años, coincidiendo con otro artículo del C.C., referido a la capacidad de testar (artículo 3614 C.C.).

En el caso de la dación de médula ósea la ley 24.193 sic. "Trasplantes de órganos y materiales anatómicos humanos" establece en su artículo 15 que "En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de 18 podrá ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas. Los menores de 18 años de edad podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco consanguíneo".

Como se puede ver, la ley argentina permite la dación por menores de edad cuando se trate de médula ósea y tratándose de los demás órganos a partir de los 18 años de edad, aunque en la jurisprudencia argentina se evidencian casos en los que se permite la dación de órganos por menores de edad.

10.8. *Legislación del Brasil.*

El decreto Nº 879 de 23 de julio de 1993 referido a la dación de órganos humanos establece en su artículo 12 inc. 4 y 5 que:

"O indivíduo menor, irmão ou não de outro com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação para receptor enumerado no &1º, nos casos de transplante de medula ósea, desde que haja consentimento dos seus pais e autorização judicial e não exista risco para a sua saúde". "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula ósea e o ato médico não oferecer nenhum risco à gestante e ao feto".

&1º "A permissão prevista neste artigo limitar-se-á à doação entre avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinos, primos

até segundo grau inclusive, e entre cônjugues. &2º "A doação entre pessoas não relacionadas no &1º somente poderá ser realizada após autorização judicial."

Los artículos enunciados por la legislación brasilera se traducen de la siguiente manera:

"El individuo menor, hermano o no de otro con compatibilidad inmunológica comprobada, podrá hacer una donación para el receptor, enumerado en el & 1º, en casos de transplante de médula ósea, desde que haya consentimiento de sus padres y autorización judicial y no exista riesgo para su salud". "Es vedado a la gestante disponer de tejidos, órganos o partes de su cuerpo, excepto cuando se trata de una donación de tejido para ser utilizado en transplante de médula ósea y el acto médico no ofrece ningún riesgo a la gestante como al feto." &1º "El permiso previsto en este artículo se limita a la donación entre abuelos, nietos, padres, hijos, hermanos, tíos, sobrinos, primos hasta segundo grado inclusive, y entre cónyuges. &2º "La donación entre personas relacionadas en el & 1º solamente podrá ser realizada después de una autorización judicial."

Por lo anteriormente citado, se observa que la dación de órganos en el Brasil es permitida por menores de edad, restringiendo su campo de acuerdo al &1 sólo a familiares consanguíneos y cónyuges y sólo cuando se trate de médula ósea. El artículo 5 de la ley permite inclusive que las gestantes puedan ser dadores de tejido cuando este acto no signifique un riesgo a la salud del feto como a la madre. De esta situación se entiende que aun en el caso en que la gestante no hubiera dado a luz se procederá a extraerle el tejido necesario para que pueda ser implantado, con la condición de que este procedimiento no signifique un daño tanto para la madre como para el feto.

10.9. Legislación chilena.

La ley 19451 del 29 de marzo de 1996, en su artículo 4 establece que sólo los legalmente capaces podrán donar en vida un órgano con fines de trasplante al disponer que: "Podrán extraerse órganos de una persona viva, legalmente capaz, previo informe positivo de aptitud física", esta aptitud física en la legislación chilena debe realizarse por dos médicos distintos a los que vayan a efectuar el trasplante, por otra parte la presente legislación carece de una normativización en los casos de menores de edad, y aún tratándose de tejidos renovables como la médula ósea. Por lo que en Chile los menores de edad, siendo estos menores de 18 años, se encuentran imposibilitados de poder salvar a un familiar consanguíneo cuando éstos sean los únicos dadores posibles.

10.10. Legislación de Puerto Rico.

Ley de Donaciones y Trasplante de Puerto Rico de 2000, Ley No. 325 del 2 de septiembre de 2000, dispone la dación de órganos en sus artículos 6 y 8 de la siguiente manera:

"Artículo 6. (Donaciones; derecho a donar) Cualquier persona de dieciocho (18) años de edad o más y que esté en pleno disfrute de sus capacidades mentales, podrá realizar una donación en vida o cadavérica a cualquier persona, institución o entidad que en virtud de esta Ley quede autorizada a extraer, depositar, examinar o llevar a cabo todo o parte de lo relacionado al estudio o manejo de trasplantes de órganos y tejidos. El donante podrá limitar su donación a uno o más de los propósitos señalados en esta Ley. De igual forma se reconoce a todo individuo el derecho a rehusarse a hacer una donación de órganos o tejidos.

"Artículo 8. (Procedimiento para la donación en vida). La donación en vida podrá efectuarse por persona de dieciocho (18) años o más, mediante declaración jurada ante notario, o mediante la expresión verbal o escrita del donante ante dos testi-

gos sin la concurrencia del notario. Toda donación para trasplante en vida conlleva la autorización de cualquier examen médico necesario. Por lo cual, tal donación estará sujeta a la viabilidad y probabilidad de éxito que reflejen dichos estudios médicos, tomando en consideración el que no se ponga en riesgo la salud del donante y que no se exponga al recipiente a la transmisión de enfermedades.

"La donación en vida podrá ser para un recipiente específico o para ser dispuesta por alguna institución o entidad autorizada en Ley para manejar, mantener, depositar o llevar a cabo todo o parte de lo relacionado a donaciones y trasplantes.

"La donación en vida puede ser revocada en cualquier momento antes de realizada la extracción del órgano o tejido, mediante declaración jurada ante notario o mediante comunicación dirigida al médico cirujano o al director médico de la institución a cargo del trasplante.

"Para fines de esta Ley, el menor emancipado menor de dieciocho (18) años será considerado como adulto al momento de su determinación de donar en vida."

La presente ley considera que las personas pueden ser dadores de órganos a partir de los 18 años, pero abren un margen de dación por los menores de 18 años con la condición de que éstos sean emancipados, la figura jurídica en este caso viene a tornarse forzada, pues cualquier persona que necesite dar un órgano a su familiar consanguíneo y se encuentre imposibilitado de hacerlo por ser menor de edad sólo tendrá que solicitar la emancipación con la finalidad de dar el órgano o tejido necesario.

10.11. Legislación venezolana.

La presente ley de dación de órganos humanos del 3 de diciembre de 1992 sólo permite la decisión de los dadores cuando éstos sean mayores de edad y parientes consanguíneos: