Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

LA TENDENCIA DEL CONTEXTO JURÍDICO DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN LOS MENORES DE EDAD[1]

Navarro Ameller Juan Manuel[2]

Presentado: 23 de abril de 2023
Aceptado: 20 de junio de 2023

RESUMEN

El presente artículo trata de mostrar el ámbito jurídico actual de los trasplantes de órganos y tejidos como sus limitaciones normativas. Por otra parte, el contexto de los menores de edad como potenciales donantes de órganos abre una puerta a los nuevos desafíos del derecho. El artículo propuesto muestra el debate teórico y normativo dentro del campo de los trasplantes. En el artículo se ha utilizado el método analítico, cualitativo, comparado y jurisprudencial.

Palabras Clave: Trasplante de órganos, menores de edad, capacidad, consentimiento

ABSTRACT

This article tries to show the current legal scope of organ and tissue transplants as well as its regulatory limitations. On the other hand, the context of minors as potential organ donors opens a door to new legal challenges. The proposed article shows the theoretical and normative debate within the field of transplants. The analytical, qualitative, comparative and jurisprudential method has been used in the article.

Keywords: Organ transplantation, minors, capacity, consent

1. ANTECEDENTES

Hace mas de 50 años que la práctica de los trasplantes en Bolivia viene desarrollándose, es así que se empezó con el trasplante de riñón alrededor del año 1994 posterior a este evento se suscitaron muchos casos en los que se utilizaron donantes vivos.

1 Nota del editor: Se ha mantenido el sistema de notación presentado por el autor en su artículo original.

2 Doctor en Derecho, Académico de número de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas, Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias, docente Titular de la Universidad Mayor de San Simón. http://orcid.org/0000-0003-1467-6282.

Alrededor del año 1995 en Cochabamba se produce el primer caso donde se necesitaba la dación de un órgano doble por parte de un menor de 17 años edad caso que fue solucionado por la orden de un Juez de mínima cuantía, permitiendo la ablación de uno de los riñones del menos violando las normas contenidas en el código civil.

Posteriormente a este evento se suscitan otros casos, donde se requiere la dación por parte de otros menores de edad uno de estos es el caso de la menor Wendy la cual contaba con 16 años de edad, la orden y el permiso para realizar el trasplante se realiza mediante la unidad de servicio social contraviniendo las normas del código civil vigente, y posteriormente a este evento se suscita otro en el cual se hace suplantar el nombre de la donante menor de edad por el nombre de la hermana mayor de esta.

En la actualidad existe una disposición materializada en la ley 1716 de 5 de noviembre de 1996 la cual en su artículo 6º, estipula las condiciones en las cuales solo pueden donar personas mayores de edad.

Por lo que se puede apreciar existe la necesidad de regular esta practica que cada día se torna mas frecuente imponiendo paralelamente a la permisión de estos actos ciertos requisitos legales garantizados por la implementación de normas penales que frenen los posibles excesos.

La medicina ha evolucionado considerablemente en las últimas décadas, llegando a límites antes insospechados. Uno de estos avances lo constituye el trasplante de órganos y tejidos. Esta práctica consiste en "implantar un órgano sano de una persona a otra enferma, con la finalidad de mantener las funciones del órgano desplazado en el organismo receptor"[3] La importancia de esta práctica excede, no obstante, el ámbito médico para proyectarse a niveles sociales. Permite a las personas salvar su vida o mejorar su salud y reintegrarse a la comunidad para seguir contribuyendo activamente al desarrollo de la misma.

En la medida en que para el trasplante no se cuenta aún con órganos artificiales ni con órganos suficientes provenientes de personas muertas, su práctica requiere de la dación de órganos de personas vivas. Las prácticas de trasplante y dación, a más de ser objeto de estudio de la medicina, interesan también al Derecho, debido a una serie de relaciones interpersonales que ambas generan y que es necesario regular.

3 Silva, Silva, Hernán. Diccionario de Términos Médicos Legales. Santiago de Chile De. Jurídica Pág. 226. Año 2014

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

Así la dación de órganos y tejidos específicamente conlleva dos tipos de consideraciones jurídicas. El primero referido a la permisión de realizar actos sobre el propio cuerpo; el segundo relacionado con la capacidad de realizar esos actos. En lo referente al primer aspecto, la legislación boliviana- en el Art. 7, inc. 1 del Código Civil- establece: "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 las buenas costumbres". Como se puede apreciar, la dación está permitida, siempre y cuando ello no implique una lesión grave y definitiva a la integridad física del donante o no atente al orden público o las buenas costumbres. En cuanto al segundo aspecto- la capacidad de realizar actos de disposición sobre el propio cuerpo son aplicables a él las provisiones generales del Código Civil referidas a la mayoría de edad y capacidad de obrar. En tal sentido, y de acuerdo a Ley Nº 2089 promulgada el 5 de mayo del 2000 la dación de órganos y tejidos de personas vivas sólo pueden realizarla los mayores de 18 años.

En concordancia con la norma civil general, la ley 1716 en su Art. 6 prohíbe expresamente la dación de órganos por menores de edad, al establecer: "Las ablaciones de órganos. Tejidos y células sólo pueden practicarse en personas mayores de 21 años de edad...", norma que se contrapone con la ley 2089 que modifica la edad de la mayoría de edad y capacidad de obrar. Por otra parte, cabe aclarar que la donación de acuerdo al Código Civil en su artículo 655 y al Art 2 de la Ley 1716, estipula que es un el contrato por el cual una persona, por espíritu de liberalidad, procura a otra un enriquecimiento disponiendo a favor de ella un derecho propio o asumiendo frente a ellos una obligación.

De acuerdo a este precepto podemos ver que la donación es un contrato, el cual de acuerdo a la doctrina se rige por principios fundamentales siendo uno de estos la fuerza obligatoria para su cumplimiento, es así que la misma doctrina discrepa en cuanto a la utilización del término donación en el campo de los trasplantes pues no se puede obligar a la persona que realiza la liberalidad de algún órgano, y a la persona que realiza este desprendimiento donante y no así donador como ocurre en la legislación boliviana.

Dentro de este contexto jurídico surge la necesidad de analizar la problemática de los menores de edad, en tanto potenciales donadores para sus familiares consanguíneos. Este análisis es importante en la medida en que el éxito de los trasplantes depende de

la aceptación del nuevo órgano por el cuerpo receptor y esta aceptación presupone, a la vez, la compatibilidad de los tejidos. Así, la identidad o por lo menos la similitud de los tejidos y, consecuentemente, su posibilidad de compatibilización está, por razones genéticas, estrechamente relacionadas con la consanguinidad.

Al no permitir la legislación boliviana la dación de órganos por menores de edad en general, excluye la posibilidad de que un menor de edad pueda realizar este acto a favor de sus padres o hermanos. No obstante, en la práctica médica se evidencian casos donde la única ayuda posible al paciente depende de la disponibilidad del órgano o de tejido de ese menor.

Estos casos llevan a una serie de cuestionamientos: ¿No son excesivamente rígidas las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico nacional? Si bien protege jurídicamente la integridad física del menor, ¿protege también su estabilidad psíquico emocional? ¿No afecta valores humanos de solidaridad que emanan justamente de la relación de parentesco? Dicho de otra forma, la imposibilidad legal de dar un órgano y la inminente muerte de un familiar ¿No afectan al menor, a pesar de resguardar su integridad física?

Por otra parte, desde el punto de vista médico, ¿Desde que edad una persona puede prescindir de un determinado órgano o tejido sin que ello implique una lesión grave y definitiva y un atentado a su desarrollo biológico normal? A la vez, en caso de ser biológicamente posible prescindir de órganos a una edad menor que veintiún años. ¿Desde qué edad debería reconocerse al menor la capacidad de realizar actos de disposición sobre su propio cuerpo?

2. EL CONTEXTO DEL DEBATE TEÓRICO

El tema propuesto, referido a la prohibición de dación de órganos por menores de edad, constituye un cuestionamiento a la legislación vigente.

De acuerdo a Larenz, “una crítica de la Ley desemboca no raramente en propuestas concretas a la reforma de la ley. De este modo la Jurisprudencia entra en el terreno de la política del Derecho, en el que tiene que dejar muchas veces la palabra a otras ciencias. El jurista que tiene que trabajar jurídico - políticamente tiene que obtener los datos necesarios, el material de experiencia, de las ciencias que en cada caso son competentes”[4].

En el sentido señalado por Larenz, la propuesta que se presenta, tiene que partir de los conocimientos ya alcanzados por la medicina. Esta opinión la comparte también

4 Larenz, Karl. Metodología del derecho, Barcelona. Ariel. Pag. 182.,2020.

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

Scott[5], según el cual los conceptos legales que deberían guiar la decisión médica en casos de trasplante deben moverse "solamente dentro del alcance de alternativas médicas razonables".

A la vez, las ideas obtenidas del estudio de la medicina y aún tratándose de "alternativas razonables" requieren ser transformadas en normas aptas para ser aplicadas. Estas tienen que encuadrarse en el marco de todo el orden jurídico a fin de que se eviten contradicciones de valoración indeseadas o que conduzcan efectos extraños de gran trascendencia en otros sectores jurídicos[6].

En ese sentido, las propuestas que se formulen en lo referente a la capacidad de realizar actos de disposición sobre el propio cuerpo tienen que encuadrarse sistemáticamente en la parte general del Derecho civil donde se articula este tema, tanto en su aspecto de los derechos de la personalidad como en su aspecto de capacidad y por otra en la ley 1716 y derecho penal para poder establecer las sanciones necesarias por la mala practica de los trasplantes.

Así, desde el punto de vista médico, los trasplantes suelen ser entendidos 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 receptor"[7]. Se clasifican en: autotrasplante (de un tejido a otro lugar de cuerpo en el mismo individuo); hizo trasplante (de un individuo a otro genéticamente idéntico-gemelos); homotrasplante (de un individuo a otro); heterotrasplante (de otro de distinta especie[8].

Una problemática médica importante durante los trasplantes la constituye en rechazo del órgano o tejido donante por el organismo receptor. Esto debido a que: ·" Cada organismo posee una individualidad que hace que sus proteínas tengan una característica de especialidad, de tal modo que cuando sus tejidos son trasplantados a otros organismos de la misma especie el organismo receptor lucha contra el trasplante y establece una verdadera enfermedad del trasplante con reacciones inmunológicas y

5 Cfr. Scott, Paul. "Legal considerations". En: Scientific American, 2021.

6 Larenz, Karl. Op. Cit. Pag. 185.

7 Silva Silva, Hernán. Op. Cit. Pag. 224.

8 Zavaleta, Miguel. "Trasplantes de órganos no vascularizados", En mesa redonda: traspante de órganos y necesidad de una legislación sobre la materia. Oruro. Editorial Universitaria. 2015.Pag.16.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

producción de anticuerpos que terminan por rechazar y destruir el tejido trasplantado donado"[9]. Esta reacción es mayor en casos de homo y heterotrasplantes[10].

El homotrasplante puede realizarse con el órgano del donante vivo o después de la muerte (trasplante cadavérico). En caso de dación en vivo es posible solamente la "ablación de uno de dos órganos pares" por cuanto pueden suplantarse mutuamente. También es posible la dación de materiales anatómicos "cuya remoción no implique riesgo razonablemente previsible[11]. No se puede extraer un órgano único por ser vital para el donante.

Por las razones de rechazo ya mencionada, "la conducta altruista de donantes familiares es el instrumento que más guía a la dación de órganos"[12].

Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, no existe consenso en la doctrina actual respecto a la naturaleza jurídica del cuerpo humano. También está en discusión el principio tradicional que consideró el cuerpo humano, en su totalidad o en parte, como una *res extra comercium*[13].

No obstante, ello, un gran número de las legislaciones positivas contemporáneas admite los actos de disposición sobre el propio cuerpo como ejercicio de un derecho personalísimo, cuando ello no suponga un daño grave a la integridad personal; muchas de ellas[14], cuentan además con normatividad específica sobre los trasplantes y dación de órganos, tanto in vivo como post mortem.

Los puntos centrales en la problemática de las disposiciones sobre el propio cuerpo lo ocupan: el consentimiento y la capacidad; el parentesco del donante con el receptor, y, el dictamen médico respecto a posibilidades del trasplante.

La exigencia del consentimiento, en caso de dación de órganos y tejidos entre vivos, implica la necesidad de una información completa y fehaciente de todo lo relativo a la

9 Sabiston, David, Tratado de patología quirúrgica, 11va. Edición, Ed. México, Interamericana 2015; pag 14

10 Ibid. Pag. 15.

11 Cifuentes, Santos. "Estudio jurídico privado sobre trasplantes de órganos humanos, En : La Ley, 2019. Pag. 334. Véase también Sociedad Boliviana de Medicina Interna. Op. Cit. Pag. 79.

12 Sociedad Boliviana de Medicina Interna. Op. Cit. Pag. 15.

13 Cfr. al respecto: Carranza, Jorge. Op. Cit.: Nuta , Ana Raquel. "Interrogantes jurídicos en torno a los trasplantes de órganos humanos". En: La Ley. 2018.

14 Leofanti, María Antonia, refiere la normatividad de los siguientes países: Uruguay, Brasil, Perú, España, Italia, Francia, Dinamarca, Checoslovaquia, Polonia, Estados Unidos de Norte América. Cfr. Leofanti, María Antonia. "Trasplante de órganos humanos". En: La Ley 2018.

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

extradición y el trasplante, de tal modo que el consentimiento pueda ser manifestado válidamente en forma personal y libre por quién hace la dación[15].

La exigencia de un consentimiento válido conlleva, a su vez, la problemática de la capacidad de obrar. Según Ossorio, se entiende por ella "el poder de realizar actos con eficiencia jurídica". Esta capacidad puede ser absoluta, si permite actuar con toda clase de actos jurídicos y políticos, o relativa, cuando consiente realizar algunos de ellos y no otros"[16].

Algunas legislaciones (Uruguay, Brasil, Venezuela, Francia, Italia)[17] exigen la capacidad absoluta para realizar actos de disposición sobre el propio cuerpo, la misma que se adquiere con la mayoría de edad. Otras, en cambio, admiten la capacidad relativa alcanzable antes de la mayoría de edad es este el caso de la Legislación Francesa, la cual permite la dación por parte de menores de edad realizando un estudio en cada caso concreto donde la edad pasa a un segundo plano.

Por otra parte, la legislación argentina en el Art. 13 de la Ley 21.541 dice que "toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano". Cifuentes comenta al respecto que: "En verdad, la capacidad plena se adquiere a los 21" (Art. 128, código Civil). La norma ha querido significar, pues que para ser donante de partes del cuerpo se la adquiere a los 18, modificando la regla común de la capacidad[18].

El mismo autor refiere, además, que la edad de los 18 años coincide con la que "la Legislación contempla para la capacidad de testar (Art. 3614)"[19]. Se puede observar aquí como la legislación argentina sobre trasplantes encuadra coherente y sistemáticamente en el ordenamiento civil. Pues, permite a los 18 años al testador que pueda disponer, para después de su muerte, de los órganos y materiales anatómicos, es lógico que le permita también la dación de órganos en vida a esa misma edad, si este razonamiento fuera aplicado en Bolivia, se debería permitir la dación de órganos a partir de los 16 años debido a que a esta edad una persona puede disponer en testamento para después de su muerte.

15 Cfr. Casabona, Carlos. María Romeo. "Los trasplantes de órganos". Barcelona. Bosch. 1978.

16 Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. 21ª. Ed. Heliasta, Bs.As. Pag. 152, 2014.

17 Cfr. Yungano, Arturo Ricardo. "La Ley 21.541 de trasplantes de órganos humanos". En: La Ley. 1977.

18 Cifuentes, Santos. Op. Cit. Pag. 839.

19 Ibid. Pag. 845.

Es necesario mencionar que, si bien la edad sirve para determinar la capacidad de las personas, "en realidad se trata de una ficción derivada de las dificultades que originaría la determinación del grado de capacidad en cada caso concreto"[20]. Es esta la razón por la que la edad que las legislaciones positivas relacionan con la capacidad plena es convencional, además de variable, de legislación en legislación.

En términos estrictos, la capacidad es la aptitud para la vida independiente, en virtud del desarrollo físico y madurez psico-social del individuo. Los estudios psicológicos[21] demuestran que la madurez psico-social se adquiere precozmente cuando el individuo se encuentra expuesto a situaciones límite. Una de estas situaciones es, sin duda la enfermedad irreversible de un familiar. Por ello es posible pensar que en ellas el menor es capaz de reaccionar con mayor madurez que su coetáneo no expuesto a similar eventualidad. Esto también fundamenta la posibilidad de una capacidad relativa para realizar los actos de disposición sobre el propio cuerpo a una edad menor que la que la legislación generalmente exige para adquirir la capacidad plena.

El segundo núcleo de la problemática de dación de órganos la constituye la relación de parentesco entre el donante y el receptor. Así, las legislaciones extranjeras entre ellas la argentina, española, italiana, venezolana, etc., suelen restringir la dación de órganos y tejidos a casos en lo que el beneficiario tiene lazos consanguíneos de padre, madre, hijo y hermano.

El requisito de parentesco esta relacionado con tres tipos de razones: "el deber de asistencia que tiene su origen en los vínculos de parentesco"[22]; "porque en el panorama actual de la medicina existe todavía la contrariedad del rechazo inmunológico del receptor y la gravedad de la dación de órgano y en sumo grado el sacrificio por el lado del donante[23].

Ahora, si la exigencia de consanguinidad rige para los donantes mayores de edad, con mayor razón debería regir en caso de dación de órganos por menores de edad.

El tercer requisito, que configura la problemática jurídica de trasplante y dación de órganos in vivo, se refiere a la necesidad de un dictamen médico relativo a la posibilidad de éxito de la intervención.

20 Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pag. 367.

21 Cfr. Ferrer, Teresa y Rubio, Ricardo. "El malestar familiar", En: Primeras jornadas valencianas de psicoanálisis: Casos de familia en el inconsciente. Valencia, 15-16 de mayo de 1996; Alonso, R. "El paciente crónico y su entorno social", En: Nefrología, Vol. XIV, suplemento 1. 1994. Sociedad Española de Nefrología.

22 Martínez, Nanlio Francisco, "Los trasplantes de órganos ante nuestro derecho positivo", En: La Ley, sin Editorial, Bs. As. Pág. 760, 1997.

23 Cifuentes, Santos. Op. Cit. Pag. 840.

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

En tal sentido: "La dación sólo es admisible si concurren fines terapéuticos, es decir, cuando sirva para salvar la vida del paciente o mejorar su salud. Como consecuencia de ello se deriva la necesidad de que el trasplante ofrezca perspectivas de éxito, para lo cual deberá exigirse la realización previa de las pruebas de compatibilidad entre donante y receptor[24].

De manera coincidente con la opinión doctrinal precedente, la legislación argentina establece que la ablación e implantación de órganos puede ser aplicada cuando todos los otros medios recursos disponibles no artificiales se hayan agotado y no exista otra alternativa terapéutica para la recuperación de la salud del paciente[25].

La legislación boliviana en materia de trasplantes y dación de órganos prohíbe expresamente que los menores de edad puedan ser potenciales donantes y excluye de la misma manera cualquier posibilidad en el que este menor pueda ser el único donante posible para su familiar consanguíneo.

3. CONTEXTO DE LA NUEVA TENDENCIA DEL DERECHO EN EL ÁMBITO MÉDICO

Según los estudios realizados y las prácticas ejecutadas, los trasplantes de órganos y tejidos constituyen una alternativa en la medicina contemporánea. Así, para Sabiston,[26] la práctica de los trasplantes ha dejado de ser algo experimental para llegar a ser actualmente aceptado y reconocido como válido en el campo médico y su desarrollo ha alcanzado notable éxito en los últimos cincuenta años y que la misma es necesario regularla en el ámbito jurídico.

De acuerdo con esto, es imprescindible que se cuente con un sistema organizado y eficiente dentro de un marco jurídico, con normas éticas y morales aceptadas.

4. ALGUNOS ACONTECIMIENTOS HISTÓRICOS SOBRE LOS TRASPLANTES

En la China Antigua se describe la practica de injertos de piel realizados entre individuos no consanguíneos con la finalidad de cubrir superficies quemadas que no podían cicatrizar. En la India al igual que China utilizaron esta práctica, pero con el

24 Casabona, Carlos Maria Romeo, Op. Cit, Pag. 81

25 Argentina, Ley 21.541. de trasplantes de órganos humanos.

26 Sabistón David, *Tratado de Patología Quirúrgica*, 21 va ed. Ed. Interamericana, México, 2021. p 425

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

fin de cubrir heridas que presentaban defectos en su continuidad, empleando tejido cutáneo de los mismos individuos afectados.

La idea de remplazar partes enfermas del cuerpo por otras sanas anido en el espíritu humano desde tiempos remotos. Susruta, un cirujano de la India procedía a reconstruir narices hace dos mil años con tejido de los mismos pacientes. La creencia de que la lepra se podía curar por medio de baños de sangre extraída de niños y mujeres vírgenes puede compararse como un trasplante de un tejido líquido como es la sangre humana implantada en las llagas de estas heridas.

En el siglo XVII, la literatura médica nos describe intentos de la inicialización más agresiva de esta práctica. En el año 1670 Macren realiza un heterotrasplante injertando tejido óseo de perro en un ser humano, resultado clínico que se desconoce.

Entrando en el siglo XX alrededor de los años 1902 y 1912 se tienen los primeros informes sobre el avance de una técnica vascular para realizar uniones de arterias. Carrel y Guthrie realizan un gran número de experimentos en animales para posteriormente experimentar con órganos completos incluyendo corazón, bazo, ovarios, glándulas endocrinas, extremidades, cabeza y cuello con resultados poco favorables, pero el éxito técnico se comprobó cuando realizaron otro trasplante renal en un animal al implantar el riñón izquierdo este en lugar del derecho y el derecho en lugar del izquierdo, de esta manera Carrel reconoció y diferencio claramente el problema del rechazo que Guthrie sospechó se debía a fenómenos inmunitarios, puesto que en el presente caso el éxito del trasplante fue exitoso a diferencia de otros casos donde se utilizaba órganos de diferentes animales.

En el año 1940 tenemos las experiencias en seres humanos a partir de la segunda guerra mundial luego de brutales prácticas médicas realizadas en los campos de concentración de Alemania, entre algunas de éstas tenemos la implantación de células malignas y tumorales efectuadas con la finalidad de estudiar su evolución o el posible daño que pudieran desarrollar en personas sanas que se encontraban prisioneras.

Este tipo de prácticas fueron censuradas mundialmente y el 19 de agosto de 1947 el Tribunal Militar de Nuremberg al tratar el caso Karl Brand referido a este tipo de prácticas estableció los principios rectores de las prácticas médicas experimentales en los seres humanos, principios conocidos internacionalmente en el Código de Nuremberg.

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

En el año 1934 la Corte Suprema de Roma cuestionó la legitimidad de algunas disposiciones corporales, como el trasplante homoplástico efectuado mediante la ablación de un testículo de Salvatore Paolo para ser implantado en Vitorio La Pegna disminuido en su capacidad sexual, procedimiento conocido como "El injerto Voronoff" situación que fue remunerado por el receptor a favor del donante. Ante tal actitud la Corte del distrito inició un proceso penal contra los médicos que realizaron el trasplante, y al concluir el mismo el Tribunal consideró que el trasplante era lícito, fundamentando que la extirpación de un solo testículo no alteraba el funcionamiento normal del aparato genital, absolviendo a los imputados.[27]

Otra situación similar que nos presenta la historia es el caso de los trasplantes de ovarios destinados a corregir o equilibrar las hipermenorreas o amenorreas que en opinión de Mc Fadden citado por Bergoglio,[28] son operaciones lícitas porque no disminuyen la función vital de los donantes, pero estas situaciones originaron una critica y una normatividad al respecto debido a que la posible descendencia que podrían tener los receptores, pues esta seria la de los donantes. De esta manera el Código Civil italiano de 1942 refleja la influencia de estas prácticas, estableciendo que "Los *actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarias en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres*" norma similar que la Legislación Argentina adoptó del Código Civil citado y asimilado por la normatividad boliviana establecida en su Articulo 7 del Código Civil.[29]

Estas normas produjeron y producen la prohibición de este tipo de trasplantes, en los que en la mayoría de los casos si bien no afecta la integridad funcional y fisiológica de los donantes se oponen superiores razones de moralidad, buenas costumbres y orden público.

Los primeros intentos de trasplante cardíaco se remontan hacia el año 1940 con Demijov, que hasta esa fecha sólo se tiene descrito en la literatura dos casos en los cuales se procedieron a experimentar con animales, el primero realizado por Carrel, pero en esa época se ignoraban técnicas adecuadas por lo que el animal vivió solo algunas horas muriendo por una posiblemente sépsis generalizada y una incompatibilidad inmunológica. El segundo caso realizado por Mann, Priesteley, y Markowitz, publicando su trabajo sobre el trasplante de corazón realizado en animales

27 Ibidem

28 Bergoglio Bertoldi, *Trasplante de Órganos*, Ed. Hammurabi, Argentina, Bs. As. 2020, p. 73

29 Bolivia, Codigo Civil, Gaceta Oficial, 2020

anastomosando los grandes vasos en arterias y venas del cuello del receptor. Sinitsyn realiza un estudio de trasplantes cardíacos en ranas, publicando una monografía al respecto en el año 1948. Marcus, Wong y algunos otros científicos en el año 1953 realizan un estudio experimental de trasplante cardíaco en 58 perros, todos estos sólo tuvieron una supervivencia de 48 horas y un año mas tarde la supervivencia alcanzo un máximo de ocho días.

Las primeras teorías del rechazo según Sabistón,[30] se realizaron a principios del primer decenio del siglo XX. Este estudio fue realizado por varios autores, de esta manera en el año 1940 Murphy[31] describió que la causa del rechazo de tejidos se debía a cierta variedad de linfocitos pequeños, que años más tarde y en la segunda guerra mundial fue completado con el estudio y los efectos que producía la transfusión sanguínea. En la actualidad se conoce que este mecanismo de rechazo inmunológico se debe a los linfocitos CD3 que son los responsables de la creación de anticuerpos que actúan contra los elementos extraños que ingresan a nuestro organismo, produciendo el rechazo de éstos. Este tipo de reacción que es generado por nuestro organismo en el campo de los trasplantes de órganos en la actualidad es neutralizado con la utilización de inmunosupresores entre éstos la utilización de la Ciclosporina y estudios más recientes proporcionaron el descubrimiento de anticuerpos monoclonales que actúan directamente contra los responsables del rechazo " Anti CD3", la desventaja de este descubrimiento radica en el costo elevado que significa la utilización de este anticuerpo monoclonal.[32]

Paralelamente a estos descubrimientos, de la misma forma se incursiona en el campo de la inmunología genética con el descubrimiento de los antígenos leucocitarios HLA que se encuentran en el brazo corto del cromosoma seis, siendo éstos clasificados en A, B, C y DR, los mismos que mediante el estudio de la Histocompatibilidad proporcionan la posibilidad de decisión sobre el trasplante de órganos y tejidos y actualmente sé esta trabajando en el estudio del Acido Desoxirribonucleico, el cual proporcionará con mayor exactitud el grado de similitud de dos organismos humanos.[33]

Volviendo al avance histórico, en el año 1959 el hospital de la Administración de veteranos de Long Beach de los Estados Unidos de Norteamérica hace conocer la creación de un Banco de Huesos Humanos para que éstos puedan ser utilizados

30 Sabinston, Tratado de Cirugía, Ed. Elsevier, España, 2022, p. 428

31 *Ibid,* p. 427

32 *Ibidem*

33 *Ibidem*

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

con fines de Trasplantes. El año1963 marca un hito al realizarse el primer trasplante humano de pulmón e hígado realizado por James Hardy y Thomas E. Starzi,[34] los mismos que tuvieron un resultado negativo. Un año más tarde se procede a realizar el primer heterotrasplante de corazón efectuado por James Hardy, Profesor de la Universidad de Mississipi el cual extrajo el corazón de un chimpancé trasplantándolo en el organismo de un humano.

Robert J. White, cirujano de Cleveland experimenta el primer trasplante de cerebro de perro y en 1966 también en Estados Unidos de Norte América Richar C. Lilehei lleva a cabo el primer trasplante de páncreas, con un resultado totalmente negativo.

Todas estas intervenciones se multiplican en muchos centros y laboratorios del mundo ejercitando diferentes técnicas quirúrgicas realizadas en animales y el 3 / XII / de 1967 en el Sur de Africa el Dr. Christian Barnard quien trabajaba en estas prácticas decide realizar el primer trasplante entre humanos, el lugar de la operación es el Hospital Groote Schuur en la ciudad del Cabo, el equipo médico se había conformado por treinta hombres y mujeres altamente adiestrados.

El receptor era un comerciante de nombre Louis Washkasky, quien sufría una insuficiencia cardíaca irreversible, el mismo que decide someterse a esta intervención de alto riesgo para esa época, porque él, como sus médicos tratantes estaban convencidos de que no existía otra oportunidad de sobrevivir si no se sometía a esta intervención.

La donante era una mujer llamada Denise Ann Darvall de veinticinco años de edad, quien había fallecido tres horas antes víctima de un accidente de tránsito que le había dejado el cráneo casi completamente destrozado. Su padre Edward Darvall, aceptó que el corazón de su hija que seguía latiendo fuera extraído e implantado en Washkansky después de que los médicos solicitaron su autorización convencidos de que no existía posibilidad alguna de sobrevivir. Después de realizar el trasplante Barnard comenta:

> "Introduje *la mano, saqué el corazón de Washkansky de su cuerpo y coloqué en una jofaina que sostenía la enfermera Jordan. Con una ligera ondulación el corazón vacío se extendió sobre el fondo metálico del recipiente. Parecía increíble, pero sus ventrículos tuvieron un ligero temblor, como animado súbitamente por otro corazón mas pequeño en el momento de su separación del cuerpo del que procedía. Fue también*

34 *Ibidem*

como un recordatorio último de que habíamos privado a aquel hombre de sus últimos momentos de vida que ahora teníamos que devolverla... muy aumentada.

El rumor del aspirador me hizo dar la vuelta y mirar a Rotney que vaciaba el pericardio, hasta que no quedó más que la abierta cavidad con unos diminutos charquitos de sangre. Los muñones de la aorta y de la arteria pulmonar colgaban ociosos. La tapadera auricular, con sus departamentos de grises paredes, pendían lacias de las venas que la sostenían.

Debajo de ella estaba aquel hueco, y me pareció inmenso, jamás había visto un pecho sin corazón o con un agujero semejante; como si el propio agujero fuese algo fijo y permanente mientras que el hombre, con el pecho abierto de par en par, parecía solo un objeto temporal, dotado de una efímera existencia, y en realidad era precisamente esto algo que pocos hombres habían visto; un ser humano sin corazón, pero mantenido con vida por una máquina situada a unos tres metros de distancia.

Todo estaba dispuesto para instalar el corazón en su nueva morada. Con gran cuidado; Rodney lo levantó y lo introdujo en el pecho vacío de Washkansky, lo miré un instante preguntándome si sería posible que llegase a funcionar y él que parecía pequeño e insignificante.

Demasiado pequeño para cumplir las exigencias a que se vería sometido pues el corazón de la mujer es un veinte por ciento más pequeño que el del hombre, y el corazón de Washkansky había creado una cavidad dos veces mayor que lo normal. En medio de tanto espacio, aquel corazón parecía excesivamente pequeño... y solitario."[35]

Al lapso de casi cinco horas de ardua labor la operación concluyó, pero para que el corazón de Denise empezara a trabajar seria necesario un impulso eléctrico. Adversamente al deseo de Barnard de devolver una "*vida aumentada"* se vio truncada pues Washkansky falleció a los dieciocho días.

Barnard pese al resultado negativo de Washkansky, el 2 de enero de 1968 realiza otro trasplante de corazón proveniente de un hombre de color, el receptor es un dentista de nombre Philip Blaiberg, el mismo que según la prensa fue muy exitoso, pues después de la cirugía el receptor era visto paseando las calles y tomando baños en el mar.

Lamentablemente después de diecinueve meses sobrevida Blaiberg fallece el 17 de agosto de 1969 dejando consternado al Mundo, una vez realizada la autopsia se pudo constatar que el corazón que fue implantado 563 días antes, había sufrido un

35 Clayton P.K., "History Trasnplantation", 2 ed., Ed. Druckhaus , Germany, 2019, p. 45

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

gravísimo daño, debido a un proceso degenerativo producto de un rechazo y del cual se corroboró por cuatro anteriores crisis que sufrió el receptor. Al respecto la historia expresa:

> *"La cirugía de corazón pareció afirmarse con el corazón ajeno que sobrevivió 563 días, en lo que parecía constituir la consagración de las nuevas experiencias.*
>
> *Al morir Blaiberg , la viuda confesó que el operado había llevado una doble vida; Oficialmente, se hallaba muy bien pues comía con apetito, nadaba, volvió a practicar "rugby" y hacia vida normal: Pero la verdad era muy distinta: Tuvo que internarse de nuevo y permanecer los 248 últimos días de su existencia en un hospital; y ello habían precedido 95 de su permanencia en el lecho hogareño. Frente a la propaganda que lo mostraba empedernido bebedor de cerveza, la realidad es que tomaba un centenar de píldoras por* día para ponerse tener de *pie: la escenografía de unos minutos en la playa requería 8 horas de preparación para poderlo resistir. Todas las exhibiciones eran recompensadas con dinero de los medios de difusión".*[36]

Casi paralelamente a estos acontecimientos, en Francia el cirujano Charles du Bost en el año 1968 implantaba un corazón al sacerdote dominico Jean-Marie Boulobne, y Fritz Bach de la Universidad de Wisconsin trasplanta una médula ósea en un niño de dos años de edad el que sufría leucemia, y al mismo tiempo, en la Universidad de Minesota, Robert Good realiza el mismo tipo de trasplante en un niño de ocho meses por igual causa, ambas intervenciones arrojan un resultado positivo.

En 1971 Barnard vuelve a incursionar en el campo de los trasplantes trasplantando dos pulmones y un corazón en un paciente que sufría enfisema pulmonar.

Al cumplirse el primer aniversario del primer trasplante de corazón se calcula que la práctica de esta técnica de la cirugía sustitutiva alcanzó un promedio de un centenar de casos con un éxito relativo de los mismos, pues muchos fallecían en la mesa de operaciones o en el mejor de los casos los receptores solo lograban sobrevivir algunos meses, por lo que se empezó a investigar con más detenimiento la causa de estos fracasos.[37]

En el año 1982, el Centro de la Universidad de Stanford considerado uno de los mejores a nivel mundial, da a conocer sus datos estadísticos efectuados desde el

36 *Idem.*

37 *Ibid*, p. 80

año 1970, los mismos que arrojan una cantidad de 200 trasplantes de corazón, de los que en un 75% fueron realizados con una sobreviva de un año, y sólo alguno de los casos entre 10 y 12 años, por lo que cerca de un 24% de los trasplantes no tuvieron un resultado positivo.

Desde entonces y de manera incesante se realizan estudios inmunológicos, genéticos y se practican nuevas técnicas con la finalidad de perfeccionar esta práctica.

En Bolivia la práctica de los trasplantes se remonta al año 1948,[38] el oftalmólogo Juan Pescador realiza el primer trasplante de córnea, en el Hospital Santa Bárbara de la ciudad de Sucre, y hasta la fecha se han realizado más de quinientos trasplantes de córneas. Posteriormente el Dr. Néstor Orihuela en el año 1979 realiza en La Paz el primer trasplante de riñón. Hasta la fecha en Bolivia existe alrededor de quinientos trasplantes de riñón.

En el año 1996 se realiza en Santa Cruz el primer trasplante de hígado a una menor de edad, la misma que recibe un lóbulo del órgano procedente de su madre.

El 11 de febrero de 1998 en Cochabamba el Dr. Juan Pablo Barrenechea quien, en un pasado, en Europa y África conoció al doctor Barnard y estudió acerca de sus primeros experimentos relativos a los trasplantes de órganos, con ayuda de un equipo de médicos, en el Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga, realiza el primer trasplante de corazón.

En diciembre de 1998 en la misma ciudad y por los mismos especialistas, se realiza el primer reimplante de antebrazo derecho en un trabajador de imprenta quien sufrió una amputación completa, si bien este no es un caso de trasplante, es necesario mencionar este hecho pues marca un hito en Bolivia para futuros trasplantes de partes anatómicas.

5. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CAMPO DE LOS TRASPLANTES

Según Bergoglio la persona individual es el sujeto que goza de derechos protegidos en las normas internas y externas. Por lo que el hombre, es una unidad superior, que, para el pleno desarrollo de su personalidad, se sirve del mundo que lo rodea,

38 Manzanera Miguel, *Bioética del Trasplante de Órganos*, Bios 3 ed. UCB, Cochabamba – Bolivia, 1998, p. 5

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

para satisfacer sus necesidades que, mediante todas sus potencias y facultades, lo convertirán en un ser pleno[39].

Esta persona posee bienes que son de distinta naturaleza personales, como la vida, la integridad física, el honor; etc. y patrimoniales, que son de carácter económico que rodea a la persona; "familiares" y "sociales", que representan su poder, dentro de las organizaciones en que, ella se desenvuelve. La protección de la primera y más fundamental de esta categoría de bienes de la persona individual, se traduce en los llamados "derechos" de la personalidad, que desde el nacimiento del nuevo ser aparecen como un conjunto de derechos innatos, originarios y vitalicios que le corresponden por el solo hecho de ser tal.[40]

Se los ha definido como "aquellos derechos que tienen por objeto los modos de ser físicos o morales de la persona" o como aquellas facultades que corresponden al hombre en cuanto es persona y que no podrían desconocérsele sin negar esa cualidad. Para Diez Díaz citado por Bergoglio son derechos cuyo contenido especial consiste en regular las distintas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma.[41]

Existen diferentes conceptos, que han tratado de comprender y distinguir y explicar los valores del hombre como persona, en orden a su adecuada protección. En una formulación abierta dice Degni Degni citado por Bergoglio que por *"derechos de la personalidad es necesario entender a aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad".*[42]

6. EL NECESARIO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

De acuerdo a Bergoglio en la antigüedad existieron manifestaciones aisladas referidas a la protección de la personalidad individual, pero no como las consideramos hoy llamados derecho de la personalidad. Los griegos vieron la esencia del hombre, lo que podríamos llamar la *humanitas*, en el ser político. En Roma, estos derechos eran desconocidos y la protección de la personalidad funcionaba a través de la *actio*

39 Bergoglio, *op. cit.*, p.3

40 Idem

41 Ibidem

42 *Ibid*, p. 4

injurarum. El cristianismo sentó la base moral indestructible sobre la que reposa el reconocimiento de los derechos de la personalidad individual, y representó la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana con la idea de la verdadera fraternidad universal. Estos englobaban la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas individuales y sociales. La concepción jurídica de la Edad Media, fundada en una consideración del derecho como ordenación total de la vida, no sintió durante siglos la necesidad de destacar los derechos naturales de las personas.[43]

Es hasta el renacimiento cuando comienzan a aparecer las construcciones jurídicas en la que se, concretarían estas aspiraciones, entre ellas se destaca la figura de una *potestas in se ipsum* o *jus in corpus,* considerada como el atisbo de la moderna doctrina de los derechos de la personalidad. El español Baltasar Gómez de Amescúa, en un libro del siglo XVII, *Tractatus de Pofestate in se ipsum*, defiende la tesis de que todo hombre por ley de la naturaleza o por los preceptos del derecho civil o canónico, tiene una *potestas in se ipsum* en, los limites establecidos por tales leyes.[44]

En el siglo XVII, la Escuela del Derecho Natural reconoce los derechos de la personalidad a través de los llamados derechos naturales o innatos, que son connaturales al hombre, pues nacen con él, están indisolublemente unidos a la persona y son preexistentes a su reconocimiento por el Estado. En el siglo XVIII, la teoría de estos derechos llamados originarios, esenciales, fundamentales y absolutos que se va uniendo poco a poco a un sentimiento de reivindicación política, que fue transformándose en una doctrina de matiz revolucionario, llamados *"Los Derechos Del Hombre y del Ciudadano".*[45]

La escuela Histórica y en general el positivismo del siglo XIX dejaron de lado la idea de estos derechos innatos. Sólo los escritores católicos, continuadores de la tradición *jus* naturalista siguieron fieles a lo más sustancial de esta concepción. Todo ello, unido al matiz político que llega a tener esta teoría, hace que los pandectistas y civilistas se hayan visto en la necesidad de llevar al derecho privado, con nuevos enfoques, la doctrina que admite la existencia de estos derechos que se ejercitan sobre la propia persona o sus cualidades o atributos, asegurando el goce de nuestros bienes internos, de nuestras energías físicas y espirituales.[46]

43 *Ibid*, p. 5

44 *Idem*

45 *Idem*

46 *Idem*

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

Tal es el origen de la concepción de los derechos de la personalidad, como una nueva especie de derechos privados.

7. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERSONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS TRASPLANTES

Respecto a la naturaleza de los derechos de la personalidad se ha discutido si éstos pueden ser concebidos como un Poder que el hombre ejerce sobre su propia persona y se ha objetado, en este sentido, que es imposible admitir la existencia de un derecho sobre la propia persona sin confundir por completo en el mismo individuo las cualidades contradictorias de sujeto y objeto, sin embargo, a esta postura se ha replicado diciendo que tal confusión no existe en realidad. El sujeto del *jus in se ipsum* es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, bien sea física o moral.[47]

Las controversias del tema, lleva por lo tanto a los autores a dejar de lado la concepción de los derechos personalísimos como derechos sobre la propia persona y a encuadrarlos como derechos que recaen sobre los modos de ser físicos o, morales dé la persona. Los derechos subjetivos de la personalidad, se afirma entonces, son los que protegen la personalidad como tal, en sus atributos esenciales y en sus manifestaciones inmediatas, que sirven para integrar la personalidad misma, si bien la personalidad es una cualidad jurídica, de ella emanan aptitudes que son verdaderos y propios derechos subjetivos. La separación entre personalidad y derechos de la personalidad se opera objetivando algunos atributos de aquélla y haciéndolos aparecer como bienes jurídicos.[48]

La doctrina mayoritaria, nos dice Buteler citado por Bergoglio, comparte el argumento de que la persona mirada en sí misma es un presupuesto indispensable de todos los derechos y no puede ser por ende objeto de derecho. Sin embargo, es correcto considerar que los atributos o cualidades constitutivas e integrantes de la persona constituyen el objeto de estos derechos. Diez Díaz citado por Bergoglio afirma que prefiere utilizar la expresión "proyecciones", pues considera que la misma comprende tanto las concreciones materiales como las aspiraciones espirituales. Según su criterio *"allí donde haya una plasmación personal definida, ya física, ya moral y lo*

47 Ibidem, p.7

48 Idem

suficientemente relevante como para constituir un especifico derecho subjetivo, allí surgirá el derecho de la personalidad correspondiente".[49]

Por otra parte, la posición que niega a estos derechos la categoría de verdaderos derechos subjetivos, afirma que en los mismos falta un "deber jurídico" correlativo de la facultad o prerrogativa del titular. Pero esta objeción no resulta decisiva. El deber correlativo a los derechos de la personalidad consiste en la obligación que pesa sobre todos los integrantes de la sociedad de respetar ese derecho pues el derecho de una persona termina donde empieza el derecho de la otra. Así como sucede con la propiedad, aquí tampoco el sujeto pasivo está individualizado, pero no por ello deja de existir, lo que acontece es que nos encontrarnos frente a derechos absolutos; son absolutos porque se dan, a imagen y semejanza de los derechos reales, contra todos. De modo que el elemento "deber" término correspondiente al elemento "derecho", no falta en esta clase de derechos.[50]

La puesta en marcha y la calificación de los derechos de la personalidad como verdaderos derechos subjetivos, posición que compartimos, tuvo el aval de destacados juristas como Carranza, Leofanti, Raffo y De la Torre entre otros, los que suscribieron el despacho señalado.

De esta manera vienen a consagrarse los derechos de las personas como lo que se conoce hoy en día "Los Derechos Humanos", así para el profesor Pacheco Gómez, los DD.HH. indica que: "lo denomina derechos fundamentales de la persona humana, y con ello se quiere manifestar que toda persona posee derechos por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual"[51]. Para Huber los DD.HH. son "Un conjunto de atributos inherentes al hombre por su condición de tal, concernientes al resguardo y perfeccionamiento de su vida y al ejercicio de ciertas prerrogativas y libertades básicas, que la autoridad pública debe respetar y amparar. Estos atributos se fundan en la naturaleza misma de la persona humana entendida en un sentido universal, sin distinción de raza, nacionalidad, sexo,

49 Ibidem

50 *Ibid,* p. 9

51 Conferencia del Profesor Pacheco Gomez, Máximo en el Programa de Magíster y Postítulo en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile *"Los Derechos Fundamentales de la persona humana"* Santiago, Martes 19 de marzo de 2016, p.2 *Vid.* también, otro enfoque conceptual del mismo autor y dice: *"Los derechos fundamentales de la persona humana son aquellos que corresponden a esta, en razón de su propia naturaleza, y que deben ser reconocidos y respetados por todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales."* PACHECO Gomez, Máximo " Los Derechos Humanos como fundamento del sistema democrático", edición al cuidado de Marisa Morel M. Santiago de Chile.1986 p.6

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

estado civil, situación económica, etc."[52] y, por último, la definición de la Organización de Naciones Unidas es la siguiente: "Los DD.HH. son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos.

Los DD.HH. y libertades fundamentales nos permiten desarrollar cabalmente nuestras cualidades humanas, nuestra inteligencia, nuestro talento y nuestra conciencia y satisfacer nuestras variadas necesidades, entre ellas las necesidades espirituales. Se basan en la exigencia cada vez mayor de la humanidad de una vida en la cual la dignidad y el valor inherentes de cada ser humano reciban respeto y protección"[53].

Como se puede apreciar los DD.HH. sólo pueden desarrollarse si la calidad de vida de las personas reúne todas las premisas establecidas en cada uno de los conceptos, claro está que está que, si a esta persona se le niega la posibilidad de someterse a un tratamiento médico para mejorar su salud, todos los preceptos enunciados sólo serían líricos y el enunciado de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su Artículo 4 que al tenor dice:

"Toda Persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de su concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", ¿no es acaso arbitrario el hecho de negar la vida a una persona, contando con un donante menor de edad con un órgano genéticamente compatible, para salvar la vida de su padre, madre o hermano moribundo? ¿no es arbitrario coartar la posibilidad de que este menor de edad pueda realizar esta dación teniendo un estudio especializado que certifique que la dación del órgano o tejido no afectará su desarrollo normal? En opinión nuestra, las normas del ordenamiento interno boliviano deberían readecuar sus limitaciones pues podría darse la situación que el receptor sea la única persona que solventa su hogar manteniendo unida a su familia, y si ocurriría su muerte, el núcleo familiar podría romperse dejando a la suerte la educación y formación del resto de los hijos. Por otra parte, no se tiene que olvidar que la Protección de la Familia se encuentra en la Convención Americana que a la letra señala en su Artículo 17: *"La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"*[54]. De la misma manera la Constitución Política del Estado en el Artículo 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y

52 Hübner Gallo, Jorge Iván, *Panorama de los Derechos Humanos,* Editorial Andrés Bello Santiago, Chile, 2013, p.9

53 Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Preguntas y respuestas,* Nueva York, Estados Unidos de América. 2017, p. 4

54 Bolivia, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial, 2009

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

oportunidades, es en este punto que el Estado deberá velar por la familia, tratando por todos los medios que no se destruya como consecuencia de una prohibición en una norma especial imposibilitando que la única persona que sostiene el hogar fallezca existiendo un donante hijo de éste que pueda salvarlo y salvar el hogar, porque tampoco se puede dejar de lado la norma constitucional que manda que todos los hijos, sin distinción de origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores, éste deber que expresa el anterior artículo es también el deber que tiene el hijo de salvar la vida a su progenitor realizando un acto sublime de amor y de un verdadero desprendimiento, basta que este tenga el suficiente discernimiento y un debido consentimiento informado. Estos fundamentos se materializan como consecuencia del artículo 13.II de la misma Constitución que a la letra dice: "II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. Esto significa que la Constitución no se limita solo a reconocer los derechos consagrados en ésta, sino que da un margen abierto en el cual se reconocen otros derechos no enunciados que emanan no de la ley sino de la misma vida, de la naturaleza de una ley no escrita y que se abre paso de la vida misma.

De esta manera los derechos de las personas consagrados en la Constitución Política del Estado plurinacional guardan una estrecha relación con los Derechos Humanos y con la Convención Americana de los Derechos Humanos, donde se pone de evidencia el Principio *Pro Homine (nis)*, que según la profesora Mónica PINTO, nos señala cuando se realiza una hermeneútica de los DD.HH. debe recogerse éste principio, o sea, que todos los Derechos Humanos, deben acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Por otra parte, la ha identificado a una interpretación teleológica de los instrumentos de los DD.HH., concordante con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en síntesis determina, la buena fe, conforme con el sentido corriente de los términos en el texto y en el contexto y de acuerdo con su objeto y fin, se desprende como prioritario en el caso de los DD.HH., la consideración del objeto y fin de las normas en esta materia.[55]

La Corte Interamericana de los DD.HH. en su segunda Opinión Consultiva expresó que el párrafo segundo del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no podía aplicarse "entre otras razones, porque el objeto y el fin de la

55 Tapia Pinto, Iván Sandro, *Curso de derechos Humanos en Bolivia*, sin Ed. La Paz, 2012, p.15

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un limitado número de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independiente de su nacionalidad"[56].

De lo anteriormente citado se concluye que la hermenéutica utilizada en un tratado de DD.HH., debe ser perenne a favor del ser humano, y en el caso concreto perenne a favor de la vida humana.

8. EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO

Para Bergoglio el Derecho debe ajustarse a la realidad de los hechos humanos que le sirven de fundamento y a cuya regulación tiende, realidad que nos demuestra que el hombre dispone a diario de su cuerpo, no sólo dispone de sus fuerzas espirituales y creadoras en la constante búsqueda de su desarrollo integral, sino que también tiene la facultad o posibilidad de libre determinación sobre una serie de actos que convergen hacia su esfera corpórea.

La disposición del propio cuerpo tiene en nuestros días proyecciones vastísimas. Esta no es sin embargo una nueva cuestión. Desde el precedente literario de *El mercader de Venecia* hasta los tiempos actuales la problemática ha ido pasando del puro ámbito especulativo a una concreción práctica en la que ya se hace necesaria la intervención de la norma jurídica. Ello es así puesto que la simple situación fáctica, indiferente al derecho en una primera época, adquiere relevancia jurídica cuando la comunidad le adjudica trascendencia social. En el marco de estas facultades dispositivos encontramos actos que revisten distintos matices de gravedad. Desde la comercialización de los cabellos, la celebración del contrato *di baliatico,* la dación de sangre para transfusiones, pasando por la asunción de riesgos en actividades deportivas y laborales, hasta llegar a los supuestos más comprometidos de los trasplantes de órganos y la experimentación científica en seres humanos, advertimos que esta disponibilidad adquiere cada día mayor trascendencia.[57]

9. CONNOTACIONES EN TORNO A LA ESENCIA DEL CUERPO HUMANO

La naturaleza de estas facultades que tiene la persona en el área de la disponibilidad corpórea ha sido una cuestión muy controvertida en el campo del Derecho Privado.

56 Idem

57 Bergoglio, *op. cit.*, p. 16

Comenta *Degni* citado por Bergoglio, que un llamado *"derecho sobre la propia persona"* fue admitido por WINDSCHEID, quien entendía que, así como el orden jurídico al conceder un derecho real declara que la voluntad de su titular es decisiva para la cosa, así la misma voluntad es decisiva en relación con la propia persona, también se ha atribuido a Ihering el reconocimiento de un *"derecho sobre el propio cuerpo"* a partir de la distinción que realiza entre *"pertenencia"* y *"propiedad"*. Este razonamiento se explica al afirmar que ciertas cosas pueden pertenecer a la persona, sin someterse a los principios que rigen la propiedad: el cabello pertenece a la persona, más luego que ha sido cortado puede ser objeto de comercio y propiedad. Este concepto genérico de pertenencia tuvo muchos opositores, como los han tenido todas las posturas que vinculan la disponibilidad corporal con el derecho de propiedad, pero esta posición ha sido suplantada por nuevas concepciones.[58]

En realidad, esta incertidumbre sobre la verdadera esencia del derecho a disponer del propio cuerpo oscurece lo que se debe tener bien claro el que es un derecho personal de caracteres especiales, que trae aparejada la libre disposición de nuestro cuerpo con las restricciones que impongan las leyes, la moral y las buenas costumbres,[59] por lo que queda, en consecuencia, excluido del ámbito de los derechos patrimoniales.

El error de estas vacilaciones es tratar de encuadrar un derecho de características peculiares. El auténtico señorío de la voluntad, referido al orden corpóreo, se configura como un verdadero derecho de la personalidad que permite al hombre ejercer facultades específicas y disponer, dentro de los límites legales, de su cuerpo o manifestaciones somáticas.

El llamado por Bergoglio sector físico de los derechos de la personalidad tiene en nuestros días el reconocimiento, de tendencia ya generalizada, de un derecho a la disposición del propio cuerpo como auténtico e independiente derecho personalísimo con la misma merecida consideración del derecho a la integridad física.[60]

Por otra parte, es necesario mencionar que el Derecho de la persona se encuentra tutelado y protegido no sólo en el ámbito privatístico, artículos 6 al 23 del Código Civil boliviano, Ley 1716 de Donación y Trasplante de Órganos, células y tejidos, promulgada el 5 de noviembre de 1996, sino también en las diferentes ramas que

58 *Ibid,* p. 19

59 *Idem*

60 *Ibid,* p. 20

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

conforman el Derecho Público como los artículos 7 de la Constitución Política del Estado boliviano y, los artículos 251 al 281 del Código Penal boliviano.

Este es, por consiguiente, tal como manifiesta Bergoglio un derecho a la vida y no un derecho sobre la vida. Por lo que si bien existe un derecho a la vida se da también el deber correlativo de conservarla. De la existencia de este derecho innato no puede derivarse un poder omnímodo y soberano, sino que, por el contrario, su reconocimiento exige la fijación de limites. La vida, derecho de la personalidad reconocido a todo hombre por el hecho de serlo, no es en sí sólo un valor biológico. La vida es una potencia que quiere conservarse y ha de ser conservada. El individuo no puede quitarse la vida que él no se ha dado. Es por ello que el derecho temporal niega la eutanasia y castiga al que coopera a un suicidio.[61]

Los llamados "derechos corporales" de la personalidad incluyen, en segundo término, a la integridad física como medio de proteger a la persona contra ataques legítimos a ella.

Tradicionalmente la inviolabilidad somática se entiende garantizada a través del Derecho Penal por medio de la figura de la lesión. Sin embargo, cabe advertir que dicha legislación represiva está indicando la existencia previa de elementales derechos subjetivos, especialmente personales, que merecen una detenida consideración privada.

Es preciso, por lo tanto, reconocer un especifico Derecho Civil de intangibilidad corpórea como derecho de la personalidad. Esta potestad, de origen natural, consistirá en la facultad de rechazar cualquier agresión corporal; su deber correlativo será el general respeto o de abstención de actividades lesivas a la integridad somática.

El sector físico de los derechos de la personalidad partiendo del presupuesto primario del derecho a la vida considera la integridad física y luego el llamado *"derecho a la disposición del propio cuerpo"*. Así se nos plantea la problemática corporal en sus dos aspectos: por una parte, la protección del cuerpo humano contra atentados procedentes de terceras personas, tutela que se brinda a través del derecho a la integridad física; y por la otra, la protección del cuerpo humano frente al poder de disposición del propio individuo**,** mediante el derecho a la disposición del propio cuerpo.

Este derecho de disposición corporal debe reconocerse como auténtico e independiente derecho de la personalidad.

61 *Ibid*, p. 21

El conjunto de facultades referidas a la disponibilidad corporal, integra, sin duda, el contexto de los derechos personalísimos, aunque no se reconozca en forma decidida que se trata de una categoría autónoma e independiente. En este sentido se ha manifestado que se está en presencia de exteriorizaciones del derecho a la vida y a la integridad física, mediante las manifestaciones del uso y goce que la persona hace de sus bienes jurídicos.[62]

10. EL ÁREA DE PROTECCIÓN DE LA DISPONIBILIDAD CORPORAL

La disponibilidad corporal, que nunca puede tener por objeto la cesión total del cuerpo de la persona viva comprende, en un sentido lato, aquella primigenia e innegable facultad del hombre de desarrollarse en el aspecto somático con un sentido constructivo y formativo de su personalidad toda.

Bergoglio explica las situaciones en las que la persona puede autorizar la intervención sobre su propio cuerpo siendo estas:[63]

a) En su propio beneficio, con miras a la recuperación o mejoramiento de su salud y equilibrio psicofísico, en esta situación se encuentra el caso de las intervenciones quirúrgicas con fines de mejorar la salud de éste, causado por algún padecimiento orgánico, como también el caso de las intervenciones de la cirugía plástica y el caso de los trasplantes de órganos cuando el receptor desea que se realice un trasplante en su organismo.

b) En beneficio de terceras personas determinadas, permitiendo la ablación de órganos o materiales anatómicos de su cuerpo con fines de implante en otras personas. Este aspecto es el que da ligar a los trasplantes de órganos pudiendo ser realizados en vida o *post morten*. En el caso del primer aspecto, la dación en vida puede realizarse por parte de personas mayores de edad o menores en casos excepcionales, donde la histocompatibilidad es un factor importante en el éxito del trasplante. En síntesis, el donante autoriza que se extraiga un órgano o tejido de su cuerpo para que sea trasplantado en otra persona genéticamente idéntica.

c) En los supuestos de consentir ser sometida a experimentaciones científicas de naturaleza terapéutica o no terapéutica. Esta situación debe de estar regida por los códigos de ética donde se ponga énfasis en la no agresión de la individualidad corporal

62 *Idem*

63 *Ibid,* pp. 26-30

LA TENDENCIA DEL CONTEXTO JURÍDICO DE LOS TRASPLANTES
DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN LOS MENORES DE EDAD
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

y que, sobre todo, se realice con la autorización de la persona, el consentimiento informado y la necesidad apremiante. Este es el caso por ejemplo en el que una persona se somete a una intervención experimental farmacológica, en la que el paciente recibe una prescripción de un medicamento nuevo destinado a mejorar su salud.

Los tres puntos citados anteriormente necesitan forzosamente que sean desarrollados respetando y ejerciendo los principios generales de la Bioética, para garantizar que no se cometan excesos innecesarios.

11. 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".[64]

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 1 caso por cada 1000 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".[65]

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 que atacan a menores de edad tenemos también el nefroma mesoblástico benigno. En ambos casos el único tratamiento es

64 Kobrinsky y col. Revista Avery/ First *La practica de la pediatría*, Ed. Médica Panamericana, Bs. As., Argentina, 1988, pp. 531

65 García M. Y Revert L., *Malformaciones congénitas y enfermedades quísticas renales*, Ed. Doyma, Madrid, 1992, pp. 927

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

la nefrectomía teniendo un éxito de recuperación del 95% mediante la extracción del órgano afectado. [66]

Otro de los casos que se presenta en la lactancia es el nefroma mesoblástico congénito 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 donantes 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 donante la muerte de su hermano receptor".[67]

Como se puede observar, estos casos reales presentados en la medicina pueden demostrar que pacientes recién nacidos hasta los 15 años de edad al no contar con un órgano doble, no regenerarle, como el riñón, pueden desarrollar posteriormente a la intervención quirúrgica una vida normal y sin complicaciones; entonces, de la misma forma, es lógico que donantes 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 donante potencial, pero se toma como parámetro biológico la pubertad. En nuestro medio se puede evidenciar que por la escasez de donantes muertos se acude a los donantes vivos siendo este 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.[68]

En el caso de la 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 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*". [69]

66 Idem

67 Baron Charles, *Live organs and tissue trasplans form minor donnor in Massachussets*, Boston, University Review, 55: 169 – 93 , Mr.75, 2021

68 Vid. Infra

69 Vid. Infra

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

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 donante de riñón a favor de su padre biológico.[70]

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 donante 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 donante se recupera favorablemente y hace una vida totalmente normal.[71]

12. EL MENOR DE EDAD EN EL CONTEXTO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS: PERSPECTIVA NORMATIVA Y DOCTRINARIA.

Para Norrie,[72] existe un problema principal y es que los donantes 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.[73] Es por esta razón que la mayoría de las legislaciones han adaptado el consentimiento de la dación de órganos en forma expresa y disponen que los donantes tengan la capacidad absoluta,[74] además de un pleno uso de sus facultades mentales, y, por consiguiente, prohíben que discapacitados y menores de edad sean donantes 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*

70 Vid. Infra 3.15.5

71 Fung John J. MD. Phd, Rakela Jorge MD *The Surgical Clincs of North America in Pedriatic Transplantatión,* Ed. Guest, 1999, pp. 163 y ss.

72 Norrie, K. Mck., Human tissue Transplants: Legal liability in diffeent jurisdictinos. International and Comparative Law Quarterly, 34 (3) 1985, p.442

73 Cotton, R.S. y Sandler A. L., The regulation of organ procurement and transplantation in the United states. J. Leg. Med., 7(1): 2016, p. 55

74 Fuenzalida Hernán L. , *Boletín de la oficina Sanitaria Panamericana*, Mayo, Junio, Vol 108, Nº 5-6, Bioética, *"Trasplantes de órganos. La respuesta legislativa de América Latina,* Estados Unidos de América, Washinton, DC, 1996, pp. 445 y ss

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".[75]

Por su parte, Romeo Casabona, en su obra *Los Trasplantes de Órganos*, da una solución para el caso de menores de edad y manifiesta 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".*[76]

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".*[77] El derogado Código Boliviano del Menor, en su Art. 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 donante 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 la Ley 548 *referido al niño, niña, adolescente* no hace mención a ninguna situación referente a la dación de órganos humanos, sin embargo

Su artículo Artículo 122. Establece que; I. La niña, niño o adolescente, de acuerdo a su edad y características de la etapa de su desarrollo, tiene derecho a expresar libremente su opinión en asuntos de su interés y a que las opiniones que emitan sean tomadas en cuenta. A su vez, El Artículo 124. Norma el derecho de petición. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a efectuar de manera directa peticiones, individual o colectivamente, de manera oral o escrito ante cualquier.[78]

75 Sharpe G., Comineice in Issuve anal organs. Health lan in Canada, .Ed. 1998 p 44

76 Casabona, *op. cit.*, p. 79

77 Omeba, Tomo XIX, *op. cit.*, p. 573

78 Bolivia, Ley 548, 2014

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

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 Nº 91 del 1º de Abril del 1999, en su Art. 5, referente a la dación de órganos, también acepta la dación de menores con la misma exigencia.[79]

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 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 donante 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 beneficioso para el hermano donante, 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"*.[80]

13. LAS CONDICIONES DE LOS TRASPLANTES EN EL DONANTE

Existen varias condiciones, en las cuales tenemos las siguientes.

13.1. LA 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 diez y ocho años cumplidos, por la cual la persona puede, por sí o por su representante, actuar válidamente en la vida jurídica. El Código Civil

79 https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf

80 Vid. Infra 3.15.2

se refiere a la capacidad de testar, en el artículo 1119 inc. 1), el cual dispone que son incapaces para testar los 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 Art. 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 Art. 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 (Art. 128 C.C.) "la norma ha querido significar pues, que para ser donante de partes del cuerpo esta capacidad se la adquiere a los 18 años, modificando la regla común de la capacidad".[81] 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 donante.

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 Art. 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, aún 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 menor a su hermano gemelo fundados en que hubiera sido un impacto nocivo para el hermano donante la muerte de su hermano receptor"*.[82]

13.2. EL 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

81 Cifuentes, Santos, Derechos de la personalidad, Ed. UBEA, Bs.As. 2019, p. 845

82 *Infra*

LA TENDENCIA DEL CONTEXTO JURÍDICO DE LOS TRASPLANTES
DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN LOS MENORES DE EDAD
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

manifestado en forma libre".[83] Esto quiere decir que la voluntad no tiene que estar viciada y el donante, 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. Es por esto que, en la dación de órganos, tanto el donante 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"*.[84]

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 donante de órganos es revocable hasta el mismo momento de la ablación de éstos.[85]

Esto quiere decir que si el donante desiste de su propósito y manifiesta su voluntad de no realizar la dación de un órgano aún cuando se encuentre ya en el quirófano, el receptor carecerá de derecho alguno 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 donante y los médicos en presencia de alguna autoridad sanitaria"*.[86] Según nuestro ordenamiento en el Art. 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.

83 Castellano Arroyo, *El consentimiento informado de los pacientes*, sin ed., s. Ed. 2001, p. 329

84 Lopez Bolano Jorge D., *Responsabilidad de los médicos, "Cuestiones Penales"*, 4ª ed., Ed. Universidad, Argentina, 1996, p.241

85 Casabona, *op. cit.*, pp.77-80

86 Lopez Bolano Jorge D., *Los médicos y el Código Penal*, 3ª ed., Ed., Universidad, Argentina, 1998, p. 225

13.3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

De acuerdo con M. Castellano Arroyo en su obra *"El consentimiento Informado"* es *"La ética en la practica médica cotidiana"*,[87] 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 donantes menores de edad es lógico que se realice con el mayor cuidado posible, de tal manera que, el menor de edad, juntamente a sus familiares comprendan abiertamente cuál será el desarrollo de la ablación.

14. 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.

14.1. 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 Art. 6 inc. 1 y 2 respectivamente qué: *"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".*[88]

"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

87 Castellano Arroyo, "El consentimiento Informado" en "La ética en la practica médica cotidiana", 2020, pp. 328 y ss

88 https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

considerado como elemento tanto más determinante cuantas 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 la decisión del menor de edad se adquiera 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"[89]

Como se puede apreciar los parágrafos condicionan la dación del menor de edad sólo cuando éste sea el único donante 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 aún 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 donantes genéticamente posibles para sus familiares consanguíneos tratándose de órganos dobles[90].

89 https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf

90 Vid. Infra

14.2. 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 Art. 9 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor".[91]

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, solo 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.

14.3. 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 Art. 4 inc. 3 de la siguiente manera:

> Art. 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.*

91 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-6643

LA TENDENCIA DEL CONTEXTO JURÍDICO DE LOS TRASPLANTES
DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN LOS MENORES DE EDAD
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

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 nascituri, per i soggetti non aventi la capacità di agire nonchè per i minori affidati o ricoverati presso istituti di assistenza pubblici o privati."[92]

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.

14.4. LEGISLACIÓN FRANCESA.

El decreto Nº 96-375 del 29 de abril de 1996 permite la dación mediante el consentimiento informado de una persona menor de edad solo 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 trasplante. 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 donantes para después de su muerte

92 https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf

LA TENDENCIA DEL CONTEXTO JURÍDICO DE LOS TRASPLANTES
DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN LOS MENORES DE EDAD
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

14.6. 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 establece que: *"O indivíduo menor, irmâo ou nâo de outro com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doaçâo para receptor enumerado no &1º, nos casos de trasplante de medula óssea, desde que haja consentimiento dos seus pais e autorizaçâo judicial e nâo exista risco para a sua saúde". " É vedado à gestante dispor de tecidos, orgaôs o partes de seu corpo, exceto quando se tratar de doaçâo de tecido para ser utilizado em trasplante de medula ósea e o ato médico nâo oferecer nenhum risco à gestante e ao feto".*

&1º " A permissâo prevista neste artigo limitar-se-á à doaçào entre avós, netos, pais, filos, irmàos, tios, sobrinos, primos até segundo grau inclusive, e entre cônjugues. &2º "A doaçâo entre pessoas âo relacionadas no &1º somente poderá ser realizada após autorizaçâo judicial."[96]

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 trasplante 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 trasplante de médula ósea y el acto médico no ofrece ningún riesgo a la gestante como al feto." &1º "El permiso previsto en este articulo 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."*[97]

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 solo a familiares consanguíneos y cónyuges y sólo cuando se trate de médula ósea. El Art. 5 de la ley permite inclusive que las gestantes puedan ser donantes de tejido cuando

96 http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v19n1/2462-859X-rlb-19-01-107.pdf

97 Traducción propia

este acto no signifique un riesgo a la salud de este feto como a la madre. De esta situación se entiende que aún en el caso en que el gestante no hubiera dado a luz se procederá a extraerle el tejido necesario para que este pueda ser implantado, con la condición de que este procedimiento no signifique un daño tanto para la madre como para el feto.

14.7. NORMATIVIDAD BOLIVIANA.

La Constitución Política del Estado establece en su artículo 15 el derecho a la vida a la salud (…),[98] El Código del Menor abrogado, en su artículo 26 prohibía la donación de órganos por menores de edad. La actual Ley 548 del NNA del año 2014 no establece nada al respecto. 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 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".*

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 donante de órganos a los 18 años de edad, pero la legislación boliviana no posibilita que los menores de edad puedan ser donantes de órganos aún en el caso de receptores consanguíneos. Por otra parte la legislación boliviana no distingue entre partes regenerables y no regenerables, lo que impide que, aún 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

98 Bolivia, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial, 2009

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

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 permiten la dación de órganos no regenerables a menores de 18 años de edad.

La disposición del cuerpo humano tal como afirma Manuel MICHEL,[99]no sólo se refiere como es lógico pensarlo, a la que del suyo hace el donante, sino también a la que hace el receptor, está disposición esta 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 solo 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 de edad y en casos de menores de edad que tengan la madurez mental suficiente y necesaria acreditada por un psicólogo médico o psiquiatra, como para tomar decisión y con conocimiento de la Dirección Departamental del Menor". Como puede apreciarse, la segunda parte del artículo hacía referencia a los menores de edad, permitiendo que en casos concretos, éstos puedan ser donantes de algún órgano, pero en la actual ley de trasplantes órganos células y tejidos, solo se encuentran habilitados como donantes los mayores de edad.[100] La proyección de la disposición analizada permitía que los menores de edad puedan ser potenciales donantes, pero al mismo tiempo no hacia 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 solo 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

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

100 *Ibid,* p. 17

garantizar que quede desterrada la comercialización de órganos y, por consiguiente, el mercado negro de órganos.

La restricción existente en Ley 1716, la cual solo 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.[101]

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 donante 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 bio-psico-social 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.[102]

14.8. JURISPRUDENCIA COMPARADA

14.8.1. EEUU - CONNECTICUT CASO "HART. VS. BROWN" (COMMON LAW).

El caso presentado se desarrolla dentro de un contexto en el cual un niño menor de 8 años de edad requería un trasplante de riñón y el posible donante era solo su hermano gemelo idéntico. De no procederse el trasplante las posibilidades de vida del niño enfermo eran escasas, según comenta la Dra. Bergoglio en su obra "Trasplantes de órganos entre personas" *"El trasplante de riñón permitía avizorar una recuperación exitosa si el órgano era tomado de su gemelo"*.[103] Los padres solicitaron a las Cortes la autorización para la ablación del órgano. La Corte solicito un informe de un médico psiquiatra, quién consideró que una operación con éxito resultaría positiva para el hermano donante, quien se sentiría mejor en una familia feliz que en una desolada. Por otra parte, de no procederse a la ablación sería de un impacto psicológico nocivo si el hermano muriese sin causa de su enfermedad por la falta de la intervención. La Corte sostuvo que este argumento era de valor limitado, pero concedió importancia

101 *Ibid,* pp. 41-45

102 *Ibid,* p. 89

103 Bergoblio, *Los trasplantes de órganos entre Personas*, Ed Hammurabi Bs As., Argentina, 1992, p. 41

LA TENDENCIA DEL CONTEXTO JURÍDICO DE LOS TRASPLANTES
DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN LOS MENORES DE EDAD
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

a la opinión de un clérigo, que sostuvo que la decisión de los padres era moralmente sana, concediendo en consecuencia la autorización para la extirpación del órgano.

14.8.2 EEUU - KENTUCKY CASO "STRUK VS. STRUK".

Una situación semejante en lo que respecta a la capacidad mental de una persona en la cual el enfermo necesitaba un trasplante de riñón y su hermano, débil mental, era el único miembro de la familia compatible. La madre solicitó a la Corte la autorización de la ablación, la Corte concedió la autorización basándose en el dictamen psiquiátrico que aconsejó la dación, estimó que la vida del hermano de 27 años de edad, cronológica con un coeficiente mental de 6 años, en quien de no procederse a realizar la ablación le aparecerían sentimientos de culpa en el caso de que su hermano fallezca si efectuarse el trasplante. *" Bowker considera que si estos planteos se hubieran realizados en Québec, la solución en ambos casos hubiera sido distinta, ya que el Art. 20 no permite que el mayor incapaz o el menor sin discernimiento sea autorizado a disponer por medio de sus representantes legales".*[104] Por otra parte la legislación de Québec establece que la persona que va a disponer de algo de su cuerpo tiene que tener discernimiento, por lo que posiblemente ninguno de los fundamentos hubieran servido para la ablación de uno de los órganos y solo hubiera prevalecido el diserdimiento evaluado encada caso concreto.

14.8.3. EEUU - MASSACHUSSETS CASO "MASDEN VS. HARRISON".

El hospital donde se precedería a realizar un trasplante solicita la autorización a la Corte para realizar una ablación de riñón de un menor de edad de 14 años de edad. La Corte sin considerar el consentimiento del donante decide que la operación debe permitirse aún sin el consentimiento de sus padres, esta decisión que es frecuente en los países del Common Law, debido a que se maneja el criterio de los "mejores intereses" puesto que según esta teoría la dación traerá mayores beneficios psicológicos a la persona que posibles riesgos físicos. Basado en este criterio se procedió a extraer el órgano del menor de edad para ser implantado en su receptor.[105]

14.8.4. ARGENTINA CASO "SAGUR Y DIB"

CS, noviembre 6-980. - Saguir y Dib

Opinión del Procurador General de la Nación.

104 Idem

105 *Ibid,* p. 118

El caso muestra que se presentaron J. S. y N. A. D. de S., por sus propios derechos, en su carácter de padres de la menor C. G. S. y D. y solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano J. I. S. y D. Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que ha sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que, de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único donante posible era C. G., quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo "A" es decir: histoidéntico. Como fueron informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, es que efectúan esa presentación.

A pedido de la jueza, a fs. 34/41, se produjo un dictamen de los médicos forenses, cuyas conclusiones a esa época resultan (…) que

"Para evaluar las consecuencias inmediatas y futuras, al realizar la ablación de un riñón de una menor de 17 años, debe considerarse: a) Si la menor posee suficiencia renal en cada uno de sus riñones, por lo que se deberá hacer el estudio de éstos por separado, luego de descartar que no es portadora de riñón único (…)"[106]

se produjo el dictamen de la asesora de Menores quien, con fundamento en el Art. 13 de la ley 21.541, por considerar que en el caso concreto la menor no estaría capacitada para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano tan vital como un riñón, ni tampoco sus progenitores, trastornados emocionalmente por el sufrimiento de su otro hijo y con base en las conclusiones del peritaje médico, aconsejó negar la autorización solicitada. Posteriormente los padres de los menores impugnaron el dictamen médico y las conclusiones de la asesora de Menores, efectuando extensas consideraciones de contenido médico en cuanto a la necesidad inminente de un trasplante y a los escasos riesgos que se provocarían en el donante. Invocaron asimismo argumentaciones de tipo ético y legal.

El caso muestra que, por el voto de la mayoría de la sala A de la Cámara en lo Civil, fue confirmada la sentencia. El vocal doctor de Igarzábal, en su voto en disidencia, sostuvo una posición favorable a la concesión de la autorización.

106 *Idem*

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

Contra este último pronunciamiento, se interpuso a fs. 108/116 recurso extraordinario federal. Los fundamentos de dicha apelación son:

> *"1) Que la Cámara de Apelaciones se apartó y negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad. Se afirma al respecto que el Art. 13 de la ley 21.541 no prohíbe la donación de órganos en vida a los menores de 18 años sino que -se argumenta- éstos pueden donar igualmente un órgano, aunque previo consentimiento de sus padres y autoridad judicial. Se invoca el Art. 19 de la Constitución Nacional."*[107]

Finalmente, se expresa que no existe mayor diferencia entre una menor de 18 años recién cumplidos y, como en el caso de autos, una menor de 17 años y 8 meses de edad. 2) Que los jueces se apartaron de la ley 21.541. De esta manera el a quo, por considerar que la cuestión debatida en autos suscitaba gravedad institucional, concedió el recurso extraordinario

El médico agregó que en su declaración que, a su juicio, la menor donante es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente libre, apreciación que coincide en un todo con la obtenida por los suscriptos en la detenida conversación que mantuvieron a solas con la menor y posteriormente con sus padres, por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja sin efecto el fallo apelado; y, atento a la urgencia del caso se autoriza a la menor C. G. S. y D. a que se le practique la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano J. I. S. y D. en las condiciones establecidas en el consid. 10 (Art. 16, 2ª parte, ley 48). - Pedro J. Frías. - Elías P. Guastavino

El presente caso es muestra de la realidad mundial en que se encuentran varias personas esperando un trasplante renal pudiendo la demora resultar fatal a consecuencia de la escasez de órganos y de las normas restrictivas. El discernimiento de las personas en este caso viene a resultar una solución no solo para los menores de edad sino también para los mayores que el caso de tener una aptitud legal como es la mayoría de edad esta puede estar restringida por carecer de discernimiento, esta situación en los casos en que un menor de edad tenga discernimiento y de acuerdo a la legislación argentina, queda suprimido el impedimento de la incapacidad de dar órganos. Por otra parte, conmueve al ánimo del juzgador quien se apoya en principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra

107 *Idem*

sociedad, uno de estos el derecho natural a la vida que se habré paso por encima del derecho de los hombres.

CONCLUSIONES

La legislación boliviana permite la dación de órganos solo a personas de 18 años de edad. No obstante, existen fundamentos jurídicos, éticos, sociales, y médicos de que los menores de edad puedan se donantes de órganos.

La mayoría de las legislaciones extranjeras, como su jurisprudencia, establecen la posibilidad de que los menores de edad y dentro de éstos los niños y adolescentes puedan ser donantes de órganos con la finalidad de que puedan salvar la vida de alguno de sus familiares.

El análisis médico, evidencia que una persona menor de 18 años de edad o más puede ser donante de algún órgano no vital, sin que posteriormente existan consecuencias biológicas para su vida normal, corroborando este hecho con los estudios científicos que han podido evidenciar la existencia de casos en los cuales se tuvo que extirpar un órgano doble de lactantes, los mismos que no tuvieron alteraciones en el desarrollo de su vida posterior.

Desde el punto de vista médico, se ha probado que el éxito de un trasplante depende de la similitud genética que se tiene entre el donante y el receptor, siendo ésta la consanguínea, que se da entre hijos a padres, padres a hermanos y hermanos a hermanos, por lo que la dación de órganos procedentes de un donante menor de edad debe restringirse solo a sus familiares consanguíneos hasta el segundo grado.

En el campo psicológico, se debe realizar estudios con los cuales se determine si el posible donante de edad es maduro emocionalmente y puede afrontar dicho desprendimiento sin presiones y voluntariamente. Para que se considere procedente la dación de un órgano doble o de tejidos por parte de un menor de edad, la Unidad Hospitalaria que pretende realizar el trasplante debe, previamente, contar con el informe psicológico de un grupo de por lo menos tres profesionales psicólogos del medio, que acrediten la madurez emocional del menor y, además, un informe de un equipo médico que certifique la excelente salud del donante.

Dentro de la practica de los trasplantes de órganos deben desarrollarse y aplicarse otros principios y en especial el de la “Excepcionalidad”, si el donante de órgano es

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

un menor de edad, pues primero debe de agotarse la búsqueda de otros posibles donantes para el receptor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Argentina, Ley 21.541. de trasplantes de órganos humanos.

Argentina, Ley 24193, Gaceta Oficial

Baron Charles, *Live organs and tissue trasplans form minor donnor in Massachussets*, Boston, University Review, 55: 169 – 93 , Mr.75, 2021

Bergoglio Bertoldi, *Trasplante de Órganos*, Ed. Hammurabi, Argentina, Bs. As. 2020

Bolivia, Código Civil, Gaceta Oficial, 2020

Bolivia, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial, 2009

Bolivia, Ley 548, 2014

Casabona, Carlos. María Romeo. "*Los trasplantes de órganos*". Barcelona. Bosch. 1978.

Castellano Arroyo, "*El consentimiento Informado*" en "*La ética en la práctica médica cotidiana*", 2020

Castellano Arroyo, *El consentimiento informado de los pacientes*, sin ed., s. Ed. 2001

Cifuentes, Santos, *Derechos de la personalidad*, Ed. UBEA, Bs.As. 2019

Cifuentes, Santos. "*Estudio jurídico privado sobre trasplantes de órganos humanos"*, En: La Ley, 2019.

Clayton P.K., "*History Trasnplantation*", 2 ed., Ed. Druckhaus , Germany, 2019

Conferencia del Profesor Pacheco Gomez, Máximo en el Programa de Magíster y Postítulo en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile *"Los Derechos Fundamentales de la persona humana"* Santiago, Martes 19 de marzo de 2016, p.2 *Vid.* también, otro enfoque conceptual del mismo autor y dice: *"Los derechos fundamentales de la persona humana son aquellos que corresponden a esta, en razón de su propia naturaleza, y que deben ser reconocidos y respetados por todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales."* PACHECO Gomez, Máximo " Los Derechos Humanos como

fundamento del sistema democrático", edición al cuidado de Marisa Morel M. Santiago de Chile.1986

Cotton, R.S. y Sandler A. L., *The regulation of organ procurement and transplantation in the United States*. J. Leg. Med., 7(1): 2016

Ferrer, Teresa y Rubio, Ricardo. "*El malestar familiar*", En: *Primeras jornadas valencianas de psicoanálisis: Casos de familia en el inconsciente*. Valencia, 15-16 de mayo de 1996; Alonso, R. "*El paciente crónico y su entorno social*", En: *Nefrología*, Vol. XIV, suplemento 1. 1994. Sociedad Española de Nefrología.

Fuenzalida Hernán L. , *Boletín de la oficina Sanitaria Panamericana*, Mayo, Junio, Vol 108, Nº 5-6, Bioética, *"Trasplantes de órganos. La respuesta legislativa de América Latina,* Estados Unidos de América, Washinton, DC, 1996

Fung John J. MD. Phd, Rakela Jorge MD *The Surgical Clincs of North America in Pedriatic Transplantatión,* Ed. Guest, 1999

García M. Y Revert L., *Malformaciones congénitas y enfermedades quísticas renales*, Ed. Doyma, Madrid, 1992

http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v19n1/2462-859X-rlb-19-01-107.pdf

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/01-ley-24193.pdf

https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-6643

https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf

Hübner Gallo, Jorge Iván, *Panorama de los Derechos Humanos,* Editorial Andrés Bello Santiago, Chile, 2013

Kobrinsky y col. Revista Avery/ First *La práctica de la pediatría*, Ed. Médica Panamericana, Bs. As., Argentina, 1988

Larenz, Karl. *Metodología del derecho*, Barcelona. Ariel, 2020.

Leofanti, María Antonia, *Normatividad de los siguientes países: Uruguay, Brasil, Perú, España, Italia, Francia, Dinamarca, Checoslovaquia, Polonia, Estados Unidos de Norte América.* s/f.

Leofanti, María Antonia. "*Trasplante de órganos humanos*". En: La Ley 2018.

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 13, Nro. 20 - Enero - Junio 2024 • Pág. 39 - 88

Lopez Bolano Jorge D., *Los médicos y el Código Penal*, 3ª ed., Ed., Universidad, Argentina, 1998

Lopez Bolano Jorge D., *Responsabilidad de los médicos, "Cuestiones Penales",* 4ª ed., Ed. Universidad, Argentina, 1996

Manzanera Miguel, *Bioética del Trasplante de Organos*, Bios 3 ed. UCB, Cochabamba – Bolivia, 1998

Martínez, Nanlio Francisco, "*Los trasplantes de órganos ante nuestro derecho positivo*", En: La Ley, sin Editorial, Bs. As, 1997.

Michel Huerta Manuel, Sánchez Mamani Elisa, *Trasplantes de Órganos Humanos*, *consideraciones éticas, religiosa, filosófica, jurídicas*, Ed. Tupac Katari, Bolivia, Sucre, 1998

Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Preguntas y respuestas,* Nueva York, Estados Unidos de América. 2017

Norrie, K. Mck., *Human tissue Transplants: Legal liability in diffeent jurisdictions*. International and Comparative Law Quarterly, 34 (3) 1985

Nuta , Ana Raquel. "Interrogantes jurídicos en torno a los trasplantes de órganos humanos". En: La Ley. 2018.

Omeba, Tomo XIX, versión digital.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 21ª. Ed. Heliasta, Bs.As, 2014.

Sabinston, Tratado de Cirugía, Ed. Elsevier, España, 2022

Sabistón David, *Tratado de Patología Quirúrgica*, 21 va ed. Ed. Interamericana, México, 2021

Sabiston, David, *Tratado de patología quirúrgica*, 11va. Edición, Ed. México, Interamericana 2015

Scott, Paul. "*Legal considerations*". En: *Scientific American*, 2021.

Sharpe G., *Comineice in Issuve anal organs. Health lan in Canada*, .Ed. 1998

Silva, Silva, Hernán. *Diccionario de Términos Médicos Legales.* Santiago de Chile De. Jurídica, 2014

Tapia Pinto, Iván Sandro, *Curso de derechos Humanos en Bolivia*, sin Ed. La Paz, 2012

Yungano, Arturo Ricardo. "*La Ley 21.541 de trasplantes de órganos humanos*". En: La Ley. 1977.

Zavaleta, Miguel. "*Trasplantes de órganos no vascularizados*", En mesa redonda: *trasplante de órganos y necesidad de una legislación sobre la materia*. Oruro. Editorial Universitaria. 2015