

“Artículo 11. Serán admitidos como donantes de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos, con fines terapéuticos, los parientes consanguíneos hasta el quinto grado. El Ejecutivo Nacional, por vía reglamentaria, y oído el parecer de la Academia Nacional de Medicina, la Federación Médica Venezolana y las Escuelas de Medicina de las Universidades Nacionales, podrá determinar otras personas admisibles como donantes de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos, a los fines anteriores.

“Los médicos a cuyo cargo esté la operación de trasplante, informarán suficientemente al donante y al receptor del riesgo que implica la operación y sus secuelas”.

“Artículo 12. Cuando se trate de trasplantes provenientes de un donante vivo, éste deberá: 1. Ser mayor de edad, a menos que se trate de los parientes previstos en el artículo 11.”

De acuerdo con el artículo 12 en su inc. 1 la regla de la dación que tiene que ser sólo por los mayores de edad podría ser cambiada, si el dador consanguíneo en uno de los grados indicados por el artículo 11 se encontrara con una edad que lo colocaría legalmente como un potencial dador, aunque éste sea un menor de edad. Por otra parte, la legislación venezolana no hace una distinción tratándose de médula ósea u órganos dobles, por lo que si fuera un menor de edad el dador, este podría serlo de médula u órgano doble.

10.12. Legislación mexicana.

La norma técnica N° 323 para la disposición de órganos células y tejidos de seres humanos de 1988 (vigente) de la misma manera que la legislación argentina y la de Puerto Rico, entre otras, sólo permite la dación de órganos por personas mayores de 18 años de edad, es así que en los elementos personales que debe contar el dador están delimitados en su reglamento artículo 16 inc. I, estableciendo ciertos requisitos

para ser considerado como dador, uno de éstos está establecido de la siguiente manera: “Inc. I Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta”; por otra parte, el inc. V en su párrafo segundo dispone que: “Tratándose de trasplantes de médula ósea, la Secretaría de Salud podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito al que se refiere el inc. I”. Por lo anteriormente anotado, la legislación mexicana permite la dación a menores de 18 años de edad sólo en el caso de tratarse de médula ósea, quedando restringida la posibilidad de dar un órgano en vida a algún familiar consanguíneo.

10.13. Legislación de Cuba.

La legislación cubana regula la práctica de los trasplantes de órganos en la Ley 41/ 83 y en el Reglamento de Ley 41/1983 y su Decreto 139/ 1988. De esta manera en su artículo N° 81 estipula la capacidad de donar órganos a partir de los 18 años de edad, con la condición de que estos mayores de edad tengan todas sus facultades en pleno goce, pero no establece que tengan que contar con una facultad física de igual manera.

Respecto a los menores de 18 años de edad, éstos podrán ser dadores siempre que sus representantes legales complementen la capacidad del menor de edad. Esto significa que los representantes legales, aun no fueran consanguíneos, podrán disponer que el menor de edad que tienen a su cargo pueda ser dador de algún órgano, quitándole todo poder de decisión que podría asumir a raíz de su consentimiento informado.

10.14. Normatividad boliviana.

El Código del Menor abrogado, en su artículo 26 prohibía la donación de órganos por menores de edad. El Código Civil boliviano en su artículo 7 establece que: “los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo, están prohibidos cuando debiendo ejecu-

tarse 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”.

Posteriormente fue sancionada la Ley 1716 de 5 de noviembre de 1996 que en su artículo 6 sólo permite la dación a los mayores de 21 años de edad: “Las ablaciones de órganos, tejidos y células de personas mayores de veintiún años, cuando no le ocasionen menoscabo a su salud, disminución física que afecte su supervivencia o le originen un impedimento considerable, debiendo previamente contar con su consentimiento expreso, libre y voluntario, debidamente registrado en Notaría de Fe Pública, el mismo que deberá quedar documentado en la institución hospitalaria.”

Esta disposición concordada con la normatividad civil referida a la mayoría de edad solo permitía la dación a partir de los 21 años de edad, pero la promulgación del 16 de abril del 2000 modifica esta permisión a partir de los 18 años de edad, pues en su artículo único modifica la mayoría de edad a partir de los 18 años de edad al disponer que: “I. La mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos”.

Esta modificación de la mayoría de edad permite que se pueda ser dador de órganos a los 18 años de edad, pero la legislación boliviana no posibilita que los menores de edad puedan ser dadores de órganos, aun en el caso de receptores consanguíneos. Por otra parte, la legislación boliviana no distingue entre partes regenerables y no regenerables, lo que impide que, aun tratándose de dar un tejido como la médula ósea, este acto de solidaridad humana se encuentra imposibilitado de ejecutarse, trayendo como consecuencia la muerte inevitable de algún familiar consanguíneo.

Es peor la situación tratándose de la dación de órganos no regenerables, pues la ley no lo permite, pero se evidencian casos en los cuales, al margen de las disposiciones legales, se permite la dación de órganos no regenerables a menores de 18 años de edad.

La disposición del cuerpo humano, tal como afirma Manuel Michel,¹⁶⁰ no sólo se refiere como es lógico pensarlo, a la que del suyo hace el dador, sino también a la que hace el receptor; esta disposición está regulada por criterios médicos y lógicamente jurídicos, es así que el Código de Salud boliviano, en su artículo 92 estipula que para realizar el trasplante se requiere el consentimiento del donante y que aquel consentimiento puede ser revocado; el artículo 93 establece que los menores y las mujeres embarazadas en ningún caso pueden ser donantes; el artículo 94 establece también que, en general, los privados de libertad tampoco pueden donar órganos, salvo que sea a parientes consanguíneos. Por otra parte, la Ley de donación y trasplante en su artículo 6 estipula que sólo los mayores de 21 años de edad podrán donar órganos, con la condición de que en vida no signifique un menoscabo a su salud.

Otra norma que era bien proyectada es el artículo 23 del Proyecto de Reglamento de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, puesto en consideración del Honorable Senado de la República en 1985, regulaba que: “Para la donación de órganos y tejidos por parte de seres vivos y con fines de trasplante se deberán llenar los siguientes requisitos: a) que los donantes sean mayores y Tejidos, sólo se encuentran habilitados como donantes los mayores de edad¹⁶¹. La proyección de la disposición analizada permitía que los menores de edad puedan ser potenciales dadores, pero al mismo tiempo no hacía referencia ni limitaba esta facultad, por lo que el menor de edad hubiera podido disponer tanto como para su familiar como para un tercero. En opinión nuestra, el proyecto de ley debería limitar la disposición sólo a los familiares consanguíneos, pues del grado de parentesco y similitud genética depende el éxito del trasplante. Por otra parte, restringiendo la dación sólo a los familiares consanguíneos se puede garantizar que quede desterrada la comercialización de órganos y, por consiguiente, el mercado negro de órganos.

¹⁶⁰ Michel Huerta Manuel, Sánchez Mamant, Elisa, *Trasplantes de Órganos Humanos, consideraciones ética, religiosa, filosófica, jurídicas*, Ed. Tupac Katari, Bolivia, Sucre, 1998, p. 17

¹⁶¹ *Ibid*, p. 17

La restricción existente en Ley 1716, la cual sólo posibilita la dación a mayores de edad, se aleja de la realidad social y médica. En el caso del menor de edad, muy frecuentemente se presenta la situación en la que un hermano tiene el riñón genéticamente idóneo que necesita otro hermano para su supervivencia. En tal sentido, el artículo 23 del primer proyecto de ley, era muy acertado cuando permitía la dación hecha por menores, pues este menor de edad salvaría a su hermano.¹⁶²

Los anteriores fundamentos enunciados nos llaman a la reflexión, es necesario replantear el artículo 6 de la Ley de Trasplantes de Órganos pues se considera ético que un hermano mayor o menor sea dador de órganos para su familiar; al igual que el que lo haga un débil mental, lo que no es correcto y que sirve de base a las restricciones, es el que se lesione irreparablemente la salud biopsicosocial del menor; o que se abuse del incapaz alevosamente, por lo que todo esto le corresponde analizar a la ciencia médica y psiquiátrica si ellas, en casos concretos, certifican que cualquier riesgo es inexistente o mínimo, es moral entonces que se corra ese riesgo para salvar otra vida, si existe la voluntad de dación en el menor.¹⁶³

10.14.1. La autoridad de los padres y del tutor.

De la autoridad de los padres nacen las obligaciones que tienen ellos respecto a sus hijos de velar por su educación, salud, alimentación, etc. Para este cumplimiento los padres poseen la autoridad que les reconoce la ley. En virtud a esta autoridad, los hijos están sometidos a sus padres hasta que llegan a su mayoría de edad.¹⁶⁴ Antes de la mayoría de edad, los menores de edad no pueden ser separados de sus padres sino cuando hay causa legítima.

Los legisladores denominan patria potestad al conjunto de derechos que la ley confiere sobre la persona y bienes del hijo menor de edad no emancipado. Por lo que la autoridad de los padres es un conjunto de derechos naturales y jurídicos del padre y de la madre sobre los bienes de

¹⁶² *Ibid*, pp. 41-45

¹⁶³ *Ibid*, p. 89

¹⁶⁴ Saavedra López Mario, *Manual de derecho de Familia*, Ed. Serrano, Cochabamba, Bolivia, 1996 p. 246

sus hijos hasta la mayoría de edad. (artículo 249 Conc. 245-246-251-255-259-260-276-277 C.F.). Por lo cual, tratándose de dadores de órganos, aquéllos son los que deberán velar por el cuidado de sus hijos, ya sea permitiendo o no la ablación de algún órgano con fines de trasplante para un familiar consanguíneo.

La autoridad de los padres es una institución de orden público que corresponde a los padres, donde la autoridad de los padres es un conjunto de derechos y deberes en bien de los hijos y la tutela es un mandato conferida por la ley a una persona para el cuidado del menor y de los bienes.¹⁶⁵

El Código de Familia en su artículo 251 se refiere al ejercicio de la autoridad de los padres disponiendo que: "La autoridad sobre los hijos comunes se ejerce durante el matrimonio, por el padre y la madre". En caso de ausencia de uno de los padres o suspensión de su autoridad e incapacidad, la autoridad se ejerce solamente por el otro. Esto quiere decir que por ausencia de autoridad de alguno de los padres, el que cuenta con ésta estaría capacitado para dar su consentimiento juntamente con el consentimiento del menor de realizar una ablación de órgano o tejido regenerable en el menor; este acto debería permitirse sólo en el caso excepcional de no contar con otro dador compatible posible, previo examen de un equipo interdisciplinario y mediante la autorización judicial respectiva. Puesto que, de acuerdo con los artículos 255-260 del C.F., que establecen que los desacuerdos entre el padre y la madre se resuelven por el juez con sujeción al procedimiento establecido por el Código de Familia, teniendo en cuenta el interés del hijo. Este interés sin duda alguna, deberá ser valorado plenamente en el caso de que un hermano necesite de un órgano o tejido y si fuere la médula ósea se necesitará tener una compatibilidad genética exacta y ser descendiente de padre y madre en común.

De la misma manera, es importante enfatizar que la armonía y comprensión de la unión matrimonial o de la unión libre o de hecho, es ejercida por el padre y la madre que viven con el hijo, puesto que

¹⁶⁵ *Ibid*, p. 249

el progenitor que no vive con sus hijos mal podría ejercer la autoridad de padre, quedando reducidas sus obligaciones a la pensión alimenticia impuesta por el juez familiar, sin saber certeramente lo que su hijo desea, ya que no vive con él. No obstante, el juez atento al interés del hijo puede confiar su guarda a otra persona, prefiriendo a los parientes próximos (artículo 145 C.F.). En esta situación, de encontrarse un hermano o padre necesitado de la dación de un órgano o tejido regenerable, previo informe de un equipo especializado, y del que ejerce la guarda, el juez debería valorar el consentimiento informado del menor de edad para autorizar o no la ablación. Esta valoración es aún difícil y acorde con las circunstancias del dador y del receptor, pues podría darse el caso de que el receptor fuera hermano, padre o madre.

La autoridad del padre y de la madre comprende, de acuerdo al artículo 258 Conc. 14-174-175-223-261-265, del Código de Familia, en guardar al hijo, corregir adecuadamente su conducta, mantenerlo y educarlo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes y el de administrar su patrimonio y representarlo en los actos de la vida civil. Estos deberes y cuidados lógicamente que los ejercitan si el padre o madre se encuentran biológicamente sanos, de no ser así, y siendo que los ingresos económicos de éstos son limitados debido a que sólo uno de los padres es el que trabaja, y dado el supuesto caso en que éste pueda requerir un trasplante de un órgano donde el único dador es el hijo menor de edad, el padre o madre que necesitan el trasplante, no podrán llevar a cabo su deber debido a que existe una prohibición expresa en el ordenamiento jurídico boliviano en el sentido de que sólo los mayores de edad pueden ser dadores de órganos, entonces el padre o madre al fallecer, dejarían la familia desintegrada.

Por consiguiente, la limitación de la ley de trasplantes de órganos y tejidos respecto a la edad del dador imposibilita que los padres, en el caso de encontrarse con alguna enfermedad susceptible de un trasplante, no puedan contar con el único dador posible, su hijo, y si fallece el padre o la madre no podrán suministrarle los recursos necesarios como la alimentación, asistencia médica, vivienda, vestido, etc. Este deber de los

padres que comienza con el nacimiento de los hijos y termina con la educación y oficio de éstos (artículo 264 Conc. Arts. 14-24-258 del C.F.) no podrán, por consiguiente, asegurar la vida futura del hijo, puesto que aun en el caso de que el menor pase a la tutela de un tercero, éste no podrá inculcarle todos los principios éticos y morales, tal como lo ejercitare un verdadero padre o madre.

El análisis de las anteriores normas legales es necesario relacionarlas con el Código del Niño, Niña y Adolescente. En esta norma se consideran aspectos que garantizan el desarrollo pleno de éstos, el artículo 101 establece el derecho a diferentes libertades siendo la más importante para el presente estudio el inc. 2, el cual hace mención a la libertad de opinión y expresión que tenga, y el artículo 103 expresa que el niño o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tome en cuenta sus opiniones.

Concordante con esta disposición interna, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Bolivia mediante Ley N° 1152 del 14 de mayo de 1990, en su artículo 13 establece que: *"El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño"*.

La libertad de expresión a que hace mención el artículo precedente, nos llama a la reflexión puesto que, en la situación de un trasplante de órgano o tejido, deberá en muchas de las circunstancias prevalecer la decisión sobre la base de la libertad de expresión que el menor de edad tenga, posibilitando la dación del órgano o tejido que será trasplantado en su padre, madre, hermano o hermana. De la misma manera, esta decisión deberá ser valorada mediante el consentimiento informado juntamente con la aceptación del tutor, mediante una autorización judicial.

Otro artículo de la Convención que es necesario analizar es el 24, donde se estipula que los Estados reconocen el derecho del niño al disfru-

te del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se comprometen por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los derechos a que hace mención el precepto nos pone en la situación del receptor menor de edad que cuenta con un único dador genéticamente parecido, el mismo que puede ser su hermano menor de edad.

Ante esta situación y respetando la Convención del niño ratificada por Bolivia, se deberá dar una atención prioritaria al receptor permitiendo la dación de su hermano menor de edad. Por otra parte, el artículo 157 del Código del Niño, Niña y Adolescente norma que el niño tiene que cumplir ciertos deberes fundamentales, uno de estos el de defender, cumplir y preservar sus derechos y los derechos de los demás. Los derechos de los demás son, sin lugar a dudas, el de ser escuchados para salvar la vida de su hermano, hermana, padre o madre, norma que tiene como base fundamental el artículo 7 de la Constitución Política del Estado, precepto fundamental el de que toda persona tiene derecho a la vida, la salud y la seguridad. Por lo citado anteriormente, no se puede permitir que a un menor de edad se lo limite para salvar la vida de su familiar consanguíneo, sabiendo que es el único dador genéticamente parecido.

10.14.2. Derecho de representación de la tutela de los menores.

La ley presume, como regla general, la capacidad de las personas. Pero también establece en beneficio de determinadas personas, ciertas incapacidades que producen la nulidad de los actos efectuados o realizados por los menores con la finalidad de que éstos, en el momento de realizar un acto producto de su inexperiencia, pueda ser considerado nulo por la ley, con la finalidad de precautelar su integridad física y su patrimonio económico.

Toda persona para poder actuar en la vida civil debe hacerlo por sí misma o representada por alguien, en este último caso se aplica la representación de los incapaces, que se hace a través de instituciones espe-

ciales para los menores que tuvieron la adversidad de perder sus padres y los otros que están sometidos a la autoridad de los padres, son representados por éstos.

La palabra tutela proviene del latín *tutela*, que quiere decir defensa, protección, amparo de la persona y bienes de un menor o incapaz.¹⁶⁶ La tutela es una institución que tiene por objeto el cuidado y la representación en todos los actos de la vida civil de un menor huérfano y la administración de sus bienes.¹⁶⁷ El Dr. Agustín Aspiazú citado por Saavedra manifiesta que la tutela es un cargo impuesto por la ley para administrar los bienes y cuidar del menor.

De los diferentes criterios señalados, podemos deducir la siguiente definición:¹⁶⁸

La tutela es la Institución legal de orden público que, siendo un mandato y una función, permite la protección, el amparo, los cuidados, la adecuada educación y formación de los menores huérfanos, por lo que la persona que tiene el ejercicio de la tutela en favor del menor, se llama tutor y el menor bajo tutela se llama pupilo.

La palabra tutor procede del latín *tutor tutoris*, en relación con *tutelar* y lleva hoy también el sentido de defensa.¹⁶⁹ Pupilo es el menor huérfano o no, de uno y otro sexo que aún no ha cumplido los 18 años de edad. La palabra pupilo procede del latín *pupillus*, que quiere decir menor huérfano, con referencia a su tutor.¹⁷⁰

Se abre la tutela de los menores al fallecer los padres o cuando éstos por causales señaladas por la ley, pierden su autoridad sobre aquéllos o quedan suspendidos de ejercerla y también, como no podría ser de otra manera, cuando la situación familiar de un menor no se encuentre establecida (artículo 283 Conc.244-247-284-287-324-325-357-440 C.F.).

Asimismo, la tutela se desempeña por el tutor con la supervigilancia e intervención del juez tutelar y de los fiscales (artículo 284 C.F. Conc.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 259

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 259

¹⁶⁷ *Idem*

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 260

¹⁶⁹ *Idem*

¹⁷⁰ *Ibidem*

283 y sgtes. 367-376-381-440-441 C.F.). Por lo que el tutor reemplaza a los padres de los menores huérfanos o no, cuidando de éstos, representándolos en todos los actos de la vida civil y teniendo a su cargo la administración de sus bienes.

Estos bienes son también sin lugar a dudas los bienes extrapatrimoniales referidos a los órganos y tejidos de éstos, entonces el tutor deberá velar por el bienestar del menor. Por otra parte si se diera la situación en la que el menor pudiera ser considerado potencial dador para su hermano, el tutor en este caso podría representarlo ante las instancias correspondientes para evaluar el hecho concreto y determinar la autorización o no de la ablación.

La situación se torna contraria en el caso en que el pupilo desease ser dador para su tutor. En este punto se deberían considerar otros aspectos, como ser la compatibilidad genética, dado que es probable que el tutor y pupilo sean genéticamente compatibles, pero, es más aconsejable que el tutor en caso de necesitar un trasplante agote primero todos los recursos de búsqueda en sus familiares consanguíneos realizando el descarte genético, para que posteriormente, sea admitida la solicitud previa corroboración por parte del juez del menor de que se cumplieron con éstas exigencias, además de la verificación de un equipo interdisciplinario conformado por un psicólogo, un médico, y un psiquiatra, que garanticen que el menor no fue sometido a ningún tipo de presión física ni psicológica para obtener su consentimiento.

La legislación boliviana, en lo que respecta al Código de Familia, establece una serie de sistemas tutelares, siendo éstas la testamentaria, la legítima, la de terceros y la interina (artículos 290, 291, 292, 293).

La tutela testamentaria es la que se establece mediante testamento por el padre o madre sobreviviente del menor. La designación del tutor testamentario es de exclusiva incumbencia del padre o madre que muere, quien designa al tutor mediante testamento como acto de última voluntad. Esta disposición que realiza sólo se refiere al

cuidado que deberá tener el tutor para con el pupilo, pero en ningún caso esta disposición testamentaria tendrá caracteres de autorización para la ablación de algún órgano del menor, por lo que el tutor no puede invadir este campo, debiendo velar por el cuidado del menor tal como si fuera un verdadero padre de familia.

El tutor testamentario, que puede ser pariente o extraño, no puede renunciar por ser la tutela de orden público y de interés social, salvo causas atendibles. El padre o madre que perdió la autoridad sobre sus hijos no puede designar tutor testamentario, ya que si no tuvo capacidad para ejercer la patria potestad, tampoco puede tenerla para designar a la persona responsable para ejercer la tutela, después de producida su muerte.

El Código de Familia, en su artículo 290, bajo el epígrafe «*tutor designado por los padres*», estipula lo siguiente:

«*El juez tutelar debe nombrar tutor, preferentemente al designado por el último de los progenitores que ejercía la autoridad parental. La designación se puede hacer por testamento, por escritura pública o privada reconocida y aun por declaración recibida por el juez tutelar, con la concurrencia de dos testigos*». (Conc. Arts. 291-308-440 C.F.).

La tutela legítima es la que corresponde a los ascendientes y colaterales del menor huérfano. Para el ejercicio de la tutela legítima es necesario que hayan fallecido el padre y la madre del menor y no haya tutor testamentario y se establece con preferencia entre los ascendientes. En defecto de los ascendientes, la tutela corresponde a los parientes colaterales del menor huérfano, con preferencia de grados más próximos hasta el 4º. grado.

El Código de Familia, en su artículo 291, bajo el denominativo de «*Ascendientes y colaterales*» dispone: «*No habiendo designación alguna o si concurren motivos graves que se opongan al nombramiento de la persona designada, el juez tutelar elige al tutor entre los ascendientes paternos o maternos o bien entre los parientes colaterales o afines del menor, según convenga más al interés de este últi-*