

# Los derechos corporales: transplantes e indisponibilidad comercial de las partes anatómicas del ser humano

*Dra. Marisela Párraga de Esparza  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Universidad del Zulia*

## Resumen

El propósito de esta ponencia es analizar y discutir algunos aspectos relacionados con los derechos de la persona o derechos de la personalidad, específicamente el respeto que se le debe a la integridad física del ser humano. Se analizan tres cuestiones fundamentales relacionadas con el tema del transplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos, tomando en consideración aspectos bioéticos y de orden legal, con especial referencia a la legislación nacional y extranjera: Consentimiento del donante, la no comercialización de los órganos y las personas que pueden ser donantes en los transplantes entre vivos.

**Palabras Claves:** Transplante, Bioética, Derechos Personales.

# Corporal Rights: Transplants and non Commercial Availability of Human Being

## Abstract

The purpose of this article is to analyze and discuss some aspects related to the rights of the person or personality rights, specifically the respect owed to the physical integrity of human being. Three fundamental aspects related to the subject of organ transplants and anatomical materials in human beings are analyzed, considering bioethics aspects and those of legal order, making special reference to national and foreign legislation: donor consent, non commercialization of organs and persons who may be donors in transplants among alive persons. (Translated by Hortensia Adrianza de Casas)

**Key Word:** Transplants, Bioethic, Personal rights.

## I. Los Derechos de la Personalidad o Derechos de la Persona y el Derecho Civil

En el campo del Derecho Civil, en los últimos tiempos, hay la tendencia de incorporar a su normativa la regulación de los *derechos de la personalidad o derechos de la persona*. Tradicionalmente los textos legales civiles al regular la materia de la persona utilizan la expresión "De las Personas", y titulan de esta manera el Libro I de ese Código. El nuestro no constituye una excepción. Sin embargo, en la actualidad países como Perú y Costa Rica han titulado al Libro I "Derecho de las Personas". También es cierto que otros Códigos Civiles conservan la denominación tradicional para su Libro I, como es el caso de Portugal, Italia y Bolivia, pero todos ellos -incluyendo a Perú- se inscriben en la moderna corriente ius-civilista, según la cual el tema de los derechos fundamentales de

la persona se debe concebir de manera unitaria. (fueyo Laneri, 1990: 113; Fernández Sessarego, 1987 : 33 y ss).

Tal tendencia se fundamenta en la idea de que el tratamiento normativo y desarrollo de los derechos de la persona en lo que concierne a la protección legal que debe brindársele al ser humano en tanto persona individual y en su relaciones de conducta con otras personas naturales debe corresponder al Derecho Civil. El tema y consagración legal de los derechos de la persona no es patrimonio exclusivo del texto constitucional ni de las leyes de carácter público (por ejemplo, la legislación penal, administrativa etc.). La particularidad de los derechos de la persona es que en ellos se entremezclan, al mismo tiempo, intereses de carácter público y de carácter privado (Fernández Sessarego, *Ob. Cit.*: 34).

La noción los “derechos de la personalidad”, o “derechos primordiales” o “extrapatrimoniales” es de origen germánico, dada a conocer en Francia por primera vez a través del suizo Roguin en *La règle du droit* en 1889. Este autor al expresarse sobre los mismos, dijo: “En el número de los derechos absolutos, y ocupando el primer lugar entre los derechos privados, están aquellos que posee la persona, sujeto activo, sobre su cuerpo, su actividad, su honor, en una palabra, sobre todas sus facultades físicas y mentales o sobre algunas de ellas.” (Fueyo Laneri, *Ob. Cit.*: 115) Tal afirmación en opinión de juristas del presente siglo es plenamente admisible en nuestros días.

Precisamente en la actualidad la discusión se centra sobre la necesidad de reconocer que el hombre como ser ontológicamente libre requiere de plena protección legal, no sólo como ente integrante del cuerpo social llamado “estado”, en virtud de lo cual la mayoría de las Constituciones consagran los “Derechos sociales” y los “Derechos individuales” que le son inherentes en cuanto ser humano; sino como un ser que tiene un cuerpo, en cuanto unidad psico-

somática, que le es indispensable para existir, del cual es dueño en su presente, pasado y futuro.

En los derechos de la persona o derechos de la personalidad el objeto de protección jurídica se encuentra localizado en el ámbito de la persona misma, del sujeto de derecho. No hay confusión en estos derechos, entre el sujeto y el objeto, afirmación esta última que responde a la concepción tradicional. Una visión moderna sobre esta categoría de derechos parte del supuesto de que "El sujeto de derecho, en este caso, es el ser de la persona, lo que el hombre es en cuanto hombre. El objeto o interés sujeto a protección jurídica está constituido por aquello que sirve a la persona para existir, para ser ella misma, para realizarse conforme al llamado de su vocación dentro del contexto social al cual pertenece. Lo que sirve a la persona, de lo que ella se vale, en lo que ella se apoya para existir, está representado por realidades tales como "su cuerpo"- en cuanto inescindible unidad psicosomática- y "su pasado", su historia, su biografía, aquello que le permite proyectarse al futuro.... En otras palabras, los derechos de la persona tienden a tutelar los instrumentos más importantes y próximos al ser de la persona a fin de que ella se realice de acuerdo su personal proyecto vital" (Fernández Sessarego, *Ob. Cit.*: 35-36).

Partiendo de esta concepción sobre los derechos de la persona o derechos de la personalidad, legislaciones como la peruana han consagrado en el Título II del Libro I del Código Civil, además del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, los cuales son esenciales de la persona, y que al mismo tiempo sirven de base para todos los demás, el derecho a disponer de modo voluntario del propio cuerpo siempre y cuando tales actos no ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera no sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres, salvo en los casos de estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humani-

tarios. Encierra este derecho la posibilidad de realizar actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos, cuya regulación se deja a la ley especial. También se incorpora el derecho que tiene la persona a decidir sobre la utilización por parte de otros de su imagen y su voz; el resguardo de la intimidad personal y familiar; el respeto a la correspondencia epistolar, a las comunicaciones de cualquier género o a las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, las cuales no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el consentimiento del autor, y en su caso, del destinatario, etc. También garantiza la autoría intelectual.

La incorporación de determinados derechos de la personalidad o derechos de la persona y su desarrollo legislativo en el derecho civil moderno se debe, principalmente, a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial llevada a efecto por los juristas teóricos y prácticos italianos quienes han asumido una verdadera función creadora del derecho, tomando como base disposiciones de orden constitucional, que según el criterio de algunos autores de ese país, han funcionado como cláusulas generales (Fernández Sessa-rego, 1990: 65).

Asimismo Costa Rica consagra en su Código Civil, en el Título II del Libro I "Los Derechos de la Personalidad y Nombre de las Personas", inscribiendo dentro de los primeros, la posibilidad de disponer del propio cuerpo o parte de él luego que ha ocurrido la muerte de la persona. Y mientras la persona viva estipula la prohibición de realizar tales actos de disposición cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto en los casos autorizados por la ley (Art. 45). También contempla, el respeto a la fotografía o a la imagen de una persona a los efectos de su publicación, reproducción, exposición o venta sin su consentimiento, salvo en los casos contemplados en esa misma disposición legal (Art. 47). Igualmente, consagra el derecho que tiene la perso-

na a negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, salvo en los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos por el artículo 98 del Código de Familia. Sin embargo, la negativa a someterse al examen médico, cuando este sea necesario durante el transcurso de un proceso judicial para acreditar los hechos controvertidos, el Juez tiene la potestad de considerarlos como probados (Art. 46).

El Código Civil francés en el Título I del Libro I consagra los derechos civiles de las personas, entre ellos el respeto a su vida privada. De conformidad con la jurisprudencia de ese país se consideran como aspectos de la vida privada de la persona, los siguientes: su vida sentimental, la maternidad, el estado de salud, la práctica religiosa, el estado civil, el domicilio y la residencia, la vida profesional, la imagen, el secreto de la correspondencia y su situación económica.

Recientemente en el Código Civil francés se incorpora por la Ley N° 94-653 del 29 de julio de 1994 un capítulo referente al respeto que se le debe al cuerpo humano, y otro capítulo relacionado con el estudio genético de las características de la persona y de la identificación de la persona por sus improntas genéticas. Indudablemente que la legislación civil francesa con esta última modificación se adecúa a esa nueva tendencia del derecho civil.

## **II. Derecho de disponibilidad de las partes y productos corporales: Debate ético**

La mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales consagran la protección del cuerpo humano en el sentido de que los actos de disposición del mismo están prohibidos cuando estos puedan causar la muerte o incapacidad total o permanente de la persona. Sin embargo, es posible disponer de órganos, teji-

dos, derivados o materiales anatómicos con fines terapéuticos, de investigación y docencia tal como lo prevé nuestro sistema legal.

La realización de actos de disposición sobre partes del cuerpo humano para fines terapéuticos responde al sentimiento de solidaridad humana, o a fines altruistas, de allí que casi todas las legislaciones prohíban la comercialización de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos. No obstante, en algunos países se ha arraigado la práctica de la compraventa de órganos.

En Inglaterra, Bob Brecher del Politécnico de Brighton, en *"The kidney trade: or, the customer is always wrong"*, abre el debate ético en virtud de la información dada por la prensa inglesa en relación al descubrimiento de un transplante de riñón humano efectuado en un paciente de un hospital privado, el cual había sido vendido por un campesino turco en lugar de haber sido donado generosamente por un familiar. En la discusión compara la práctica de la comercialización del riñón con otras, como la venta de la sangre, o la venta del cuerpo humano a través de la prostitución, o la venta o pago por concepto del trabajo individual o colectivo, realizado este último en circunstancias tales, que el ser humano es objeto de explotación.

Sobre tal situación el citado autor se pregunta: ¿Por qué en Inglaterra la obtención, por ejemplo, de un riñón al igual que en el caso de la sangre debe mantenerse como objeto de una donación? ¿Qué es lo que hay acerca de la venta de una parte del cuerpo humano que las personas consideran censurable? Sí dicho negocio es censurable, las razones de tal censura residen ¿en el carácter comercial del negocio? o ¿en la naturaleza de aquello que se vende o se compra, esto es una parte del cuerpo de la persona? ¿Por qué resulta, para algunos, tan abominable la venta de un riñón y no la venta de la sangre? Si existe por parte de la persona la obligación de respetar la integridad de su cuerpo, ¿por qué el acto de dar o

donar un riñón mientras ella viva, no puede ser una excepción a esa regla?

Hay otro tipo de práctica en la sociedad, para algunos inmoral y abominable, tal como la venta del cuerpo humano en la prostitución, que sin embargo, ha sido admitida incluso desde el punto de vista legal. Y qué decir de la venta del trabajo individual y colectivo, que en algunos casos es objeto de explotación. ¿Qué diferencia hay entre ambos tipos de actividades, objetable para algunos la primera, y loable, según otros la segunda?

Según Brecher, los argumentos éticos esgrimidos en contra de la práctica de la venta de un riñón descansa en el grado de culpa que le corresponde a la persona que vende el órgano a transplantar, y no en el comprador, quien genera la demanda, y quien en su opinión siempre está equivocado. El punto en común acerca de la compra de una pinta de sangre, o un riñón; el alquiler del cuerpo de alguien por una o dos horas; o vivir de la salud de otros, es que todas estas actividades son formas de explotación apoyadas en la utilización de los seres humanos. Argüir contra la compra de un riñón, es argüir a fortiori contra toda las clases de prácticas que algunos desearían defender, y si hay algo incorrecto en todo esto, tal incorrección descansa en la compra y no en la venta (1990: 120-123).

Otros moralistas ingleses han abordado la discusión de este mismo problema, entre ellos Evans, quien luego de analizar diversas situaciones en las cuales puede darse el pago de una cantidad de dinero, grande o pequeña, por ciertas donaciones de un órgano a los efectos de su transplante en otro ser humano, concluye que lo objetable desde el punto de vista moral, no es el mero pago, sino el hecho de la explotación comercial. Agrega, que como quiera que la donación de un órgano siempre implica algún riesgo clínico, es

esencial que la donación sea completamente libre, informada y voluntaria (Harvey, 1990: 117-119).

Otro especialista en Ética, el inglés J Harvey, no está de acuerdo con la opinión de Evans, ya que él piensa que cualquiera sea la cantidad de dinero a pagar por la adquisición de un órgano, ello constituye un incentivo, y a lo mejor hasta una completa presión de orden económico. Al haber dinero de por medio, en opinión de algunos, la decisión de ser donante no es enteramente libre y voluntaria.

Existe presión financiera en el caso de que el donante potencial sea pobre, razón suficiente para prohibir todo pago por las donaciones. Este mismo razonamiento debe aplicarse para los donantes que estén emparentados con el receptor, ya que algunos de ellos están sometidos a una elevada presión psicológica y emocional, por ejemplo, un descendiente sumiso ante la circunstancia de su padre enfermo; tales donaciones deben también prohibirse.

Pero, en el supuesto de que el potencial donante no esté presionado económicamente, ¿ello significaría que estamos ante un acuerdo moralmente aceptable? Supongamos que la persona cree que la donación de órganos es un acto loable, no lo encuentra nada repugnante y tampoco se encuentra en estado de necesidad económica. Quizás, esa persona concibe el acto de un donante que no sea pariente como algo que está por encima y más allá del llamado deber, pero considera que el dinero es algo que hace valioso el acto de donación.

Si el pago de ese dinero juega un papel crucial en el cambio de su decisión, ¿ello indica que su segunda decisión no es completamente libre? Podría argüirse que la razón del cambio de decisión es externa a él en cierto sentido, pero no como por ejemplo para cambiar su punto de vista moral acerca de la aceptabilidad de las donaciones de órgano.

Harvey piensa que cualquiera sea la razón que ha motivado el cambio de una decisión, no por ello podemos afirmar que tal decisión no es enteramente libre. Ello sería confundir la noción de las acciones de alguien, relevantes para una decisión, con una noción diferente, como es la de ser moralmente responsable por esa decisión.

Aún con las restricciones antes descritas, la decisión de donar es libre, y la responsabilidad por la decisión es del donante potencial. E hipotéticamente no existe comerciante o empresario que esté obteniendo algún beneficio.

Según este mismo autor, existe un argumento de carácter pragmático, no moral, y es que si hay el pago de dinero por la donación, excepto para los donantes especialmente comprometidos con el receptor, como por ejemplo sus parientes más cercanos o sus amigos, los demás donantes tendrán la expectativa de recibir algún pago, y en consecuencia las donaciones voluntarias cesarán.

Esto último sucedería con toda certeza en el caso de la donación de sangre. En el caso de las donaciones de un órgano, la situación es más delicada aún, por cuanto ello implica una cirugía mayor con ciertos riesgos; además, en el caso de donación de un riñón, este no es renovable, y deja abierta la posibilidad del incremento de tales riesgos para el futuro. Además el donante de un órgano deja de obtener ingresos mientras se realiza el trasplante y se recupera del mismo. Desde el punto de vista fáctico no está claro que miles de personas se ofrecerán como donantes no vinculados al receptor solo por motivos altruistas, que es precisamente lo que sucede en el caso de la donación de sangre. Tampoco está claro cuantos podrían ser los donantes de órganos si no hay algún tipo de pago. Entonces hay dudas acerca de la existencia de un elevado número de personas, no relacionadas por el parentesco, que realmente desean ser potencialmente donantes, y que no recibirán

pago, hasta por lo menos que dicho pago comience a ofrecerse. Es decir, no hay claridad sobre la existencia de un significativo número de órganos, si la ley lo permitiera, que puedan ser obtenidos sin pago alguno al donante no relacionado por parentesco, que sin embargo si pudieran obtenerse, solamente mediante el constante suministro de dinero una vez que existan organizaciones que recolecten dinero para el pago de órganos que luego serían donados sin recibir nada a cambio. Es cierto que puede haber razones de tipo práctico para no pagar por la donación de sangre, que sin embargo, quizás no se aplican a la donación de órganos.

En relación a los aspectos de orden moral, hay dos posibilidades por explorar: el rechazo a permitir los arreglos antes descritos, ya que ello tiene que ver con el hecho de que la decisión del donante involucra estrechamente el cuerpo de la persona; o en segundo lugar, el rechazo a permitir un acto, aceptable moralmente, incluso loable en si mismo, si el motivo es el propio interés y no el altruismo,. En cualquier caso, las salidas a ser exploradas no son precisamente tomar una decisión bajo presión, ni tampoco la explotación económica.

Finalmente, parte de la valoración moral, en el supuesto de que haya algún pago, y este es cuidadosamente controlado, es que las donaciones voluntarias no comerciales, no tienen porque considerarse moralmente incorrectas; la inquietud o preocupación tendría que ver en si misma con los beneficios que la provisión no comercial de órganos pueda anticipadamente proveer (Ibid.: 117-119).

### **III. Derecho a la disponibilidad de las partes y productos del cuerpo humano en el derecho venezolano: transplante de órganos**

Indudablemente, que los derechos sobre el cuerpo humano, sus partes y sus productos, constituyen derechos de la personalidad que hoy día requieren de una precisa definición legal en lo que respecta a su regulación normativa, ante la posibilidad de que la persona decida realizar algún acto de disposición sobre su cuerpo, sin tomar en consideración restricciones de carácter legal o moral. Tales actos son producto de su libre voluntad, independientemente de los factores, de muy diversa índole, que entran en juego al tomar tal decisión.

Es importante destacar que la consagración de los derechos sobre el propio cuerpo tiene como finalidad la protección de esa parte del ser humano que le sirve de soporte físico y psíquico para cumplir con sus planes y objetivos vitales. Al producirse su regulación normativa se está preservando la integridad psicofísica de la persona. La posibilidad de disponer de parte del mismo tiene como objetivo solventar el estado de penuria de un semejante que tiene ante sí la amenaza de perder la vida, pero sin lesionar o atentar contra la vida o la salud de otro.

Tal como lo expresábamos líneas atrás, en el derecho civil venezolano no hemos arribado a una concepción -fundamentalmente- de carácter privado acerca de los derechos de la personalidad o derechos de la persona; esto es, donde la incorporación de tales derechos se efectúe desde una perspectiva más personalista o humanista, que individualista y patrimonialista, que es la que actualmente prevalece en nuestra legislación civil, resabio de la influencia del Código Civil napoleónico de 1804.

Como bien lo señala Kummerow "Aparte de una norma programática general recogida en la Constitución Nacional (art. 43) y

de los dispositivos técnicos que garantizan el derecho a la vida privada (arts. 58 y ss C.N), no existe en Venezuela un estatuto legal que reconozca la tutela del derecho general a la personalidad, o de los aspectos relevantes de sus distintas manifestaciones. El artículo 1196 del Código Civil venezolano prevé solo una de las facetas de esa disciplina: el resarcimiento del daño no patrimonial, dadas las hipótesis de lesiones corporales, atentados al honor, o a la reputación de la víctima o a la de su familia, o a la libertad personal... Un proyecto (de 1960) sobre la protección de ciertos "derechos de la personalidad, aún no ha sido considerado por el Congreso Nacional" ( 1969: 10-11).

Sin embargo, esa norma programática consagrada en términos más o menos semejantes en Constituciones como la italiana, ha permitido un desarrollo jurisprudencial de los derechos de la personalidad, que ha servido de fuente de inspiración para un posterior desarrollo legislativo, no solo en aquél país sino en otros del mundo occidental.

El 3 de diciembre de 1992 entró en vigencia en Venezuela la nueva Ley sobre transplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos, producto de la necesidad existente en el país de adecuar su contenido a las nuevas tendencias legislativas y consideraciones bioéticas que otras legislaciones del mundo han ido incorporando y desarrollando.

En este papel de trabajo pretendemos analizar tres aspectos de marcada importancia, los cuales fueron incorporados por la reciente ley, y que por supuesto, abren la discusión ética antes aludida y aún no concluida en el ámbito mundial, y que en ámbito nacional apenas si se ha iniciado.

## 1. Consentimiento del donante

La ley derogada en materia de consentimiento establecía que este debía manifestarse en vida, de manera escrita, por el donante. En el caso de donación póstuma, con fines terapéuticos, la falta de consentimiento podía ser suplida por la autorización, dada por escrito, de los familiares con quienes había convivido el donante, siempre y cuando no constare la voluntad contraria de la persona fallecida o la determinación que se le diera a su cadáver un destino diferente. La voluntad manifestada en vida por el finado prevalecía sobre cualquier parecer contrario.

La nueva ley se fundamenta en el postulado según el cual la donación debe ser libremente consentida por el donador; su voluntad de donar, libremente expresada, debe prevalecer sobre cualquier parecer de las personas que de acuerdo con esta misma ley constituyen sus familiares. Además, es un acto esencialmente revocable, hasta el momento de la intervención quirúrgica, y no hace nacer derechos contra el donante (Art. 14).

En el caso de trasplante de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos proveniente de un ser vivo, la manifestación de voluntad debe expresarse por escrito ante dos testigos idóneos (Art. 13), libre de coacción física o moral (Art. 12, ord. 5).

Igualmente, la ley vigente recoge en su texto, en principio, la presunción de la voluntad de donar órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos con fines de trasplante a otras personas, provenientes de un cadáver, en caso de *muerte clínica*, si no constase la voluntad contraria de la persona fallecida, o su determinación de que se dé a su cadáver un destino específico distinto (Art. 16, literal b).

Particularmente la ley define en el artículo 2, numeral 10 lo que es muerte clínica, caracterizada por la ausencia de todos los signos vitales, o lo que es lo mismo, ausencia total de vida.

En el caso de *muerte cerebral*, que en los términos de ésta ley puede producirse de dos maneras diferentes (Art. 2, numeral 10), no opera la presunción de voluntad de donación, a menos que se obtenga la aceptación de los parientes.

La presunción de la voluntad de donación no está absolutamente consagrada en la ley venezolana, ni siquiera en el caso de muerte clínica, porque de acuerdo a lo previsto por el literal c del artículo 16, la presunción de donación resulta condicionada por la no existencia de oposición expresa y escrita por parte de un pariente, manifestada antes de transcurrir tres horas subsiguientes al diagnóstico de *muerte clínica o muerte cerebral*.

Incluso, le impone al médico tratante o a los médicos del equipo médico tratante, la obligación de comunicar al pariente que esté presente o, en caso de que no haya ninguno presente, al que sea más fácil de encontrar, la muerte clínica o la muerte cerebral, y solicitar inmediatamente su aceptación a la donación. Sólo en el caso de muerte clínica y que se logre demostrar, que a pesar de sus gestiones, le fue imposible localizar a ningún familiar en el término indicado, el equipo médico tratante decidirá acerca del retiro de los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos del donante, lo cual deberá ser certificado por el director de la institución hospitalaria, o quien haga sus veces.

Aparentemente el legislador quiso rodear de ciertas garantías a la mencionada presunción, al recogerla en los términos expresados. Desconocemos los resultados que su consagración normativa ha dado en la práctica, por que la crítica más aguda que se le hacía al texto legal anterior, era la imposibilidad de obtener órganos provenientes de personas fallecidas para fines de transplante, en

virtud de la exigencia legal del consentimiento expreso y por escrito por parte del donante o de los familiares con quienes hubiere convivido el difunto, siempre y cuando no constare la voluntad contraria o la determinación de que se le diere a su cadáver un destino diferente.

En opinión de la Comisión Permanente de Salud del Senado de la República de Venezuela, el proyecto original de reforma de la ley presentado al Congreso el 20 de mayo de 1990, fue modificado substancialmente en la Cámara de Diputados, dando lugar prácticamente a un nuevo proyecto. "Aquel era un Proyecto extremadamente garantizador. En efecto, allí se lee 'En los casos de personas que donen sus órganos y materiales anatómicos para que sean transplantados a otros seres humanos, una vez que ellas hayan fallecido, al igual que en el caso anterior también se requiere la voluntad del donante y por ende la autorización para que, una vez fallecido, de su cadáver sea extraído y transplantado a un ser humano vivo tal o cual órgano'. Esta manifestación de voluntad se presume, como regla, a menos de prueba en contrario, en el Proyecto que llegó a la Comisión del Senado, en su artículo 14"(Senado de la República, 1992)

Aparte de estos comentarios, la Comisión Permanente de Salud del Senado no hace ninguna observación al artículo que consagra la presunción de donación, y solo remite a la Presidencia del Congreso el informe sobre el Proyecto final anexando las reservas que frente a ese artículo fueron expresadas por la Delegación del Fiscal General de la República. La Presidenta de la Comisión suscribe la opinión de esta última en cuanto a "sus serias reservas sobre las consecuencias posibles, especialmente para los indigentes que actualmente representan más del 80% de la población de Venezuela, de la disposición que admite la presunción de voluntad de donar órganos cuando no haya prueba en contrario; presunción de voluntad que, además, es la única que se conoce en la legislación

vigente que establezca una ficción que no representa beneficios a la persona a quien se le atribuye“ (*Ibid.*)

Países desarrollados, como el caso de Francia, han recogido sin reservas la presunción voluntaria de donación. En efecto, la extracción de órganos con fines terapéuticos o científicos, en una persona que ha fallecido, se puede realizar una vez que se ha constatado su muerte según las condiciones definidas por decreto en Consejo de Estado. Tal extracción sólo es posible cuando la persona muerta no haya manifestado en vida su voluntad en contrario. Esta última debe constar en un registro nacional automatizado previsto para tal efecto.

Si el médico no tiene conocimiento directo de la voluntad del difunto, se debe esforzar en obtener el testimonio de su familia.

La autoridad paterna o el representante legal deben prestar por escrito su consentimiento en el caso de que la persona fallecida fuere un menor de edad o un mayor de edad objeto de una medida de protección legal.

## **2. La no comercialización de los órganos**

Otro aspecto sobre el cual insiste la ley vigente es el de la gratuidad de la donación, cuya consagración se produce a medias. El artículo 7º estipula la prohibición de recibir cualquier contribución o compensación por los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos retirados con fines terapéuticos. Si hubiere algún pago por este concepto, la cantidad pagada es repetible.

No hay penalización para la persona por ejemplo, que vende su riñón. Lo que sanciona expresamente la ley venezolana es la conducta de quien media, con propósito de lucro, para obtener órganos o materiales anatómicos con fines recuperativos (Art. 7).

También penaliza la conducta del profesional de la salud y otros que participen en la remoción de órganos de un donante, vivo o muerto, a sabiendas de que los mismos han sido o serán objeto de una transacción comercial. Se incluye expresamente, y consagra igual pena para quien realice el transplante en estas condiciones.

Es decir, que el profesional de la salud, o particular que extrae un órgano de un cadáver, o de un ser viviente sin su consentimiento, sólo podría responder eventualmente, por el delito de profanación de cadáver, contemplado en el artículo 173 del Código Penal (Rizk, 1990: C/7) ; o por el delito de lesión o de homicidio, en el caso de que su conducta o actuación produjere tal resultado, respectivamente.

En Venezuela también se han dado casos de personas que están dispuestas a vender su riñón, haciendo la correspondiente oferta a través de avisos que se han pegado en las paredes de la ciudad de Caracas, según información publicada por El Universal. En opinión de dos especialistas en transplante de hígado y riñón de nuestro país, del Centro Nacional de Diálisis y Transplante y del Servicio de Nefrología del Hospital Vargas, es imposible que se concrete la venta de un riñón, porque además de ser un acto ilegal, hay una serie de obstáculos que deben sortearse, como por ejemplo conocer el origen del riñón, ya que el equipo médico debe ser especializado, y debe tener acceso a una infraestructura de información, equipos, medicamentos etc. que sólo conocen los médicos que se dedican a hacer transplantes. Además, la ley especial sobre la materia exige en el supuesto de transplantes para fines terapéuticos, entre personas vivientes, que el donante sea pariente consanguíneo hasta el quinto grado del receptor. (Pascual, 1995: 2-18). Sólo por vía reglamentaria podría determinarse la admisión de otras personas como donantes.

Sobre este último particular, el criterio médico que sustentan algunos especialistas de transplantes de órganos, es que la legislación venezolana debería modificar su reglamentación ya que desde el punto de vista científico los resultados han demostrado que los transplantes entre seres vivos no relacionados han sido exitosos. Quizás, en opinión de algunos, podría permitirse entre esposos. En países como Brasil y Estados Unidos está permitido el transplante de órgano de un vivo a otro no relacionados. Probablemente la restricción legal en Venezuela descansa en que tal permisión daría lugar a la venta de órganos por un lado; o a extender el riesgo hacia personas sanas que van a ser expuestas a una situación de morbilidad o mortalidad. (*Ibid.*)

Resulta extraño que Francia en su reciente ley nº 94-654 del 29 julio de 1994 (L 671-3), por la cual se modifica el Código de Sanidad Pública, mantenga que la extracción de órganos de una persona viva con el objeto de ser donados para fines terapéuticos debe ser efectuada entre personas relacionadas; es decir, el receptor debe tener la cualidad de padre o madre, de hijo o de hija, de hermano o de hermana del donante, salvo en el caso de extracción de médula ósea para ser injertada.

En líneas atrás expresábamos algunas razones por las cuales consideramos que el principio de la gratuidad de la donación no se consagra abiertamente en el texto legal venezolano. A tales consideraciones debemos añadir que la ley prevé la retribución por concepto de transporte y conservación de los órganos o materiales anatómicos que suministren las instituciones y los bancos de órganos o materiales anatómicos; así como los honorarios del personal que intervenga en el acto de retiro o transplante.

Al hacer esta estipulación legal se está permitiendo por un lado -según algunos- el encubrimiento del pago de órganos a quien comercie con ellos; pero, por otro lado se están estableciendo obstá-

culos que le impedirían a ciertos sectores de nuestra población el acceso al transplante, constituyendo esta terapia, posiblemente, la única que le garantiza a un enfermo la plena recuperación de su salud.

### **3. ¿Quiénes pueden ser donantes en los trasplantes entre vivos y qué requisitos deben reunir?**

El artículo 11 de la Ley sobre transplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos admite como donantes en el caso de transplante con fines terapéuticos únicamente a los familiares hasta el quinto grado de consanguinidad. Por vía reglamentaria, el Ejecutivo Nacional podrá determinar que otras personas pueden ser admitidas como donantes, previa opinión de los organismos allí indicados.

En el artículo siguiente se indican las condiciones a cumplir:

a. Ser mayor de edad, a menos que se trate de los parientes previstos en el artículo anterior.

Técnicamente no está bien formulado este requisito por que de acuerdo con el artículo 11 sólo pueden ser admitidos como donantes los parientes consanguíneos hasta el quinto grado. Salvo que se refiera a la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional por vía reglamentaria determine otras personas como donantes.

Suponiendo que la ley en el ordinal 1º esté admitiendo al menor de edad como donante, siempre que ese menor de edad sea pariente consanguíneo del receptor, ¿quién prestará el consentimiento para la donación? ¿El menor de edad?. ¿Su representante legal? Es decir, padre o madre en ejercicio de la patria potestad o el tutor si está sometido a este régimen.

Se trata de un acto de disposición sobre su cuerpo, la decisión debe tomarla el menor de edad, no su representante legal o el juez.

Aquí podría por analogía aplicarse la disposición legal que trae el Código Civil sobre el reconocimiento de un hijo por un progenitor menor de edad. Sí es mayor de dieciséis años de edad puede realizar válidamente el reconocimiento, y sí es menor de dieciséis años requerirá la autorización de su representante legal y, en su defecto la autorización del juez competente. ¿Qué quiere decir en su defecto? ¿Será a falta los padres o tutor, o cuando están en imposibilidad de manifestarlo, o en caso de negativa?

La ley francesa excluye expresamente como donante al menor de edad, no obstante en el caso de extracción de médula ósea puede efectuarse en beneficio de su hermano o de su hermana. Se hace necesario el consentimiento de cada uno de los titulares de la autoridad paterna o del representante legal del menor. La autorización para efectuar la extracción del órgano se acuerda por un comité de expertos, el cual debe asegurarse que el menor ha sido informado sobre la extracción, con el objeto de que exprese su voluntad si ello fuere posible. La negativa del menor constituye un obstáculo para la donación.

**b.** Contar con el dictamen médico actualizado y favorable sobre el estado de salud del donante, incluyendo el aspecto psiquiátrico.

**c.** Tener compatibilidad con el receptor, lo cual se demuestra a través de las pruebas médicas practicadas en los casos que se requieran.

**d.** Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias que conlleva la extirpación del órgano, así como las probabilidades de éxito.

La donación de un órgano proveniente de una persona viva requiere del examen de las implicaciones éticas que dicho proceso conlleva. Kleinman y Lowy (1992: 1484) opinan que tal donación

debe ser reconocida como un compromiso ético al principio de no maleficencia (no causar daño), en virtud de los riesgos que los donantes están dispuestos a asumir. Este tipo de donación debe reservarse para aquellos casos que no dejan otra alternativa. Aumentar la disponibilidad de órganos provenientes de un cadáver es lo deseable, lo que disminuiría la necesidad de órganos procedentes de seres vivos y proporcionaría órganos (por ej. corazones) que de otra manera no podría ser obtenidos. Los médicos Keinman y Lowy proponen el desarrollo de un *Advance-Directive Organ Registry*, el cual tiene como objetivo incentivar a los adultos para que registren su voluntad de donar sus órganos, la cual se hará efectiva acaecida su muerte. Este registro debe estar orientado por los principios de autonomía, de beneficencia y justicia. La obtención del consentimiento por parte del donante requiere desde el punto de vista ético una completa información en relación a las posibles complicaciones del período operatorio y las secuelas que a largo plazo se podrían generar, las ya conocidas, así como aquellas complicaciones desconocidas. Las posibilidades de éxito del transplante deben discutirse dado que, sobreentendidamente, los donantes sienten más remordimientos por la donación de un órgano si el transplante resulta fallido. Un análisis retrospectivo muestra que el 84% de los donantes vivos relacionados consideraron que ellos fueron adecuadamente informados. El otro 20% adujo que una información escrita adicional hubiese sido conveniente.

Resulta inobjetable desde una perspectiva ética, para algunos cirujanos, la donación de órganos entre seres vivos, ya que actúan con la convicción de que esto es lo correcto. Además las probabilidades de éxito son mayores. Las ventajas son de diferente naturaleza. Desde el punto de vista técnico, las estadísticas han demostrado en un 90% de los casos, un año de sobrevivencia en los transplantes renales entre personas vivas relacionadas, comparada con el 75% en el caso de un riñón proveniente de un cadáver. Otra ra-

zón beneficiosa para la utilización de órganos provenientes de seres vivos es la escasez de disponibilidad de órganos de cadáveres. El 92% de centros de transplantes analizados indican haber experimentado tal escasez. En consecuencia, pueden ocurrir largos períodos de espera por este tipo de donación (*Ibid.*: 1485).

e. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos.

Las presiones a las cuales se somete el donante familiar del receptor deben ser tomadas en consideración. Existe la presión externa, los grados de coerción familiar varían. El sentimiento de culpa o temor a un rechazo por parte del resto de la familia suele producirse en el donante potencial, si este se negare a consentir la donación. Las evaluaciones psicológicas de los potenciales donantes son muy importantes.

En el caso de donaciones de esta naturaleza por razones de altruismo, se hace necesario que el equipo de profesionales de la salud, no exagere las bondades materiales y espirituales de tal donación, ya que podrían dificultar el consentimiento voluntario del donante.

#### **IV. Conclusiones**

La discusión en torno a los derechos de la personalidad en Venezuela desde la perspectiva civil está abierta. Se hace necesario el análisis exhaustivo del derecho comparado, ya que legislaciones de países desarrollados y de otros menos desarrollados, se han inscrito en la tendencia renovadora de los derechos civiles de la persona humana, tomando en cuenta que ella es dueña de su persona moral y física, y que tales derechos deben ser reconocidos y consagrados por la ley venezolana.

Las consideraciones bioéticas son de fundamental importancia, la legislación especial de transplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos de fecha reciente, las ha tomado en cuenta.

Resulta impostergable una futura reforma del Código Civil respecto a diversas instituciones, pero en materia de los derechos de la persona la revisión debe ser total, aspectos tan fundamentales como la consagración civil del respeto a la vida privada en sus diferentes facetas: vida afectiva, estado civil, vida profesional, imagen, etc.; el respeto a la primacía de la vida y de la dignidad humana, el respeto a la integridad física, al embrión humano, etc.

En torno a los derechos del cuerpo humano, que tienen por objeto la preservación de la integridad física de la persona, apenas contamos con la regulación legal de carácter especial en materia de transplante de órganos, tejidos y materiales anatómicos. Queda pendiente la regulación de los actos de disposición de ovarios, óvulos y espermatozoides, excluidos expresamente por la normativa de transplantes.

Asimismo el cambio de sexo es otro de los temas que requieren de una definición legal en Venezuela.

### Lista de Referencias

- Brecher, Bob; *"The Kidney trade: or, the customer is always wrong"* en *Journal of medical ethics*. 1990.
- Fernández Sessarego, Carlos; **Derecho de las Personas**. 2da. edición. Ed. Rocarme S.A. Lima-Perú, 1987.
- Fernández Sessarego, Carlos; *"El Derecho a la Identidad Personal"* en **Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano**. Cultural Cuzco S.A. Ed., Lima-Perú, 1990.
- Fueyo Laneri, Fernando; *"La resarcibilidad del daño extrapatrimonial o moral como tutela de la persona y los bienes y derechos de la perso-*

*alidad*" en **Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano**. Cultural Cuzco S.A. Ed., Lima-Perú, 1990.

Harvey, J.; "*Paying organ donors*" en ***Journal of medical ethics***. 1990.

Kleinman, Irwin y Lowy, Frederick.; "*Ethical considerations in living organ donation and a new approach*" en ***Arch Intern Med***, Vol. 152, July 1992.

Kummerow, Gert; **Perfiles Jurídicos de los Transplantes en Seres Humanos**. Colección Justitia et Jus Sección Investigaciones N0. 4. Mérida, Talleres Gráficos Universitario, 1969.

Pascual, Pilar; "No está permitido el transplante de órganos vivo a vivo si no son parientes". **El Universal**. Caracas, 15-10-95.

Rizk, Marlene; "Se paralizan transplantes por la prisión de Shulz", **El Nacional**, Caracas 17-05-1990.

SENADO DE LA REPÚBLICA. Comisión Permanente de Salud. Presidencia. **Proyecto de Ley de Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humano**. Caracas, 1992.