

EFFECTOS DE LA REVOCATORIA DEL CONSENTIMIENTO EN LA DONACIÓN DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS ¹

CONSEQUENCES OF WITHHOLDING THE DECISION ON ORGAN DONATION AMONG LIVING PEOPLE

Mirelis Tituana Asanza²

mtituanaa@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, es la norma que regula la donación de órganos del cuerpo humano, en cuanto al consentimiento; el artículo 38 de esta Ley prescribe, que el mismo podrá ser revocado en cualquier momento, sin justificación alguna. Además, prevé que esta revocatoria no dará lugar a ninguna clase de indemnización por daños y perjuicios. Tratándose de donaciones de órganos entre vivos y siendo que la donación es un contrato, se plantea este negocio jurídico como caso de estudio, para evaluar la necesidad de modificar esta norma en el sentido de dar cabida a la responsabilidad civil por los perjuicios que se deriven de la revocatoria injustificada y de último momento del consentimiento.

ABSTRACT

Organic Law of Organ Donation and Transplant, is the rule that regulates the donation of human organs, regarding consent; Article 38 of this Law prescribes that it may be revoked at any time, without any justification. In addition, it foresees that this revocation will not give rise to any type of compensation for damages. Regarding organ donations between the living and being that the donation is a contract, this legal business arises as case study to evaluate the need to modify this rule in order to accommodate civil liability for damages that may arise from an unjustified and last-minute revoke of consent.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento - trasplante – donación – revocatoria – responsabilidad civil.

KEYWORDS

Consent - organ transplant - donation – revoke - civil liability.

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020

Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. - I. SECCIÓN. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ÓRGANOS VITALES DEL SER HUMANO. - II. SECCIÓN. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DONACIÓN DE ÓRGANOS. - III. SECCIÓN. RÉGIMEN DE LA DONACIÓN. - 3.1 SUBSECCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DONACIÓN Y REVOCATORIA DEL CONSENTIMIENTO. - 3.2 EXIGIBILIDAD DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS DEL CUERPO HUMANO ENTRE VIVOS. - 3.3 REVOCATORIA DEL CONSENTIMIENTO. - IV. SECCIÓN. CONCLUSIONES.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Farith Simon.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

INTRODUCCIÓN

Una gran cantidad de personas mueren a diario por falta de un trasplante de algún órgano vital como el riñón, el hígado o el pulmón. El Instituto Nacional de Donación de Órganos y Tejidos señala que en Ecuador el número de donaciones aproximadas en 2019 fue de 677, de las cuales 257 se refieren a este tipo de órganos³. La cifra estimada de las personas que se encuentran en lista de espera nacional por un trasplante renal, hepático o pulmonar es de 494, lo cual supera en el doble a la oferta⁴.

En vista del carácter Constitucional del derecho a la salud e integridad física, nuestra legislación ha previsto el marco regulatorio de la donación de órganos en la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos (LODTO), que plantea dos supuestos: la donación de órganos entre vivos y la donación de un donante cadavérico⁵. En este trabajo me centraré en el análisis relativo al consentimiento; concretamente, en el caso de estudio, que tiene que ver con la donación de órganos entre vivos, el efecto de la revocatoria del consentimiento desde la perspectiva del artículo 38 de la LODTO, sus requisitos legales y las limitaciones que esto podría significar para la autonomía de la voluntad.

Cotidianamente asumimos obligaciones a partir de nuestras declaraciones de la voluntad en negocios jurídicos ordinarios, tales como pagar un peaje o un pasaje de bus; esto conlleva usualmente que nos veamos envueltos en situaciones jurídicas en las cuales tenemos determinadas obligaciones en cierto momento. Al hablar de una simple donación estamos ante un negocio jurídico ordinario, sin embargo, tiene una especial particularidad cuando ello se refiere a órganos de cuerpo humano y más aún cuando es entre vivos. El objeto del presente ensayo consiste en análisis del consentimiento, en situaciones que se debería considerar la justa expectativa que se ha generado en la contraparte. Con el objetivo evaluar la posibilidad de revocar el consentimiento hasta último momento sin justificación y que ello no genere consecuencia jurídica alguna, como, por ejemplo, el deber de reparar los perjuicios de esa decisión injustificada.

Por los innumerables riesgos que puede conllevar en la salud psíquica o física de los seres humanos la ablación de un órgano, el derecho positivo suele regular de modo excepcional su

³ Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. Informe estadístico Técnico Diciembre 2019.

⁴ Sistema Nacional de Donación y Trasplante. Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. Lista de espera única nacional actualiza al 29 de marzo de 2020. El acceso a la lista de espera nacional solamente es para donantes fallecidos que hayan expresado su voluntad en vida de donar sus órganos, por ello la escasez.

⁵ Artículo 29, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células [LODTO], R.O. 398 de 4 de marzo de 2011, reformada por última vez R.O.31 de 7 de Julio del 2017.

donación. La disposición del órgano o del tejido humano que se hace en vida multiplica el riesgo para ambas partes, pero uno de ellos se encuentra en esa situación por su voluntad⁶.

El éxito que pueda o no tener el trasplante, 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 órganos⁷.

La donación de un órgano podría salvar una vida, asimismo la revocatoria podría producir la muerte de una persona. El artículo 38 de la revocatoria del consentimiento prescribe que se podrá revocar de forma verbal hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica. Expresamente se estipula en su inciso final, que esta revocatoria no dará lugar a ninguna clase de indemnización por daños y perjuicios; esto podría generar problemas significativos y hace que nos preguntemos si es necesario modificar dicha disposición, debido a que retractaciones no justificadas pueden causar daños serios al posible beneficiario de la donación, se puede afectar incluso la vida, siendo que se creó una justa expectativa y la revocatoria no tendría una justificación.

1. Naturaleza jurídica de los órganos vitales del ser humano

“Con un interés creciente, justificado por los notables avances de la ciencia y la tecnología, la doctrina y legislación contemporáneas han venido tratando de dilucidar si el cuerpo humano puede ser tenido como objeto de negocio jurídico⁸,” considerando la utilidad y múltiples beneficios que puede brindar a otros seres humanos. Los avances tecnológicos no se pueden calificar de buenos o malos en sí mismos; sino se calificará su uso como moral o inmoral. Es inmoral cuando se utiliza para quitar la vida o preservarla a cualquier precio, incluso a través de medios fútiles o económicamente onerosos⁹.

Hablar de donación de órganos del cuerpo humano conlleva una particularidad, puesto que la prestación misma de este tipo de contratos no es una cosa cualquiera. Por ello es menester precisar la naturaleza jurídica de los órganos del cuerpo humano vivo. ¿Son estos una cosa la cual puede ser objeto libremente de cualquier tipo de negocio jurídico? La postura mayoritaria de la doctrina, sostiene que “el cuerpo humano es parte integrante del sujeto de derecho y por tal razón

⁶ Ver, Leonardo B Pérez Gallardo, “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, Scielo: *Revista IUS* 36 (2015), párr 5 (explicando el consentimiento en la donación de órganos).

⁷ *Id*, párr 6.

⁸ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes* (Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2015), 45.

⁹ Alfonso Gómez & John Keown, *Bioética y los bienes humanos*. (Washington: Ediciones UC Georgetown University Press, 2015), 150 (traducido por María Alejandra Carrasco).

no es cosa”¹⁰, tal como lo afirma Parraguez, “el cuerpo humano vivo no es jurídicamente cosa, de manera que ni siquiera podría pensarse en un posible derecho de propiedad de las personas sobre su cuerpo”¹¹. Sin embargo, el autor se cuestiona, debido a que el “concepto de *cosa* en nuestra legislación es sumamente amplio y abarca también aquellas cosas que no son susceptibles de apropiación lo que hace posible incluir al cuerpo humano dentro de esta categoría¹²”. Schmidt Hott, “acepta la posibilidad de atribuirle a ciertos órganos, tejidos o partes del ser humano la característica de bien (cosa) objeto de ciertas relaciones jurídicas”¹³. Tales como plantea nuestra legislación la donación de órganos pares, células y tejidos siempre y cuando no afecten la salud del donante¹⁴.

La mayoría de autores concuerdan que las partes del cuerpo humano, separadas de este, si pueden objeto de ciertos negocios jurídicos, como la leche materna, cabello, uñas.¹⁵ Es fácil afirmar aquello cuando hablamos, por ejemplo, de cabello humano; muchos se dedican a la comercialización sin ninguna restricción, tal como si fuere una cosa. El debate radica en la naturaleza jurídica un órgano vital como, el riñón ¿Es una simple cosa que se la puede comercializar libremente en el mercado? “Una persona cuyos ingresos no cubran sus necesidades económicas de su familia, no puede vender un riñón so pretexto de satisfacerlas. Por esta razón los órganos vitales del cuerpo humano no pueden calificarse como bienes”¹⁶.

La persona humana está por encima de las convenciones, frecuentemente se argumenta su indisponibilidad y extra comercialidad como dos caras de una misma moneda, acuñada singularmente por el pensamiento cristiano para preservar la dignidad natural de todo ser humano¹⁷.

La perspectiva reduccionista-materialista que considera al cuerpo como un objeto que el hombre tiene o posee. La corporeidad entra en la dimensión del haber del hombre, de lo que se sigue que el cuerpo es manipulable empíricamente, científicamente “disponible” por el hombre mismo. La otra postura apunta una significación subjetiva de la corporeidad, el cuerpo no es mero objeto del cual pueda disponer el hombre, sino que adquiere un valor que participa de la dignidad que se le reconoce¹⁸.

¹⁰ Luis Velásquez, *Bienes*, (Bogotá: Editorial Temis, 1996), 3.

¹¹ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes* (Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2015), 8.

¹² *Id*, 8.

¹³ Schmidt Hott en Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes* (Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2015), 8.

¹⁴ Decreto Ejecutivo 1205, Presidencia de la República, [Reglamento a Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células], Artículo 19, Registro Oficial 745 de 13 de julio de 2012.

¹⁵ Luis Velásquez, *Bienes*, (. Bogotá: Editorial Temis, 1996), 3.

¹⁶ *Id*, 4.

¹⁷ Salvador Bergel, “Bioética, cuerpo y mercado”, *Universidad El Bosque: Revista Colombiana de Bioética* 2 (2007), 134.

¹⁸ Salvador Bergel, “Bioética, cuerpo y mercado”, *Universidad El Bosque: Revista Colombiana de Bioética* 2 (2007), 142.

En Ecuador si están permitidos los negocios jurídicos respecto de algunos órganos vitales, como, el hígado, riñón y parte del pulmón para trasplantes; con el objetivo de mejorar la condición de salud, siempre y cuando el proceso tenga posibilidades de éxito¹⁹. Además, se garantiza la funcionalidad de los sujetos intervinientes posterior a este procedimiento²⁰. Sin embargo, los objetivos de estas transacciones son distintos de los económicos o pecuniarios; únicamente los fines terapéuticos o científicos dan base suficiente para que sea aceptado un negocio jurídico de esta naturaleza²¹. El mismo que se encuentra fundado en los principios de solidaridad, altruismo y gratuidad²²; por ello en nuestra legislación, el único negocio jurídico permitido respecto de órganos del cuerpo humano es la donación y con una serie de limitaciones que se describen a continuación.

2. Limitaciones a la autonomía de la voluntad en la donación de órganos

“La bioética no ha dejado de resaltar que la persona es digna de respeto y requiere protección jurídica²³”. Existen una serie de limitaciones a la autonomía de la voluntad para proteger al sujeto en ciertas relaciones jurídicas, como, por ejemplo: “los sujetos de derecho con incapacidad absoluta tradicionalmente han tenido prohibida la ejecución de todo negocio jurídico; para la celebración de éstos se ha necesitado la intervención de un representante legal”²⁴. Normas de este tipo están orientadas a proteger al individuo, que, en ciertas circunstancias, se encontraría en una situación de desventaja. En mi opinión, en consideración a la naturaleza de este negocio jurídico es razonable establecer condiciones especiales, para disponer de partes del cuerpo humano vivo, con el objetivo de tutelar al individuo. No obstante, resulta imperativo preguntarnos hasta dónde llega la libertad de disposición basado en las normas de paternalismo jurídico que buscan proteger a las personas en cuanto a la toma de decisiones sobre su cuerpo, tal es el punto de donde nacen las limitantes. “Proteger a la persona contra ella misma, no es la definición misma del paternalismo”²⁵.

La libertad desde una consideración psicológica, se experimenta como la capacidad de hacer esto o aquello²⁶. Desde la perspectiva filosófica se caracteriza como el dominio sobre los propios actos y de, manera más radical, como el dominio sobre el fin último²⁷.

¹⁹ Resolución Ministerial 52, Instituto Nacional de Donación de Órganos y Trasplantes-2019, [Norma Técnica para la Donación de Órganos en Vida], Artículo 7, R.O 9 de 1 de agosto de 2019.

²⁰ Artículo 5, Resolución Ministerial 52-INDOT 2019.

²¹ Ver, Luis Velásquez, *Bienes*, (Bogotá: Editorial Temis, 1996), 4. (Conceptualización de la naturaleza jurídica del ser humano en cuanto – clasificación de las cosas)

²² Artículo 4, LODTO.

²³ Myriam Ilva, *La persona y sus derechos*, (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2000), 2.

²⁴ Pablo Garcés, *Teoría del Negocio Jurídico*, (Medellín: Editorial UNAULA, 2017), 263.

²⁵ Ver, Daniel Borrillo, “El estatuto jurídico del cuerpo humano”, *Archives ouvertes of France: HAL 0165398* (2017), 8.

²⁶ Myriam Ilva, *La persona y sus derechos*, (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2000), 2.

²⁷ *Id*, 3.

En una democracia liberal, quien decide in fine de sí mismo no puede ser otro que el individuo libre e informado. Ninguna parte de él puede estar exenta de dicho principio. Dicho de otro modo, no puede oponerse a una decisión de este tipo únicamente con un argumento de limitación de la libertad por su propio bien, pues nadie sabe mejor que el individuo concernido lo que es mejor para él²⁸.

El cuerpo humano vivo o sus partes aún en el caso de que sean asimilables a cosas, sin duda por su naturaleza, están revestidos de una protección especial para la celebración de negocios jurídicos. En este sentido, la libre disposición del cuerpo está limitada, por normas de derecho público referentes a la dignidad humana. “Esta libertad contractual es innata en el hombre, pero necesita reglamentarse a través de causas adecuados²⁹”.

Contrario al Derecho Público que ha sido fundado en el principio de legalidad, el Derecho Privado y principalmente los contratos están fundamentados en el principio de autonomía de la voluntad. De acuerdo al principio de permisón “lo no prohibido está permitido”³⁰, es decir, está permitido todo aquello que no esté prohibido por una norma expresa. Es admitido a manera de meta norma en el ordenamiento jurídico en la medida en que estos sólo no pueden restringir nuestra libertad natural si lo hacen de manera expresa³¹. “Esta libertad consiste en la posibilidad que tienen los sujetos, de disciplinar normativamente sus intereses sin que aquello comporte incurrir en una prohibición³², o cuyo ejercicio someta a condicionamientos determinados por el ordenamiento jurídico³³”.

Las normas concernientes a las demás categorías del ordenamiento jurídico se hallan sometidas a la Constitución, no pudiendo transgredir los mandatos consagrados en su cuerpo normativo, ni menos aun permitiéndose la vulneración de los cimientos en los cuales se soportan y a cuyas finalidades se dirigen³⁴. La Constitución de la República del Ecuador ha reconocido en su artículo 66 numeral 16 la libre contratación³⁵, sin embargo, este principio rector de la autonomía privada no es absoluto, pues el mismo legislador ha supeditado su ejercicio a intereses

²⁸ Daniel Borrillo, “El estatuto jurídico del cuerpo humano”, *Archives ouvertes of France: HAL 0165398* (2017), 8.

²⁹ Justus Hedemann, *Tratado de Derecho Civil*. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958), 30 (traducido por Jaime Santos Briz).

³⁰ Victoria Iturralde, “Consideración crítica del principio de permisón según el cual «lo no prohibido está permitido»”, *Universidad del País Vasco: Revista Anuario de filosofía del derecho 15* (1998), 1, párr 1.

³¹ Ver *Id*, 1, párr, 2.

³² Ver, Pablo Garcés, *Teoría del Negocio Jurídico*, (Medellín: Editorial UNAULA, 2017), 31. (explicando el alcance de la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos).

³³ *Id*, 32.

³⁴ Ver, Pablo Garcés, *Teoría del Negocio Jurídico*, (Medellín: Editorial UNAULA, 2017), 25. (explica la vinculación constitucional con los negocios jurídicos).

³⁵ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de Octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 40 de 12 de Marzo del 2020.

generales y de allí nacen las restricciones a la autonomía de la voluntad. De manera general en nuestro Código Civil las limitaciones han sido planteadas como; todo aquello contrario a la ley, orden público y buenas costumbres³⁶.

Nuestro Código Civil ha estipulado ciertas formas para que una donación sea plenamente válida y eficaz, cuando se refiere a determinados tipos de bienes, como, por ejemplo: la donación de un bien inmueble debe constar por escritura pública y ser inscrita en el correspondiente registro³⁷, o el requisito de la insinuación judicial cuando sobrepase el valor de los bienes de ochocientos dólares³⁸. Para efectos de una donación de órganos vitales del cuerpo humano no se trata estrictamente de cualquier tipo de negocio jurídico (donación) patrimonial de Derecho Civil, sino de un régimen especial regulado además por la LODTO.

La comercialización de órganos se encuentra expresamente prohibida por la ley “Prohíbese la comercialización de componentes anatómicos de personas vivas o fallecidas”³⁹, esto constituye una limitación de carácter legal. Además, es un delito de acuerdo a lo dispuesto por el Código Integral Penal “La persona que, fuera de los casos permitidos por la ley, realice actos que tengan por objeto la intermediación onerosa o negocie órganos (...) será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años”⁴⁰. Dentro la LODTO y sus normas conexas se plantean los requisitos⁴¹ y limitantes para que opere la donación de órganos entre vivos.

El objeto de los negocios jurídicos está determinado por la liberalidad de las partes, el límite a este principio son las mismas normas del ordenamiento jurídico que prohíben ciertas conductas⁴². Respecto de la donación como negocio jurídico, se referirá esta restricción, a aquellas cosas, que dentro de la autonomía privada no pueden ser objeto de este contrato. Como por ejemplo lo prescrito en el artículo 1425 C.C la prohibición de donación de bienes futuros, o a su vez en el caso de lo dispuesto por el Reglamento de la LODTO “Únicamente se podrán donar en vida los órganos pares o fracciones de un órgano regenerable”⁴³. Estas limitaciones restringen al sujeto su facultad de delimitar el objeto del negocio jurídico, sin embargo, al tratarse de una

³⁶ Arturo Alessandri, *De los Contratos*, (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 2004), 11.

³⁷ Artículo 1416, Código Civil [CC], R.O Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. 96 de 8 de Julio del 2019.

³⁸ Artículo 1417, CC.

³⁹ Artículo 81, Ley Orgánica de Salud [LOS], R.O Suplemento 423 de 22 diciembre de 2006, reformado por última vez R.O 652 de 18 de diciembre del 2015.

⁴⁰ Artículo 96, Código Orgánico Integral Penal [LOS], R.O Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O 7 de 4 de Julio del 2017.

⁴¹ Artículo 33, LODTO.

⁴² Ver, Federico De Castro y Bravo, *El negocio Jurídico*, (Madrid: Editorial Civiltas S.A, 1985), 110-115 (explica la delimitación del objeto y las restricciones fundadas en la moral y buenas costumbres).

⁴³ Artículo 19, Decreto Ejecutivo 1205.

donación de órganos vitales del ser humano; está por encima de la autonomía de la voluntad de los sujetos, preservar la salud y vida tanto del donante como del donatario.

Con el fin de precautelar la dignidad humana, dentro del marco de nuestra legislación la regla general de la donación de órganos entre vivos, solo puede darse entre personas que, tengan un vínculo legal, familiar o afectivo. Excepcionalmente existen casos de donación cruzada⁴⁴. Debido a ello, particularmente se ha considerado como una de las principales limitantes a la autonomía de la voluntad; “Que la o el receptor tenga parentesco, hasta el cuarto grado de consanguinidad, con la o el donante, o se trate de su cónyuge o conviviente en unión libre”⁴⁵. Puesto que la misma ha sido objeto de debate en legislación comparada e incluso la jurisprudencia nacional⁴⁶. Así también la reciente Norma Técnica para la Donación de Órganos en Vida publicada en el R.O en agosto de 2019, ha considerado como limitante este requisito⁴⁷. Cabe preguntarse el alcance de esta restricción, si en realidad precautela la dignidad humana o es un artificio que ha entorpecido el fin de la ley, es decir, salvar vidas.

El Registro Mundial de Trasplantes cifra en 135.860 los trasplantes realizados en el mundo en el último año, con un aumento del 7,2%. España revalida un año más su

⁴⁴ Artículo 20, Resolución Ministerial 52-INDOT 2019.

⁴⁵ Artículo 33 literal b, LODTO.

⁴⁶ Causa No. 17460-2015-00658, Corte Constitucional, Sala De Tránsito Pichincha Quito, 30 de abril de 2015.

Que la ciudadana Susy Emily Hinojosa Gabela, es una persona con discapacidad física de un 56%, que sufre de glomerulonefritis desde los doce años, que hace siete años ha sido diagnosticada con insuficiencia renal crónica y que en los primeros días de diciembre del 2014 ha acudido por emergencia al Hospital Carlos Andrade Marín, en donde le han realizado una cirugía para que reciba diálisis, que su médico tratante ha concluido en que requiere un riñón y mientras tanto debería continuar con el tratamiento de diálisis.- Que ante la posibilidad de un trasplante, Susy Hinojosa acudió a su médico tratante el nefrólogo Dr. Fernando Jiménez, quien ha emitido un informe que en sus observaciones señala que “no tiene contraindicación para trasplante renal”, ante lo cual, el mencionado médico ha examinado a los familiares de la paciente, concluyendo que ni sus padres por su avanzada edad ni sus hermanos por sus condiciones de salud, podrían ser aptos para donar; sin embargo, su cuñada Daniela María Peralta Donoso ha expresado de manera libre, generosa y solidaria su voluntad de donarle su riñón, quién tras los exámenes médicos pertinentes ha demostrado las condiciones de salud necesarias y la compatibilidad para donar su riñón. Con estos escenarios médicos, con fecha 25 de marzo del 2015 solicitaron al INDOT la correspondiente autorización para la realización del trasplante, ante lo cual, la referida Institución mediante oficio Nro. INDOT-DE-2015-0427-O de fecha 08 de abril de 2015 suscrito por la doctora Diana Helena María Almeida Ubidia - Directora Ejecutiva del INDOT, responde señalando que no es posible autorizar la realización de la donación entre Susy Hinojosa y Daniela Peralta, por cuanto su vínculo familiar de cuñados corresponde al segundo grado de afinidad, lo cual no se encuentra permitido por la ley; fundamentándose en la base legal establecida en el literal b) del artículo 33 de la LODTO. La sala resuelve: Acepta la acción de protección planteada y declara la vulneración de los derechos a la salud y a la vida digna contenidos en el artículo 32, y en el numeral 2 del artículo 66 respectivamente de la Constitución de la República. Como medida de reparación integral se dispone; dejar sin efecto los párrafos segundo y tercero del acto administrativo oficio Nro. INDOT-DE-2015-0427-O de fecha 08 de abril de 2015 suscrito por la Directora Ejecutiva del INDOT, además, autorice el trasplante de riñón entre Susy Emily Hinojosa Gabela como receptora y Daniela María Peralta Donoso como donante, siempre y cuando las mencionadas ciudadanas cumplan a cabalidad con todas las disposiciones jurídicas, procedimientos, protocolos técnicos y/o protocolos médicos científicos, que se hayan establecido para el efecto.

⁴⁷ Artículo 4, Resolución Ministerial 52-INDOT 2019.

liderazgo e incrementa su participación mundial en la donación de órganos: con 2.183 donantes (47 p.m.p), aporta el 19,2 % de las donaciones en la UE y el 6,4% de todas las registradas en el mundo (34.096).⁴⁸

En legislación comparada, como es el caso de España, ha sido omitido este requisito con el fin de incentivar las donaciones y salvar vidas. Sin dejar de lado, la delgada línea existente para el tráfico de órganos; por lo que se ha implementado en el sistema, filtros más rigurosos para autorizar la donación en vida de órganos del cuerpo humano.

Se exige la autorización judicial para proceder a la obtención de órganos de donante vivo, se precisará la presentación, ante el Juzgado de Primera Instancia de la localidad (...)El donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante el Juez durante la comparecencia a celebrar en el expediente de Jurisdicción Voluntaria que se tramite, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico, el médico responsable del trasplante y la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, conforme al documento de autorización para la extracción de órganos concedida.⁴⁹

España ha optado por dar apertura a la posibilidad de donar órganos vitales del cuerpo humano entre privados sin una relación de parentesco, lo cual lo ha colocado como país líder mundial en cuanto a la donación de órganos. Una limitación a la autonomía de la voluntad no debe desvirtuar el fin de la norma, que es preservar la vida de las personas, las restricciones tienen un fin proteccionista al sujeto ante situaciones en las cuales el ordenamiento lo considera vulnerable.

3. Régimen jurídico de la donación y revocatoria del consentimiento.

3.1 Régimen tradicional de la donación en el Código Civil vs régimen especial en la LODOT

Nuestro Código Civil define a la donación como el “acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”⁵⁰. De esta definición es necesario hacer las siguientes precisiones; cuando la norma escribe “acto” se refiere a un contrato el cual necesita del concurso de voluntades. Expresa, además, “por el cual una persona transfiere”, sin embargo, este postulado no es correcto puesto que el donante no transfiere sino se obliga a transferir. La donación no es modo de adquirir el dominio, no se señala como tal en el artículo 603; sino es un título traslativo de dominio; el donatario adquiere el dominio por la

⁴⁸ La ONT gestiona este Registro desde hace 12 años, por designación de la OMS y publica sus datos en la “Newsletter Transplant”, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social Madrid, 28071, de 2018.

⁴⁹ Artículo 8, Real Decreto 1723 de 2012, [Por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad], B.O.E. 313, de 29 de diciembre de 2012.

⁵⁰ Artículo 1402, CC.

tradición de las cosas donadas. Por último, su carácter irrevocable, en el cual, el donante no puede retractarse deliberadamente de su obligación, por un acto dependiente de una sola voluntad⁵¹.

Un negocio jurídico consiste, en aquella expresión de la voluntad de un sujeto con el propósito específico de producir determinadas consecuencias jurídicas⁵². La concurrencia de dos o más voluntades que se unen, crea un negocio jurídico bilateral (contrato), lo cual significa obligaciones recíprocas para las partes⁵³. La donación es un negocio jurídico bilateral, concurren dos partes, contrato unilateral, solamente una parte se obliga⁵⁴.

Toda vez que la donación es un negocio jurídico, deberá reunir los requisitos validez: capacidad de las partes, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa, lícita⁵⁵. Si bien la figura del contrato de donación pertenece y está reglamentada por el régimen tradicional civilista, debido al enfoque del presente trabajo, la donación de órganos vitales del ser humano, contiene sus propias particularidades las cuales se analizarán en contraposición con el régimen de derecho privado. Considerando los principales elementos a puntualizarse: el consentimiento del donante, la aceptación del donatario y la irrevocabilidad.

“La capacidad es, el atributo de la personalidad que permite a toda persona sea apta para ser titular de derechos y obligaciones; de ejercitar los primeros y contraer los segundos en forma especial”⁵⁶. Por regla general “toda persona es legalmente capaz, excepto, las que la ley declara incapaces”⁵⁷, acorde con los artículos 1403 y 1405 del Código Civil; son hábiles tanto para donar o aceptar una donación las personas que no hayan sido declaradas inhábiles por la ley⁵⁸. Es decir, que el ordenamiento jurídico establecerá taxativamente quienes son considerados incapaces⁵⁹. La capacidad requerida para la donación de órganos dependerá, de la calidad que ostenta el sujeto, dentro de la relación jurídica; donante o donatario. La LODTO acorde con las reglas generales de la capacidad exige que el donante sea mayor de edad, en goce de plenas facultades mentales, tenga condiciones de salud adecuadas y la compatibilidad con el receptor⁶⁰. Para el beneficiario o

⁵¹ Ver, Ramón Meza Barros, *Manual de las sucesiones por causa de muerte y las donaciones entre vivos*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1953), 513- 515 (explicando los requisitos esenciales de una donación entre vivos).

⁵² Ver, Federico De Castro y Bravo, *El negocio Jurídico*, (Madrid: Editorial Civiltas S.A, 1985), 21-23 (plantea varias definiciones de un negocio jurídico).

⁵³ Ver, Pablo Garcés, *Teoría del Negocio Jurídico*, (Medellín: Editorial UNAULA, 2017), 54 (explicando la formación del consentimiento).

⁵⁴ Artículo 1455, CC.

⁵⁵ Artículo 1461, CC.

⁵⁶ Laura Subies, *Tutela y curatela representación de menores e incapaces*, (Buenos Aires: Ediciones Cathedra Jurídica, 2010), 14.

⁵⁷ Artículo 1462, CC.

⁵⁸ Ejemplos de inhabilidades respecto de la donación entre vivos: artículos 1404, 1406, 1006, 1408. CC.

⁵⁹ Artículo 1468, CC.

⁶⁰ Artículo 33 literal a, LODTO.

receptor únicamente se hace alusión a la capacidad de goce, ser titular de un derecho, condicionado a una relación de parentesco con el donante⁶¹.

Los contratos nacen de la voluntad de las partes y “tienen una finalidad que es lo que constituye su objeto, es decir, las obligaciones que se derivan del consentimiento de las partes, y las mismas que tienen como objeto la cosa o hecho que debe darse o ejecutarse por el deudor⁶². Las obligaciones pueden ser de dar y hacer; las primeras son aquellas destinadas a la transferencia del dominio, tenencia o uso del bien; mientras las segundas, tienen lugar cuando la cosa debida es un hecho que puede ser positivo o negativo⁶³.

Respecto del objeto de la obligación en nuestro caso de estudio, cabe preguntarse si ¿La donación de un órgano del cuerpo humano contiene una obligación de dar o hacer? En cuanto a la transferencia de dominio, del órgano a donarse, estamos claramente frente a una obligación de dar (entregar la cosa debida). Sin embargo, esto no es absoluto, puesto que, el medio para alcanzar la finalidad del presupuesto consiste en un hecho positivo (procedimiento quirúrgico), al cual, necesariamente deberá someterse el donante para cumplir con su obligación de entregar la cosa debida, en tal sentido esto significaría que nos encontramos frente a una obligación de hacer positivo. “En los contratos intuitu persona, en los cuales se presupone que la persona con quien se contrata tiene una aptitud especial; en las obligaciones de hacer es frecuente que se contrate en atención a las aptitudes de una persona”⁶⁴.

Sobre la licitud, nuestra legislación se ha pronunciado ampliamente y de manera general al respecto de este tema. “Hay el objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”⁶⁵. Las cosas no son lícitas o ilícitas per se, sino, se considerará el uso que se haga de ellas; puesto que, solo las conductas humanas pueden ser calificadas de lícitas o ilícitas⁶⁶.

Junto a los espectaculares avances científicos que han modificado la concepción del mundo viviente, se observa un marcado avance de los intereses económicos por participar en nuevos mercados, que ofrecen altos réditos y que prometen aún mayores beneficios, vinculados al cuerpo, sus partes y sus productos⁶⁷. El mercado, nuevo agente que se ha incorporado al debate con un papel protagónico esencial se rige por reglas y principios

⁶¹ Artículo 33 literal b, LODTO.

⁶² Arturo Alessandri, *Derecho Civil de los Contratos*, (Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan, 1976), 44.

⁶³ *Id*, 45.

⁶⁴ Arturo Alessandri, *Derecho Civil de los Contratos*, (Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan, 1976), 25.

⁶⁵ Artículo 1478, CC.

⁶⁶ Ver, Federico De Castro y Bravo, *El negocio Jurídico*, (Madrid: Editorial Civilistas S.A, 1985), 53-55 (explicando los vicios del consentimiento).

⁶⁷ Salvador Bergel, “Bioética, cuerpo y mercado”, *Universidad El Bosque: Revista Colombiana de Bioética* 2 (2007), 135.

que nada tienen que ver con la ética ni con la bioética y que ejercen una influencia muchas veces decisiva sobre los poderes del estado.

Lo que impone la necesidad de adoptar nuevos criterios tanto en el ámbito jurídico como en el ético respecto a la disponibilidad y la comercialidad del cuerpo y sus partes.⁶⁸

La causa es el interés jurídico que induce a las partes a contratar, se refiere a los móviles integrativos del contrato⁶⁹; en este caso, se refleja en los principios de altruismo, solidaridad y gratuidad. Mismos que son el fundamento y autorizan mediante la LODTO, la celebración de negocios jurídicos respecto de órganos vitales del cuerpo humano. Puesto que, además, de exigirse la mera liberalidad del sujeto para donar; sus actuaciones deben ser motivadas por una relación de afecto que los une, e incentiva a donar un órgano de su cuerpo con el fin de preservar la vida de un ser querido.

Por regla general la donación es un contrato consensual, sin exigencia de formalidad alguna para expresar el consentimiento. En ciertos casos, el consentimiento (oferta-aceptación) requerirá de determinadas formas especiales para su validez⁷⁰, para bienes que el ordenamiento jurídico considera que tienen un carácter económicamente relevante. Los cuales demandan, además del consentimiento, el otorgamiento de una formalidad; como es el caso, de la exigencia de escritura pública para bienes inmuebles⁷¹, o la insinuación judicial para la donación de bienes que sobrepasen los ochocientos dólares⁷².

Bajo esta perspectiva de la relevancia, para ciertos bienes, que otorga el ordenamiento, y de ello depende la exigencia de una formalidad. En mi opinión, tratándose de la particular naturaleza jurídica de los órganos del cuerpo humano, de los cuales, se pretende celebrar un negocio jurídico (donación); para ser removidos en vida y dado el riesgo que genera principalmente en la subsistencia de la persona quien pretende ser donante, con justa razón se exige una formalidad. Es así que la LODTO, requiere como forma para expresar el consentimiento, reducirlo a escrito y ante Notario Público⁷³. De tal forma, que la omisión de este requisito, tiene como consecuencia, que el negocio jurídico no pueda surtir sus efectos, por no haberse expresado el consentimiento tal como lo prescribe la ley⁷⁴. “El consentimiento se

⁶⁸ *Id*, 134.

⁶⁹ Guillermo Ospina & Eduardo Ospina, *Teoría General del contrato y negocio jurídico*. (Bogotá: Editorial Temis, 1994), 258 (varias aproximaciones a una definición de causa).

⁷⁰ Borda, Guillermo. *Manual de Contratos*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1987. p, 553.

⁷¹ Artículo 1416, CC.

⁷² Artículo 1417, CC.

⁷³ Artículo 35, LODTO.

⁷⁴ Ver, Arturo Alessandri, *Derecho Civil de los Contratos*, (Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan, 1976), 14 (explicando los negocios jurídicos solemnes).

manifiesta mediante la solemnidad; se estima que no se ha producido mientras no se haya otorgado la solemnidad”⁷⁵.

El consentimiento es parte de los elementos de la esencia de todo negocio jurídico, sin los cuales el contrato no puede existir⁷⁶. Se comprende como el acuerdo de las partes contratantes, esto significa que, un negocio jurídico no nace de forma espontánea, sino, mediante un proceso el cual consiste en la iniciativa del ofertante y otra parte que lo ha aceptado; se genera por la reunión sucesiva de estos dos actos⁷⁷. En este punto se centrará la verdadera discusión del presente trabajo investigativo, puesto que, se analizará el momento que el consentimiento genera una obligación jurídicamente exigible, las particularidades en el caso de la donación de órganos y los efectos de la revocatoria del mismo.

El consentimiento como requisito de validez de un negocio jurídico prescribe que sea libre de vicios⁷⁸. Además, para “la donación de órganos (...) de donante vivo, para fines de trasplante, requerirá de la declaración del consentimiento informado de la o el donante”⁷⁹. La LODTO añade como requisito, el deber de información al donante, que consiste en el informe psiquiátrico sobre la normalidad de sus facultades mentales⁸⁰. Esta norma hace énfasis que, para consentir en este tipo de contratos, el garantizar el pleno uso de las facultades mentales, por las consecuencias que implican en la vida de una persona al someterse a este procedimiento.

El médico practicante de la intervención deberá constatar el buen estado de salud del donante, e informar al paciente los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional y los beneficios esperados⁸¹.

El deber de información es un presupuesto del consentimiento informado, consiste en que, en este caso, quien otorga el consentimiento (el donante) tenga pleno conocimiento de las consecuencias físicas y psicológicas que van a significar la donación de un órgano. No puede emitirse un consentimiento informado al que no haya precedido la entrega de información que permita al paciente dar su conformidad con el procedimiento médico. Constituye una manifestación del derecho a la integridad física, tener el pleno conocimiento de las consecuencias al aceptar una intervención médica⁸².

⁷⁵ *Id*, 13.

⁷⁶ *Ver*, Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1987), 37 (efectos de las solemnidades en los contratos).

⁷⁷ *Id*, 16 (explica la formación del consentimiento).

⁷⁸ 1461, CC.

⁷⁹ Artículo 35, LODTO.

⁸⁰ Artículo 74, LOTOD.

⁸¹ Artículo 36, LOTOD.

⁸² *Ver*, Juan Agón, *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, (Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2017), 25 (definiciones del consentimiento informado).

Consentimiento informado para donación, trasplante o implante: consiste en la manifestación de la voluntad de aquella persona que tiene la calidad de donante o receptor de un órgano o tejido, que es expresada de forma libre, luego de recibir y entender la información relativa al procedimiento⁸³.

En los negocios jurídicos de derecho privado, como donación, incluso de un bien, no basta con el consentimiento para que se produzcan los efectos del contrato, además es necesario sea libre de vicios. Entiéndase vicios al error, la fuerza o el dolo⁸⁴; que tienen como efecto la anulabilidad de negocio jurídico⁸⁵.

El error es falso concepto que se tiene sobre la realidad⁸⁶, “vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta, o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata”⁸⁷. La regla general, es que, el error en la persona no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato⁸⁸. Es importante suponer este vicio del consentimiento para la donación de órganos, en cuanto se trate de un error sustancial que recae sobre la persona con quien se contrata (*intuitu persona*), en estos casos el sujeto es un elemento determinante del contrato puesto que se celebra este negocio jurídico en consideración al otro contratante. La donación de órganos del cuerpo humano es un contrato *intuitu persona*, a tal punto que se requiere un examen de compatibilidad entre las partes (donante-donatario), lo que significa que inequívocamente existe una sola persona que reúne las características o cualidades para intervenir en este negocio jurídico. En consecuencia, este sería un error determinante, el cual acarrearía como efecto de la nulidad del contrato en cuestión. Sin embargo, si ya se ha efectuado la donación no tiene mucho sentido anular este acto, puesto que resulta imposible pensar en retrotraer las prestaciones.

Fuerza es toda presión ilícita que se ejerce sobre una persona, en este caso, para la celebración del negocio jurídico. No importa si se aplica físicamente o por medio de una amenaza a lo que se denomina fuerza moral⁸⁹. Vicia el consentimiento, cuando la fuerza es eficiente; quiere decir que puede producir en una persona normal el temor a verse expuesta a un daño grave⁹⁰. Contiene la aptitud necesaria para forzar la voluntad de una persona⁹¹. La LODTO ha dispuesto

⁸³ Yolanda Guerra García & Paula Lizette Vega Rojas, “El impacto social de la donación de órganos en Colombia”, Dialnet Military University Nueva Granada: Revista Tendencias & Retos, (2012), 110.

⁸⁴ Artículo 1461, CC.

⁸⁵ Ver, Arturo Alessandri, *Derecho Civil de los Contratos*, (Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan, 1976), 24 (explica los contratos solemnes y la omisión de las formalidades).

⁸⁶ Ver, Federico De Castro y Bravo, *El negocio Jurídico*, (Madrid: Editorial Civilistas S.A, 1985), 109 (el error como vicio del consentimiento definiciones).

⁸⁷ Artículo 1469, CC.

⁸⁸ Artículo 1471, CC.

⁸⁹ Ver, Federico De Castro y Bravo, *El negocio Jurídico*, (Madrid: Editorial Civilistas S.A, 1985), 135 (la fuerza como vicio del consentimiento en los negocios jurídicos).

⁹⁰ Artículo 1472, CC.

⁹¹ Ver, Federico De Castro y Bravo, *El negocio Jurídico*, (Madrid: Editorial Civilistas S.A, 1985), 135-137 (requisitos para que la fuerza constituya un vicio del consentimiento).

que en los casos que intervenga la fuerza respecto de la extracción de órganos del cuerpo humano, se tratará de tráfico de órganos; lo mismo que constituye un delito de acuerdo al artículo 96 del Código Orgánico Integral Penal.

Dolo es toda maquinación fraudulenta tendiente, a obtener de la otra parte, el consentimiento para celebrar un negocio jurídico⁹². Para que el dolo vicie el consentimiento debe haber sido obra de una de las partes, y determinante para el motivo del contrato; es decir, cuando sin él no se habría celebrado⁹³. Si no reúne estos requisitos se trata de un dolo accidental, que no vicia el consentimiento, en su lugar da acción para pedir la indemnización de los perjuicios⁹⁴. La doctrina hace una distinción entre el dolo positivo y negativo, que consiste en maquinaciones para engañar al contratante o abstenerse de informar a la otra parte de algún hecho que lo haría desistir del contrato⁹⁵. Esto tiene relación con el consentimiento informado exigido en la donación de órganos del cuerpo humano, las conductas dolosas podrían consistir en alterar u omitir información que deberían conocer tanto, el donante como el donatario.

Planteo dos escenarios ejemplificativos de lo expuesto: en el caso de que el dolo no provenga de una de las partes, sino del de un tercero (podría ser el doctor quien realiza el trasplante) una vez consumada la donación, lógicamente, tiene la parte afectada una acción de perjuicios. La ley específica que regula la materia LODTO prescribe la sanción por el uso indebido de información, además deja abierta la posibilidad para acciones civiles o penales⁹⁶. En otro contexto, si el dolo proviene de una de las partes y es determinante, cabe preguntarse si tiene algún sentido hablar de la anulabilidad del contrato, cuando el trasplante ya fue efectuado; pues es absurdo e ilógico pensar en retrotraer las prestaciones.

3.2 Exigibilidad de la donación de órganos del cuerpo humano entre vivos

La denominación de exigibilidad, va de la mano, con el concepto de obligación. “Obligación es el vínculo jurídico que tiene y coloca al deudor en la necesidad de cumplir la prestación”⁹⁷. Se fundamenta entonces en la fuerza obligatoria de un vínculo, bajo las sanciones, que en caso de incumplimiento le impone la ley. Es decir, que por intermedio de la autoridad el acreedor se dirija contra los bienes del deudor para obtener forzosamente el cumplimiento, más no sea que por equivalencia, de la obligación⁹⁸. Consiste en la contingencia de acudir a la justicia ordinaria y

⁹² *Id*, 115-120 (refiriéndose a los vicios del consentimiento).

⁹³ Artículo 1474, CC.

⁹⁴ *Ver*, Arturo Alessandri, *Derecho Civil de los Contratos*, (Santiago: Editorial Zamorano y Caperan, 1976), 29.

⁹⁵ *Id*, 29 (explicando los vicios del consentimiento).

⁹⁶ Artículo 74, LODTO.

⁹⁷ Arturo Alessandri, *Derecho Civil de los Contratos*, (Santiago: Editorial Zamorano y Caperan, 1976), 29.

⁹⁸ Rene Albeliuk, *Las Obligaciones Tomo II*, (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1993), 483.

accionar para solicitar el cumplimiento forzoso de una obligación que tiene como fuente el contrato.

El donante está obligado a entregar las cosas donadas, del mismo modo que el vendedor las cosas vendidas⁹⁹. El donatario podrá entonces intentar acciones contra el donante, sea para obligarle a cumplir una promesa o donación de futuro, sea demandando la entrega de las cosas que se le han donado de presente¹⁰⁰. Este enunciado se encuentra justificado en el artículo 1432 del Código Civil, en el cual se prescribe que se aplicarán las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias y en lo demás que no se oponga a las disposiciones de este Título, se seguirán las reglas generales de los contratos¹⁰¹.

La donación es un contrato unilateral, ello significa que tiene lugar cuando “una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna”¹⁰², a transferir gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta.¹⁰³ El consentimiento requisito de existencia de todo negocio jurídico, se forma por la conjunción de la oferta y la aceptación¹⁰⁴. “Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio”¹⁰⁵. En otras palabras, obliga al donante a transferir el dominio del objeto del contrato, desde que el beneficiario acepte la oferta; en consecuencia, a partir de ese momento se podrá exigir forzosamente su cumplimiento. De modo que, antes de la aceptación no existe relación jurídica entre las partes, que las vincule de tal manera que puedan asimilarse como deudor-acrededor. En cuanto, se trate de una donación respecto a componentes anatómicos del cuerpo humano; como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, esta figura jurídica contiene varias particularidades. Por ello, a este punto cabe preguntarse acerca de su exigibilidad como un vínculo jurídico entre el donante-donatario.

¿Es realmente un contrato, la donación de órganos del cuerpo humano entre vivos? Entiéndase por contrato, como el acuerdo de voluntades de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial¹⁰⁶. El artículo 1453 del Código Civil, lo ha colocado dentro de las fuentes de las obligaciones. Dado que con el origen de este instrumento comercial surge una de las fuentes de las obligaciones más importantes, el contrato,

⁹⁹Ramón Meza Barros, *Manual de las sucesiones por causa de muerte y las donaciones entre vivos*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1953), 531.

Artículo 1766, CC.

¹⁰⁰ Artículo 1433, CC.

¹⁰¹ Artículo 1432, CC.

¹⁰² Artículo 1455, CC.

¹⁰³ Artículo 1402, CC.

¹⁰⁴ Fausto Rico & Michel Cohen, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, (México DF: Editorial Porrúa, 2014), 68.

¹⁰⁵ Artículo 1428, CC.

¹⁰⁶ Bianca Massimo & Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil: El contrato*. (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2007), 24.

este impone su cumplimiento¹⁰⁷. Un negocio jurídico dispositivo, se perfecciona por regla general con el acuerdo de voluntades de las partes y genera obligaciones de dar, hacer o no hacer¹⁰⁸.

Si bien la donación es un contrato de derecho privado, no se puede desconocer que la evolución de los tiempos se ha inclinado porque cada vez más, el Derecho Público afecte en gran medida al Derecho de las Obligaciones¹⁰⁹. En mi opinión, teniendo en cuenta que se trata de donación de órganos del cuerpo humano, afirmar que se podría exigir forzosamente el cumplimiento resulta reprochable y contrario a principios Constitucionales sobre la dignidad humana e integridad física¹¹⁰. “El respeto y promoción de la persona, el carácter inviolable de su dignidad, son los límites infranqueables de la acción, la frontera insalvable de las técnicas aplicables a la vida humana”¹¹¹.

A lo largo del texto constitucional se hace referencia permanente a diferentes principios que contienen “valores” que fundamentarían los derechos. (...) Así los artículos 1 (Principios fundamentales), el artículo 11(Principios de aplicación de los derechos) permiten concluir, de manera provisional”, como principios más generales que contendrían esos “valores” que fundan o justifican los derechos a: la dignidad de la persona humana (...).¹¹²

Bajo la perspectiva descrita, el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana. De ahí que, donde haya vida humana debe existir el consecuente amparo Constitucional¹¹³. La reglamentación de los derechos debe responder esencialmente a dos principios fundantes, a saber: la libertad y la razonabilidad¹¹⁴. En consecuencia, para determinadas relaciones jurídicas la misma Constitución ha ordenado la creación de leyes específicas, con el fin de tutelar al individuo en circunstancias que se observe vulnerabilidad. Específicamente para los derechos relativos sobre el tema en cuestión, se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud (..) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud expresada en el derecho a disponer libremente del propio cuerpo¹¹⁵.

¹⁰⁷ Ver, Pablo Garcés, *Teoría del Negocio Jurídico*, (Medellín: Editorial UNAULA, 2017), 116.

¹⁰⁸ *Id*, 54.

¹⁰⁹ Ver, Justus Hedemann, *Tratado de Derecho Civil*. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958), 24 (traducido por Jaime Santos Briz).

¹¹⁰ Ejemplo: Contratación de donación de un riñón – A se obliga a donar un riñón a B, A días después se arrepiente de donar el riñón – B pretende exigir el cumplimiento, mediante una acción judicial amparado en las normas de derecho civil y que media entre las partes una obligación.

¹¹¹ José del Barco. *Bioética de la persona: Fundamentos éticos y antropológicos*, (Santa Fe Bogotá: Editorial Universidad La Sabana, 1998), 11.

¹¹² Farith Simon, “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana”, *Revista Iuris Dictio* 13, (2010), 27.

¹¹³ Myriam Ilva, *La persona y sus derechos*, (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2000), 118.

¹¹⁴ Juan Armagnague, *Manual de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires: Editorial Depolma, 1997), 331.

¹¹⁵ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Resulta inconcebible, que por medio de un negocio jurídico lícito se pretenda obligar a transferir el dominio de parte del cuerpo humano; como un órgano vital. En consecuencia, prima el derecho Constitucional de la integridad física sobre lo estipulado en el contrato; por tanto, la donación entre vivos que tiene como prestación órganos del cuerpo humano, bajo ninguna circunstancia es exigible jurídicamente por ser contraria a los principios fundantes del ordenamiento jurídico.

En tal sentido lo siguiente que corresponde analizar, es la naturaleza propia de este contrato. ¿Es realmente una donación? Situando fácticamente el problema, tenemos por una parte la oferta de contrato de donación de un órgano del cuerpo humano, la misma que es aceptada por el beneficiario; el contrato se perfecciona con la aceptación y nace a la vida jurídica. La siguiente pregunta que surge es, ¿Cuál es el efecto de la aceptación? Puesto que, en consideración de la naturaleza de la prestación, componentes anatómicos del ser humano, no podré exigir el cumplimiento forzoso.

En este sentido, si la aceptación no crea un vínculo jurídico el cual permita accionar contra el deudor en caso de incumplimiento. Nos preguntamos nuevamente ¿Estamos realmente frente a un contrato, el cual crea obligaciones para las partes? ¿Cuál es el efecto de la aceptación de donación de un órgano del cuerpo humano? Negar el carácter exigible de esta relación jurídica lícita conlleva a desvirtuar la naturaleza propia del contrato. En mi opinión, parecería que nos encontramos frente a una nueva figura jurídica; o se trata de una donación entre vivos sui generis con esencia revocable. Carbonier se plantea esta interrogante sobre las convenciones relativas al cuerpo humano:

Las convenciones relativas al cuerpo humano deberían someterse a un régimen jurídico autónomo y derogatorio del derecho común de las convenciones. Se impone en consecuencia la elaboración de un verdadero “estatuto del cuerpo humano”, que eliminaría las categorías jurídicas tradicionales, y también evitaría que el cuerpo desintegrado en su estructura y funcionalidad se convierta en una mercancía más que ingresa al mercado, y pueda ser sometido a sus leyes. Es un imperativo no sólo jurídico sino esencialmente ético¹¹⁶.

3.3 Revocatoria del consentimiento

Las donaciones pueden ser revocables e irrevocables, entre vivos y por casusa de muerte. La revocatoria puede ser justificada e injustificada. Nuestro Código ha hecho esta distinción de manera simplificada en el artículo 1163: “Donación revocable es la que el donante puede revocar a su arbitrio. Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos lo mismo que donación irrevocable”¹¹⁷. La revocación justificada o retractación eficaz,

¹¹⁶ Jean Carbonier, 217, en Salvador Bergel, “Bioética, cuerpo y mercado”, *Universidad El Bosque: Revista Colombiana de Bioética* 2 (2007), 141.

¹¹⁷ Artículo 1163, CC.

es el acto por el cual, el otorgante de la voluntad, unilateralmente, tiene la potestad para dejar sin efecto su disposición¹¹⁸. Consiste en estar legitimado para esta acción, y por tanto no genera ningún tipo de responsabilidad. La revocación injustificada es la retracción arbitraria en la cual ofrece una tutela al acto intempestivo de dejar sin efecto una disposición unilateralmente y en consecuencia genera el deber del resarcimiento del daño¹¹⁹.

Por regla general de donación entre vivos es irrevocable¹²⁰, así lo disponen los artículos 1163 y 1402 del CC; esto es una lógica consecuencia del carácter contractual de esta relación jurídica. Como todo contrato, no puede abolirse sino por consentimiento mutuo o por causas legales¹²¹. Excepcionalmente, la donación entre vivos puede revocarse por causa de ingratitud¹²² y en el caso de divorcio por causales¹²³. Las ofensas inferidas por el donatario a su donante, revisten de un carácter que las hace especialmente reprochables. Nada más justo que privar al donatario de las ventajas que le procuró el ofendido¹²⁴.

De manera que la revocatoria será justificada si encuentra su fundamento en una las causas legales establecidas¹²⁵. No obstante, el artículo 38 de LODTO prescribe que se podrá revocar el consentimiento en forma verbal hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica y esta no genera ningún tipo de responsabilidad. Esta norma contiene la esencia revocable de la donación entre vivos de órganos del cuerpo humano. Lo que implica; que como efecto de la revocación se podrían generar serios perjuicios al beneficiario de la donación, dado que se ha creado una justa expectativa. En el sentido, de que, como resultado de la revocación, una persona, bien podría morir por no recibir el órgano prometido por el donante, o a su vez perder la posibilidad de aceptar a otro donante. No obstante, de estas consecuencias, la norma es clara, pues, además, de que el donante pueda revocar su consentimiento deliberadamente, su actuación no generará el deber de indemnizar al agraviado.

A simple vista esta norma, genera una problemática en cuanto se libera de la responsabilidad al donante, sin causal alguna y sin tomar en cuenta los perjuicios que se podrían causar al donatario. Respecto de esta postura, en legislación comparada existe casi unanimidad y se acepta que el donante pueda revocar su consentimiento en cualquier momento. No obstante, se

¹¹⁸ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental* 11a. Ed, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993)

¹¹⁹ Matteo Della casa, "La retractación arbitraria, entre principios y remedios", *Universidad Externado: Revista de Derecho Privado* (2012), (traducido del Italiano por Pablo Andrés Moreno Cruz).

¹²⁰ Ver, Ramón Meza Barros, *Manual de las sucesiones por causa de muerte y las donaciones entre vivos*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1953), 531 (explicando régimen de la donación entre vivos).

¹²¹ *Id*, 515.

¹²² Artículo 1444, CC.

¹²³ Artículo 114, CC.

¹²⁴ Ver, Ramón Meza Barros, *Manual de las sucesiones por causa de muerte y las donaciones entre vivos*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1953), 515 (explicando la irrevocabilidad de la donación entre vivos).

¹²⁵ *Id*, 515.

cuestiona acerca de la posibilidad al menos de la reparación de los perjuicios. De manera que el donatario pueda iniciar una acción contra el donante, por los daños producidos o la legítima expectativa generada.

En relación a la indemnización de perjuicios, países como; España, Argentina y Perú se han pronunciado de la misma forma que en Ecuador, de manera que la revocatoria no genera ningún tipo de responsabilidad¹²⁶. No obstante, otros países como; Colombia y Chile aceptan que el donante revoque el consentimiento deliberadamente, empero, no tienen un texto que indique de manera expresa, que no cabe la indemnización de los perjuicios¹²⁷. En tal sentido, como no se ha negado expresamente esta acción, bien podría el donatario iniciar una acción para reclamar los perjuicios.

En esta dirección Berlinguer y Garrafa afirman que el conocimiento y la valorización del cuerpo humano constituyen una de las mayores conquistas del hombre, destacando la exigencia de crear un sistema de normas y de culturas orientadas a la tutela y a la afirmación de la dignidad corporal¹²⁸.

Se sostiene, que, al tratarse de un negocio jurídico fundado en el altruismo, solidaridad y la liberalidad del donante no cabe la posibilidad de reparar los perjuicios:

En fin, la dación de órganos 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 (...) 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

¹²⁶ Artículo 8, Real Decreto 1723 de 2012, [Por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad], Boletín Oficial España 313, de 29 de diciembre de 2012.

Artículo 27. Ley 27.447 [Ley De Trasplante De Órganos, Tejidos Y Células], Boletín Oficial Argentina No. 447 de 26 de julio de 2018.

Artículo 10, Ley 28189, [Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o tejidos humanos], Diario Oficial Peruano No. 8670, de 18 de marzo de 2004.

¹²⁷ Artículo 4, Ley 20413, [Establece normas sobre trasplante y donación de órganos], Diario Oficial Chile de 6 de enero de 2010.

Artículo 17, Decreto 2493, [Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos], Diario Oficial Colombia No. 45631, de 4 de agosto de 2004.

¹²⁸ Berlinguer en Salvador Bergel, "Bioética, cuerpo y mercado", *Universidad El Bosque: Revista Colombiana de Bioética* 2 (2007), 131.

previo al proceder quirúrgico pueda representarle una sensación de frustración al receptor, pero ello no trascenderá en el campo del derecho¹²⁹.

No obstante, en mi opinión existe suficiente fundamento para debatir esta postura. Considerando que la revocatoria del consentimiento injustificada y de último momento, este caso, genera responsabilidad civil extracontractual, propiamente por daños a la persona, como una categoría del daño moral, previsto en el artículo 2232 del Código Civil. Los daños extrapatrimoniales comprenden los daños a la persona humana y entre ellos los denominados daños a los derechos de la personalidad por derechos humanos, que abarcan el derecho a la vida y a la salud¹³⁰. Se afirma que el daño moral se infiere al violarse algunos de los “derechos personalísimos que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal; los que constituyen el derecho a la salud y la integridad sicofísica de los seres humanos”¹³¹.

A pesar de ser tan relevante la protección a la persona, no hay una técnica específica o nueva para tal fin, desde siempre, se ha acudido a la responsabilidad extracontractual¹³². Se define por la obligación de resarcir el perjuicio causado a un sujeto de derecho. Se dice tradicionalmente que un individuo es responsable, cuando sobre él pesa una obligación de indemnizar¹³³. Así lo dispone nuestro Código Civil “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”¹³⁴.

“Es bien sabido que, en este campo, la obligación de indemnizar solo nace cuando la acción u omisión culpable o negligente produce un daño imputable”¹³⁵. De este concepto nacen los elementos de la responsabilidad civil, que son: daño, hecho ilícito o antijurídico, nexo causal y culpa¹³⁶. Los mismos que serán analizados en el caso de estudio; con el fin determinar si se cumplen estos supuestos y tenga cabida la responsabilidad civil.

¹²⁹ Leonardo B Pérez Gallardo, “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, *Scielo: Revista IUS* 36 (2015), párr.

¹³⁰ Carlos Ghersi & Cecilia Weingarten, *Tratado de daños reparables* (Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2008), 214 (analiza el derecho a la integridad de la persona humana y daños).

¹³¹ Rosa Rey & Antonio Rinesi, “La ubicación del daño moral”, *Rubinzal-Culzoni: Revista de Derecho de Daños* 3 (2009), 27-28.

¹³² Elena Vicente Domingo, *Los daños corporales: tipología y valoración*, (Barcelona: Editorial José María Bosch S.A, 1994), 13.

¹³³ Jorge Peirano, *Responsabilidad Extracontractual*, (Buenos Aires: Editorial: Roque Depalma, 1954), 131.

¹³⁴ Artículo 2214, CC.

¹³⁵ Elena Vicente Domingo, *Los daños corporales: tipología y valoración*, (Barcelona: Editorial José María Bosch S.A, 1994), 13 28.

¹³⁶ *Id.*, 13.

Daño es “todo menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento sufre una persona”¹³⁷. Conforme la concepción analítica que impera la responsabilidad civil el daño es un elemento constitutivo de la misma, de tal manera que “sin daño o perjuicio no existe naturalmente, obligación de indemnizar”¹³⁸. Hasta el punto de que el acto ilícito civil es causa de obligación de indemnizar en la medida que genere un daño a otros; de manera que, no todo daño es indemnizable, sino aquel que cumple los requisitos y condiciones para ser reparado¹³⁹. Un daño es resarcible en la medida que afecte a un bien jurídico tutelado¹⁴⁰. Para el caso de estudio, el daño concreto consiste en que, como resultado de la revocatoria del consentimiento, el beneficiario de la donación, bien podría perder la vida o agravarse su estado de salud, por no recibir el órgano prometido por el donante.

La vida de una persona es el interés máximo protegido por todo ordenamiento¹⁴¹, el interés directo tutelado en esta relación jurídica, donación de órganos, es la preservación de la vida, hasta el punto de garantizar la funcionalidad de los sujetos intervinientes de forma posterior a este procedimiento¹⁴². Habrá casos de enfermedades crónicas, en los cuales su vida dependerá de un trasplante de un órgano; como, por ejemplo, los pacientes con insuficiencia renal crónica o uremia, deben someterse a diálisis¹⁴³ o a su vez a un trasplante renal, que es actualmente una intervención consolidada para el tratamiento de casos seleccionados con este diagnóstico¹⁴⁴.

La pérdida grave de una función renal, ya sea crónica o aguda, es una amenaza para la vida y exige retirar los productos de desecho tóxico y normalizar el volumen de líquido corporal y su composición. Esto puede conseguirse mediante un trasplante de riñón o por diálisis¹⁴⁵.

El donatario fundado en las declaraciones de la voluntad contenidas en el instrumento, previamente notariado, tenía la seguridad recibir un órgano en un momento determinado y conservar la vida. Que el donante revoque su consentimiento injustificadamente, producirá daños extra patrimoniales. Dentro de la categoría general de los perjuicios extra patrimoniales¹⁴⁶, se

¹³⁷ Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, (Madrid: Editorial Revista Derecho Privado., 1959), 134 (traducido por Jaime Santos Briz).

¹³⁸ María Teresa Criado, *Valoración Médico Legal del Daño a la Persona por Responsabilidad Civil*, (Madrid: Editorial MAPFRE S.A, 1995), 57.

¹³⁹ *Id*, 58.

¹⁴⁰ José Mosset, “El daño a la persona”, *Rubinzal-Culzoni: Revista de Derecho de Daños 3* (2009), 20.

¹⁴¹ Myriam Ilva, *La persona y sus derechos*, (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2000), 118.

¹⁴² Artículo 5, Resolución Ministerial 52-INDOT 2019.

¹⁴³ Keith Moore, Anne Agur & Arthur Dalley, *Fundamentos de anatomía con orientación clínica* 8ª Ed, (Barcelona: Wolters Kluwer 2015), 545 (traducido por Antonio Gutiérrez, Luis Vasallo, Fernando Fotán y Javier Vizcaíno).

¹⁴⁴ *Id*, 988.

¹⁴⁵ John Hall & Arthur Guyton. *Compendio De Fisiología Médica. 11a. Ed*, (Barcelona: Editorial Elsevier, 2008), 1088.

¹⁴⁶ Artículo 2232, CC.

trataría de un daño moral (corporal), el cual recae sobre la esfera de la integridad física de la persona, que incluso causa otros daños psicológicos fruto de este daño corporal, ya que, la víctima sufrirá con ocasión del daño, dolores, decaimiento, tristeza, frustración; así como puede verse incapacitada temporal o definitivamente¹⁴⁷.

En otro contexto, también significaría para el beneficiario de la donación, haberle creado una justa expectativa, dado que, con suficiente fundamento tenía la confianza de recibir el órgano prometido por el donante, sin embargo, por la revocatoria del consentimiento de este último, se lo ha privado de la posibilidad de aceptar a otro donante, durante el período de la aceptación e intervención quirúrgica; tomando en cuenta la difícil tarea y escasez que conlleva conseguir un candidato para la donación de un órgano vital.

El deber de no levantar falsas expectativas “se refiere cuando una de las partes negocia sin las intenciones de contratar, logrando que la otra parte descarte otras oportunidades, es lo que se ha denominado en la doctrina el costo de oportunidad. Se crea confianza sobre hechos o circunstancias que no van a suceder”.¹⁴⁸.

Un daño indemnizable también puede ser la pérdida de una chance, esta se define como “la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cuando esta chance aparece suficientemente seria”¹⁴⁹. Comprende todos aquellos casos en los que el sujeto afectado podría haber realizado un provecho o evitado una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero; generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa en la contraparte¹⁵⁰. “La pérdida de una chance implica jurídicamente una interrupción abrupta a una situación en curso, cuando la probabilidad de ganancia era verosímil, genera un daño indemnizable”¹⁵¹.

Culpa es la conducta que se hace con negligencia, de forma imprudente o con falta de conocimientos o impericia manifiesta, llevando consigo el no cumplir con los deberes de una persona a los cuales está obligado para con otra. La omisión de la diligencia debida comprende actos humanos voluntarios como involuntarios, de la que se derivan efectos antijurídicos para ser considerados como daños¹⁵². En este caso la negligencia consiste en que, como consecuencia de

¹⁴⁷ Elena Vicente Domingo, *Los daños corporales: tipología y valoración*, (Barcelona: Editorial José María Bosch S.A, 1994), 14.

¹⁴⁸ NIFA S.A c. MERCK SHARP DOHME, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional, 10 de noviembre de 2014, 51, en Luis Parraguez, “La responsabilidad precontractual por tratativas preliminares”, *Revista Iuris Dictio* 17, (2010), 209.

¹⁴⁹ Philippe Le Tourneau, *Responsabilité civile professionnelle 10ma Ed*, (Dalloz Paris, 2005), 57 punto 2.13 en Marcelo López, “Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación” *Rubinzal-Culzoni: Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2008), 7.

¹⁵⁰ Ver, Marcelo López, “Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación” *Rubinzal-Culzoni: Revista de Derecho de Daños*, (2008), 8 (definición de la pérdida de chance como un daño indemnizable).

¹⁵¹ *Id.*, 9.

¹⁵² María Teresa Criado, *Valoración Médico Legal del Daño a la Persona por Responsabilidad Civil*, (Madrid: Editorial MAPFRE S.A, 1995), 46-47.

la revocatoria del consentimiento de último momento sin causa justificada, se deriven los daños descritos en el punto anterior; menoscabos a la salud humana.

El término insuficiencia renal crónica terminal ha utilizado para el tratamiento sustitutivo de la función renal, bien mediante diálisis o trasplante¹⁵³. Con respecto al abandono del tratamiento diálisis, la toma de decisiones debe ser también individualizada, establecida por los deseos del paciente y consensuada con la valoración del equipo médico. Debe regirse por los principios bioéticos de beneficencia, no maleficencia y autonomía¹⁵⁴.

Buscar el fundamento de la responsabilidad civil equivale a indagar la razón o el motivo por el cual se está obligado a reparar el daño causado¹⁵⁵. El hecho ilícito o antijurídico es todo aquello que contraviene al ordenamiento y a las normas de conducta en general. El fundamento se encuentra en los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, ello se resume en el principio *Alterum Non Laedere*, que equivale a que nadie puede perjudicar a otro injustificadamente; para configurar este elemento se debe probar la violación al deber general de cuidado, ahí radica la contravención del ordenamiento¹⁵⁶.

Existe una transgresión a una norma expresa, artículo 10.1 “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” del Protocolo de San Salvador, y del artículo 66 numerales 2, 3 y 10 de la Constitución, donde se garantiza expresamente el respeto a la salud, integridad física y psíquica, que en este caso concreto están siendo afectadas por la revocatoria injustificada del donante.

En otro contexto, la conducta ilícita podría ser la retractación injustificada frente la justa expectativa del donatario, pues, existía una confianza fundada y cuando intempestivamente se deja sin efecto el negocio jurídico, causa un perjuicio el cual debe ser resarcido¹⁵⁷.

Cuando la no celebración de un contrato resulta arbitraria, sin causa o fundamento justo (...) las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo y atendible motivo (...) la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo¹⁵⁸.

¹⁵³ Ana Gómez Carracedo, Estefanía Arias, Muñana Concepción Jiménez Rojas, *Insuficiencia renal crónica*, (Madrid, Sociedad Española de Geriátrica), 537.

¹⁵⁴ *Id*, 538.

¹⁵⁵ Jorge Peirano, *Responsabilidad Extracontractual*, (Buenos Aires: Editorial Roque Depalma, 1954), 131.

¹⁵⁶ Ver, Jorge Peirano, *Responsabilidad Extracontractual*, (Buenos Aires: Editorial Roque Depalma, 1954), 145 (explicando fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual).

¹⁵⁷ Ver, Luis Parraguez, “La responsabilidad precontractual por tratativas preliminares”, *Revista Iuris Dictio* 17, (2010), 198 (responsabilidad precontractual por las tratativas preliminares en un negocio jurídico).

¹⁵⁸ NIFA S.A c. MERCK SHARP DOHME, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional, 10 de noviembre de 2014, 45. Cita a Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América), 309.

“Es el nexo causal, es la relación entre la causa y el efecto dañoso como resultante de la actuación negligente de un sujeto”¹⁵⁹. En el caso de la donación de órganos, es necesario hacer hincapié en el estado de salud crítico de la persona que requiere este tratamiento. Someterse a este procedimiento puede mejorar las condiciones de vida de una persona que padece una enfermedad crónica, como insuficiencia renal.

El trasplante con éxito de un único riñón de un donante a un paciente puede restaurar la función renal hasta un nivel suficiente para mantener esencialmente la homeostasis normal de líquidos y electrolitos del organismo. Los pacientes que los reciben suelen vivir más y tienen menos problemas de salud que aquellos que se mantienen con diálisis¹⁶⁰.

Al tratarse de una enfermedad crónica como la descrita, cada día que pasa es de suma importancia, puesto que, requiere de forma urgente un riñón. El donante ha hecho constar su voluntad de donar el órgano requerido por medio de un instrumento que ha sido notariado, por tanto, el donatario tiene una legítima expectativa de recibir un órgano en una fecha determinada. Empero, por revocatoria de último momento del donante, el beneficiario podría agravar su estado de salud o incluso perder la vida. En otro sentido, pudo ser que el donatario confiado de recibir el órgano prometido, perdió la oportunidad de aceptar a otro donante, durante el periodo que transcurrió entre la aceptación e intervención quirúrgica. Siendo que el daño generado fuere imputable al donante, significaría que es responsable civilmente.

4. Conclusión

Finalmente, en este punto es pertinente responder a la interrogante principal del presente trabajo ¿Es necesario modificar el artículo 38 de la LODTO? En el sentido de dar cabida a la responsabilidad civil por la revocatoria injustificada del consentimiento y de último momento. Considero que en el ámbito de los negocios jurídicos es de suma importancia el alcance de las manifestaciones de la voluntad, en los casos que constituye o no una obligación; dada las circunstancias en nuestro caso de estudio. Crear una expectativa en una persona y de un momento a otro cambiar de parecer sin ninguna justificación, me parece reprochable cuando se causa perjuicios por la revocación injustificada del consentimiento. Sin embargo, considero que esta última afirmación no es absoluta, debido a que, existen circunstancias únicas calificadas por el legislador como eximentes de responsabilidad civil; puesto que, por encima de las convenciones de las partes, se encuentran los valores superiores fundantes del ordenamiento jurídico.

¹⁵⁹ María Teresa Criado, *Valoración Médico Legal del Daño a la Persona por Responsabilidad Civil*, (Madrid: Editorial MAPFRE S.A, 1995), 46-47.

¹⁶⁰ John Hall & Arthur Guyton. *Compendio De Fisiología Médica. 11a. Ed*, (Barcelona: Editorial Elsevier, 2008), 1088.

La donación de órganos se define como un “acto altruista que hace referencia a la búsqueda del bien por el otro”¹⁶¹, es un negocio jurídico muy particular, hablar de la naturaleza jurídica del cuerpo humano y sus partes no resulta fácil, puesto que, como ha sido descrito conlleva consideraciones psicológicas, religiosas y morales. Es aún más controversial referirnos a la facultad disposición de un individuo en vida, de partes del cuerpo humano. A simple vista la verificación de la eficacia del derecho, radica en la medida que consigue sus fines o cumple con su función¹⁶². Para responder la interrogante planteada en un inicio, es menester referirnos a la finalidad o función del régimen que regula esta materia LODTO, la misma que tiene por objeto promover la actividad trasplantológica y garantizar el derecho a la salud en materia de trasplantes¹⁶³. Esta Ley se encuentra fundada en los principios de: altruismo, voluntariedad, gratuidad, transparencia, interculturalidad, solidaridad y bioética.

Derivada de la justicia, fundamentada en la igualdad, que busca el bien del prójimo; el examen moral, interdisciplinario y ético de las dimensiones de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales¹⁶⁴.

En mi opinión, por tratarse de un negocio jurídico que constituye un acto de beneficencia netamente altruista, que no persigue ningún fin más que el bien al prójimo, salvar la vida de una persona. Considerando, además, el grado de parentesco que se requiere para que opere la donación de órganos entre vivos. Resulta un poco difícil concebir la idea de aplicar una sanción a la persona que en un momento determinado ofreció su ayuda desinteresada, y sea la razón por la que fuere, ya no está dispuesto a realizar la donación actualmente. A pesar de ello, tomando en cuenta de que quienes se someten a un trasplante, son personas que tienen un estado de salud crítico; esto significa que requieren de manera urgente de un órgano para conservar su vida. Justifico la necesidad de dar cabida a la responsabilidad civil, siendo que la vida es un valor fundamental del ordenamiento jurídico; con el fin de disuadir a las personas de revocar su consentimiento en último momento y que a causa de ello pueda perder la vida una persona. Los serios daños que se generan al beneficiario de la donación, que de por sí es una persona que se encuentra enferma y situaciones como éstas agravarán su estado de salud, causándole molestias incluso psicológicas.

Considero que esta modificación va orientada a proteger a la persona en todos sus aspectos; los físicos, el estado de salud, síquicos, psicológicos, sociales, familiares. “Se trata, en fin, de iniciar el tránsito jurídico por las sendas de un humanismo que empieza a iluminar la

¹⁶¹ Ver, Yolanda Guerra García & Paula Lizette Vega Rojas, “El impacto social de la donación de órganos en Colombia”, Dialnet Military University Nueva Granada: Revista Tendencias & Retos, (2012), 105.

¹⁶² Leticia Bonifaz, El problema de la eficacia en el derecho, (México: Editorial Porrúa, 1999), 189.

¹⁶³ Artículo 1, LODTO.

¹⁶⁴ Artículo 5, LODTO.

dimensión normativa del Derecho”¹⁶⁵. Lorenzetti afirma enfáticamente “la existencia de una nueva dogmática, el daño a los derechos de la persona como una lesión a los derechos fundamentales, incluso insusceptibles de reducirse únicamente al mero daño moral”¹⁶⁶. Esta cuestión ha sido planteada en doctrina y propone la constitucionalización del Derecho de Daños¹⁶⁷, puesto que la persona humana, es el eje del Derecho, desde que se “señala como prioritaria la tutela de los derechos fundamentales”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Rosa Rey & Antonio Rinesi, “La ubicación del daño moral”, *Rubinzal-Culzoni: Revista de Derecho de Derecho de Daños* 3 (2009), 24.

¹⁶⁶ Ricardo Lorenzetti, “El daño a la persona”, *La Ley: Revista de responsabilidad civil y seguros* 9 (1995), 233.

¹⁶⁷ José Mosset, “El daño a la persona”, *Rubinzal-Culzoni: Revista de Derecho de Derecho de Daños* 3 (2009), 11 (Las voces que pregonan la constitucionalización del Derecho de Daños son muy numerosas y aparecen en casi todos los países).

¹⁶⁸ Rosa Rey & Antonio Rinesi, “La ubicación del daño moral”, *Rubinzal-Culzoni: Revista de Derecho de Derecho de Daños* 3 (2009), 23.