



IUS. Revista del Instituto de Ciencias
Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
A. C.
México

Pérez Gallardo, Leonardo B.
Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial
IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IX, núm. 36, julio-
diciembre, 2015, pp. 179-202
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293244044008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial*

Human organ and tissue donation from living donors and the notarial function

Leonardo B. Pérez Gallardo**

RESUMEN

La instrumentación por vía notarial del acto de dación de órganos y tejidos humanos con carácter solemne-constitutivo, y su posible revocación, genera una indudable responsabilidad al notario que, en ejercicio de su fe pública, ha de garantizar la libre manifestación de voluntad del dador, ajena a toda compensación de naturaleza económica, precisamente por la naturaleza altruista del acto que protagoniza. Nuevamente resulta el notario la pieza clave en la seguridad jurídica preventiva que reclama un Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Dación de órganos y tejidos humanos, notario, función notarial, escritura pública.

ABSTRACT

Execution by way of notarial certification the donation of human organs and tissues with its gravely serious nature, and its possible revocation, generates a undoubtable responsibility to the notary who, in the exercise of his competent public authority, has to ensure the free expression of will for the giver, without any economic compensation, precisely because of altruistic nature of this action. The notary is the key piece in the preventive legal security that the State of Law requires.

KEY WORDS: Human organs and tissues donation, notary, notarial function, public document.

* Recibido: 17 de marzo de 2015. Aprobado: 20 de abril de 2015.

** Notario y profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba.
(gallardo@lex.uh.cu)

*"El acto de amor, que se expresa con el don de los propios órganos vitales,
es un testimonio genuino de caridad [...]
Debe ser consciente del valor de este gesto quien lo recibe,
quien es destinatario de un don que va más allá del beneficio terapéutico.
Antes que un órgano, recibe un testimonio de amor
que debe suscitar una respuesta igualmente generosa,
de manera que se incremente la cultura del don y de la gratuidad."*
BENEDICTO XVI

SUMARIO

1. A propósito de la Resolución No. 857/2015, de 31 de agosto, del ministro de Salud Pública.
2. La dación de órganos y tejidos humanos entre vivos.
3. En ocasión de los nuevos derroteros por los que discurre el ejercicio de la función notarial en Cuba.

1. A propósito de la Resolución No. 857/2015, de 31 de agosto, del ministro de Salud Pública

Tras tantos años de espera —demasiados, teniendo en cuenta su contenido y fines—, se pronuncia el ministro de salud pública a través de una resolución administrativa, contentiva del “Reglamento para la dación y trasplantes de órganos y tejidos en donantes vivos”.¹ Téngase en cuenta que la Ley de Salud Pública, Ley No. 41/1983, de 13 de julio, tan sólo enunció en la sección oncenava del capítulo II, dedicado a la atención médica y social, la donación de órganos y tejidos en sus artículos 41 y 42. Éstos son meramente programáticos y remisoros a reglamentaciones del propio ministerio. Algunas de estas reglamentaciones adquirieron forma por conducto del Reglamento de la Ley de Salud Pública, contenido en el Decreto No. 139/1988 del 4 de febrero.

A partir de la lectura e interpretación de los artículos del 83 al 85, cabe colegir que la única modalidad de donación de órganos y tejidos humanos admitida en Cuba es la *post mortem*, pues se supedita este proceder quirúrgico-terapéutico a la expedición del certificado médico de defunción.² Ergo, hemos

¹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, No. 33, de 17 de septiembre de 2015.

² El artículo 83 deja explícito que “Todo proceder médico en la realización de trasplantes de órganos y tejidos donados estará condicionado a la certificación de la muerte del donante”.

convivido durante décadas con el éxito de los trasplantes de órganos, procedentes de dadores vivos, al margen del derecho, dada la laguna legal existente.

Prefiero aferrarme a la tesis de la vacuidad normativa, antes de la prohibición implícita. La dación de órganos y tejidos humanos es expresión del derecho a la integridad física, como derecho inherente de la personalidad.³ Al no existir un pronunciamiento prohibitivo expreso en la norma, ha de entenderse permitido tal acto. Esto no desdice la imperiosa necesidad de su cobertura legal.

No pretendo en este acercamiento al dictado de esta nueva norma legal ofrecer un estudio exegético de su preceptiva. Por el contrario, pretendo brindar un análisis del perfil notarial que invoca, atribuyendo competencia al notario en la autorización de instrumentos públicos, lo cual se convierte en requisito esencial para el buen discurrir del procedimiento médico-administrativo, ineludible soporte de autenticidad, veracidad y legitimidad en la expresión de voluntad del dador de órganos o tejidos humanos *inter vivos*. Por ese motivo, el hilo discursivo quedará centrado en la función notarial al servicio de un acto extraordinariamente generoso, expresión de solidaridad por el prójimo, como el dispositivo de órganos y tejidos humanos.

2. La dación de órganos y tejidos humanos entre vivos

Precisamente por los innumerables riesgos que puede conllevar en la salud psíquica o física de los seres humanos la ablación de un órgano, o incluso de tejidos, el derecho positivo suele regular de modo excepcional su dación. Lo más común en este orden es la dación *post mortem*. Una vez diagnosticada y certificada la muerte, según criterio neurológico, se procede a la ablación de los órganos y tejidos, si en vida se había dispuesto de ello a través de las vías de expresión formal que el derecho dispensa para tal fin.⁴ En esto desempeñan un papel protagónico las campañas de divulgación y concientización sobre el altruismo y valor social y médico que tiene la disposición de órganos y tejidos de procedencia cadavérica. En tales circunstancias, los riesgos del trasplante

³ La doctrina peruana habla del derecho de disposición sobre el propio cuerpo, distinto del derecho a la integridad física, definiéndolo como "una situación jurídica en la que se tutela una manifestación del derecho a la libertad, en el sentido de que la propia persona, entendida en su inescindibilidad psicosomática, está facultada para disponer de sí misma (dentro de la categoría del ser) y no de una entidad diversa a él (el cuerpo entendido erróneamente como objeto de derecho, dentro de la categoría del tener). Ello, evidentemente, dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico establece". ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *Derecho de las personas*, Rhodas, Lima, 2006, p. 242.

Por su parte, entre los españoles, Bañegil Espinosa lo ubica entre los derechos a la integridad física y psíquica. BAÑEGIL ESPINOSA, MIGUEL ÁNGEL. "Los derechos de la personalidad", en Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I – *Personas*, volumen II, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pp. 408.

⁴ En nuestros predios, a través del documento de identidad.

son sólo para el receptor, no así para los dadores, a muy lamentar, ya fallecidos. Empero, cuando el acto de disposición del órgano o del tejido humano se hace en vida, los riesgos se multiplican para ambas partes. Además del éxito que pueda o no tener el trasplante, éste podría agravar el precario estado de salud del receptor como consecuencia de la enfermedad crónica que padece y hace necesaria la sustitución del órgano afectado. Por su parte, a pesar de que el dador tuviera un perfecto estado de salud, la ablación de un órgano podría derivar en trastornos postquirúrgicos de gravedad, incluso en resultados fatales para su vida o enfermedades crónicas sobrevenientes, de manera que el dador podría, *a posteriori*, convertirse en receptor de órganos.

De ahí que uno de los principios rectores de la OMS sobre trasplantes de células, tejidos y órganos humanos, aprobados por la 63ª Asamblea Mundial de Salud, en mayo de 2010, en su resolución WHA. 6322, establezca que “Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida”.

En fin, la dación de órganos y tejidos humanos entre vivos es un acto jurídico de tipo negocial, informado de altruismo en cuyo tenor, una persona tenga tal discernimiento que le permita asumir los riesgos inherentes al acto. En ejercicio del derecho a la integridad física del que es titular, dispone a favor de otra, previamente determinada, y que cumple los requerimientos de parentesco o conyugalidad que la norma establece, de órganos (uno o varios, siempre que ello sea compatible con la vida) o de tejidos. Tal acto cumple el cometido previsto en el artículo 49 del Código Civil, o sea, se trata de “una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”. En tal caso, la manifestación de voluntad no sólo es expresa, sino que es solemne, entendida como solemnidad constitutiva, al exigirse por la norma la necesidad de que se instrumente por escritura pública, de modo que la ausencia del instrumento público notarial impediría el proceder quirúrgico de la ablación del órgano.⁵

⁵ Algunas normas iberoamericanas también han encogido la forma instrumental notarial para plasmar la declaración de voluntad de disponer de órganos y tejidos humanos. Entre ellas, la Ley 28189/2004 de Perú, en su artículo 10; la Ley ecuatoriana de 2011 en su artículo 35, y en el caso de Bolivia, la Ley 1716/1996 en su artículo 6 y el Decreto Supremo 24671, en su artículo 9. En otros países se declara la voluntad ante otras autoridades judiciales, registrales o administrativas. Así, en Chile lo es ante el director del establecimiento donde haya de efectuar la extracción (artículo 6 de la Ley 19451/1996), en tanto, en España, ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad (artículo 4 de la Ley 30/1979 y artículo 9.4 del Decreto 2070/1999).

La dación de órganos y tejidos entre vivos crea una relación jurídica entre el dador y el receptor y habilita al personal médico a proceder a la intervención agresiva sobre el cuerpo del dador, al legitimar tal embate contra su integridad físico-somática para extraer de su cuerpo el tejido u órgano dispuesto.

Se trata de un *acto jurídico negocial*, en tanto la voluntad humana está dirigida a causar efectos jurídicos, provocados o buscados por el dador, a los que acabo de hacer referencia. El acto es perfecto y eficaz con la sola declaración de voluntad del dador o disponente, único titular del derecho a la integridad física sobre su cuerpo, de ahí que se trate de un acto *unilateral*. Igualmente, es un acto *individual*, en tanto cada persona puede disponer por sí mismo, según su parecer, sus intenciones y su buena voluntad, de los órganos y tejidos que atañen a su propio cuerpo.

Con excepción, el acto puede ser realizado por los representantes legales de los menores de edad, previa escucha de éstos, o por las personas con capacidad modificada o restringida, de no existir disposición judicial prohibitiva al respecto, y en todo caso, con la presencia de la persona que complementa el ejercicio de su capacidad (entiéndase también a los tutores de las personas judicialmente incapacitadas, previa autorización judicial al efecto). No obstante, en el derecho comparado —como apunté—, las normas jurídicas tienden a ser muy cautelosas, y exigen autorización judicial en procedimientos sumarísimos, a instancia de los representantes legales del menor o incapacitado (dígase progenitores o tutores).

Por la naturaleza del objeto sobre el cual recae el acto, a saber: órganos y tejidos humanos, y las fluctuaciones del estado anímico de las personas, además del riesgo que pudiera representar para la vida, el disponente puede, en cualquier momento, volver sobre su decisión y revocarla. Por ello, es común que en el derecho comparado se regule la revocabilidad de la disposición de los órganos, en cualquier momento, antes de iniciar la intervención quirúrgica.

2.1 *Unilateralidad del acto*

Por la trascendencia que tiene, desde el perfil notarial, es atinado profundizar en la naturaleza unilateral del acto dispositivo de órganos y tejidos humanos. En efecto, la dación es un acto unilateral, en el cual sólo interviene el dador. Se trata de una declaración de voluntad no recepticia, pues, al igual que el testamento, se perfecciona aun cuando no llegue al destinatario tal declaración de voluntad. El acto dispositivo existe desde el momento en que se instrumenta ante notario por escritura pública (véase artículo 15 del Reglamento). De este modo, aunque el contenido del documento público no sea notificado a cualquiera de

sus destinatarios, si el dador, arrepentido del acto, quiere privarle de los efectos jurídicos que ya tiene, con independencia de que el receptor conozca o no de la instrumentación notarial del acto jurídico, tendría que utilizar el expediente útil de la revocación para aniquilar los efectos del acto jurídico, ya perfecto.

Al ser un acto unilateral, en el orden instrumental, será suficiente la concurrencia del dador en el documento público, en calidad de compareciente (artículo 25 de la Ley de las Notarías Estatales, en adelante LNE). Sólo es necesaria su presencia para que exteriorice la declaración de voluntad dispositiva de los órganos y tejidos.

Por ello se justifica, etimológicamente hablando, que el *nomen iuris* atribuido al acto sea el de dación, y no el de “donación”. Dación es sinónimo de entrega, traspaso, concesión, transmisión, como realmente acontece con los órganos y tejidos disponibles por su titular. El término donación, por el contrario, se reserva en el derecho civil para aquel tipo contractual, de naturaleza gratuita y con ánimo de liberalidad, en cuyo tenor un sujeto llamado donante dispone de un bien a favor de otro, llamado donatario.

Para que exista donación tiene que constituirse un consentimiento contractual con la convergencia de ambas voluntades, la del donante y la del donatario. Como contrato, la donación es un acto jurídico bilateral para su perfección, de lo cual está muy lejos la dación, en tanto que la naturaleza contractual le es extraña.⁶

2.2 ¿Naturaleza intuitu personæ?

Como ya he apuntado, el acto de disposición de órganos o tejidos humanos requiere la presencia del titular de dichos órganos o tejidos, como expresión

⁶ ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *Derecho de...*, op. cit., p. 247, aboga porque se denomine *cesión*, y no *donación*. A su juicio —criterio que no comparto—, el término *cesión* “carece de connotación patrimonial”, lo cual no es exactamente así, pues la cesión de derechos patrimoniales, v. gr., créditos, que puede ser no sólo gratuita, sino también onerosa, en todo caso tiene naturaleza patrimonial (vid. artículos 256 al 262 del Código Civil). Posición contraria asume Santos Cifuentes, quien insiste en la precisión terminológica, en el sentido de objetar la denominación, tanto de *donación* como de *cesión* —criterio que sigo—: “no es donación, negocio éste que importa un contrato por el cual el donante se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un bien al donatario. La característica *extra commercium* del soma humano no armoniza con las categorías patrimoniales desarrolladas en el derecho. Aun cuando la intención fuera poner de relieve el fin altruista de la disposición corporal, no podría ser identificada con una donación. El argumento es extensible a la cesión de créditos o derechos. De ahí que es más ajustado hablar del *dador* y *receptor*”. CIFUENTES, SANTOS. *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 333.

El propio autor también hace referencia (pp. 333-334) a que el término *dador* igualmente ha sido objetado por la doctrina, al equiparar su impropiedad con la del término *donante*. “No sólo resalta la posibilidad de la retracción libre e incausada, hasta el tiempo de la operación, en que todavía puede expresar la voluntad, por lo que el ofrecimiento carece de fuerza obligatoria, sino que ni siquiera es posible el cumplimiento forzado e indirecto, ni la sustitución del ofrecimiento por el pago de daños y perjuicios. Los deslices terminológicos, sin embargo, frente a la generalización legislativa que no repara en ellos, hace que los autores utilicen esos vocablos indistintamente, pero para mí el más ajustado es el de *dador*”.

íntima del ejercicio del derecho a la integridad física de quien se desprende de un órgano o de tejidos de su cuerpo. Solamente a él compete exteriorizar la voluntad ante notario. No se admite la representación voluntaria. Empero, no acontece lo mismo con la representación legal. La Resolución No. 857/2015 del ministro de Salud Pública, en su artículo 6, y con carácter excepcional, autoriza a los menores de edad a la dación de células hematopoyéticas, no así de órganos, lo cual en principio resulta discutible, si bien es tendencia en el derecho comparado.

En primer orden, no es lo mismo minoría de edad que ausencia del pleno ejercicio de la capacidad jurídica. El artículo 6 puede entrar en colisión con el artículo 29 del Código Civil, el cual establece que el pleno ejercicio de la capacidad jurídica se alcanza no sólo por arribar a la mayoría de edad, al cumplir 18 años, sino también por matrimonio del menor. O sea, los menores de 18 años que, con autorización de sus progenitores o de quienes están legitimados para dar dicha autorización, hayan contraído matrimonio, tienen pleno ejercicio de la capacidad jurídica; en consecuencia, pleno ejercicio para disponer de órganos y tejidos. *Ergo*, el menor de edad casado puede concurrir perfectamente ante notario público y disponer, v. gr., de determinado órgano para su esposo o esposa.

En segundo orden, la norma no debió ser tan rígida y permitir, con carácter excepcional y previa autorización judicial en proceso expedito a tal fin, la dación de un órgano de un menor de edad, a otro de los parientes previstos en la norma; muy común a favor de hermanos. Algunas vidas humanas han sido salvadas gracias a la solidaridad sin límites de hermanos, aún menores de edad. Eso sí, después de un estudio no sólo físico o somático del dador, sino también psicológico. Una vez más, las excepciones pueden confirmar la regla. No se olvide que la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Cuba, reconoce en el artículo 3 el interés superior del menor y a la vez la capacidad progresiva de los menores. Esto quiere decir que los menores adultos tienen protagonismo en sus vidas. Nada mejor que escuchar su parecer en actos de tanta trascendencia como la disposición de un órgano a favor de un pariente bien cercano.

Algo similar, aplicando cuanta cautela resulte necesaria, sucede con las personas con discapacidad, a quienes se restringe o modifica el ejercicio de la capacidad jurídica. Conforme al artículo 12.2 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en Nueva York en el 2006, ratificada por Cuba, “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Si es así, habrá que tomar en cuenta

la opinión de la persona con discapacidad, complementada a través de sus curadores o apoyadores, previa autorización judicial, si se requiere, para permitirles ser protagonistas de un acto de tanta entrega y solidaridad humana como la dación de órganos y tejidos humanos.

Ahora bien, llama la atención que en el artículo 6, en el único supuesto en que se autoriza a los menores de edad para disponer de las células hematopoyéticas, sea suficiente la representación de los padres o tutores, según corresponda, sin más autorización judicial, al menos en su proceso sumarísimo. Tratándose de un acto de tanto calado, no sólo psicológico sino psicosomático, resulta en cierto sentido contraproducente, al menos según el dictado del artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que enuncia el principio del interés superior del menor, que sea decisiva y suficiente la representación legal, de modo que la voluntad exteriorizada en el instrumento público sea la de los progenitores o el tutor. Previo, por supuesto, información médica suficiente, pero sin intervención alguna de la fiscalía, como se espera y corresponde en casos donde se cautelan intereses de menores de edad.

2.3 El control notarial sobre la inexistencia de compensación económica

Compete al notario indagar en la voluntad del dador, a fin de comprobar la naturaleza verdaderamente altruista del acto que protagoniza y apartar cualquier sospecha de compensación económica por el órgano y tejido humano del cual dispone. El notario, como celoso guarda llaves del derecho, ha de garantizar que la manifestación de voluntad del dador se exteriorice de manera libre, consciente, y por pura generosidad. Por su parte, compete al médico brindar la información necesaria al dador para sopesar los riesgos psíquicos y somáticos que el acto de ablación del órgano o tejido le han de suponer, a corto, mediano y largo alcance; además, las posibilidades de éxito y el mejoramiento de la calidad de vida, dado el restablecimiento de la salud que el trasplante implica, del paciente receptor.

Ha de tratarse de una manifestación de voluntad, verdaderamente informada. Lo cual, en la literatura bioética, e incluso en muchas normas legales, se denomina consentimiento informado. En este sentido, ha de quedar claro que el notario garantiza la libertad de manifestación de voluntad del dador, el discernimiento para el acto en cuestión, el conocimiento de los efectos jurídicos del acto de naturaleza negocial que se instrumenta, y da por sentado que, en el centro hospitalario, el personal médico ha ofrecido toda la información necesaria respecto a los riesgos que la ablación puede llevar consigo, desde los quirúrgicos, los postquirúrgicos e incluso los que pueden devenir en el orden

profesional, personal y familiar. El dador, y también el receptor, han de estar plenamente informados de las secuelas, evolución, limitaciones y mejoría.

No queda claro en la norma que al notario se le aporte copia del documento suscrito por el dador en el centro hospitalario, relativo al consentimiento informado. De modo que el dador expresaría la voluntad primero,⁷ a través de ese documento privado, de naturaleza administrativo-hospitalaria, ante dos testigos (que han de ser ajenos al equipo que practicará el trasplante). El documento formará parte de la historia clínica (según artículo 18 de la resolución comentada) y luego, ante notario, interesa la forma legal instrumental (constitutiva) de su declaración negocial de voluntad. El notario autorizante garantizaría las presunciones de autenticidad, legitimidad y veracidad de todo lo contenido en el instrumento, y dotará al acto de capacidad y legitimación en el plano del *dictum*, de los juicios de identidad.

Es dable apuntar que, tratándose de un acto limitado a concertarse entre parientes próximos, la posibilidad de compensación económica clandestina se reduce notoriamente. No obstante, en cualesquiera condiciones, la actuación notarial será un importante filtro para evitar casos de compraventa de órganos y tejidos, pero no puede perderse de vista que el manto de la fe pública sólo cubre lo que se exterioriza en la audiencia notarial. El notario actúa de *visu et auditu suis sensibus*. El instrumento recoge la manifestación negocial de voluntad tal y como ha sido vertida en ese instante fugaz, la perpetúa en el tiempo. Pero, reitero, el velo protector de la fe pública en sede material o negocial se extiende a la verdad del hecho de la declaración, no del contenido del hecho declarado, ni a las circunstancias previas o posteriores al acto, las cuales se revelan en sede no notarial.

2.4 El dador. Requisitos que ha de cumplir

Disponente o dador.⁸ Lo será toda persona con plena capacidad jurídica (según el dictado del artículo 29 del Código Civil, y no como en el artículo 3 de la comentada resolución se establece, en el sentido de exigirse la mayoría de edad).⁹ A ello hay que unir el discernimiento del sujeto, su aptitud física

⁷ Ciertamente, de la lectura de los artículos 15 y 18 de la norma no resulta preciso si la expresión de voluntad ha de plasmarse primero en el documento hospitalario ("consentimiento" informado) o en el documento público notarial.

⁸ La resolución utiliza como sinónimos, indebidamente, los términos *dadores* y *donantes*, lo cual a mi juicio constituye un gazapo. El sentido de la norma es llamarles dadores, pero en el propio título de la disposición normativa se denomina el acto de disposición de órganos y tejidos humanos, *dación*, y a los sujetos disponentes, *donantes*.

⁹ De todas formas resulta atinente apuntar que en el contexto iberoamericano la mayoría de las normas homólogas establecen la mayoría de edad como presupuesto para la dación de órganos y tejidos humanos. Así, artículo 15 de la Ley 24193/1993 de Argentina, artículo 4 de la Ley 19451/1996 de Chile, artículo 16 del Decreto 2493/2004, de Chile, artículo

y psíquica para el acto mismo de la ablación del órgano o tejido. *Ergo*, su declaración negocial de voluntad, vertida ante notario, ha de estar despojada de cualquier vicio que le afecte (ya sea el error, el fraude o la amenaza; *vid.* artículo 79 del Código Civil). Ha de exteriorizarse de manera convincente. El dador —como he explicado— debe estar claro sobre los efectos jurídicos del acto de la dación y de los riesgos psíquicos y somáticos de la intervención quirúrgica por la cual se ablacionan aquéllos.

2.4.1 Parentalidad (por consanguinidad o por afinidad) o conyugalidad. Modo de acreditarlas en sede notarial

La dación de órganos y tejidos queda limitada en el derecho cubano, eso sí, entre parientes consanguíneos o por afinidad, o entre cónyuges,¹⁰ siguiendo así los derroteros del derecho comparado.¹¹

7 de la Ley 7409/1994 de Costa Rica, artículo 13 del Decreto 91/1996 de Guatemala, artículo 7 del Decreto 131/1982 de Honduras, artículo 133 de la Ley General de Salud, de 1984, de México, artículo 24 de la Ley 3/2010 de Panamá, artículo 13 de la Ley 1246/1998 de Paraguay, artículo 10 de la Ley 28189/2004 de Perú, artículo 10 de la Ley 329/1998 de República Dominicana, artículo 11 de la Ley 14005/1971 de Uruguay, artículo 9 del Real Decreto 2070/1999 de España. Significa que en casi todos los países la mayoría de edad coincide con los 18 años.

Como ha sostenido, desde el derecho argentino, Julio C. Riviera al comentar la legislación de su país sobre la ablación e implante de órganos y tejidos humanos, la restricción del trasplante entre vivos, en personas emparentadas por lazos de sangre, se justifica en tanto "existen mayores probabilidades de que no se produzca el rechazo inmunológico", sin dudas "La ley procura que se eviten sacrificios estériles". Su extensión a los parientes adoptivos y a los cónyuges se explica "por motivaciones asentadas en sentimientos de solidaridad familiar". En todo caso, se procura evitar la venta de órganos. RIVERA, JULIO C. *Instituciones de Derecho civil. Parte general, tomo I*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 741.

¹⁰ Santos Cifuentes, quien ha estudiado con especial detenimiento el tema desde el derecho argentino, al analizar la legislación de su país lamenta que la Ley 24193/1993 haya mantenido una directiva limitadora a la dación de órganos *in vivos*, a pesar de que el texto original del proyecto suprimía tales límites parentales y conyugales. Apoyado en Rabinovich, indica que "muchos médicos consultados se opusieron, por considerar que la liberación fomentaría el comercio de órganos y manifestaron que no creían que el Poder Judicial fuera capaz de descubrirlo y castigarlo". A su juicio, la excusa resulta poco razonable, en tanto "el comercio de órganos siempre será posible, al margen de este problema, y por cierto no hay que empañar e impedir con la impropia y esquiva idea del fomento de tal comercio, al fomento de la caridad para la salvación del prójimo". *Vid.* CIFUENTES, SANTOS. *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 346.

¹¹ El artículo 15 de la Ley 24193/1993 de Argentina extiende la posibilidad de la dación de órganos entre vivos a parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de consanguinidad, dejando explícito que también se favorecerían los parientes por adopción. En la misma posición está el cónyuge, o el conviviente del dador, siempre que esta relación o unión convivencial tuviere una duración no inferior a 3 años, o a 2 años siempre que en dicha relación hubiere nacido algún hijo. Esta fórmula legal es reproducida en el derecho paraguayo (artículo 13 de la Ley 1246/1998). Muy similar también es la orientación de Chile (artículo 4 bis de la Ley 19451/1996) y Ecuador (artículo 33 de la Ley de 2011), con la diferencia de no establecer término alguno para acreditar la convivencia en situaciones de uniones de hecho. Igualmente en Brasil (artículo 9 de la Ley 9434/1997) se extiende a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y al cónyuge, permitiéndose —por excepción— la dación a favor de cualquier otra persona, siempre que sea autorizado judicialmente y se refiere únicamente a la médula ósea. Empero, nada se dice en relación con las uniones de hecho. En Honduras (artículo 7 del Decreto 131/1982) la norma es mucho más restrictiva: se admite sólo a favor de los progenitores, los hijos, los hermanos del dador, sin que —inexplicablemente— se haga extensivo a su cónyuge. La fórmula mexicana es ambigua: se admite "entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad" (artículo 333 de la Ley General de Salud de 1984. En Panamá (artículo 24 de la Ley 3/2010) la consanguinidad se mantiene en el orden

El artículo 3 del reglamento deja explícito que procede entre los sujetos comprendidos en la norma. Aplicando la máxima *inclusio unius est exclusio alterius*, los sujetos que no se incluyen en dicho precepto no serán entre sí dadores y receptores de órganos y tejidos humanos.¹² Se exceptúa el caso de la dación de sangre, que suele tener un tratamiento independiente en el derecho comparado, si bien no queda dicho en el citado reglamento.

De este modo, cabe la dación entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, lo mismo en la línea recta descendente, en la línea recta ascendente y en la colateral, pues no se distingue en la norma (en ellos están comprendidos los hijos respecto a los padres o viceversa, los nietos respecto a los abuelos o viceversa y los hermanos entre sí, lo mismo de doble vínculo que de vínculo sencillo).¹³ En estos supuestos, la genética podría conspirar a favor del éxito del trasplante.¹⁴

Cabe también entre cónyuges, y en tal sentido, hay que retomar la regulación del matrimonio en el Código de Familia cubano (*vid.* artículos 2, 18 y 19), pues para poder acceder al trasplante, será requisito la existencia de un matrimonio, ya sea formalizado o devenido. Luego del éxito en el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, no sería suficiente la existencia de una unión de hecho, sin más. Si uno de los unidos pretendiere disponer de uno de sus órganos a favor de su pareja, tendría que formalizar matrimonio. La lógica indica que de existir común acuerdo en la pareja, no se recurrirá a la sede judicial cuando, concurriendo ante notario o ante registrador del estado civil, puede perfectamente darse forma legal al matrimonio entre ellos convenido.

común del derecho comparado, pero se hace extensiva a los parientes afines hasta el segundo grado, a partir de la existencia no sólo del matrimonio, sino también de la unión libre consensuada válida o mantenida por más de 5 años, según certificación expedida por el alcalde o por un notario. En República Dominicana (artículo 3 de la Ley 329/1998) la parentalidad se extiende a los descendientes y ascendientes, sin límites, y a los colaterales hasta el segundo grado, así como al cónyuge o al conviviente, sin regular término mínimo de la convivencia. En Uruguay (artículo 13 de la Ley 14005/1971) los parientes favorecidos con el acto de dación entre vivos serán los que estén vinculados por consanguinidad o afinidad en línea recta o en la colateral hasta el cuarto grado, y también el cónyuge con una antigüedad de 2 años o la pareja de hecho, supuesto en el cual se requerirá la autorización judicial. Por su parte, en Venezuela (artículos 18-34 de la Ley de 2011), la parentalidad se extiende hasta el quinto grado de consanguinidad, el cónyuge, el miembro de una unión de hecho estable, con un término de duración de al menos 2 años, comprobado por autoridad civil.

¹² Posición demasiado hermética, pues no admite excepciones, como acontece en algunos ordenamientos jurídicos de la región. En Argentina (artículo 15 de la Ley 24193/1993), Brasil (artículo 9 de la Ley 9434/1997) y Paraguay (artículo 13 de la Ley 1246/1998), por ejemplo, no se exigen vínculos parentales para la dación de la médula ósea.

¹³ Inexplicablemente, el artículo incluye en un inciso a los parientes de primer grado de consanguinidad, y en el otro, a los parientes de segundo grado de consanguinidad, cuando, utilizando mejor el idioma español, debió decir: "los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad", pues con tal expresión quedarían comprendidos, por supuesto, los que distan un solo grado de parentesco entre sí.

¹⁴ De ahí que, conforme con lo previsto en el artículo 99 del Código de Familia, han de entenderse comprendidos los parientes adoptivos, dígame hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos, en tanto que nuestra adopción es una adopción plena, que extingue "los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de éstos últimos".

A mi juicio, se desprotege la familia resultante de una unión de hecho, concretamente a los miembros de la pareja. Si quieren ser, respectivamente, dador y receptor de un órgano humano, tendrían necesariamente que abandonar el proyecto de vida que trazaron y tomar el cauce del matrimonio. De este modo, se vería seriamente lesionado el derecho al libre desarrollo de su personalidad y el de autonomía privada y familiar.

Están legitimados también para disponer y recibir órganos y tejidos humanos los hijos de un cónyuge con respecto al otro, expresión del reconocimiento de las familias reconstituidas o ensambladas, como nueva forma de constelación familiar. Ésta resulta de un nuevo matrimonio y la convivencia con los hijos del otro. Eso sí, esta familia reconstituida tendría que tener como fuente el matrimonio y no la unión de hecho, pues el dictado de la norma es claro cuando se refiere al hijo de un cónyuge con respecto al otro cónyuge. O sea, ha de probar documentalmente su condición de hijo afín, frente al padre o madre afín y, para ello, será necesaria la previa existencia del matrimonio de su progenitor o progenitora con quien resulte receptor o receptora del órgano. De tratarse de una unión de hecho, habría que formalizar previamente el matrimonio para acreditar la legitimación necesaria para concurrir ante notario en calidad de dador de un órgano o tejido humano, frente a ese determinado receptor.

Es loable que la norma haya dado viso normativo a un supuesto en que se fortalecen los lazos entre padre o madre afín e hijo afín, máxime en un país donde el número de familias ensambladas es verdaderamente significativo. Nada mejor que un acto de semejante filantropía para sellar el reconocimiento en sede jurídica de este tipo de familia.

En el plano del *dictum*, el notario exigirá, además del documento de identidad del dador, a los fines de ofrecer un juicio de identidad del compareciente, los documentos que acrediten el parentesco de la persona que resultará receptora del órgano o del tejido. Para ello, se hace imprescindible aportar las certificaciones que justifican el parentesco, a partir de la filiación, o la que acredita el matrimonio, así sea el lazo o vínculo que ata al dador con el receptor (*vid.* artículos 3, 31, 34, 55 y 72, todos de la Ley del Registro del Estado Civil). Así:

- De tratarse de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, habría que aportar la certificación de nacimiento del dador, si el receptor o receptora fuere su madre o su padre, o viceversa, o sea, si fuere el hijo. De ser el abuelo, no sería suficiente aportar la certificación de nacimiento del dador, en la cual se consignan sólo los nombres de los abuelos, pero no los apellidos. Se haría necesario aportar la cer-

tificación de nacimiento del padre o de la madre del dador, según se tratare de los abuelos paternos o de los abuelos maternos. Si el beneficiario fuere un nieto o nieta, el abuelo dador tendría que aportar su certificación de nacimiento, la de su hijo, y la de su nieto. En caso de los hermanos, es suficiente aportar la certificación de nacimiento de ambos (o sea, de dador y de receptor).¹⁵

- En el caso de los cónyuges, necesariamente hay que aportar la certificación de matrimonio, prueba ineludible de su existencia.¹⁶ Empero,

¹⁵ No obstante, en algún fallo judicial se ha admitido la posesión de estado cuando la condición de hermano de vínculo sencillo no es posible de acreditar documentalmente, por no haberse practicado la inscripción por el progenitor que, en el orden fáctico, no así jurídico, es el ascendiente común tanto del dador potencial como del receptor potencial. Se trata de un interesante fallo judicial argentino en el cual el potencial receptor de un riñón promovió acción de amparo en el Departamento Judicial de Mar del Plata con el fin de obtener autorización judicial para que su medio hermano, no reconocido por su padre, pudiera actuar como dador del órgano que por su insuficiencia requería. Desde 1989, el accionante padecía serios problemas de salud de índole hepática. En 1991, le habían diagnosticado una insuficiencia renal crónica terminal, por lo que comenzó a tratarse con sesiones de hemodiálisis y en el año 1993 obtuvo la jubilación anticipada por incapacidad. Desde el año 1992 se encontraba inscrito en lista de espera en el INCUCAI, incoando la acción de amparo 4 años más tarde, o sea, en 1996. Su medio hermano le había manifestado al accionante que si se daban las condiciones médicas, él se ofrecía como dador. Iniciados los trámites, se comprobó *prima facie* que el potencial dador reunía los requisitos para el trasplante. Pero el futuro receptor se encontró lamentablemente con el obstáculo devenido de la formulación del artículo 15 de la Ley de Trasplantes, es decir, que el trasplante no podía prosperar a raíz de que ambos llevaban distintos apellidos y no podían demostrar su parentesco. Ante tal situación, y frente a previsto en el citado artículo 15 que impedía el trasplante *inter vivos* entre extraños, no relacionados por los lazos determinados, el potencial receptor solicitó autorización para recibir el órgano de su medio hermano, ratificada en todas sus partes por el futuro dador. En el Juzgado Criminal y Correccional de Mar del Plata, No. 3, el Dr. Pedro Federico Hooft, acogió dicha pretensión, resolviendo *in substantia*, ante la posesión de estado, hacer lugar a la acción de amparo promovida por el potencial receptor, declarando que no existía impedimento jurídico para la praxis médica, consistente en la ablación de un órgano, riñón, al medio hermano por parte del padre del accionante, en el carácter de dador, para su ulterior implante al actor, paciente receptor, sin perjuicio del cumplimiento de todos los demás recaudos previstos en la Ley 24.193 y normas reglamentarias por parte del equipo médico autorizado y responsable de los actos quirúrgicos pertinentes. En los argumentos del fallo, el magistrado advierte que la afectación sin riesgos graves de la integridad física del dador se legitima en orden al valor solidaridad, que en el caso se traduce en un beneficio terapéutico que tiende a salvar la vida del receptor, unido al primero por sólidos lazos afectivos. *Vid.* SAGARNA, FERNANDO ALFREDO. "Trasplantes de órganos *inter vivos* entre medio hermanos de un mismo padre no reconocidos por éste", Nota a Fallo (ED, 173-104), *passim*.

¹⁶ Resulta interesante en tal sentido la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional No. 3, Mar del Plata, de 6 de junio de 1995, en el caso "R., I. B. y otro s./ Amparo". En efecto, se había promovido formal acción de amparo por parte de la Sra. I.B.R. y el Sr. M.D.B. tendiente a la solicitud de autorización judicial para el trasplante de riñón entre personas, intervención médica en la que la Sra. R. concurriría en su calidad de potencial dadora, y el Sr. B en el carácter de paciente receptor. Es de reseñar que uno y el otro habían estado casados entre sí con una hija en común de 9 años, pero al momento de interesarse la dación del riñón ya tenían disuelto el vínculo matrimonial. A tales fines, se recurre a la tutela judicial, en razón de la certificación expedida por el jefe del servicio de nefrología del Hospital Privado de Comunidad donde se consigna que, atento a las disposiciones de la ley nacional de trasplantes de órganos, "de no mediar una orden judicial", M.D.B. no podría recibir un riñón de I.B.R. (su ex cónyuge), resultando del contexto de la aludida certificación que el impedimento surge de la interpretación literal de las previsiones del artículo 15 de la Ley 24193, que limita la ablación de órganos con fines de trasplante entre personas en los supuestos de parentesco o vínculos contemplados en dicha norma. La sentencia da una lección a los defensores de una interpretación literalista o apegada a la letra de la ley, con la consecuente conculcación de los valores supremos cautelados por la Constitución y demás normas legales que forman el ordenamiento jurídico y que en temas como

no tendrán esta condición los cubanos y cubanas que han formalizado matrimonio con personas del mismo sexo, en países que han regulado el llamado matrimonio igualitario, dado que los efectos jurídicos de dicho matrimonio no podrán hacerse valer en el país, bajo la excepción de orden público (*vid.* artículo 21 del Código Civil).¹⁷

- Para el supuesto de hijos respecto de padres o madres afines, o viceversa, hay que acreditarlo con la certificación del matrimonio entre el progenitor o la progenitora con la madre o padre afín, y la certificación de nacimiento del hijo del cónyuge no receptor.

2.4.2 *Dadores menores de edad. Representación. La dación sólo sobre células hematopoyéticas*

Ya he explicado que los menores de edad, salvo haber formalizado matrimonio, y, así, alcanzado la plena capacidad jurídica (artículo 29.1 *b* del Código Civil), sólo pueden disponer, sin excepción alguna, de células hematopoyéticas.¹⁸ Es decir, no hay posibilidad de la dación de un órgano humano en menores, ni a favor de sus progenitores, ni de sus hermanos, ni excepcionalmente, con autorización judicial.¹⁹ Esta posición debía haber sido superada,

este tiene un especial significado. En su razonamiento, el juez deja sentado que: "el caso sometido a decisión judicial no se encuentra literalmente contemplado en la ley vigente. Sin embargo y en razón de las múltiples circunstancias jurídicas y éticamente relevantes, [...] procede hacer lugar a la acción de amparo, autorizando expresamente la ablación y trasplante de riñón peticionado que encuadra en una situación no prevista expresamente en la normativa vigente", "Sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la limitación estatuida en el art. 15 de la Ley 24.193, [...] una interpretación teleológica o finalista, atenta a los valores constitucionales en juego, la filosofía que informa la Ley 24.193, en armonía con el orden jurídico en su totalidad, con preocupación por las consecuencias valiosas o disvaliosas de la sentencia [...] autorizar la ablación y posterior trasplante impetrado en autos deviene como la solución más justa y conforme a derecho", "La salud, y potencialmente la vida del paciente-receptor, se encuentra afectada a peligros que pueden ser razonablemente mitigados o superados mediante una afectación mínima de la integridad corporal de la donante que, según consideraciones vertidas en la presente resolución, se legitima ética y jurídicamente", "dentro de un sistema constitucional-democrático, el reconocimiento, protección y promoción de los derechos y libertades fundamentales importa un objetivo prioritario. Es por ello que el principio supremo de justicia que consiste en atribuir a cada individuo una amplia esfera de libertad, que permita su personalización, el desarrollo de su personalidad [...], exige el respeto a las decisiones autónomas en la medida que las mismas no afecten la moral, las buenas costumbres, el orden público, y los legítimos derechos de terceros".

¹⁷ Tema hartamente polémico, sobre todo de cara al derecho internacional privado, con posiciones encontradas en la doctrina.

¹⁸ Se responde así a uno de los principios aprobados por la OMS sobre el trasplante de células, tejidos y órganos humanos, a cuyo tenor la dación en menores (lo cual se hace extensivo a personas incapacitadas), tendrá carácter excepcional.

¹⁹ En el derecho comparado iberoamericano el comportamiento es similar, pero con matices. De este modo, en Costa Rica, el artículo 7 de la Ley 7409/1994 dispone que en caso de menores de 18 años, pero si ya han arribado a los 15 años, la autorización la darán los padres, tutores, representantes o, en su caso, los tribunales, si no hay objeción del menor de edad, o sea, cabe la dación de órganos en los llamados menores adultos, con intervención de estos y de sus representantes legales. En Paraguay, el artículo 13 de la Ley 1246/1998 también admite la dación de órganos y tejidos en menores de edad, sin distinción al respecto, previa autorización de sus representantes legales y a favor de los parientes hasta el

pues podría estar la salvación de la vida de un menor de edad en el cuerpo de otro, hermano de éste, con edad de menor adulto (o sea, a partir de los 14 años), el cual, en razón del principio de capacidad progresiva, pudiera tener discernimiento para disponer, a favor de su hermano, de un órgano o de tejido humano regenerable (entre ellos la médula ósea, que suele ser una excepción en algún ordenamiento jurídico.)²⁰

Luego, según el dictado de la Resolución No. 857/2015 del ministro de Salud Pública, un menor será dador *inter vivos* si la dación versa exclusivamente sobre células hematopoyéticas. Así quedará narrado en la parte dispositiva del documento público que recoja la declaración negocial de voluntad de sus progenitores; de ambos, según lo previsto en el artículo 85 apartado 5 del Código de Familia.

A diferencia de otros textos legales, el nuestro no permite concentrar el ejercicio de la patria potestad en uno de los progenitores cuando, dada la perentoriedad del acto, la presencia del otro progenitor lo hiciera irrealizable, con perjuicios irreparables, y a este le resultare imposible asistir a sede notarial, v. gr., por estar recluso en un establecimiento penitenciario, lejano al lugar donde se va a instrumentar el acto, o estar fuera del territorio nacional, sin posibilidad inmediata de regreso al país, por causa debidamente justificada y de carácter excepcional. Téngase en cuenta que en estas circunstancias no tendría lugar un negocio autoritativo del padre o la madre con patria potestad, sobre la disposición de las células hematopoyéticas del hijo menor de edad.

El artículo 6 de la Resolución del ministro de Salud Pública, en relación con el comentado artículo 85 apartado 5 del Código de Familia, alude a la representación de los padres, en número plural y con el sentido de representación que implica la *contemplatio domini*, o sea, la actuación o gestión representativa en atención a una tercera persona. En este caso, del hijo común, actuando de consuno. La representación de los progenitores en el derecho familiar cubano, en razón de la patria potestad que se ejerce sobre ellos, es dual, indelegable, personalísima. Una cuestión es autorizar o habilitar al menor para realizar un acto, v. gr., viajar a un tercer país, y otro es representarlo en un acto jurídico, en el cual el titular (la parte en sentido material o sustancial, en

cuarto grado de consanguinidad, cónyuge o conviviente. En Perú también se admite la posibilidad de que los menores de edad sean dadores, siempre que sus receptores sean sus hermanos (artículo 26 del Decreto Supremo 014-2005-SA). En Venezuela, la dación en menores sólo se autorizará a favor de receptores vinculados parentalmente en el orden de los progenitores, los hermanos y descendientes directos, siempre que exista el consentimiento de la madre, padre y la autorización de un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes y sea escuchada su opinión.

²⁰ En tal sentido, cabe señalar el artículo 15 de la Ley 24193/1993 de Argentina que permite que en los supuestos de implantación de médula ósea "Los menores de 18 años —previa autorización de su representante legal— podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados para la donación entre vivos".

razón de la titularidad del derecho que se ejerce) es el propio menor de edad. La representación legal de los progenitores es ejercicio de la patria potestad, como tal, personalísimo.

Si el menor de edad estuviere sujeto a tutela, corresponderá al tutor su representación legal, según lo dispuesto por el artículo 151 del Código de Familia. Dado que la Resolución No. 857/2015 del ministro de Salud no franquea la posibilidad que establece el citado precepto del Código de Familia, o sea, que el tutelado pueda realizar por sí mismo el acto con independencia de su capacidad progresiva, su madurez psicológica, su desarrollo intelectual, siempre sería representado en el instrumento notarial por su tutor, sin necesidad de autorización judicial, al no tener el acto naturaleza patrimonial, conforme con lo regulado por el artículo 155 del Código de Familia, siendo suficiente y completa la representación del tutor.

Para ello, desde el plano instrumental, será necesario aportar copia de la resolución judicial por la cual el tribunal nombra al tutor, con nota de firmeza y certificación de su inscripción en el registro de tutelas que lleva cada tribunal municipal de todas las tutelas constituidas por él.²¹ Con ello, se justificaría la legitimación del tutor sobre el dador para disponer de las células hematopoyéticas. Tratándose de menores de edad, los notarios velarán por los requerimientos exigidos por el derecho vigente. En tanto, corresponde al personal médico y psicológico que ha atendido al menor de edad la obtención del consentimiento informado, a partir del conocimiento de éste y su representante sobre los riesgos de la extracción de tales células.²² Sin dudas, en dependencia de la edad del menor y demás elementos que apuntan a su capacidad progresiva, ha de ser escuchado para la toma de esta decisión con indudables implicaciones psicosomáticas.

En el tenor de lo establecido en el artículo 12.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por Cuba, “Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio

²¹ Se aconseja que el notario exija la actualidad de la certificación de inscripción de la tutela, a los fines de ofrecer el juicio de subsistencia de las facultades de representación que tiene el tutor sobre el pupilo, aun cuando no se haya establecido nada al respecto, en tanto el sentido común y la lógica se impongan.

²² Según el artículo 16 de la Resolución No. 857/2015 del Ministro de Salud Pública “El personal facultativo correspondiente informa al dador potencial vivo sobre los riesgos potenciales de la intervención quirúrgica para la extracción del órgano, las consecuencias previsibles de la dación en el orden somático, psíquico, familiar y profesional, los beneficios esperados en el paciente receptor, así como las alternativas terapéuticas en caso de no realizarse el trasplante o el mismo no tenga éxito”. Empero, no hay un precepto que se refiera expresamente a los supuestos de dadores de células hematopoyéticas, menores de edad, lo cual tendría sus particularidades, por la presencia de los representantes legales y la necesidad de la escucha del menor. En todo caso, la información ha de ser ponderada, conforme a la instrucción y nivel cultural del dador, con lo cual se evitan decisiones intempestivas, poco pensadas, que obedezcan más a impulsos emocionales que a decisiones razonadas, meditadas y reflexivas.

propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Y ¿qué mejor entonces que escuchar al menor de edad en un acto como la dación de células hematopoyéticas?, en tanto atañe al derecho a su integridad física, habilitante de un acto médico que invade su propio cuerpo.

2.4.3 *La omisión respecto a las personas con capacidad restringida, o incapaces*

Nuevamente se hace *mutis* en una norma jurídica cubana, de reciente facturación, de al menos un precepto que ofrezca tutela a las personas que con motivo de ciertas discapacidades físico-motoras, intelectuales o sensoriales, les ha sido modificada o restringida la capacidad de ejercicio. Esto en función del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, y del artículo 30 del Código Civil. Al seguir los derroteros de la convención, el reconocimiento al ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad como derecho humano supone el procurar que éstas puedan ser protagonistas de sus propios actos, con ciertos apoyos y salvaguardias para el efectivo ejercicio de sus derechos y la válida conclusión de los actos y negocios jurídicos en los cuales participe. En consecuencia, es innegable que una persona a la cual se le haya restringido el ejercicio de la capacidad jurídica puede disponer de un órgano o tejido humano, si fuere necesario y esa fuera su voluntad. Libre de cualquier vicio y con plena información médica, según el alcance de su discernimiento y sus potencialidades psicológicas, como persona. No se trata de negarle esta posibilidad por la sola circunstancia de su discapacidad. Un acto de tanta generosidad puede ser realizado por dichas personas con el apoyo o complemento del ejercicio de la capacidad, por el curador o apoyador, determinado judicialmente.²³

2.4.4 *Dadores extranjeros*

Dado el alcance internacional, especialmente latinoamericano, que tiene la medicina cubana, en concreto los trasplantes de órganos y tejidos humanos, la Resolución ministerial ha dedicado dos preceptos para regular lo relativo a la presencia del elemento extranjero. Concretamente, a los ciudadanos

²³ Al respecto, véase el siguiente artículo y la bibliografía ahí citada. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. “El notario ante las recientes o posibles reformas a los Códigos Civiles y de Familia latinoamericanos en materia de autoprotección. Crónica de un protagonismo anunciado”, en *Revista jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado español, No. 88 y No. 89, 2013 y 2014, pp. 579-655.

extranjeros que no residan permanentemente en el país, pues se equiparan a los ciudadanos cubanos —según el artículo 34 constitucional—, no sólo en la protección de sus personas y bienes, sino también en el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes reconocidos en la Constitución, bajo las condiciones y limitaciones que la ley fija.

Para los fines notariales, importa que, además de los requerimientos ya estudiados para el acto de dación de extranjeros que no residan permanentemente en el país, según el artículo 22 de la Resolución, se exige la “aprobación de la Organización de Trasplantes de su país de residencia o en defecto del Ministerio de Salud correspondiente; excepto los residentes en los países con los que Cuba tenga convenios de colaboración en esta materia”. Extremo que será necesario acreditar ante las instituciones hospitalarias y, de igual manera, ante el notario, como presupuesto de legitimación del acto mismo de dación. Sin el cumplimiento de este requisito habilitante, no se podría disponer de órgano o tejido alguno en territorio cubano.

Tratándose de extranjeros, según los dictados del Código Civil, es de aplicación lo previsto en el artículo 12.1, en cuyo tenor “La capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanas”. De ahí que el pleno ejercicio de la capacidad jurídica por mayoría de edad tendría que ajustarse a lo que el derecho interno del Estado del cual es ciudadano dispone para este acto concreto, según lo establecido por la legislación especial, salvo situaciones de reenvío a otra ley, o a la propia ley cubana (véase artículo 19 del Código Civil). En consecuencia, el notario exigirá certificación expedida por las autoridades nacionales del Estado del cual es ciudadano el dador. Ésta acredita la capacidad civil para el acto de dación de órganos y tejidos humanos. El documento ha de ser certificado por la autoridad consular cubana en el país en que se expide; después, la firma del funcionario consular debe ser legalizada en la Dirección de Asuntos Consulares y de Cubanos Residentes en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores; después, protocolizado por acta ante notario cubano (véase artículos del 96 al 99 del Reglamento de la Ley notarial).

Tómese en consideración, sólo a modo de ejemplo, que a diferencia de Cuba, en otros ordenamientos jurídicos la emancipación voluntaria por los progenitores pudiera conllevar la válida y eficaz declaración de voluntad dispositiva de órganos y tejidos humanos. En este supuesto, el emancipado, sin haber formalizado matrimonio, ni haber arribado a la mayoría de edad conforme a su ley personal, pudiera comparecer ante notario cubano en calidad de dador potencial.

En atención a la regla *locus regit actum* (artículo 13.1 del Código Civil), las normas sobre forma serían las cubanas, cualquiera sea la ciudadanía del

compareciente. El notario autorizaría el instrumento público según lo previsto en las normas notariales vigentes en el país.

2.5 El reservorio instrumental: la escritura pública

Los artículos 3 y 15 del Reglamento para la Dación y Trasplantes de Órganos y Tejidos en donantes vivos, *rectius*, dadores vivos, esclarece que la declaración de voluntad del disponente o dador se volcará en la escritura pública, al ser constitutivo de una declaración negocial de voluntad (artículo 13 a de la Ley de las Notarías Estatales).

El notario tendrá que dibujar los esquemas de la escritura pública para darle un ropaje instrumental a dicha declaración de voluntad, según las normas reguladoras de este tipo de documento público notarial, con los efectos jurídicos que le son consustanciales. En concreto, la eficacia probatoria y solemne-constitutiva que el documento público reviste para la dación de órganos y tejidos humanos, amén de la eficacia legitimadora para el proceder quirúrgico de la ablación y trasplante del órgano o tejido dado.

En dicha escritura pública, ha de quedar bien delimitado de cuál o cuáles órganos o tejidos se dispone. No se trata de una dación sin más, sino de una dación sobre determinados órganos o tejidos humanos. Pudiera ser sobre un solo órgano, o sobre un órgano y un tejido. En todo caso, hay que ajustarse a la voluntad del dador, debidamente informada.

El notario debe dejar esclarecida la identidad del receptor, a través de los distintos factores identificativos de la persona. Previa comprobación de la legitimación de ambos sujetos para el acto, por medio de las certificaciones acreditativas del parentesco o del matrimonio, como he explicado.

2.5.1 Notario competente, asesoramiento preescrituario y advertencias reglamentarias

Todo notario cubano, cualquiera sea su competencia territorial y su sede notarial, es competente para autorizar la escritura pública que contiene la dación de órganos y tejidos humanos.

Sin dudas, se trata de una temática que representa un marcado interés para el notariado cubano, muy poco dado en autorizar instrumentos públicos en los cuales se ejerciten derechos de la personalidad; en el caso, el derecho a la integridad física del sujeto, vinculado a proceder médicos-quirúrgicos. En ese sentido, el notariado deberá abreviar en otras fuentes, esencialmente aquellas relativas a los actos de naturaleza no patrimonial.

El asesoramiento y el consejo se imponen en este nuevo cometido atribuido al notariado cubano. Como labor técnica, el notario debe ofrecer un asesoramiento pre y post escriturario. El dador ha de llegar plenamente informado al instrumento. No es suficiente la información médica, también se requiere la jurídica, que corresponde dar al notario, sobre el acto mismo de la dación, su naturaleza, su revocabilidad, incluso su carácter parcial y los efectos que en derecho provoca. Compete al notario moldear esa declaración negocial de voluntad, darle el acabado que corresponde, ajustarla a los cauces necesarios en pos de la finalidad que se persigue. El notario ha de brindar información sobre la propia naturaleza del acto, haciendo especial hincapié sobre su revocabilidad en cualquier momento y la vía instrumental para ello.²⁴

2.6 La naturaleza esencialmente revocable del acto: su plasmación instrumental

La dación de órganos y tejidos humanos es una declaración negocial de voluntad, revocable *ad libitum*, en razón de la naturaleza del derecho que se ejercita y sobre los bienes que se disponen.

El dador ha de estar informado, primero por el equipo médico y psicológico que le atiende (véase artículo 15 *in fine* del reglamento) y, luego, por el notario ante el cual documenta su declaración de voluntad, sobre la naturaleza revocable del acto. La mayoría de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos se pronuncian en este sentido; o sea, el dador puede, en cualquier momento, revocar el acto de dación, antes del instante mismo de la intervención quirúrgica.²⁵

Entiéndase que lo que se revoca es el acto en sí, que contiene la voluntad de disponer de determinados órganos y tejidos humanos. De ahí el gazapo en que incurre el autor de la norma cuando en dicho precepto utiliza la conjunción disyuntiva “o”, al regular la revocación del acto o su decisión, lo cual es tautológico. La decisión de dar el órgano o el tejido está contenida en la declaración de voluntad de naturaleza negocial en que consiste la propia dación.

²⁴ Vid. CUEVAS CASTAÑO, JOSÉ JAVIER. “Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 137, No. 138, 1987, pp. 226-245, *passim*. RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO. “El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 107, 1980, pp. 311-315.

²⁵ Así, el artículo 15 de la Ley 24193 de Argentina, artículo 16 de la Ley 1716/1996 de Bolivia, artículo 9 de la Ley 9434/1997 y artículo 15 del Decreto 2268/1997 de Brasil, artículo 4 *bis* – 6 de la Ley 19451/1996 de Chile, artículo 17 del Decreto 2493/2004, artículo 7 de la Ley 7409/1994, artículo 38 de la Ley 2001 de Ecuador, artículo 128 *j* del Decreto 955 de El Salvador, artículo 9 del Decreto 131/1982 de Honduras, artículo 333 de la Ley General de Salud de 1984 de México, artículo 27 de la Ley 3/2010 de Panamá, artículo 13 de la Ley 1246/1988 de Paraguay, artículo 10 de la Ley 28189/2004 de Perú, artículo 21 de la Ley de 2011 de Venezuela y el artículo 9.5 del Real Decreto 2070/1999 y el artículo 7 del Real Decreto 1301/2006, de España.

No se trata de dos figuras diferentes. En este ámbito, no se revocan decisiones, sino el acto jurídico concreto, ya perfecto desde su instrumentación notarial.

Si bien, la norma no lo deja explícitamente regulado, desde una interpretación teleológica de la resolución ministerial, tras una lectura pausada de su artículo 15, podría colegirse que la revocación que *per se* es otro acto cuya finalidad es destruir los efectos jurídicos de la dación misma; a través del ejercicio de la autonomía privada del sujeto dador, ha de revestir la misma forma solemne-constitutiva que la dación. Si así se interpretara, el acto de revocación tendría idénticas garantías y ventajas a las que ofrece la intervención notarial para el acto mismo de dación de órganos y tejidos humanos. La copia de la escritura pública de revocación se aportaría al personal médico para archivarse en la historia clínica del paciente (véase artículo 20 de la resolución).

Una segunda interpretación permitiría sustentar que la revocación, a diferencia de la dación, no requiere de las mismas garantías, pues la posibilidad, aunque remota, de compensación económica aquí no opera. La revocación no afecta la integridad psicosomática del dador. Respecto al receptor, nada puede exigir, pues la dación es un acto enteramente libre y altruista del disponente, quien puede arrepentirse en cualquier momento antes de la intervención quirúrgica. Esto no quiere decir que la revocación misma en un momento previo al proceder quirúrgico pueda representarle una sensación de frustración al receptor, pero ello no trascenderá en el campo del derecho. *Ergo*, cabría la revocación, ante el personal médico, eso sí, por documento privado,²⁶ debidamente firmado por el revocante.

La revocación puede ser total o parcial, y ello depende de lo dispuesto en el acto de dación. Podría disponerse en un mismo acto de la dación de un órgano y de tejidos humanos, y posteriormente revocarse respecto del órgano o de los tejidos. El notario que instrumente tal revocación debe hacer especial énfasis en la parte dispositiva del documento sobre qué versa la revocación, qué se revoca y qué queda subsistente. Lo que nunca sería posible es supeditar condicionalmente ni la dación ni la revocación.

De documentarse ante notario, corresponde autorizar escritura pública de revocación de dación de órganos y tejidos humanos, en la cual comparecerá el revocante (antes dador), o sus representantes legales (progenitores o tutor) en el caso que corresponda. Ello, a pesar de que la resolución haga *mutis* respecto de este particular.

A mi juicio, es una omisión imperdonable. Al admitirse la dación de células hematopoyéticas por menores, el mismo *ius poenitendi* del que es titular

²⁶ Nada priva que en los hospitales se lleve una proforma de la revocación.

el dador, lo serán también los representantes legales, quienes, en cualquier momento antes de la intervención quirúrgica, pueden arrepentirse de la declaración de voluntad exteriorizada ante notario. En tales circunstancias podría suscitarse que uno solo de los progenitores concurra ante notario para revocar el acto. Empero, tratándose de un acto en el cual se actúa como representante de un menor de edad, en ejercicio de la patria potestad que es dual, para que proceda la autorización de la escritura pública de revocación, tendrían que concurrir ambos progenitores; de lo contrario, no cabe su autorización notarial.

De la misma manera en que los menores de edad deben ser escuchados y que su decisión cuenta para el acto de dación de células hematopoyéticas, lo han de ser para la revocación (por supuesto, siempre que por su madurez intelectual sea posible). Esto en el supuesto de que pudiera suscitarse un conflicto de intereses entre el menor y los progenitores, ya sea porque aquel insistiera en la dación de las células, o porque a pesar del interés de uno de los progenitores, o de ambos, el menor decidiera desistir.

Ante el conflicto jurídico derivado del ejercicio de la patria potestad entre los progenitores con implicaciones igualmente bioéticas, jugarían un papel importante, en primera instancia, los comités de ética hospitalaria, y en todo caso, sería el tribunal municipal el competente para solucionar semejante conflicto, en proceso sumario (véase artículo 358.2 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico).

Si la revocación viniera del menor, no habría que recurrir a la vía judicial, pues en razón del artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la decisión del menor prevalecerá frente a la del progenitor e incluso frente a la de ambos progenitores, imponiéndose la revocación. En consecuencia, no tendría lugar la extracción de las células hematopoyéticas, siendo indiferente que no conste tal revocación en vía instrumental, ante la negativa de los representantes legales del menor de edad de concurrir ante notario. Si irremediablemente se suscitara el conflicto judicial, la procedencia de la revocación se revestiría de la forma de la resolución judicial en la cual el tribunal tomará la decisión del caso.

2.6.1 La puesta en conocimiento de la revocación

Si el dador potencial decide ejercitar el *ius poenitendi* ante notario (de entenderse que la solemnidad notarial no es constitutiva para la revocación), lo podrá hacer ante el notario de su elección. Ahora bien, la copia de la escritura pública de revocación habrá de ser aportada al personal médico para que obre en la historia clínica. Si el notario que autoriza la escritura pública de revocación es

distinto del notario que autorizó la escritura pública de dación de órganos y tejidos humanos, se recomienda, en razón de la seguridad jurídica, que se libre comunicación del segundo al primero, para que este último haga constar en nota al margen de la matriz que obra en su protocolo, la revocación otorgada por el dador potencial.

2.7 El destino de las copias de los referenciados instrumentos notariales

Las copias de los documentos públicos que autorice el notario, vinculados con el proceder técnico-quirúrgico de la ablación e implante de órganos y tejidos humanos, en principio, han de ser aportadas al personal médico actuante para que se archive en la historia clínica del paciente, con los efectos que ello tiene, no sólo en el campo de la medicina sino también en los del derecho. A tal fin, el artículo 20 de la Resolución No. 857/2015 responsabiliza a los comités de ética hospitalaria del control sobre la constancia en la historia clínica correspondiente y la copia de la escritura pública de dación (de lo cual también cabría inferir que sólo respecto de ella se exige la forma notarial solemne-constitutiva).

3. En ocasión de los nuevos derroteros por los que discurre el ejercicio de la función notarial en Cuba

La atribución al notario, cada día, de nuevas competencias por razón de la materia es viva expresión de la confianza que depositan las instituciones públicas, estatales y gubernamentales en el cometido que le viene dado por ley. El notario es un misionero de la verdad. Su dicho va a “misa”. Se hace infalible, salvo en los escasos y excepcionales supuestos en los que ha tenido éxito la redargución de falsedad documentaria.

La Resolución No. 857/2015 del ministro de Salud Pública colma la vacuidad legal que la dación y trasplante de órganos y tejidos humanos entre vivos ha tenido por décadas en el derecho cubano. Esto ofrece cobertura legal a uno de los procedimientos médico-quirúrgicos de mayor reconocimiento internacional por el acto filantrópico que supone, dada la imposibilidad, hoy día, de cubrir a través de otras vías la sustitución de órganos humanos insanos.²⁷ Además,

²⁷ Como afirmó Benedicto XVI en un discurso dirigido a los participantes en el congreso internacional sobre el tema “Un don para la vida. Consideraciones sobre la donación de órganos”, celebrado del 6 al 8 de noviembre de 2008, en Roma, por iniciativa de la Academia Pontificia para la Vida, en colaboración con la Federación Internacional de las Asociaciones Médicas Católicas y el Centro Nacional Italiano de Trasplantes: “La senda que hay que seguir, hasta que la ciencia descubra nuevas formas posibles y más avanzadas de terapia, tendrá que ser la de la formación y difusión

reclama la atención del notario como profesional del derecho ejerciente de una función de autoridad pública.

Las autoridades gubernativas recaban la presencia notarial. Confían en la medida y prudencia de su actuar, en el *cavere*,²⁸ en ese perfil de la labor del notario, dirigido esencialmente a la prevención, que en buena medida se busca con su autorización de la escritura pública de dación de órganos y tejidos humanos. O sea, evitar cualquier asomo de duda sobre la posible compensación económica que desnaturalice el acto, convirtiéndole en una compraventa.

Nuevamente resulta el notario la pieza clave en la seguridad jurídica preventiva que reclama un Estado de derecho. Se acude a él por la confianza que éste deposita, por su solvencia intelectual, por su probidad y por ser baluarte de la legalidad en todo acto jurídico en el que interviene. Los ojos del notario lo ven a él mismo y a los de cada miembro de la sociedad en donde se desenvuelve y por la cual ha nacido la institución que representa.

de una cultura de la solidaridad que se abra a todos sin excluir a nadie. Una medicina de los trasplantes coherente con una ética de la donación exige el compromiso de todos por invertir todo esfuerzo posible en la formación y en la información para sensibilizar cada vez más a las conciencias en un problema que afecta diariamente a la vida de muchas personas. Será necesario, por tanto, superar prejuicios y malentendidos, disipar desconfianzas y miedos para sustituirlos con certezas y garantías, permitiendo que crezca en todos una conciencia cada vez más difundida del gran don de la vida". [Citado: 26. Octubre. 2015] Disponible en: <http://www.zenit.org/es/articles/benedicto-xvi-criterios-eticos-para-los-trasplantes-de-organos>

²⁸ Apunta Juan Vallet de Goytisolo que "Esta tarea del notario, como profesional del derecho, se descompone en diversas funciones inseparablemente concurrentes en la configuración del negocio jurídico; es decir, en la indagación de la voluntad del otorgante u otorgantes y en su interpretación; en su colaboración para que las voluntades de las partes concurrentes sean concordes: en adecuar al derecho esa voluntad, o esas voluntades, y en cada caso, realizar la configuración propiamente dicha del negocio jurídico de que en concreto se trate. En su conjunto, esto constituye la parte nuclear de esa función de *cavere*, o prevenir". VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. "Determinación notarial del Derecho", en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (Coords.), *Derecho Notarial*, tomo I, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 142.