

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN GUATEMALA EN
RELACIÓN CON LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DONACIÓN DE
ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANAS**

NIDIA FERNANDA YAXÓN RODRÍGUEZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2023

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN GUATEMALA EN
RELACIÓN CON LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DONACIÓN DE
ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

Nidia Fernanda Yaxón Rodríguez

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto de 2023

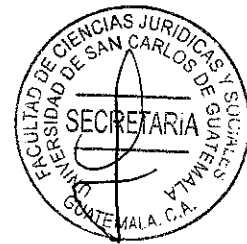
**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br. Javier Eduardo Sarmiento García
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
veinticinco de mayo de dos mil veintiuno.

Atentamente pase al (a) Profesional, MARCELA DUBÓN QUEVEDO
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
NIDIA FERNANDA YAXÓN RODRÍGUEZ, con carné 201502350,
intitulado VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN GUATEMALA EN RELACIÓN A LA
REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DONACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CELULAS HUMANAS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



ASTRID JEANNETTE LEMUS RODRÍGUEZ
Vocal I en sustitución del Decano



Fecha de recepción 05 / 08 / 2021

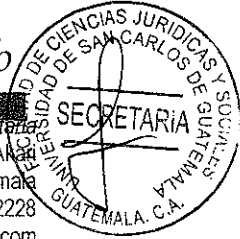
f)

Marcela Dubón Quevedo
Asesor(a)

(Firma y Sello)

Cieda. Marcela Dubón Quevedo
ABOGADA Y NOTARIA



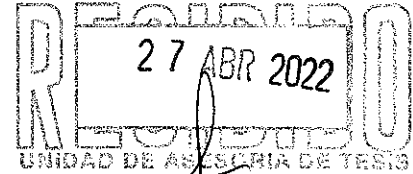


Licenciado Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

Guatemala, 27 de abril de 2022.

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES**

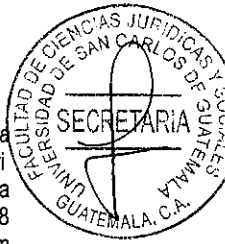


Hora: _____

Firma: _____

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de emitir dictamen, de conformidad con el nombramiento para asesorar el trabajo de tesis emitido el 25 de mayo del año 2021, en mi calidad de asesora de la maestra de educación primaria **NIDIA FERNANDA YAXÓN RODRÍGUEZ**, carné 201502350 del trabajo de tesis intitulado **“VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN GUATEMALA EN RELACIÓN A LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DONACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CELULAS HUMANAS”**. Por lo que después de revisar el trabajo en mención y de llevar a cabo una serie de modificaciones me complace manifestar lo siguiente:

1. **Contenido científico y técnico de la tesis:** En la misma se analizan aspectos jurídicos importantes relativos a la donación de órganos, tejidos y células humanas, tanto en la legislación nacional como internacional, así como doctrina en la materia y análisis comparado respecto a legislaciones vigentes en diversos países. A nivel internacional se analizaron sobre todo, los “Principios rectores de la donación y trasplante de órganos, tejidos y células humanas” y a nivel nacional la Ley para la Disposición de órganos y tejidos humanos Decreto 91-96 del Congreso de la República y la iniciativa de ley que actualmente se discute, identificada como Iniciativa 4712.
2. **Metodología y técnicas de investigación utilizadas:** Los métodos utilizados fueron: deductivo, analítico e inductivo, mediante los cuales se logró comprobar su hipótesis planteada, a partir del análisis de la normativa internacional vigente, contrastada con la normativa nacional, la cual evidentemente se encuentra desactualizada. Las técnicas utilizadas para el acceso a la información fueron la documental y la revisión bibliográfica.
3. **Redacción:** La redacción utilizada en la elaboración de la investigación es adecuada, en virtud que se utilizó un lenguaje claro, conciso, técnico y comprensible para el lector, conforme a las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
4. **Contribución científica:** La investigación presenta diversos aportes en el ámbito normativo de la salud pública, específicamente respecto a lo relacionado con la disposición y trasplante de órganos y tejidos humanos, con la perspectiva de mejorar la salud de los ciudadanos guatemaltecos, encuadrándolo en el ejercicio de los derechos a la salud y a la vida, de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala.


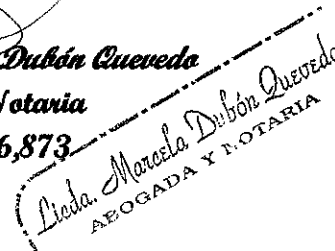


Abogada y Notaria
14 Ave. A 0-47 zona 2 de Mixco, Urbanización González, Apto 11 D Edificio Akari
Mixco, Guatemala
Tel. 59672228
marceladubon@gmail.com

5. **Conclusión discursiva:** La conclusión elaborada es correcta, en virtud que la maestra de educación primaria expone de forma sintética y concisa las deficiencias normativas que actualmente se padecen en Guatemala, las cuales provocan una serie de limitaciones en el acceso al derecho a la salud de pacientes que requieren de un trasplante de órgano o tejido humano para preservar su vida, proponiendo una pronta aprobación por parte del Congreso de la República de una ley actualizada en esta materia, y así garantizar el derecho a la vida y a la salud de miles de ciudadanos y ciudadanas guatemaltecas, que atraviesan problemas de salud que impiden su pleno desarrollo humano.
6. **Bibliografía utilizada:** Considero que la bibliografía utilizada es amplia y adecuada para tratar el tema, asimismo, es valiosa fuente de información y de gran utilidad para consulta de estudiantes y profesionales que puedan llegar a interesarse en el tema.
7. **Título de la investigación:** Se hace constar que producto de la asesoría al trabajo de tesis, la suscrita orientó para que se modificara el título del mismo, debido a que se debía adecuar a la forma correcta de utilizar el conector "en relación con...", quedando de la siguiente manera: **VIOLACIÓN AL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN GUATEMALA EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DONACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANAS.**
8. Declaro expresamente que no tengo parentesco dentro de los grados de ley con la maestra de educación primaria NIDIA FERNANDA YAXÓN RODRÍGUEZ.

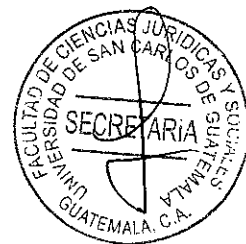
En virtud de lo expuesto, a mi consideración, el trabajo de tesis cumple con los requisitos para su aprobación, de conformidad con el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que, en mi calidad de asesora, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el mismo continúe el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted,


Ms. Marcela Alicia Dubón Quevedo
Abogada y Notaria
Colegiado 16,873


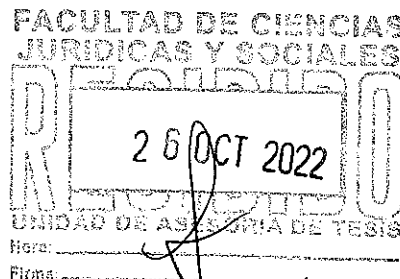


USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala, 26 de octubre de 2022

DOCTOR CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS:

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE** respecto de la tesis de **NIDIA FERNANDA YAXÓN RODRÍGUEZ** la cual se titula **VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN GUATEMALA EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DONACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANAS.**

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que, a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Marvin Omar Castillo García
Docente consejero de la Comisión de Estilo

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 – Guatemala, Guatemala





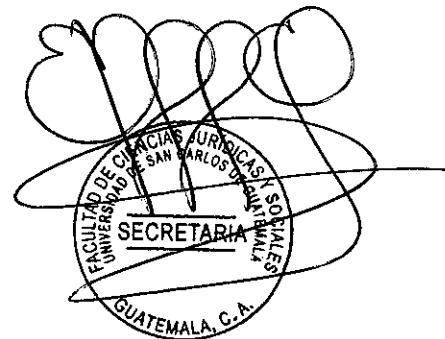
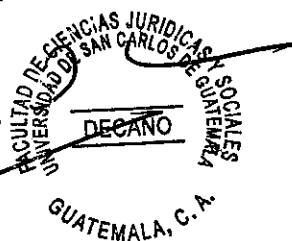
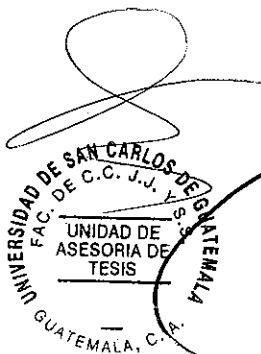
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, cinco de mayo de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante NIDIA FERNANDA YAXÓN RODRÍGUEZ, titulado VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN GUATEMALA EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DONACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANAS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi fuente de inspiración y darme la fortaleza para continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados.

A MI PADRE:

Rolando Yaxón Zavala, gracias por inculcar en mí el ejemplo de trabajo y valentía, gracias por apoyarme en la realización de mis sueños.

A MI MADRE:

Karla Fabiola Rodríguez García, gracias por tu apoyo incondicional, por siempre creer en mí, por ser mi modelo de humildad, esfuerzo y sabiduría, eres mi mayor bendición.

A MIS HERMANOS:

Pamela y Rafa, por su ayuda siempre desinteresada, consejos y paciencia.

A MI FAMILIA:

Por estar conmigo en todo momento, porque con sus oraciones, consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona.

A MIS AMIGOS:

Por las alegrías y solidaridad en momentos de esfuerzo e incondicionalidad en situaciones de apremio.



A:

Alejandro López, por su paciencia, amor y comprensión, gracias por nunca cortarme las alas, por apoyarme y creer en mí.

A:

Todas las personas que son diagnosticadas con alguna malignidad y cuyo tratamiento ameriten trasplante de órganos, a que pronto reciban un regalo de vida.

A

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, por ser mi casa de estudio y fuente de conocimiento.



PRESENTACIÓN

La donación de órganos y tejidos humanos de una persona tiene como fin médico, ser trasplantados a otra persona que tiene el mismo órgano o tejido deteriorado, atendiendo a la compatibilidad entre ambos. El objeto a tratar en el presente trabajo de investigación será una evaluación a la legislación vigente guatemalteca que regula la disposición de órganos, células y tejidos humanos, con el fin de determinar las características básicas y particularmente describir las deficiencias normativas internas en la materia, el trabajo de investigación se sitúa dentro de un período de tiempo del 13 de noviembre de 1996 al 10 de marzo de 2021, enfocando como sujetos principales de la investigación a todas aquellas personas que padecen de cáncer u otras enfermedades crónicas cuyo tratamiento amerite trasplante de órganos donados.

El tipo de investigación realizada atiende al enfoque cualitativo, ya que comprende la evaluación de la donación de órganos y tejidos, y el análisis de instrumentos legales que dan lugar a la necesidad de ampliación de la regulación en el campo médico legal en Guatemala en contraste con el ordenamiento jurídico nacional vigente, el trabajo de investigación se determina como una rama perteneciente al derecho constitucional por la razón que éste establece los derechos fundamentales amparados en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que se requiere interés especial en el derecho a la vida y en el derecho a la salud, enfatizando en las obligaciones tanto de abstención como de promoción que posee el Estado para garantizar y promover estos derechos fundamentales.

Como aporte académico se busca darle al lector las herramientas necesarias para comprender la íntima relación entre la medicina y el derecho, desarrollando acciones que tiendan a promover, rehabilitar y recuperar la salud de las personas, para lo cual es indispensable la emisión de instrumentos legales que viabilicen la donación de órganos y tejidos humanos en Guatemala.

HIPÓTESIS



Actualmente el Estado de Guatemala violenta el derecho a la vida y a la salud de sus habitantes debido a la poca eficacia observada en la regulación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas. En virtud que la legislación vigente no se adecua a las medidas que a nivel nacional y estándar internacional se requieren en la materia, generando efectos negativos en la accesibilidad universal a la salud y en el deber del Estado de garantizar la vida a los guatemaltecos; propiciando la vulneración en este sentido del derecho a la vida y a la salud de personas que padecen enfermedades crónicas a recibir un trasplantes, ya que la normativa no se encuentra apegada a la realidad socio jurídica del país.

Por lo que es esencial recomendar que a través del Congreso de la República de Guatemala se reformen las condiciones de la legislación vigente, en este caso el Decreto 91-96 Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, regulando un cuadro normativo que permita realizar los trasplantes con las garantías necesarias.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



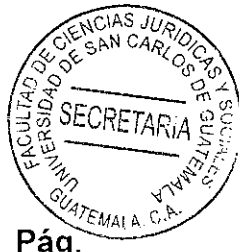
Tras finalizar la investigación, se comprobó que efectivamente se violenta el derecho a la vida y a la salud, ya que se ve vulnerado por el Estado de Guatemala, en virtud que existe la necesidad de trasplantes de diferentes órganos y tejidos humanos y derivado de la legislación vigente en la materia no todos los órganos pueden ser donados y trasplantados, repercutiendo de forma negativa en el derecho a la vida que le asiste a toda la población guatemalteca, y en consecuencia, vulnera la salud de los receptores en espera de un trasplante de órganos o tejidos, como lo establece la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos.

En relación con lo anterior, por el trabajo realizado con la comparación y análisis de las disposiciones jurídicas de los países de México, España y Costa Rica, existen diversos criterios que consolidan el sistema de donación y trasplantes. En efecto, dicho sistema en algunos países que fueron objeto de la investigación, son más apropiados y las desventajas son casi nulas, mientras que en otros países ni siquiera se protegen los intereses de los receptores y donantes, como es el caso de Guatemala.

Los métodos utilizados dentro de la investigación para la comprobación de la hipótesis fue el método deductivo por obtener los conocimientos generales de la donación de órganos y tejidos y como resultado particular el estudio sobre la vulneración del derecho a la vida y a la salud en la materia. Así mismo, se utilizó el método inductivo en base en la elaboración de la conclusión discursiva en la donación de órganos y tejidos humanos.

El método analítico fue aplicado gracias a que se pudo desarrollar los elementos, caracteres y supuestos para el estudio de los donadores potenciales de órganos y tejidos y todos aquellos requerimientos esenciales que hacen posible su eficacia y eficiencia. Por último, se efectuó el método comparativo, al obtener información sobre legislaciones de otros países sobre su regulación acerca de la donación de órganos y tejidos y se comparó dicha información con la regulación guatemalteca.

ÍNDICE



Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	1
1.1. Derecho constitucional.....	1
1.1.1. Antecedentes.....	1
1.1.2. Definición.....	5
1.1.3. Principios del derecho constitucional.....	6
1.1.4. Jerarquía constitucional.....	10
1.1.5. Tratados internacionales.....	11
1.2. Derechos Humanos.....	13
1.2.1. Antecedentes.....	14
1.2.2. Definición.....	15
1.2.3. Principios de los Derechos Humanos.....	16
1.2.4. Clasificación generacional de los Derechos Humanos.....	20
1.3. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	22
1.3.1. Antecedentes.....	22
1.3.2. Definición.....	23
1.3.3. Sistemas de protección.....	24
1.4. Derecho a la vida.....	27
1.5. Derecho a la salud.....	30

CAPÍTULO II

2. Regulación Internacional sobre la donación y trasplante de órganos, tejidos y las células humanas.....	33
---	----

2.1. Principios rectores de la donación y trasplante de órganos, tejidos y Células humanas.....	34
2.1.1. Primer principio rector: consentimiento del fallecido.....	34
2.1.2. Segundo principio rector: práctica libre de conflicto de interés.....	37
2.1.3. Tercer principio rector: donación eficaz.....	38
2.1.4. Cuarto principio rector: protección a menores e incapaces.....	42
2.1.5. Quinto principio rector: gratuidad.....	44
2.1.6. Sexto principio rector: publicidad regulada.....	46
2.1.7. Séptimo principio rector: responsabilidad y ética médica.....	47
2.1.8. Octavo principio rector: honorarios razonables por procedimiento..	49
2.1.9. Noveno principio rector: criterios clínicos y normas éticas.....	50
2.1.10. Décimo principio rector: supervisión y seguimiento.....	51
2.1.11. Décimo primer principio rector: transparencia.....	52

CAPÍTULO III

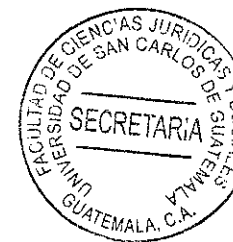
3. La donación en general: la donación en la ley civil guatemalteca y donación y trasplante de órganos y tejidos humanos.....	57
3.1. La donación en la ley civil guatemalteca.....	57
3.1.1. Antecedentes.....	58
3.1.2. Definición.....	60
3.1.3. Análisis jurídico.....	61
3.1.4. Clases de donación.....	63
3.1.5. Fines.....	65
3.2. Donación de órganos, tejidos y células humanas.....	65
3.2.1. Antecedentes normativos en Guatemala.....	66
3.2.2. Aspectos generales de la normativa vigente.....	69
3.2.3. Donación de órganos, tejidos y células humanas.....	71
3.2.4. Tipos de donación según la doctrina.....	74
3.2.5. Requisitos generales según la normativa vigente.....	76



3.2.6. Trasplante.....	
------------------------	--

CAPÍTULO IV

4. Violación del derecho a la vida y a la salud en Guatemala en relación con la regulación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas.....	85
4.1. Análisis del Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos.....	85
4.1.1. Análisis jurídico.....	86
4.1.2. Autorización <i>post mortem</i>	87
4.1.3. Edad mínima para la donación entre vivos.....	88
4.1.4. Consentimiento para la donación entre vivos.....	88
4.1.5. Receptores.....	89
4.2. Derecho comparado.....	90
4.2.1. México.....	91
4.2.2. Costa Rica.....	92
4.2.3. España.....	94
4.3. Deficiencia en la legislación guatemalteca.....	95
4.3.1. Necesidad de reforma legal.....	99
4.4. Regulación vigente en Guatemala en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas.....	101
4.4.1. Violación del derecho a la vida y a la salud en Guatemala en relación con la regulación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas.....	101
4.4.2. Análisis de la investigación.....	103
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	109



INTRODUCCIÓN

La donación de órganos y tejidos humanos ha sido una práctica que ha tenido un gran desarrollo científico en la comunidad médica, que paulatinamente se ha regulado en los ordenamientos jurídicos de cada país, de conformidad con los valores, y avances médicos por lo que ha sido posible la donación y trasplante. Sin embargo, la no actualización o reforma a dichos cuerpos normativos, y la falta de educación de la población en la práctica de ser donante en vida o después de su fallecimiento, es causa evidente del atraso de la donación de órganos y tejidos y en consecuencia que las operaciones de trasplantes sean limitadas en el país.

Guatemala se ha caracterizado por presentar una normativa técnicamente deficiente, ya que atiende a la Ley para Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto 91-96, por ser una ley que no ha sufrido modificación alguna después de veinticinco años de haber entrado en vigencia. En consecuencia, una normativa desfasada e insuficiente obstaculiza la donación de órganos y tejidos, generando vulneraciones y peligros a la vida y a la salud de las personas que padecen enfermedades crónicas y que no pueden adquirir este tipo de proceso por falta de un marco normativo que se los facilite desde el aspecto regulatorio, como en el ámbito institucional público, lo cual también emana del contenido de la norma.

El objetivo que dio origen al trabajo de investigación y que se determinó estuvo relacionado con comprobar que el Estado de Guatemala está violentando el derecho a la vida y a la salud en relación con la regulación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas. Se comprobó que Guatemala presenta altos índices de enfermedades que ameritan trasplantes de órganos donados, y hasta el momento no todos los órganos pueden ser donados y trasplantados por las deficiencias que presenta la actual legislación en la materia.

La presente tesis está contemplada en cuatro capítulos: En el capítulo uno se expondrá la base jurídica Constitucional debido a que es dicha normativa en la que se garantizan

los derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y el derecho a la salud, en este sentido, que es el Estado el obligado a garantizarlos. Así mismo se desarrolla contenido relacionado con los Derechos Humanos, en virtud que se encuentran inmersos dentro de los derechos fundamentales amparados por la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que servirá de marco jurídico a los derechos que se reconocen en un ordenamiento a los seres humanos en materia de donación de órganos y tejidos. Se presenta a su vez el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debido a que por medio de éste se establecen los mecanismos que a nivel internacional, regional y nacional existe para la protección del derecho a la vida y a la salud.

En el capítulo dos se estudiará la regulación internacional sobre la donación y trasplantes de órganos, tejidos y células humanas, el cual contiene los principios rectores de la Organización Mundial de la Salud que servirán de modelo en la legislación guatemalteca. En el capítulo tres se hará un acercamiento jurídico a la donación en general estudiándola primeramente desde la perspectiva de la ley civil guatemalteca donde se considera como una acción contractual, y luego, abordando los aspectos más generales de la donación de órganos, tejidos y células humanas. En el capítulo cuatro se estudiará lo relativo a la violación del derecho a la vida y a la salud en Guatemala en relación con la regulación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas.

Durante el desarrollo de la investigación se emplearon los métodos y técnicas de investigación científica siguientes: método deductivo, el método analítico y el método inductivo. Así mismo, se utilizaron técnicas documentales y bibliográficas para el acceso a toda información referente al tema. Para finalizar, mediante el estudio que a continuación se presenta, se pudo establecer la necesidad de que el Estado Guatemalteco por medio de su ordenamiento jurídico respete y promueva la tutela de los derechos humanos solventando las deficiencias normativas y estableciendo el cumplimiento de estándares internacionales en materia de donación de órganos.

CAPÍTULO I



1. Derecho constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El estudio tanto del derecho constitucional, derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos, ha sido efectuado profundamente por diversos autores y legisladores a través del tiempo, y para ello, ha formulado un sinnúmero de criterios, postulados y teorías, que no solamente atañen a estas ciencias jurídicas, sino que también al Estado.

1.1. Derecho constitucional

El derecho constitucional es la esencia de un Estado, pues de esta rama del derecho se estructura el mismo, así como también le fija sus obligaciones. Sin embargo, para llegar a tal jerarquía el derecho constitucional tuvo que afrontar múltiples etapas hasta llegar a desarrollarse plenamente.

1.1.1. Antecedentes

La Constitución Política de la República de Guatemala tiene dos grades concepciones: su naturaleza política y su aspecto normativo, concepciones que han primado para la creación de sus instituciones, principios, normas jurídicas y doctrinas en las cuales se



ha fundamentado para la creación de todas sus disposiciones legales. El concepto político ha primado en la evolución histórica incipiente, partiendo de la idea de que la constitución es el gran documento para regular el fenómeno político, estableciendo límites al poder. “En Grecia se presentaban dos criterios acerca de la constitución, ante todo, como la organización básica del Estado, asimilándola al organismo del ser humano: por ello se habla de criterio o concepto material, el que también es llamado sustantivo u orgánico y segundo bajo el criterio aristotélico, como el principio que imprime validez a las demás normas.”¹

El derecho constitucional, considerado como rama del derecho público, nace como una disciplina autónoma y sistemática “El derecho constitucional, como disciplina jurídica autónoma, no nació sino a fines del siglo XVIII y principios del XIX, con ocasión, de las grandes transformaciones políticas ocurridas en Norteamérica y Europa” ² lo que origina la rama de la ciencia jurídica llamada derecho constitucional. A partir de este momento se elabora y sistematiza una nueva disciplina jurídica, que es la rama del derecho público que estudia la organización de la soberanía, las formas del gobierno, la ordenación de los poderes, los derechos y garantía de los habitantes en sus relaciones con el Estado.

El nacimiento del constitucionalismo en el siglo XIX fue un factor determinante para consolidar a la comunidad de Estados en la Era Moderna. Es en esa época en la cual se delimita su objeto de estudio, describiendo de manera precisa y ordenada los

¹ Dorantes Tamayo. **Filosofía del derecho**. Pág. 100

² García Mauricio y Aguirre Carlos. **Derecho Constitucional Guatemalteco**. Pág.131.



alcances y significados de las normas e instituciones constitucionales de la organización política denominada Estado.

Sin embargo, este llano concepto, inicia a redimensionarse y se desarrolla la idea de Constitución como norma suprema fundamental de un sistema jurídico, norma jurídica que legitima el poder político, que es suma de valores fundamentales que expresa el proyecto político de una nación y que desarrolla políticas legislativas. Actualmente prima este concepto normativo ya que tanto los gobernantes y gobernados deben respetar los principios laicos contenidos en la constitución.

A decir García Mauricio y Aguirre Carlos, ya en el siglo XVIII, tras las revoluciones liberales de Europa y Norteamérica y a raíz del pensamiento iluminista se elabora y sistematiza el derecho constitucional como una nueva disciplina jurídica, cuyo fin es el estudio de la organización de la soberanía, las formas del gobierno, la ordenación de los poderes, los derechos y garantía de los habitantes en sus relaciones con el Estado. El derecho constitucional, nace como disciplina jurídica autónoma, con el afán de preservar al individuo de la omnipotencia de la autoridad pública.

Hans Kelsen inicia reconociendo la superioridad de la constitución sobre las demás normas jurídicas, con la consiguiente articulación de un mecanismo procesal para la defensa de la adecuación a aquélla del resto del ordenamiento jurídico nacional. Según Kelsen la constitución debía ser objeto de protecciones porque representaba la estabilidad del Estado, pero no porque tuviera un contenido normativo particular, sino porque, el verdadero valor que debía protegerse era la estabilidad constitucional.



“La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; ella deriva el principio de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su caracteres esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental.”³ una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma.

Tanto en su aspecto orgánico, como en su rol de norma fundadora del ordenamiento jurídico, las constituciones en el mundo han instaurado un sistema normativo legal que vigila y coacciona el actuar de los habitantes de la misma, la función del gobierno, así como las instituciones estatales, lo cual constituye la base fundamental del actual Estado de derecho.

Se considera que la Constitución Política de la República de Guatemala es el principal medio e instrumento concebido por el derecho público moderno a fin de lograr su objetivo: someter el proceso político a reglas jurídicas a fin de conseguir el control del poder estatal.

Se encuentra en el penáculo del ordenamiento jurídico guatemalteco, y cualquier ley o tratado que contradiga sus disposiciones constitucionales se van a considerar nulas de pleno derecho.

³Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho.** Pág. 137.



1.1.2. Definición

“Derecho constitucional es la rama del derecho público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan.”⁴ Esta definición distingue dos grandes elementos del contenido constitucional, la regulación del poder político y el reconocimiento de libertades fundamentales inherentes a la persona humana.

Bielsa define el derecho constitucional como una rama del derecho público que regula el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y las declaraciones, derechos y garantías de los habitantes como los miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros de un cuerpo político. Nuevamente se observa la bifurcación entre el poder político y los derechos fundamentales de la población.

Ossorio indica que el derecho constitucional es la rama del derecho público, que tiene por objeto la organización del estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos, y las instituciones que las garantizan. Otra definición que se consolida en indicar las dos grandes cargas normativas constitucionales, la orgánica en cuanto al orden y límite al poder y la dogmática en cuanto a derechos y garantías.

⁴ Vélez Olano, Carlos Alberto. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Pág. 36



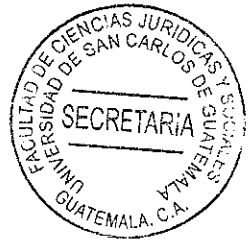
Es de suma importancia abordar lo relativo al derecho constitucional, siendo una rama del derecho público y considerado por muchos tratadistas como un derecho de orden político, en el caso de Guatemala en la Constitución Política de la República de Guatemala, vigente a partir de 1986, se regulan los principios de jerarquía constitucional, legalidad e igualdad, así mismo los derechos fundamentales tanto civiles como económicos y culturales, así como las pautas, límites y controles al poder político y a la administración pública y las garantías constitucionales, como su parte pragmática para hacer efectivo su contenido en la vía procesal.

En ese sentido se logran evidenciar cuatro elementos esenciales inherentes al concepto Constitución: "La organización política del estado; El funcionamiento del estado; La esfera de competencia de las autoridades del estado y Las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal".⁵ Adicionalmente como en el caso de Guatemala el derecho constitucional regulará en su aspecto pragmático lo relativo a las acciones y garantías procesales para hacer efectivo el contenido de la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.1.3. Principios del derecho constitucional

El derecho constitucional, se encuentra regido por una serie de principios que lo orientan y permiten su correcta interpretación. En este caso al momento de aplicar las normas constitucionales, puede ser que algunas circunstancias no se encuentren bien delimitadas, y es allí donde entran a fungir los principios.

⁵ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo Ernesto Ritcher, **Derecho Constitucional**. Pág. 8



Principio de supremacía constitucional

La Constitución Política de la República de Guatemala desde su preámbulo, fuente de interpretación, establece el respeto y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, en donde gobernantes y gobernados actúan con absoluto apego a la ley.

Este es un principio teórico del derecho constitucional que postula Miguel Ángel Dalla Vía, según el autor se debe ubicar a la Constitución Política de la República de Guatemala jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir sobre ese país. En ese sentido se advierte que la jerarquía normativa está íntimamente ligada a la supremacía constitucional, pues es la organización infra-normativa de todo el ordenamiento jurídico por debajo y concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala lo que se asigna el carácter de norma suprema.

Por medio de este principio se reconoce que, la Constitución Política de la República de Guatemala es la norma suprema y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico y que cualquier norma que la contradiga es incluso susceptible de ser excluida del sistema por medio de una inconstitucionalidad general y considerarse nula de pleno derecho, operando en estos casos la Corte de Constitucionalidad como un legislador negativo. Todas las normas del ordenamiento jurídico deben adecuarse a la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que el sistema normativo que contiene sirve para el control de constitucionalidad.



Principio de legalidad

“Es aquel principio que indica que todo acto o resolución debe estar fundamentado en ley.”⁶ En ese sentido se advierte que la ley opera como un parámetro de aquello que puede realizarse o no en una determinada circunscripción territorial, tanto por los habitantes y ciudadanos, como por las autoridades de gobierno y de la administración pública.

En el caso de Guatemala, el principio de legalidad emana precisamente del contenido constitucional y se evidencia en dos formas. En primer término, conforme el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual regula, que todo aquello que no está prohibido por la ley es permitido, en ese sentido, los ciudadanos encuentran total libertad de realizar toda conducta de la cual no exista una prohibición normativa expresa.

Por otro lado, el principio de legalidad opera de forma inversa para aquellos que forman parte del poder político o de la administración pública, pues el Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala contempla la sujeción a la ley de la función pública y establece que aquellos quienes ejercen función pública podrán actuar única y exclusivamente dentro del marco de sus funciones contenidas en norma, por ende, inversamente a los ciudadanos, los funcionarios solo podrán hacer aquello que la ley les permite.

⁶ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Derecho Constitucional y Procesal Constitucional**. Pág. 44.



Es un principio fundamental en virtud que la misma Constitución Política de la República de Guatemala obliga al cumplimiento de la ley en todas las esferas de la vida civil y política, estableciendo esa validez y positividad al ordenamiento jurídico interno y confiriendo por el Artículo 157 constitucional la reserva de ley al Congreso de la República de Guatemala.

Principio de limitación

Este principio establece lo relativo a que “Los derechos constitucionales, en razón de no tener carácter absoluto, encuentran límite en las leyes que reglamentan su ejercicio, en atención a las razones de bien público y de interés general que justifican su reglamentación.”⁷ Este es el primer principio limitativo de la constitución, que orienta a que su poder no es omnímodo y que las libertades civiles, económicas, sociales y culturales no son ilimitadas.

Es de importancia anotar que si bien el Estado reconoce un conjunto de derechos y libertades a sus ciudadanos, también lo es que, en la esfera social dichos derechos encuentran límites, tanto en el respeto a los derechos en interferencia intersubjetiva, como ocurre ante coaliciones de derechos entre dos o más personas, como en el ejercicio abusivo de las libertades, como sucede por ejemplo en actos violentos amparados bajo la libertad de manifestación o el derecho de petición ante el irrespeto de los plazos fatales de ley. Ante estas circunstancias los derechos deben ser limitados por el Estado.

⁷ Quiroga Lavié, Humberto. **Curso de Derecho Constitucional**. Pág.35



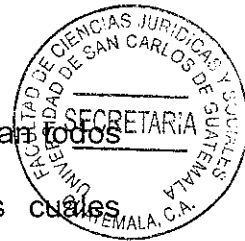
1.1.4. Jerarquía constitucional

Para hablar de jerarquía constitucional es indispensable remitirnos nuevamente a las ideas de Hans Kelsen, el orden de la pirámide de Kelsen se constituye en razón de tres elementos: el primero, el contenido de las normas jurídicas, en virtud del cual el legislador puede determinar el segundo, o sea, la designación formal del escalón que tal norma ocupará en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, tal orden no será suficiente para lograr una verdadera cohesión, si no se establece cual es el vínculo que relaciona una norma de un grado superior con la de otra inferior.

Es aquí donde surge el tercer elemento integrador de la pirámide, y nos referimos a la relación que existe entre una norma supraordinada y norma subordinada. “Esta relación no es creada, sino que es intrínseca de toda norma jurídica, intrínseca porque la aplicación de una norma jurídica superior crea forzosamente otra norma de un grado inferior.”⁸

La jerarquía constitucional es de suma importancia en virtud que surge la necesidad de preservar la armonía en un sistema por medio del orden jerárquico de las distintas clases de normas, en este caso la constitución la cúspide de la pirámide como norma suprema de las demás, de tal manera que esta impone la validez de las normas de menor jerarquía, careciendo estas últimas de validez si contradicen a la Constitución Política de la República de Guatemala, pudiendo ser expulsadas del derecho vigente.

⁸Castro Quiñonez, Arabella. **Propuesta de jerarquización del ordenamiento jurídico guatemalteco.** Pág. 68.



Es así como en la Constitución Política de la República de Guatemala se regulan todos los derechos fundamentales, valores, principios, poderes y garantías, los cuales orientan la finalidad de la normativa interna y establecen límites al regular esferas protectorias que no pueden ser transgredidas por leyes ni reglamentos. En ese sentido la Constitución Política de la República de Guatemala no solo regula el procedimiento de formación y sanción de la ley que determinará si una ley es válida y vigente, sino que además inspira su contenido y establece derechos y garantías mínimas e irrenunciables en cada rama del derecho.

1.1.5. Tratados Internacionales

La protección a los derechos humanos se sustenta en instrumentos internacionales y en las constituciones de cada Estado. Sin embargo, se advierte que ante la constante evolución de los derechos humanos la constitución desde una interpretación estática y hermenéutica no permite adecuarse a estándares proteccionistas mayores. A raíz de lo anterior el concepto de bloque de constitucionalidad surge en Francia como instituto de nivel normativo superior a las leyes, concepto que ha tenido una considerable evolución en su doctrina.

Aplicado en diversos Estados nacionales por medio de sus constituciones, termina por ampliar la fuerza normativa e interpretación constitucional, así como reforzar el control de constitucionalidad que se direcciona para la protección y garantía de los derechos humanos. El debate acerca de la recepción del derecho internacional de los derechos

humanos en cada ordenamiento jurídico suele desarrollarse por la jurisprudencia de las altas cortes constitucionales.



En el devenir jurisprudencial en la mayoría de los países de Latinoamérica la discusión se ha centrado en determinar cuál es el rango normativo que se asigna a los tratados sobre derechos humanos en la pirámide normativa. Las divergencias jurisprudenciales respecto del rol de los tratados internacionales como parámetro de constitucionalidad y su incorporación sustantiva han sido una constante en avances jurisprudenciales, incluyendo a Guatemala a través de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

La evolución del concepto de bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte de constitucionalidad de Guatemala parte desde un incipiente reconocimiento de que la protección a derechos humanos abarca no solo los reconocidos expresamente en el texto constitucional sino aquellos recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, razonamiento amparado en la Constitución Política de la República de Guatemala así como el carácter finalista, colocando al hombre como fin último que se recoge en su preámbulo. Posteriormente la corte reafirmará este concepto reconociéndolo de forma expresa, desarrollándolo, a manera de establecer con certeza cuales normas e instrumentos internacionales pueden ser parte del bloque constitucional y estableciendo su función clara como parámetro de constitucionalidad.

En ese sentido, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, según la Corte Constitucional de Colombia, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de

constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia constitución y que, por ende, pasan a formar elementos de su contenido y ámbito de protección.

El concepto recoge elementos esenciales: en primer término, que debe ser entendido como un conjunto, un cuerpo o una serie de normas, principios y disposiciones que poseen en común el ser de contenido proteccionista a derechos humanos. De igual forma, un elemento esencial del concepto es el de servir como parámetro, es decir, un elemento que permite medir, qué tanto se encuentra una disposición en armonía con los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. En síntesis, el bloque de constitucionalidad recopila todo instrumento que recoge las libertades y derechos humanos, otorgándole rango constitucional, no solo en jerarquía sino sobre todo como parámetro para otras disposiciones de derecho interno de los Estado.

1.2. Derechos Humanos

Los derechos humanos son normas que reconocen y protegen la dignidad de todos los seres humanos. Estos derechos rigen la manera en que los individuos viven en sociedad y se relacionan entre sí, al igual que sus relaciones con el Estado y las obligaciones del Estado hacia ellos.



Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente. Legalmente, se reconocen en el derecho interno de numerosos Estados y en tratados internacionales.

1.2.1. Antecedentes

Los derechos humanos nacen de los incipientes acuerdos europeos que establecieron regulaciones de la autoridad, entre los que se suelen destacar la Carta Magna inglesa de 1215 y la Carta de Derechos británica de 1688, que limitaban el poder del monarca, para repartirlo con la nobleza. A su vez, el Acta de Habeas Corpus de 1679, también acordado en Inglaterra, obligó a las autoridades a dar cuenta de las personas privadas de libertad.

Entre los siglos XVII y XVIII se consolidaron las diversas corrientes del pensamiento liberal que promueven los derechos naturales del hombre y el gobierno de las leyes como resultado del acuerdo entre ciudadanos o el denominado contrato social, que implica ese acuerdo de voluntades entre los miembros de una sociedad para el reconocimiento de una autoridad y a leyes expresas, “A finales del siglo XVIII, las burguesías emergentes de Francia y las colonias británicas en América se alzaron contra el poder absoluto de los monarcas, dando lugar a las primeras declaraciones de derechos del hombre.”⁹

⁹ Fundación Juan Vives Suriá. **Derechos humanos: historia y conceptos básicos**. Pág.16.



No siempre se habló de derechos humanos, pero si entendemos los derechos humanos como todos aquellos que nos permiten disfrutar plenamente de nuestra condición de seres humanos, de nuestra dignidad e integridad.

Lo anterior evidencia que la idea de derechos humanos es tan antigua como la propia historia de las civilizaciones, habiéndose manifestado en distintas culturas y momentos históricos sucesivos, en hechos donde se ha afirmado la dignidad de la persona humana y en la lucha contra todas las formas de dominación y exclusión.

1.2.2. Definición

Los derechos humanos, “Se refieren a un conjunto de facultades y atribuciones de la persona humana, que son connaturales a su ser como persona y anteriores a toda norma creada por el Estado o cualquier otra estructura social.”¹⁰ De esta definición se desprende su carácter inherente a la persona humana.

Los derechos humanos como tales se plasman, en declaraciones de derechos, que propician el tránsito de los derechos humanos a los derechos fundamentales, dotados de garantías. Es importante señalar que, en relación con el sujeto de los derechos humanos, puede indicarse será tanto una persona como un grupo de personas a las que va referida la titularidad, respeto y garantía de los derechos humanos. Estos derechos existen en tanto le son útiles al ser humano, por tal razón los derechos humanos son aquellos que facultan a la persona en lo referente a su vida, a su libertad,

¹⁰ Lorenzo, Hugo. **I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos**. Pág. 369



a la igualdad e integridad, estos derechos en sociedad deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico del Estado.

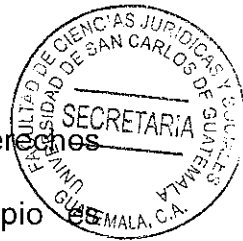
Las leyes relativas a los derechos humanos exigen que los gobiernos hagan determinadas cosas y les impide hacer otras. Las personas también tienen responsabilidades; así como hacen valer sus derechos, deben respetar los derechos de los demás. Ningún gobierno, grupo o persona individual tiene derecho a llevar a cabo ningún acto que vulnere los derechos de los demás.

1.2.3. Principios de los Derechos Humanos

La aplicación de los derechos humanos a la que se encuentran obligadas todas las autoridades se rige por diversos principios fundamentales que orientan el sentido e interpretación de las normas. Las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos consignados en favor del individuo.

Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación postula que todas las personas humanas somos iguales en dignidad y derechos, independientemente del origen étnico, condición económica, nacionalidad, orientación política, sexo u orientación sexual, o cualquier otro aspecto o condición.



Es el principio que consiste en que todas las personas gozan de igualdad de derechos el cual constituye la idea central de los derechos humanos. Este principio fundamental para evitar todo tipo de discriminación restricción o limitación de facultades, lo cual debe evitarse tanto en actos del poder público, como el contenido de las normas del derecho interno.

Principio de universalidad

Este principio establece que todos los seres humanos son sujetos de derechos, debido a su igual condición humana, e independientemente del contexto cultural y las particularidades de su comunidad.

Este principio se ve reflejado en la vulneración de cualquier derecho fundamental que el Estado por sus actos oficiales o por deficiencias en su normativa interna, no garantice de forma igualitaria.

También existe contravención a este principio cuando el Estado no adecua sus leyes a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, generando con ello, que facultades que se garanticen en otros países no alcancen efectividad ni aplicación en su territorio.

Principio de interdependencia e indivisibilidad

Este principio postula la interrelación de todos los derechos de la persona y los colectivos, sin que sea legítimo establecer entre ellos ningún tipo de jerarquía que atente contra la posibilidad de lograr la autonomía de acción y la justicia social que se requieren para viabilizar un proyecto de vida en dignidad para todas y todos.

Por medio de estos principios se trata de no darle prioridad a unos derechos por encima de otros, en virtud que todos los derechos humanos deben ser garantizados por igual, opera como un límite al abuso de poder y permite construir relaciones sociales respetuosas de la condición humana en base a condiciones de una vida digna.

Por lo tanto, en base a este principio se considera que todas las personas tienen derecho por igual a que el Estado le propicie de forma progresiva el cumplimiento y protección de sus facultades.

Principio de progresividad

La aplicación de este principio apunta a la exigencia de impulsar la progresiva ampliación y mejora de los derechos reconocidos y sus garantías legales y materiales, y de las condiciones en que se ejercen. Es gracias a este principio que se fortalece el rol activo del Estado como sujeto promotor de derechos humanos y no solo como sujeto pasivo que se abstiene de vulnerarlos.



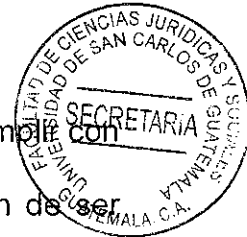
Este principio es fundamental ya que permite que el Estado pueda ampliar el contexto de protección de los derechos humanos amparados en la Constitución Política de la República de Guatemala y en los instrumentos internacionales de la materia, en este caso garantizando que conforme el transcurso del tiempo se van a implementar garantías y procedimientos administrativos mejorados que amplíen el campo de protección de las facultades del ser humano.

Así mismo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso de los derechos. Ya que implica un gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento.

Principio de irrenunciabilidad

Este principio postula que no se puede renunciar, ceder, vender o negociar sobre los derechos humanos. En ese sentido se descarta la posibilidad de que existan las pretensiones de terceros o del Estado mismo, acerca de negociar la renuncia a un derecho del que son sujetos, a cambio de prebendas u otras contraprestaciones. A su vez, apunta a la prohibición de terceros de proponer canjes o negociados que desmejoren las condiciones en que se ejercen los derechos adquiridos. Si una persona, en función de su proyecto de vida o de circunstancias biográficas específicas decide libremente no hacer ejercicio en un determinado momento de alguno de sus derechos, no debe ser entendido como una renuncia al mismo.

Se establece como uno de los principios más importantes de los derechos humanos en virtud que toda aquella renuncia de los mismos se consideran nulos de plenos derecho,



ya que se estaría dando un menoscabo en la protección de la persona al no cumplir con garantizarle todas aquellas facultades que le son inherentes por su condición de ser humano, consagrado el ideal que prohíbe toda transacciones, negociación o enajenación de esta protección.

1.2.4. Clasificación Generacional de los Derechos Humanos

Los derechos humanos se agrupan en generaciones, las cuales con el transcurso del tiempo han evolucionado, pero teóricamente han predominado tres de ellas. La primera generación abarca los derechos individuales, civiles y políticos, la segunda generación enfocada a los derechos económicos, sociales y culturales, y una tercera generación relacionada a los derechos de solidaridad o de incidencia colectiva.

Doctrinariamente se ha reconocido una cuarta generación de derechos humanos que es aplicable a seres vivos no humanos, como los animales y el medio ambiente y finalmente se ha reconocido la quinta generación de derechos humanos tampoco será estrictamente extensible a seres humanos, sino a maquinas, artefactos, robots y software inteligente. Debe mencionarse que, en Guatemala, en cuanto a la tutela de derechos en políticas públicas de gobierno solamente se reconocen los derechos de primera, segunda y tercera generación, por ser los derechos que se destinan a los seres humanos, cumpliendo así el Estado su rol de tutela de derechos de los ciudadanos.



En este sentido es preciso explicar que los derechos de primera generación se consideran como los primeros derechos que fueron consagrados en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales, estos imponen al Estado el deber de respetarlos y propiciar el ejercicio de los mismos por parte de los ciudadanos.

Entre estos derechos se mencionan: derecho a la vida, a la libertad y seguridad jurídica, derecho a la libertad de pensamiento y de religión, derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, color, idioma, posición social o económica, entre otros más.

En relación con los derechos de segunda generación, lo conforman los derechos de tipo colectivo, sociales, económicos y culturales, y constituyen una obligación de hacer por parte del Estado, pueden exigirse a este mismo en la medida de los recursos que tenga, entre estos derechos se mencionan: el derecho a la salud física y mental, derecho a la educación, derecho al trabajo, entre otros más.

Así mismo los derechos de tercera generación que pertenecen a grupos de persona que tienen un interés colectivo común, establecen las funciones del Estado, en torno al reconocimiento, promoción y protección de la identidad cultural y la búsqueda de la paz y justicia internacional.



1.3. Derecho Internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado para promover y proteger los derechos humanos a nivel internacional, regional y nacional. Se compone de una serie de instrumentos internacionales obligatorios, en particular diversos tratados sobre derechos humanos, y de la costumbre internacional.

1.3.1. Antecedentes

La protección internacional de los derechos humanos es una de las características del denominado nuevo derecho internacional, que comienza a configurarse hacia fines de la primera guerra mundial, cuando surgieron las preocupaciones pacifistas que condujeron a la creación de las primeras grandes organizaciones internacionales y a la revisión del concepto clásico de soberanía nacional y sobre la naturaleza de los sujetos del derecho internacional.

Según Héctor Faúdez Ledesema, los abusos de la Segunda Guerra Mundial llevaron a la firme convicción de que para la protección de los derechos humanos no bastaba su incorporación a los textos constitucionales por lo que era necesario trascender de la tutela de los Estados nacionales que eran influenciada por intereses geopolíticos y económicos y reconocer los derechos humanos era en un plano internacional comunitario.



El derecho internacional de los derechos humanos inicia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada en 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Ese histórico documento, inspirado en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, reconoce que todos los seres humanos somos iguales en derechos, que los derechos son inherentes a nuestra condición humana y que nos pertenecen a todos y todas, sin limitaciones de fronteras. En virtud que el derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar y proteger.

1.3.2. Definición

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, “Aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad.”¹¹ Por medio de las disposiciones emanadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se establecen las obligaciones que deben respetar los Estados. En este sentido cuando un Estado pasa a ser parte de un tratado internacional de este tipo, se adjudica obligaciones y deberes de respetar, proteger y realizar los Derechos Humanos. Así mismo los Estados deben abstenerse de limitar el goce de los Derechos Humanos.

¹¹ Castañeda, Mireya. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional.** Pág.26.

1.3.3. Sistemas de protección

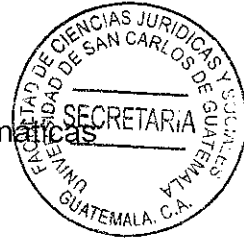
En la actualidad, además de una protección nacional de los derechos humanos, en el ámbito internacional se circunscriben sistemas de protección esenciales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados en 1966 y que entraron en vigor en 1976, cuando cada uno de ellos fue ratificado por los 35 Estados necesarios.

Estos Pactos representan instrumentos jurídicamente obligatorios, que imponen a los Estados que los suscriben y ratifican la aceptación de los procedimientos de aplicación en ellos previstos y la obligación de presentar informes sobre el cumplimiento de lo dispuesto en ellos, que se refiere al respeto a los derechos humanos.

El Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos

Es un tratado multilateral que aborda las libertades civiles y las facultades políticas y electorales del ser humano. Fue ratificado por el Estado de Guatemala el 19 de febrero de 1992 por el Decreto 9-92 del Congreso de la República de Guatemala, obligándose con ello a garantizar los derechos civiles de sus ciudadanos incluyendo el derecho a la vida, libertad, seguridad personal, derecho a la libertad de pensamiento, entre otros más.

El pacto internacional de derechos civiles y políticos implica un avance en materia internacional de derechos humanos en el reconocimiento de los derechos y libertades



más fundamentales del ser humano en su vida en sociedad, combatiendo problemáticas como la discriminación y los actos de violencia arbitraria del Estado.

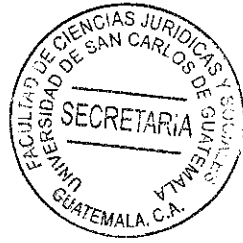
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Constituye un pacto que ampara derechos y facultades en tres grandes áreas: el área económica que abarca todo lo relacionado al trabajo, comercio e industria; el área social que abarca la protección de derechos laborales y previsión social y finalmente el área cultural que abarca lo relacionado al derecho a la cultura y sus diversas manifestaciones y expresiones en el seno de la sociedad.

Los Estados se obligan a adoptar medidas para la aplicación y protección paulatina de este tipo de derechos, consagrando un régimen progresivo que pretende ir mejorando el ámbito de protección y fomentando ambientes de efectividad y amplificación del bienestar social y comunitario. Guatemala ratificó este instrumento con fecha 30 de septiembre de 1987 por el Decreto 69-87 del Congreso de la República de Guatemala.

El cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones que les impone el Pacto y el grado de efectividad de los derechos y las obligaciones en cuestión son vigilados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención Americana de Derechos Humanos



Este convenio relacionado en materia de derechos humanos incluye disposiciones, aún más concretas, relacionadas con la protección de los derechos humanos. Así dispone que son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de esta Convención una entidad a la que denominan Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington D.C y una Corte judicial regional que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene su sede en San José Costa Rica.

El Estado de Guatemala ratificó este instrumento internacional con fecha 30 de marzo de 1978 a través del Decreto 6-78 del Congreso de la República de Guatemala, adhiriéndose a la obligación de otorgar protección y promoción de los derechos humanos, ya que los Estados parte están obligados a adoptar medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos esos derechos.

Como se desarrollará en el siguiente apartado, uno de los derechos más elementales del cual depende la efectividad de los demás es el derecho a la vida regulado expresamente en la convención, por lo que, Estado de Guatemala, al ser un Estado parte, está obligado convencionalmente a proteger y garantizar la vida, debiendo incluso ajustar su legislación vigente para lograr ese fin, supliendo deficiencias internas que puedan obstaculizar el cumplimiento de esta función.



1.4. Derecho a la vida

Habiendo desarrollado los instrumentos jurídicos que consagran los derechos humanos en el ámbito interno, regional, e internacional, conviene en este punto proceder a desarrollar determinados derechos que por su relevancia con la presente investigación y con la temática de la misma, deben ser objeto de análisis y conceptualización inicial, específicamente el derecho a la vida y a la salud.

Respecto del derecho a la vida, es un derecho fundamental que se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículo 2 y 3, así como en el Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La Corte IDH ha señalado que el derecho a la vida juega un papel fundamental en el Pacto de San José por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos, de forma tal que, al no ser respetado este derecho, todos los demás derechos pierden su sentido.

Como parte de los derechos fundamentales, se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículo 2 y 3 en donde se contempla que el Estado se organiza para proteger la vida de sus habitantes y de toda persona que se encuentre en su territorio, garantizando la protección de dichos derechos amparados en la Constitución Política de la República de Guatemala.



El derecho a la vida también se encuentra así mismo consagrado en instrumentos internacionales, que si bien no figuran en el texto expreso de la constitución son parte del bloque de constitucionalidad. Puede mencionarse el Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos es donde se menciona que es obligación de todo Estado de proteger la vida. Esta obligación conforme a los parámetros internacionales de derechos humanos va en dos vías: la primera, la obligación de no hacer, que consiste en no atentar contra este bien supremo, en sus actos y en sus resoluciones y la segunda que es una obligación de hacer, consiste en garantizarla, en realizar todas las funciones que le corresponden para su protección y amparo por ser el bien más fundamental de la persona.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los Niños de la Calle, sentencia del 19 de noviembre de 1999 ha desarrollado una interpretación amplia del derecho a la vida para incluir en él las condiciones dignas de existencia e indica que el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso citado, también ha señalado que el derecho a la vida juega un papel fundamental en el Pacto de San José por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos, de forma tal que, al no ser



respetado este derecho, todos los demás derechos pierden su sentido. Como se observa el derecho a la vida opera como la génesis para el disfrute del resto de derechos fundamentales de la persona humana y de ahí viene la importancia de garantizarlo de forma amplia y sin enfoques restrictivos de ningún tipo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha mencionado que, el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. Debido al carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.

Entre los derechos de primera generación se encuentra el derecho a la vida, en virtud que se consideran como las facultades más fundamentales que posee la persona humana, siendo el Estado el obligado constitucionalmente de protegerlos, tanto en sus actos de poder a través de sus órganos públicos, así como en la emisión de sus leyes y ordenanzas, las cuales deben facilitar su ejercicio. En ese sentido el presente trabajo de investigación se centrará en el análisis del derecho a la vida, como derecho humano fundamental de primera generación y su relación con el derecho humano de segunda generación que es el derecho a la salud, que será conceptualizado a continuación.

1.5. Derecho a la salud

Respecto a este derecho de segunda generación debe indicarse que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida porque la continuidad de la vida humana depende ante determinados padecimientos de la tutela y recuperación de la salud anudado a que, la promoción de la vida de parte del Estado implica la salud preventiva.

Este derecho debe ser entendido como el derecho al goce de una variedad de instalaciones, bienes, servicios y condiciones necesarias para la realización del estándar más alto alcanzable de bienestar físico.

El derecho a la salud constituye un derecho fundamental de todos los seres humanos, está estrechamente ligado a otros derechos humanos fundamentales y su materialización depende de la realización de estos otros. Se considera un derecho fundamental garantizado en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que es obligación del Estado protegerlo y evitar todo tipo de acto u omisión que sea violatorio del mismo.

El derecho a la salud es un derecho fundamental de la persona debido a que surge del derecho a la vida, como el más elemental de los derechos humanos. De ahí que merezca reconocimiento en normas de derecho internacional y que su observancia y protección sea imperativo en todos los actos del Estado.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado que dicho derecho a la salud implica no solo el acceso a salud pública, sino que además que dicho sistema de salud pueda proveer un tratamiento médico regular oportuno, adecuado y acorde a las necesidades especiales de cada padecimiento. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, indicó que la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del Artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos.

En esa línea de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que existen dolencias que requieren un tipo de atención médica especializada, distinta a la regular y que el Estado debe garantizar el acceso a la misma, siendo la denegatoria una vulneración a la integridad física, psíquica y moral, así como a la dignidad de la persona humana.

Del mismo modo en el caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó, que el centro de privación de libertad, no contaba con los equipos médicos necesarios para una evaluación especializada y tampoco se dispuso inmediatamente su traslado a un hospital que contara con las facilidades para atender sus necesidades. Así mismo determinó que estas circunstancias causaron finalmente la muerte de la persona, la cual pudo haberse evitado con tratamiento médico adecuado y oportuno.



Debe mencionarse respeto al derecho a la salud que es un derecho humano de segunda generación y que está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que es un derecho de primera generación, ambos derechos y su interdependencia constituyen el objeto de la presente investigación, como se desarrollará en capítulos subsiguientes, enfatizando en las obligaciones tanto de abstención como de promoción que posee el Estado para garantizar y promover estos derechos fundamentales.

CAPÍTULO II



2. Regulación Internacional sobre la donación y trasplante de órganos, tejidos y células humanas

Habiéndose desarrollado ampliamente la teoría de los derechos humanos y sus principios rectores, así como la importancia de que el Estado proteja y fomente el derecho a la vida y la salud de sus habitantes, conviene teorizar sobre la donación y trasplante de órganos, tejidos y células humanas, ya que esta es una práctica terapéutica que salva la vida de las personas ante ciertos tipos de padecimientos y al estar íntimamente relacionado a la actividad legislativa y administrativa del Estado, se consolida como un tema de salud pública. Derivado de ello, es relevante su evaluación a efecto de desentrañar si el Estado cumple, respecto a esta actividad específica, sus obligaciones que se derivan del reconocimiento de derechos en la Constitución Política de la República de Guatemala e instrumentos internacionales.

En primer término, deben abordarse los axiomas básicos y generales de esta actividad médica, mencionado los principios rectores que orientan su aplicación ética y legal, y que previenen delitos o actividades que riñen con su naturaleza terapéutica y respetuosa de derechos fundamentales, los cuales fueron redactados y sistematizados por la Organización Mundial de la Salud –OMS-. Su finalidad es proporcionar un marco ordenado, éticos y aceptable, para la adquisición y trasplante de células, tejidos y órganos humanos con fines terapéuticos.



A lo largo de los últimos 17 años, los Principios Rectores han tenido en todo el mundo gran influencia en los códigos, prácticas profesionales y en la legislación.

2.1. Principios rectores de la donación y trasplante de órganos, tejidos y células humanas

Constituyen pilares fundamentales para el ejercicio de la actividad de trasplante de órganos y tejidos, fueron dictados por la Organización Mundial de la Salud, en la Asamblea Mundial de la Salud "Llevada a cabo en mayo de 1991, con el objetivo de proporcionar un marco ordenado, ético y aceptable para regular la obtención y el trasplante de órganos humanos con fines terapéuticos."¹² En ese sentido el documento redactado por la OMS denominado "Principios Rectores de la Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células Humanas,"¹³ constituye el marco operativo, legal y ético mínimo que debe respetarse y promoverse en cualquier territorio, al momento de legislar y permitir esta práctica.

2.1.1. Primer principio rector: consentimiento del fallecido

El primer principio postula que se podrán extraer células, tejidos y órganos del cuerpo de personas fallecidas para fines de trasplante si: a) se obtiene el consentimiento exigido por la ley; y b) no hay razones para pensar que la persona fallecida se oponía a esa extracción. Este principio consolida el consentimiento como la base fundamental de

¹² Tamayo Martínez, Jaime. **Aspectos Legales de la Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos en el Ecuador**. Pág. 2.

¹³ Organización Mundial de la Salud. **Principios Rectores sobre Trasplantes de Células Tejidos y Órganos Humanos 1991 y sus modificaciones introducidas en 2008**.



cualquier trasplante ético y establece parámetros amplios de consideración no bastando la firma del donante sino exigiéndose además la labor de desvanecer toda duda sobre su voluntad previo a la muerte.

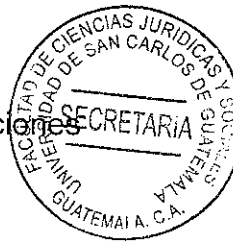
El consentimiento por ende es inherente a la ética médica en todas sus manifestaciones, siendo competencia de las autoridades sanitarias reglamentar los procesos de obtención y registro del consentimiento relativo a la donación, guardando que quien brinda su consentimiento lo haga con todas sus facultades mentales y volitivas, previniendo abusos e infracciones de la seguridad.

Pese a la estricta necesidad del consentimiento del donante, se admite que el mismo puede ser expreso o presunto lo que depende de las tradiciones sociales, médicas y culturales de cada país, como, por ejemplo, el modo en que las familias intervienen en la adopción de decisiones sobre la asistencia sanitaria en general.

En un régimen de consentimiento expreso podrán extraerse células, tejidos u órganos de una persona fallecida si ésta hubiera dado su consentimiento en vida, guardando las formalidades prescritas en la legislación territorio donde se encuentre.

Por otro lado, si el fallecido no ha dado su consentimiento ni expresado claramente su oposición a la extracción de órganos, deberá obtenerse el permiso de una tercera persona designada legalmente, por lo general un miembro de la familia. La alternativa del consentimiento presunto, si bien es más flexible que la del consentimiento expreso, permite extraer material del cuerpo de una persona fallecida para fines de trasplante,

salvando vidas o en otros casos, ha facultado a estudios anatómicos o investigaciones científicas importantes.



Bajo el consentimiento presunto, al ser flexible, requiere para su inaplicación que la persona en vida haya manifestado de forma expresa su objeción o que exista un documento o acto oficial que de indicios de su negativa. Dada la importancia del consentimiento desde el punto de vista ético, un sistema de consentimiento presunto debe salvaguardar que la población esté plenamente informada acerca de la normativa y disponga de medios sencillos y celéricos para manifestar su oposición a donar sus órganos, de lo contrario se podrían estar realizando trasplantes contrarios a la voluntad del donante. En ese aspecto radica la importancia de una correcta regulación, reglamentación y campañas de información de las autoridades de Estado en esta materia.

Es de importancia así mismo, una participación integral de los interesados en ser donantes y sus parientes, pues aún en casos de consentimiento expreso, puede existir oposición de los familiares lo que riñe de igual manera con los principios éticos de la medicina.

Por otro lado, cuando se alcanza a comprensión y la aceptación que la opinión pública de este tipo de procedimientos y se obtienen el consentimiento del donante y su familia de forma unánime, los procedimientos pueden concretarse sin disputas legales ni morales.

2.1.2. Segundo principio rector: práctica libre de conflicto de interés

El segundo principio establece que los médicos que hayan determinado la muerte de un donante potencial no deberán participar directamente en la extracción de células, tejidos u órganos de ese donante ni en los procedimientos subsiguientes de trasplante, ni ocuparse de la asistencia a los receptores previstos de esas células, tejidos y órganos y tiene como finalidad prevenir y evitar conflictos de intereses.

Lo anterior responde al conflicto de interés que puede generarse si el personal sanitario que hubieran determinado la muerte de un posible donante fueran también los encargados de atender a otros pacientes cuyo bienestar dependiera de las células, tejidos u órganos trasplantados de ese donante. Esto debido que podría existir malas prácticas o incluso situaciones de mayor gravedad, como no proporcionar el auxilio adecuado o incluso resucitación médica presionado por obtener la donación que necesita el otro paciente.

Las autoridades nacionales en cada país son las encargadas de determinar las normas adecuadas que regulen lo concerniente a los procedimientos, médicos, administrativos, legales y registrales para declarar la muerte de una persona, especificando los criterios que permitan arribar a dicha conclusión, así como los protocolos que deben agotarse previo a dicha declaración. El trasplante y la donación de órganos y tejidos deben acoplarse a este tipo de normativa preexistente y evitar que su implementación tergiversarse, afecte o interfiera de forma alguna con el cumplimiento de las disposiciones de orden público.

2.1.3. Tercer principio rector: donación eficaz

El tercer principio establece que las donaciones de personas fallecidas deberán desarrollarse hasta alcanzar su máximo potencial terapéutico, pero los adultos vivos podrán donar órganos de conformidad con la reglamentación nacional. Este principio contempla la posibilidad de que existan donación no de órganos y tejidos entre vivos, cuando la naturaleza de dicho trasplante lo permite así.

Los órganos o segmentos de ellos que pueden ser trasplantados desde un donante vivo son: riñón, pulmón, hígado, intestino, páncreas y médula. La donación de estos órganos y tejidos salvan la vida de personas con ciertos padecimientos y en muchos casos se precisan urgentes. A pesar de ello, este tipo de donación debe practicarse con responsabilidad, legalidad y moralidad.

En este tipo de trasplantes las regulaciones nacionales e internacionales pretenden prevenir cualquier tipo de acción lucrativa, comercio y hasta tráfico de órganos, de ahí que este principio postule la necesidad de existir un lazo directo con el donante y el receptor, ya sea de índole familiar o afectivo. En general, los donantes vivos deberán estar relacionados genética, legal o emocionalmente con los receptores.

El consentimiento también es un elemento de alta trascendencia en este tipo de donaciones. La donación de personas vivas es aceptable si se obtiene el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se organiza debidamente y se aplican y supervisan

escrupulosamente los criterios de selección de los donantes. En la mayoría de los casos el donador debe sujetarse a controles médicos post trasplantes para no ver significativos deterioros en su salud. En ese sentido este principio también regula 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.

Este principio resalta la importancia de adoptar las medidas jurídicas y logísticas necesarias para crear programas de donantes fallecidos allí donde no existan, así como de hacer que los programas existentes sean lo más eficaces y eficientes posible. En este caso la responsabilidad legal, reglamentaria y administrativa recae nuevamente en las autoridades de gobierno, quienes son las encargadas de viabilizar la implementación de estos procedimientos.

Las autoridades respectivas deben reglamentar en favor del máximo grado de desarrollo de programas de trasplante que eviten los riesgos inherentes para los donantes vivos, este principio también establece las condiciones básicas para la donación entre personas vivas. En la donación de órganos, células y tejidos entre vivos la existencia de una relación genética entre el donante y el receptor puede resultar ventajosa desde el punto de vista terapéutico y ofrecer garantías de que el donante esté motivado por una preocupación auténtica por el receptor, al igual que cuando hay una relación legal, como en el caso de los cónyuges y parientes políticos.



Muchas donaciones altruistas tienen su origen también en donantes relacionados desde el punto de vista emocional, aunque puede ser difícil evaluar el grado de conexión alegado. En ese sentido respecto a este tipo de donaciones es conveniente reglamentar evaluaciones multidisciplinarias que permitan que las autorizaciones respondan al mayor grado de certeza jurídica y psicológica en torno al procedimiento.

Las donaciones por parte de personas sin relación alguna han sido motivo de preocupación y tratan de evitarse, aunque en algunos de esos casos es imposible avanzar ninguna objeción, como por ejemplo en el trasplante de células madre hematopoyéticas, que son células que pueden transformarse en todos los tipos de células sanguíneas, por lo que pueden fácilmente ser donadas entre extraños. Lo mismo ocurre ante situaciones en las que es necesario disponer de un grupo numeroso de donantes o bien, en donaciones que requieren compatibilidad biológica que no siempre se da entre parientes como en el caso de los riñones. En estos casos específicos deberían viabilizarse autorizaciones de carácter especial y excepcionales.

En el caso de las donaciones entre personas vivas, especialmente de donantes no emparentados, es preciso realizar una evaluación psicosocial para asegurar que el donante no actúe bajo coacción y evitar el comercialismo prohibido.

Las autoridades sanitarias nacionales deberán velar por que dicha evaluación corra a cargo de una parte independiente debidamente cualificada. En ese sentido es pertinente la creación de dependencias administrativas especializadas en esta materia.

Las evaluaciones deben tender a la determinación de la motivación del donante y sus expectativas y la certeza de que el receptor comprende los resultados, riesgos e implicaciones. Este tipo de evaluaciones contribuyen a identificar, y a evitar, donaciones forzadas o que sean, en realidad, transacciones retribuidas u otro tipo de delitos. Este principio subraya la necesidad de que la decisión sea auténtica y se tome con conocimiento de causa, para lo cual es necesario disponer de información completa, objetiva y localmente pertinente, y excluir a las personas vulnerables que sean incapaces de satisfacer los requisitos que comporta un consentimiento voluntario e informado.

Un consentimiento voluntario supone también la existencia de disposiciones adecuadas para poder retirar el consentimiento hasta el momento en que las intervenciones médicas en el receptor hayan llegado a un punto en que éste estuviera en serio peligro si el trasplante no siguiera su curso. Este aspecto deberá comunicarse en el momento de manifestar el consentimiento. Por último, este principio pone de relieve la importancia de proteger la salud de los donantes vivos durante el proceso de selección, donación y asistencia posterior necesaria, con el fin de velar por que el resto de la vida del donante no se vea afectada por las posibles consecuencias adversas de la donación. El donante y el receptor deberán recibir una atención equivalente, y las autoridades sanitarias son responsables en igual medida del bienestar de ambos.

2.1.4. Cuarto principio rector: protección a menores e incapaces

El cuarto principio establece que no deberán extraerse células, tejidos ni órganos del cuerpo de un menor vivo para fines de trasplante, a excepción en las limitadas ocasiones autorizadas por las legislaciones nacionales. En ese sentido deberán adoptarse medidas específicas para proteger a los menores, cuyo consentimiento se obtendrá, de ser posible, antes de la donación. Se indica así mismo que lo que es aplicable a los menores lo es asimismo a toda persona legalmente incapacitada. Este principio es esencialmente tutelar de personas cuyas facultades mentales y volitivas no son óptimas para ostentar capacidad de ejercicio y brindar su consentimiento para actos legales por sí mismos.

Este principio es del mismo modo protectorio de todo menor de edad o incapaz, pues ellos son representados por sus tutores y no pueden arribarse a una entera certeza sobre su voluntad de ser donantes salvo casos excepciones. Las principales excepciones que podrán autorizarse son la donación familiar de células regenerativas en caso de que no se disponga de un donante adulto terapéuticamente comparable y los trasplantes renales entre gemelos idénticos, por ejemplo, en el caso de que se persiga evitar la inmunodepresión, que es el debilitamiento del sistema inmune, representa para el receptor una ventaja suficiente para justificar la excepción, en ausencia de trastornos genéticos que pudieran afectar negativamente al donante en el futuro.



Ante los casos excepcionales serán los representantes legales quienes brinden la autorización de los padres para proceder a la extracción del órgano, sin embargo, se admite que pueden producirse conflictos de intereses cuando éstos también son responsables del bienestar del receptor previsto. En esos casos deberá solicitarse el examen y la aprobación de un organismo independiente, como un tribunal u otra autoridad competente. En cualquier caso, la oposición de un menor a realizar una donación deberá prevalecer sobre el permiso otorgado por cualquier otra parte con miras de salvaguardar el consentimiento como principio rector de todo trasplante de órganos o tejidos. Es necesario el asesoramiento profesional a posibles donantes vivos con el fin de analizar y, de ser necesario, tratar de evitar cualquier presión en la decisión de donar.

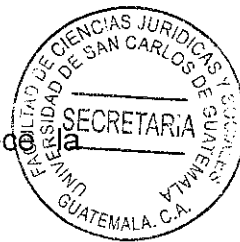
Las autoridades de gobierno deben reglamentar los procedimientos adecuados en primer término para determinar si las circunstancias del caso son suficientemente excepcionales para admitirse la participación del menor para trasplante y en segundo término para desentrañar que el consentimiento y demás requisitos legales y morales se cumplen a cabalidad. En ese sentido deben establecerse procedimientos multidisciplinarios adecuados, así como el asesoramiento profesional a posibles donantes vivos con el fin de analizar y, de ser necesario, tratar de evitar cualquier presión en la decisión de donar reviste especial importancia en el caso de los donantes menores de edad.

2.1.5. Quinto principio rector: gratuidad

El quinto principio prescribe que las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin ningún pago monetario u otra recompensa de valor monetario. Deberá prohibirse la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas. La prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante.

En ese sentido la gratuidad es el elemento esencial consagrado en esta directriz que previene la negociación y tráfico ilegal en estas prácticas. La prohibición del pago de donaciones es el principal parámetro para prevenir el tráfico ilegal de órganos y otras actividades ilícitas que pretenden lucrar con este tipo de procedimientos. Si se permite algún tipo de retribución en pago por células, tejidos y órganos tiende a aprovecharse injustamente de los grupos más pobres y vulnerables, socava la donación altruista y alienta el lucro incontrolado y la trata de seres humanos.

El pago por órganos y tejidos también desnaturaliza la finalidad de los trasplantes, cuyo principal pilar es la recuperación de la salud, pero bajo un sistema de pagos transmiten la idea de que algunas personas carecen de dignidad, de que son meros objetos que los demás pueden utilizar. Además de impedir el tráfico de material de origen humano,



este principio tiene por objeto afirmar el especial reconocimiento que merece la donación de material humano para salvar vidas o mejorar su calidad.

No obstante, también tiene en cuenta las circunstancias en que es habitualmente los receptores de órganos y tejidos desean realizar acciones de gratitud, la normativa debe ser clara en prohibir la recepción de ningún objeto a la que pueda asignarse un valor en términos monetarios. La legislación nacional deberá garantizar que cualquier regalo o recompensa no sean, en realidad, formas encubiertas de pago por la donación de células, tejidos u órganos.

Este principio admite por el contrario la compensación de costos que supone efectuar una donación, como los gastos del procedimiento médico y los ingresos no percibidos por los donantes vivos para que no tengan un efecto disuasorio sobre la donación. También acepta la necesidad de sufragar los costos legítimos de la obtención y de asegurar la seguridad, calidad y eficacia de los productos de células y tejidos y de los órganos humanos para trasplante y los eventuales cuidados médicos posteriores del donador.

Pese a que las prohibiciones en cuanto a retribuciones económicas y cualquier otro tipo de incentivo deben ser rigurosas, no debe limitarse el derecho a que sean sufragados los servicios médicos esenciales que los donantes no podrían permitirse por otros medios, como la atención médica o la cobertura de un seguro de enfermedad. El acceso al más alto nivel posible de salud es un derecho fundamental e inherente a la persona humana, por lo que no puede colocarse este derecho fundamental en riesgo.



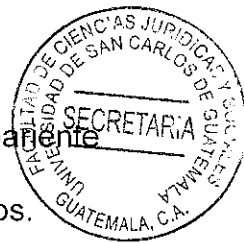
Por su parte las autoridades de gobierno, teniendo a su cargo la salud pública pueden ofrecer a los donantes vivos evaluaciones médicas periódicas gratuitas relacionadas con la donación y un seguro de vida por las complicaciones que puedan surgir a causa de la donación. Las autoridades sanitarias deberán fomentar las donaciones motivadas por la necesidad del receptor y el bien de la comunidad.

En esa línea de ideas los regímenes jurídicos nacionales deberán abordar todas las circunstancias en torno a cualquier tipo de erogación monetaria, dado que los riesgos para los donantes y los receptores son variables. Cada jurisdicción determinará los detalles de las prohibiciones que utilizará y el método de aplicación, incluidas las sanciones, que podrán suponer la trasgresión de los parámetros.

La prohibición de pagar por células, tejidos y órganos deberá aplicarse a todas las personas, incluidos los receptores de trasplantes que intenten sustraerse a la reglamentación nacional sujetándose a procedimientos internacionales, de ahí, la necesidad de reglamentar mecanismos de cooperación transnacional en torno a estos principios.

2.1.6. Sexto principio rector: publicidad regulada

El sexto principio establece que se permitirá la promoción de la donación altruista de células, tejidos u órganos humanos mediante publicidad o llamamiento público, de conformidad con la reglamentación nacional. Por otro lado, deberá prohibirse toda publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de células, tejidos u órganos cuyo fin



sea ofrecer un pago a individuos por sus células, tejidos u órganos, o a un pariente cercano en caso de que la persona haya fallecido, o bien recabar un pago por ellos.

Deberán prohibirse asimismo los servicios de intermediación que entrañen el pago a esos individuos o a terceros. Este principio esencialmente regula la publicidad a efecto de la correcta promoción de las donaciones y la prevención del tráfico o comercio en torno a esta materia. Este principio se relaciona con el principio quinto anteriormente desarrollado, garantizando y permitiendo la publicidad general ni a los llamamientos públicos a donadores, pero prohibiendo el ofrecimiento monetario promoviendo así la donación altruista de células, tejidos u órganos humanos, siempre que no subviertan los sistemas legalmente establecidos de asignación de órganos.

Este principio pretende prevenir a toda costa la incitación comercial, consistente, por ejemplo, en proponer pagos a cambio de células, tejidos u órganos a personas, a parientes de personas fallecidas o a otras partes que estén en posesión de ellos por servicios funerarios, los destinatarios de este principio son tanto los agentes y otros intermediarios como los compradores directos.

2.1.7. Séptimo principio rector: responsabilidad y ética médica

El séptimo principio establece que los médicos y demás profesionales de la salud no deberán participar en procedimientos de trasplante, ni los aseguradores sanitarios u otras entidades pagadoras deberán cubrir esos procedimientos, si las células, tejidos u órganos en cuestión se han obtenido mediante explotación o coacción del donante o del



familiar más cercano de un donante fallecido, o bien si éstos han recibido una remuneración. Este es un principio enfocado específicamente al personal médico y sanitario.

Este principio es regulatorio específicamente hacia los profesionales sanitarios, quienes teniendo los conocimientos técnicos sólo deberán realizar extracciones, procedimientos intermedios o implantaciones de células, tejidos u órganos cuando las donaciones no se remuneren y sean verdaderamente voluntarias y acordes a la normativa y principios generales de la materia.

El médico es responsable en toda su praxis profesional y en la verificación de que la persona que ha manifestado su consentimiento a la donación no haya sido remunerada, obligada o explotada constituye una infracción de las obligaciones profesionales que deberá ser sancionada por las organizaciones profesionales correspondientes y por las autoridades gubernamentales encargadas de la reglamentación o de otorgar las licencias sin perjuicio de que surja responsabilidad de índole penal.

Los médicos y los centros sanitarios tampoco deberán derivar pacientes a centros de trasplante, situados en sus países, quienes podrían estar evadiendo las regulaciones internas de su país, o en otras naciones, que utilicen células, tejidos u órganos obtenidos por medio de pagos a los donantes, a sus familias o a otros vendedores o intermediarios, ni podrán solicitar ni aceptar pagos por hacerlo. Tanto los médicos independientes, como quienes trabajen para instituciones de seguros médicos deberán esforzarse especialmente por observar normas éticas exigentes, negándose a pagar



por trasplantes que violen los Principios Rectores para no incurrir en responsabilidades legales.

2.1.8. Octavo principio rector: honorarios razonables por procedimiento

El octavo principio establece que los centros y profesionales de la salud que participen en procedimientos de obtención y trasplante de células, tejidos u órganos no deberán percibir una remuneración superior a los honorarios que estaría justificado recibir por los servicios prestados. Si bien los médicos tienen derecho a percibir una remuneración por su profesión esta debe ajustarse a las normas de la ética.

Este principio complementa la prohibición del lucro en trasplante de órganos, esta vez enfocado en personal sanitario, quienes son los encargados de la obtención e implantación de células, tejidos y órganos. Las autoridades sanitarias deberán vigilar los honorarios aplicados a los servicios de trasplante con el fin de garantizar que no sean cargos encubiertos en pago de esas mismas células, tejidos u órganos, siendo así que si se visualizan honorarios por encima de cirugías de igual o análoga complejidad representaría una señal de alarma.

Es pertinente que todo profesional y hospital implicados rinda cuentas ante alguna entidad pública o administrativa en torno a todas las sumas recibidas por los servicios de trasplante con controles tarifarios y registrales. Es pertinente así mismo que el Estado disponga de entidades y órganos consultivos al que pueda avocarse el médico u otro profesional sanitario que tenga dudas sobre la pertinencia de unos honorarios.

2.1.9. Noveno principio rector: criterios clínicos y normas éticas

El noveno principio establece que la asignación de órganos, células y tejidos deberá regirse por criterios clínicos y normas éticas, y no atendiendo a consideraciones económicas o de otra índole. Se indica así mismo que las reglas de asignación, definidas por comités debidamente constituidos, deberán ser equitativas, justificadas externamente y transparentes. Este principio consagra la necesidad de las consideraciones de los expertos de la salud, previo a todo procedimiento. Este principio implica que el costo del trasplante y del seguimiento, incluido, si procede, el tratamiento inmunodepresor, estar al alcance de todos los pacientes interesados.

En cuanto a la evaluación pecuniaria de los procedimientos médicos, esta debe ser evaluada por expertos en las especialidades médicas pertinentes, en bioética y en salud pública deberá definir los criterios de asignación a nivel nacional y subregional. Ese carácter multidisciplinario es importante para garantizar que en la asignación se tengan en cuenta no sólo los factores médicos, sino también los valores comunitarios y las normas éticas de carácter general y acorde a cada comunidad.

Los criterios para distribuir las células, tejidos y órganos deberán así mismo ser conformes con los derechos humanos y, en particular, no deberán basarse en el sexo, raza, religión o condición económica del receptor. Este principio implica que el costo del trasplante y del seguimiento, incluido, el tratamiento inmunodepresor, (que es la capacidad de disminuir las respuestas del sistema inmunitario) deberán estar al alcance

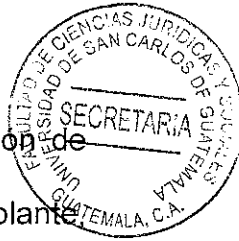
de todos los pacientes interesados, es decir, que ningún receptor deberá verse excluido únicamente por motivos económicos.

Esto, de parte de las entidades de gobierno supone esfuerzos en torno a salud pública y previsión social, dado que, si determinadas enfermedades de los usuarios de dicho régimen requieren de trasplantes, el Estado debe garantizarlos. El concepto de transparencia no se aplica exclusivamente al proceso de asignación, sino que es fundamental en todos los aspectos del trasplante

2.1.10. Décimo principio rector: supervisión y seguimiento

El décimo principio establece que es imprescindible aplicar procedimientos de alta calidad, seguros y eficaces tanto a los donantes como a los receptores. Los resultados a largo plazo de la donación y el trasplante de células, tejidos y órganos deberán evaluarse tanto en el donante vivo como en el receptor, con el fin de documentar los efectos beneficiosos y nocivos. Así mismo debe mantenerse y optimizarse constantemente el nivel de seguridad, eficacia y calidad de las células, tejidos y órganos humanos para trasplante, en lo relacionado a los productos sanitarios de carácter excepcional.

Este principio instruye a la necesidad de establecer sistemas de garantía de la calidad que abarquen la trazabilidad y la vigilancia, y que registren las reacciones y eventos adversos, tanto a nivel nacional como en relación con los productos humanos exportados.



Este principio establece la pertinencia e importancia de una labor de supervisión de parte de las entidades públicas sanitarias, en relación con los programas de trasplante, siendo adecuado un seguimiento tanto de los donantes como de los receptores para garantizar que ambos reciban los cuidados apropiados e información acerca del equipo de trasplante encargado de esos cuidados.

Así mismo debe haber criterios clínicos que establezcan la pertinencia de los trasplantes cuando existan posibilidades de mejora para el paciente, denegando aquellas donde no existe una esperanza de vida.

La evaluación de la información sobre los riesgos y los beneficios a largo plazo es esencial para el proceso de obtención del consentimiento y para equilibrar adecuadamente los intereses de los donantes y los receptores, pues en todo momento debe buscarse el mayor beneficio para la vida y la salud de ambas partes.

2.1.11 .Décimo primer principio rector: transparencia

El décimo primer principio establece que la organización y ejecución de las actividades de donación y trasplante, así como sus resultados clínicos, deben ser transparentes y abiertos a inspección, pero garantizando siempre la protección del anonimato personal y la privacidad de los donantes y receptores. En esa línea de ideas se pretende el equilibrio entre la necesidad de la transparencia en la actividad y la protección de datos de pacientes y parientes.

Este principio hace un llamado a la transparencia y el acceso público a información global, actualizada periódicamente, sobre los procesos, y en particular la asignación, las actividades de trasplante y los resultados conseguidos tanto en el caso de los receptores como de los donantes vivos, así como a información sobre los planes y programas de gobierno en torno a la materia.

La transparencia es de gran utilidad en la identificación y registro de los donantes y receptores, así como del tipo de procedimiento sus resultados, lo cual puede ser de mucho valor en estudios científicos así como en los controles y la labor de supervisión que ejerce el gobierno en torno a estas prácticas, para así lograr la disminución de riesgos, la corrección e malas prácticas y sus sanciones y la mayor eficacia en cuando a los objetivos médicos y morales que persiguen las donaciones de órganos y tejidos.

Estos principios rectores en su totalidad permiten arribar a una visión global acerca de los principales parámetros legales operativos y éticos que implica esta actividad, por lo que conviene en este punto proceder a profundizar sobre su regulación, aplicación y fomento específicamente en Guatemala evaluando paralelamente su rol en el cumplimiento de la protección y sobre todo garantizar los derechos a la vida y a la salud por parte del Estado.

Los Principios Rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos, son disposiciones que han contribuido en las diferentes legislaciones y prácticas profesionales a nivel mundial, con el objetivo de complementar y reglamentar preceptos legales en la materia.



En Guatemala no se encuentran regulados siendo pertinente su incorporación, para consolidar un marco jurídico sistematizado, ético y aceptable para la adquisición de órganos y tejidos humanos con fines terapéuticos.

De esta forma, existen diversas instituciones que a nivel internacional coadyuvan a la protección y regulación de disposiciones en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas, entre la más relevante se encuentran La Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplantes fue creada, en septiembre de 2005, para ser una institución permanente, con el objetivo de ser el punto de encuentro de diferentes iniciativas en materia de donación y trasplante órganos, tejidos y células de los países de Iberoamérica, España y Portugal. Todos los países están representados por un profesional del sistema de trasplantes o del ámbito organizativo nominado por su ministro de Salud correspondiente.

Este órgano opera en un plano regional que abarca a toda América Latina, siendo Guatemala un Estado parte de esta institución desde su creación. Su observancia ha incidido positivamente en las organizaciones de donación y trasplante, de varios Estados parte, pero Guatemala continúa sin realizar ninguna acción. Pese a ello este organismo representa una estructura de cooperación estable que permite un desarrollo avanzado en la donación y trasplantes de órganos, tejidos y células, estableciendo criterios generales y homogéneos que permitan progresar a las sociedades científicas y legislaciones de los países.



Habiendo desarrollado los conceptos básicos, así como los principios rectores de la donación de órganos y tejidos conviene en este punto analizar esta práctica en relación con los derechos humanos fundamentales de primera y segunda generación de derecho la vida y a la salud ampliamente desarrollado en el primer capítulo, enfatizando en cuanto a las obligaciones de abstención y promoción de la donación de órganos por parte del Estado. Destacando el tema específico en relación con las consideraciones especiales de la donación de órganos, tejidos y células humanas, que serán abordados en capítulo siguiente.



CAPITULO III

3. La donación en general: la donación en la ley civil guatemalteca y donación y trasplante de órganos y tejidos humanos

Tomando en cuenta que el presente capítulo pretende analizar las obligaciones del Estado respecto a los derechos humanos descritos en el primer capítulo en relación con el trasplante de órganos y tejidos humanos, conviene analizar las leyes internas del país, toda vez que es de las normas legales de donde emanan las funciones, atribuciones, prohibiciones y responsabilidades de los órganos de la administración pública.

3.1. La donación en la ley civil guatemalteca

Siendo la donación de órganos y tejidos humanos un acto civil de donación ordinaria, con la única variación de que el objeto presenta particularidades que lo sujetan a normativa especial que será desarrollada en los siguientes apartados, resulta necesario partir por la legislación que regula esta figura jurídica, el Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106, contempla por un lado en su libro tercero, denominado De La Sucesión Hereditaria, la donación por causa de muerte indicando en su Artículo 943 que respecto de estas donaciones se rigen por las mismas disposiciones de los testamentos sobre legados.



Por otro lado, en cuanto a la donación entre vivos se regula en el libro quinto denominado del derecho de obligaciones, como un contrato en particular.

En ese sentido se advierte que, si la donación de órganos y tejidos es mortis causa, los órganos del Estado deben exigir las mismas formalidades que en la sucesión hereditaria y así mismo facilitar la gestión de estos procedimientos, garantizando los derechos de los parientes de ley de la persona fallecida.

Por otro lado, si es una donación de órganos y tejidos que se realiza en vida, la ley es mucho más permisiva, por equipararlo a un contrato, es decir se sujeta específicamente a la voluntad de las partes, siendo en este caso el Estado el encargado de verificar que el consentimiento no adolezca de vicios y que se respeten las cláusulas pactadas.

3.1.1. Antecedentes

Analizando la figura de la donación desde sus orígenes, en el derecho romano primitivo “La palabra *donatio* involucraba la traslación de la propiedad de una cosa. La donación o traslación de la propiedad se efectuaba en la misma forma y modo que en todos los demás casos, pero siempre existía un motivo particular; consistente en la liberalidad.”¹⁴

La expresión de la donación es un acto de liberalidad, que hace referencia a un momento de carácter subjetivo que se encuentra situado en la persona del donante. La

¹⁴ Gete-Alonso, María del Carmen. **Manual de Derecho Civil II**. Pág. 430



donación es el aspecto de bondad por la cual un hombre se manifiesta en el despojo de las sensaciones inmortales a sus semejantes bajo el propio signo de humanidad. Es el acto de liberalidad a través del cual una persona dispone de forma gratuita de una cosa a favor de otra que la acepta.

Pero tanto el uso como las constituciones imperiales reconocieron posteriormente, como obligatorias las promesas de donación hechas por escrito y sin estipulación y desde entonces la donación entró en la categoría de los pactos, aunque no obligatorias en su origen, lo llegaron a ser posteriormente. "Pueden verse en el Código de Teodosio las constituciones de Constantino acerca de las formas de estos actos de donación."¹⁵

La donación como acto jurídico encuentra su fundamento en la normativa civil vigente. La ley civil en Guatemala responde a la tradición jurídica romano-francés, se han emitido tres Códigos Civiles a lo largo de la historia, el primero el Código Civil de la República de Guatemala fue emitido en el Decreto Gubernativo Número 176, del 8 de marzo de 1877, este fue modificado posteriormente en febrero de 1882 y en 1926.

Posteriormente fue emitido un segundo Código Civil, cuando el Organismo Ejecutivo presenta el proyecto que fue aprobado en las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional Legislativa en el año 1933, y fue promulgado como ley de la República en el Decreto legislativo Número 1932 el 13 de mayo del mismo año. Actualmente rige el Código Civil emitido en 1963 con el Decreto-Ley 106 que regula como ya se expresó en

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 430



el apartado anterior, la donación mortis causa como una sucesión hereditaria y la donación en vida como un contrato.

La donación presenta en el Código Civil un triple sentido: dar, prometer y liberar, lo cual permite distinguir entre la donación real o traslativa o donación propia, la donación obligacional o promesa de donar, la cual sería un contrato por el que una parte se obliga a proporcionar a la otra una ventaja patrimonial, y la otra una donación liberatoria o condonación de la deuda.

3.1.2. Definición

El Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106, la define en su Artículo 1855 que la donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa, a título gratuito. En ese sentido se resalta esa característica de gratuidad.

En la doctrina se define donación como "un acto por el cual una persona enajena una cosa, de forma voluntaria, a otra que la acepta. La donación es un acto a título gratuito pues el donante no recibe nada a cambio como contraprestación y precisa que el donatario la acepte."¹⁶

En tal sentido conforme a la ley civil guatemalteca, se infiere que la donación es aquel contrato de transferencia de la propiedad de la cosa a otra persona, donada por el

¹⁶ Viteri Echeverría, Ernesto. **Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco**. Pág. 238.



propietario legítimo, sin haber lucro o remuneración, considerándolo como un contrato. En este sentido para que se perfeccione la figura de la donación es necesario que se realice un contrato.

En cuanto a la donación mortis causa se regula en el Artículo 917 del Código Civil el cual regula que la sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona, manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. En ese sentido se admite que la donación por causa de muerte si bien no es un contrato, por estar una de las partes fallecida en el momento de su configuración, exige el mismo elemento esencial consistente en la voluntariedad sin vicio, que en este caso debió haber sido manifiesta en un acto dispositivo previo del donante.

3.1.3. Análisis Jurídico

La donación, tanto en vida como por mortis causa, presenta en el Código Civil guatemalteco una finalidad tripartita: En primer término, opera como una acción de entregar, en segundo término, comprende la acción de una promesa futura y en tercer término implica liberar determinado bien u objeto. Este carácter tridimensional, permite distinguir entre la donación real o traslativa o donación propia, de la donación obligacional o promesa futura de donar, que se configura con el consentimiento de la persona que acepta que en el momento de su fallecimiento se disponga de sus órganos y tejidos a favor de un beneficiario.



El elemento objetivo o económico de la donación consiste en un desplazamiento patrimonial a título gratuito que desemboca en un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial si se hace con las formas y solemnidades legales.

El legislador contempla a la donación como un acto consensual de libre disposición de algo que le es propio y otorgándole el calificativo de acto precisamente al acentuar la separación de la donación de la esfera propia de los contratos como meros títulos hábiles para transferir el dominio sobre un objeto, de ahí que su objeto pueda ser órganos y tejidos humanos.

Se establece como donación, "En general, regalo, don, obsequio, dádiva, liberalidad. Acto por el que se da o entrega algo sin contraprestación, cual liberalidad o como recompensa inexigible. Contrato por el que alguien enajena graciosamente algo a favor de otro, que lo acepta de manera expresa o tácita."¹⁷

En este sentido se refiere a que la donación es un acto por el cual una persona, entrega una cosa de forma voluntaria, a otra persona, quien la recibe y acepta. Siendo una de sus características principales la ausencia de ánimo de lucro y el título gratuito lo cual guarda absoluta relación con los principios éticos de la donación de órganos y tejidos descritos en el capítulo segundo.

¹⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 789.



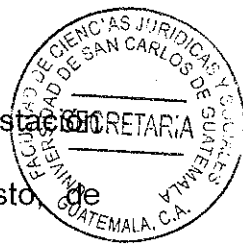
3.1.4. Clases de donación

La donación de órganos y tejidos es la entrega a título gratuito que una persona realiza de un tejido u órgano propio o parte de él, a otra persona con fines terapéuticos, para salvaguardar la vida y restaurar la salud. Este tipo de donación puede ser mortis causa, deriva de la realización de un negocio jurídico unilateral, que no cuenta con la calidad de contrato y además se asimila a los legados, en los casos en que se trate de órganos vitales sin los cuales no puede sobrevivir un ser humano o bien, un acto entre vivos, si se puede configurar sin la muerte del donante.

En la doctrina existen algunas clasificaciones del acto de donación, en primer término, la donación remuneratoria, que es “La que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles. Se rigen por las disposiciones generales de las donaciones en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.”¹⁸

Es la clase de donación que efectúa el donante cuando lo que se pretende es recompensar al donatario algunos servicios prestados, con el entendido que esos servicios no fueren remunerables. En el caso de la donación de órganos y tejidos, no puede ser remuneratoria, bajo las reglas de la ética.

¹⁸ Cabanellas. **Op.Cit.** Pág. 794



“Donación onerosa es la que impone al donatario alguna carga, gravamen o prestación inferior al valor o utilidad que lo donado obtiene; porque, en otro supuesto, de corresponderse lo recibido con lo dado, se estaría ante algún contrato de los conmutativos o frente sus innominados, *de dote des o do ut facias*, doy para que des o doy para que hagas.”¹⁹ Esta clase de donación se traduce en aquella que impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, quiere decir que se impone también al donatario el cumplimiento de una obligación.

La donación onerosa si puede configurarse en cuanto a la donación de órganos y tejidos humanos dentro de los parámetros éticos en los casos en los que se le exige al beneficiario o a sus parientes cubrir los gastos médicos y administrativos del procedimiento, pero siempre y cuando no se exija un precio o cantidad por el órgano o tejido que recibe.

Finalmente, la doctrina también distingue la donación pura, que es aquella que no impone condición o carga alguna. En esta clase de donación además de estar fundada en la liberalidad del donante, atiende a que no se encuentra sujeta a ningún tipo de condición para el cumplimiento del contrato. Este tipo de donación sin condiciones puede verificarse en la donación de órganos y tejidos humanos en los casos en los que las personas en vida brindan su total consentimiento para que posteriormente a su fallecimiento, se disponga de sus órganos y tejidos en beneficio de terceros.

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 794.

3.1.5. Fines

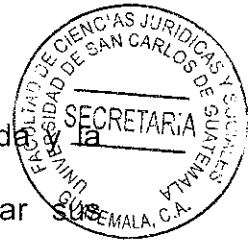
La finalidad general de una donación es la entrega de una cosa a título gratuito. Los fines de la donación en el ámbito jurídico, son la concreción de un acto jurídico que verifique las siguientes condiciones:

- Entregar una cosa, sin fines lucrativos ni contraprestación económica.
- Que el donador haga la donación voluntariamente, sin ningún tipo de presión o vicio en el consentimiento.
- Que el donatario acepte la cosa donada; y
- Que el donatario pueda disponer de forma ilimitada la cosa donada.

Los fines que persigue la donación de órganos y tejidos en específicos son en el ámbito jurídico, los mismos que una donación común, sin embargo, como se desarrolló en el capítulo segundo existen otras exigencias que, si bien no adquieren rango legal, son de carácter ético por la naturaleza de estos procedimientos.

3.2. Donación de órganos, tejidos y células humanas

En Guatemala actualmente no existe una regulación eficaz en materia de donación de órganos y tejidos humanos, lo cual desemboca en deficiencias normativas y sobre todo administrativas e institucionales que genera que en determinados casos no puedan llevarse a cabo estas prácticas.



El Estado al estar constitucionalmente obligado a garantizar y promover la vida y la salud de los habitantes presenta una responsabilidad directa en subsanar las deficiencias procedimentales e institucionales que obstaculizan la donación de órganos, células y tejidos humanos y que desembocan en la negación de las finalidades terapéuticas o vitales de estas prácticas. Ya que en la Constitución Política de la República de Guatemala todos los derechos, valores, principios, poderes y garantías, contenidos en ella, tienen la misma jerarquía y grado de norma suprallegal.

3.2.1. Antecedentes normativos en Guatemala

En los últimos años el trasplante de células, tejidos y órganos humanos se ha convertido en una práctica mundial que ha ayudado a mejorar la calidad de vida de las personas, así como restaurar la salud ante determinadas enfermedades.

El trasplante de órganos incluso ha sido considerado una forma de regalar o donar vida a otra persona, después de morir ya que su utilidad puede evitar la muerte de pacientes ante determinados padecimientos.

Como antecedente, el Congreso de la República de Guatemala en 1996 aprobó el Decreto 91-96 que contiene la Ley para la Disposición y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células Humanas. Las disposiciones contenidas en esta ley permiten iniciar de una manera sistemática la actividad de trasplante de órganos y tejidos, particularmente aquellos proveniente de donación cadavérica, pero la misma es bastante deficiente y desfasada, no es clara en cuanto a los procedimientos administrativos a seguir y así



mismo no contempla los parámetros éticos imperantes a nivel internacional en esta materia.

Por lo anterior se presenta la iniciativa de ley 4151, primer Iniciativa de ley que dispone aprobar Ley para la Disposición y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos con apego a los estándares internacionales de la materia en Guatemala, la cual, según el sitio oficial del Congreso de la República de Guatemala, fue recibida por la Dirección Legislativa con fecha 30 de noviembre del año 2009 y pese a obtener dictamen favorable, la iniciativa de ley 4151 no logró pasar a la fase de discusión, por presentar deficiencias en el fortalecimiento institucional indispensable para poner en práctica la norma.

Al no aprobarse la iniciativa de ley 4151, causó que, en Guatemala, la donación y trasplante de órganos y tejidos se encuentre bastante restringida, ya que no existe una normativa apegada a los estándares internacionales que pueda ser aplicada, lo cual vulnera el derecho a la vida y a la salud de los ciudadanos que encuentran dificultad en sus procesos médicos debido a las deficiencias de la norma vigente.

Derivado de ello, se presenta en la IX Legislatura del Congreso de la República de Guatemala, el segundo proyecto de ley apegado a esta práctica, la cual es la Iniciativa 4712, que aprueba la Ley para la Disposición y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células Humanas, que supliendo las deficiencias de la iniciativa de ley 4151 propone brindar un contexto ordenado, ético, viable y aceptable para la adquisición y trasplante de órganos, tejidos y células humanas con fines totalmente terapéuticos. Así mismo



pretende suplir la ausencia de normativa institucional que en muchos casos es el principal obstáculo para que se verifiquen estas prácticas médicas.

Como se expuso en los medios de comunicación y figura en la página oficial del Congreso de la República de Guatemala, la iniciativa 4712 fue aprobada en tercera lectura con fecha 03 de noviembre del año 2016, sin embargo, el 6 de marzo de este año fue devuelta a la Comisión de Salud y Asistencia Social para nuevo estudio y dictamen. Actualmente la Comisión de Salud y Asistencia social entregó el dictamen favorable de la iniciativa con las enmiendas necesarias, pues las tendencias actuales en el campo de los trasplantes de donantes vivos, la utilización de células y tejidos humanos ha avanzado y evolucionado enormemente.

La iniciativa plantea, de igual manera, la creación del Consejo Nacional de Trasplantes, integrado con profesionales de distintas instituciones relacionadas con la salud. Estas instituciones son: Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, Instituto Nacional de Ciencias Forenses, Colegio de Médicos y Cirujanos, Universidad de San Carlos de Guatemala y todas las Universidades que posean Facultad de Ciencias Médicas; además, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y miembros de la Sociedad Civil involucrados en el tema, sin tener participación directa con la atención a pacientes.

La Iniciativa de Ley 4712 continúa sin ser aprobada en la actualidad, encontrándose en discusión en tercer debate en el Congreso de la República de Guatemala, a pesar de ser una ley completa y efectiva, su proceso legislativo ha sido lento y engorroso por no priorizarse en la agenda legislativa, lo cual vulnera el derecho a la vida y a la salud de



los habitantes que continúan enfrentándose a normas desfasadas que obstaculizan el acceso a la donación y trasplante de órganos y tejidos.

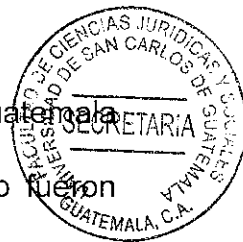
3.2.2. Aspectos generales de la normativa vigente

La donación de órganos y tejidos es un acto eminentemente voluntario y en ningún sentido se admite que pueda existir una práctica de esta naturaleza de manera forzosa. La mayoría de las donaciones de órganos y tejido ocurre cuando el donante fallece. Pero algunos pueden ser donados en vida.

“Es un acto voluntario, altruista y gratuito mediante el cual una persona o su familia, como representante, deciden ceder los órganos, a fin de que se extraigan del cuerpo del donante y se implanten en otra persona. La donación la pueden hacer personas vivas a algún familiar, siempre y cuando esto no altere el funcionamiento vital de su cuerpo, o puede obtenerse por pacientes fallecidos, caso en el que se solicita la autorización a la familia.”²⁰ Como se advierte es un acto de libre disposición en el cual el Estado debe participar únicamente en brindar un adecuado marco normativo.

En ese sentido se advierte una problemática importante en el sentido de que el Estado de Guatemala posee una normativa bastante antigua del año 1996, que no se ha ido reformando adecuadamente y que no está acorde a los principios internacionales que rigen la materia, a pesar de que dichos principios fueron dictados por la Organización

²⁰ Araujo Cuauero JC. **Aspectos éticos y jurídicos de la donación y el trasplante de órganos y tejidos en Venezuela.** Pág. 75.



Mundial de la Salud en el año 1991, es decir que en el momento en que Guatemala emite esta normativa, dichos principios ya estaban vigentes y pese a ello no fueron tomados en cuenta en el contenido de la ley.

La donación o sustitución de órganos y tejidos es hoy en día, un procedimiento efectivo para prolongar la vida, ya que por este medio se pueden realizar trasplantes de órganos como riñones, corazón, intestinos, pulmones, córneas, médula ósea, entre otros.

Puede ser llevada a cabo inter vivos relacionado a donantes en vida o post mortem la cual se da al fallecimiento de una persona. Todo lo anterior deberá estar efectivamente sustentado por los requisitos que establece la ley para llevar a cabo este tratamiento, sin embargo, las deficiencias de la normativa y su falta de adecuación a estándares internacionales constituye un obstáculo significativo.

En Guatemala existe el Decreto 91-96, Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos y Humanos, que es la legislación vigente que rige en el país en materia de donación de órganos, sin embargo, este cuerpo normativo es obsoleto y no contempla los parámetros éticos internacionales vigentes y así mismo presenta deficiencias institucionales las cuales precisamente pretende suplir la iniciativa de ley descrita en el apartado anterior.

Sin embargo, el lento procedimiento legislativo no ha permitido nacer a la vida jurídica la referida iniciativa de ley ha imposibilitado que las mejoras normativas cobren vigencia y sean eficaces en el plano práctico, de ahí la importancia de que se agilicen tal



procedimiento y que exista una actuación multidisciplinaria de parte del Estado, con el fin de que la normativa sea emitida y que el fortalecimiento ético e institucional alcance con la implementación de políticas públicas adecuadas.

3.2.3. Donación de órganos, tejidos y células humana

De conformidad con la Ley para la Disposición de órganos y Tejidos Humanos, el Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala se define el trasplante como el acto quirúrgico mediante el cual se traslada un órgano sano a una persona que se encuentra sufriendo de una deficiencia orgánica. Hoy en día constituye una técnica médica muy desarrollada que logra magníficos resultados para los receptores.

No obstante, necesita obligatoriamente la existencia de donantes. Los trasplantes han sido de mucha utilidad para las personas que tienen alguna deficiencia en uno de sus órganos. Se considera como el acto de trasladar un órgano que ha sido donado, por una persona denominada donante a otra persona llamada receptor.

La donación como acto jurídico se comprende de determinados elementos: personales, que son los sujetos involucrados en la traslación y recepción de la cosa, los elementos reales que comprende el objeto en donde recae la donación y el consentimiento como el elemento ineludible para que se configure una donación de conformidad con la ley.

Los elementos personales de la donación son aquellos que se refieren a los sujetos involucrados en una donación los cuales son en primer término un donante o donador y



el donatario. Paralelamente guardan relevancia los parientes de ambos sujetos de personal sanitario.

El donante o donador es aquella persona física que aportará un órgano o tejido o parte de él a otra persona. Esto puede operar en vida, si la naturaleza de la donación lo permite, en dónde es indispensable salvaguardar y proteger la salud del donante con controles post trasplante. Por otro lado, puede operar tras la muerte de sujeto cuando son órganos o tejidos vitales, en este caso es indispensable que se obtenga el consentimiento del donador por escrito, otorgado previo a su fallecimiento.

El donatario o receptor es aquel sujeto que recibe un órgano, tejido o parte de él, con fines exclusivos de restaurar la salud. En ese sentido, debe atenderse a que para recibir este tipo de donación deben existir un diagnóstico médico en relación a que no existe ningún otro procedimiento terapéutico menos grave al que pueda recurrirse para salvaguardar su vida y su salud.

Los parientes del donante son de relevancia en este acto, sobre todo cuando la donación opera *post mortem*, pues son ellos quienes deberán seguir los procedimientos administrativos y médicos adecuados para que la donación se configure de acuerdo con la voluntad de la persona fallecida. En algunos casos, pueden existir conflictos en donde los parientes se oponen a la donación pese a que el consentimiento fue proporcionado por el donante antes de morir, en estos casos debe prevalecer la voluntad de este último.



Por otro lado, los parientes del donatario son de relevancia, pues en muchos casos la salud del receptor está tan deteriorada, que son sus parientes quienes actúan en los diversos procedimientos médico-administrativos para recibir el trasplante. En estos casos es de relevancia que estas personas actúen bajo los parámetros y principios éticos de la donación de órganos sobre todo en cuanto a no ofrecer dádivas u pagos económicos a los donantes o sus parientes.

Así mismo, el personal sanitario abarca a médicos, enfermeros y demás personal hospitalario que se involucren en el procedimiento quirúrgico del trasplante. Estos sujetos son personalmente responsables por actuar dentro del marco de legalidad y principios éticos, verificando previo a realizar el procedimiento médico, que se hayan cumplido los requisitos de ley y que el consentimiento de los sujetos no se encuentre viciado y que así mismo no se haya faltado a las normas de la ética.

En cuanto al objeto de la donación se traduce como la cosa donada u el objeto de la donación. En este sentido el objeto de una donación solamente puede ser dos: un órgano o un tejido, así mismo puede darse el caso que el órgano o tejido donado no sea completo, sino que solamente sea una parte del mismo, como ocurre, por ejemplo, con la donación de médula ósea o la donación de partes del intestino.

El objeto de una donación debe ser analizado desde el punto de vista médico previo a configurarse, sobre todo en relación a la compatibilidad sanguínea y física del receptor, para no ocasionar rechazos que pueden desembocar en graves trastornos o incluso la muerte del paciente. No puede ser un objeto dentro del comercio, se prohíbe su

valoración económica e intercambio. En ese sentido es un objeto fuera del comercio que puede únicamente ser donado a título gratuito y con fines terapéuticos exclusivamente.

Finalmente, un elemento ineludible es el consentimiento, que comprende la aprobación para realizar determinada acción o acto, por medio de acuerdo de voluntades que constituyen contratos. El consentimiento dentro de una donación de órganos y tejidos debe ser expreso y por escrito cuando el donante está con vida.

El consentimiento es esencial y un requisito *sine qua non*, sin el cual no puede darse lugar a una donación de órganos y tejidos, ya que sin el consentimiento expreso no nace a la vida jurídica el acto de donación y se estaría frente un acto de despojo, lo cual deviene en ilícitos graves, en contra del bien jurídico de la vida o de la salud.

3.2.4. Tipos de donación según la doctrina

Al inicio del presente capítulo se definió y clasificó la donación como acto jurídico en general, pero en cuanto a la donación de órganos y tejidos humanos existe una clasificación doctrinaria más amplia. En primer término, la donación expresa, que es "La manifestación de la voluntad que consta por escrito la cual puede ser amplia; cuando se refiera a la disposición total del cuerpo. O limitada, cuando solo se otorgue respecto a determinados órganos, tejidos y células."²¹

²¹ **Ibíd.** Pág. 80



En este tipo de donación se requiere que el donante no sea incapaz, en la mayoría de las legislaciones, entre ellas Guatemala, este es un requisito *sine qua non* para su realización. Por lo tanto, para que una persona pueda consentir la donación de sus órganos, células o tejidos es necesario que goce de sus facultades mentales y volitivas al momento de realizar tal acto, es por eso por lo que se atiende que debe expresarlo anteriormente por escrito.

Por otro lado, existe la donación tácita, la cual “Debe entenderse como tácito todo aquello que se asume o se presume por no existir una voluntad expresa, en la que consta la rúbrica, firma o signatura del donante. Es decir, que se da cuando la persona que en vida no haya manifestado su negativa o aprobación de donar sus órganos, tejidos o células humanas.”²²

Este tipo de donación implica políticas de información a la población sobre la disposición de su cuerpo posterior a la muerte, lo cual se encuentra en armonía con las obligaciones del Estado en cuanto a la promoción de la salud.

En este caso se establece la postura que en caso de que una persona no realiza la negativa respecto a la posible donación y trasplante de sus órganos, tejidos y células en vida, se presume su voluntad post mortem para donar y que el Estado es responsable de difundir estos ideales.

²² *Ibid.* Pág. 81

3.2.5. Requisitos generales según la normativa vigente

En primer término, Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala establece que cuando las donaciones son en un acto entre vivos el donante debe ser mayor de dieciocho años que en Guatemala es la mayoría de edad y el momento en que una persona ostenta tanto capacidad de goce como de ejercicio. En el caso del donatario no se le exige la mayoría de edad ya que su tutor o representante puede actuar en su beneficio, distinto al donador que debe de forma personal brindar su entero consentimiento. Es por ello que en los hospitales también se da una manifestación por escrito y legalizada por el notario público que expresar la voluntad de donar el órgano sin recibir ningún tipo de remuneración.

Como se observa, derivado de los requisitos de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el caso del donante, debe en primer término ser capaz legalmente, descartándose la posibilidad de que un menor o un interdicto brinden su voluntad para un acto jurídico.

En estos casos, respecto de los menores de edad o interdictos podrán actuar a través de sus tutores o representantes legales en determinados actos, pero en el caso del trasplante de órganos es expresamente prohibido por el principio cuarto de la Regulación Internacional Sobre la Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células Humanas, lo mismo que con los interdictos por no poder brindar personalmente su consentimiento.



Por otro lado, en el caso del donatario, puede ser capaz legalmente, pero puede darse el caso de que un menor o interdicto se encuentre en condiciones médicas que lo hagan necesitar una donación de órganos o tejidos en cuyo caso se admite que sea su tutor o representante legal quien gestione su obtención, con miras a proteger el interés superior del niño en el caso de menores y el bienestar físico de interdictos. Al ser el donatario el beneficiado de la donación, no se exige su contendiente de forma personal, como si ocurre en el caso de ser donante.

Como todo acto jurídico, los sujetos ostentan derechos y obligaciones de procedencia convencional, que pueden ser exigidos de acuerdo con la ley. Aunado a ello en materia de donación de órganos y tejidos humanos existen obligaciones de índole moral ineludibles.

Otro requisito que se indica en la ley es el de obtener y gestionar un dictamen médico que especifique que no hay riesgos con la donación y que se han guardado todas las medidas preoperatorias y que se han previsto los cuidados post operatorios del donador. Como es común en la práctica hospitalaria guatemalteca se exige adicionalmente declaraciones escritas y legalizadas por un notario público, en donde se especifique que el donador y el receptor han recibido información completa sobre los riesgos y consecuencias de la operación.

En el caso de una donación cadavérica la ley indica que una persona puede determinar su deseo de ser un donador de órganos antes de morir o bien el mismo momento de morir. En este caso, las personas con muerte cerebral son considerados para la

donación y es requisito indispensable contar con el dictamen favorable de al menos un médico y cirujano de la viabilidad y de la nula esperanza de vida del paciente.



La fundación donará en Guatemala que se dedica a gestionar administrativa y jurídicamente las donaciones que logran configurarse en el territorio recomienda que, en primer término, el donador debe informarles a los familiares de su deseo. Lo anterior permite que cuando llegue el momento del fallecimiento, los parientes puedan respetar su manifestación de voluntad que realizó en vida y no oponerse a que la donación se configure, ya que el consentimiento del cónyuge, conviviente o familiar del fallecido es un requisito que los hospitales verifican antes de sustraer los órganos, tejidos o células.

Según la referida recomendación también se puede acudir al método del carnet, en donde se emite una credencial en vida, con toda la información de identificación de la persona, así como detalles de su historial médico y en donde se incluye su voluntad expresa de ser donador de órganos. En este caso esto opera como una manifestación escrita expresa que puede facilitar los trámites *post mortem*.

En el caso de los receptores, un requisito ineludible que se regula es el de sufrir deficiencia o falta de órganos y no existir otro método terapéutico menos gravoso al cual recurrir. Así mismo se le solicita recibir información completa sobre riesgos de la operación y presentar un estudio en donde se demuestre la compatibilidad adecuada entre el donador y el receptor, que indique que el trasplante puede verificarse con éxito.



En cuanto a prohibiciones derivadas de la naturaleza de la donación de órganos y tejidos y de la necesidad del consentimiento expreso y sin vicio, se prohíbe que se operen como donadores quienes tengan alguna incapacidad física o mental, quienes se encuentren en estado de inconsciencia. Así mismo médicamente se prohíben que sean donadoras las mujeres embarazadas, por el riesgo que le puede representar al bebe en gestación.

Adicionalmente, en términos jurídicos, la donación de órganos y tejidos para trasplante, como ya se ha dicho antes siempre será gratuita. De lo contrario, va en contra la ley y los principios éticos de este acto.

Tomando en cuenta así mismo, la regulación general respecto a la capacidad civil y el acto de donación contenida en el Código Civil de Guatemala Decreto Ley 106 se advierte que, en el mismo sentido se requiere la capacidad del donante para poder disponer de una cosa, y la del donatario de gozar la cosa donada.

Derivado de la figura jurídica de la donación, el donante está obligado a entregar físicamente el objeto al donatario. El donatario así mismo está obligado a manifestar la aceptación de la donación y así mismo someterse a los procedimientos administrativos, quirúrgicos y médicos adecuados, que permitan un adecuado control pre y post trasplante que busque garantizar la efectividad de los fines terapéuticos.

3.2.6. Trasplante

Habiendo definido completamente la donación de órganos y tejidos humanos y sus elementos jurídicos y éticos conviene ahondar específicamente en cuanto a trasplantes. Pese a que la donación de órganos y tejidos puede configurarse con fines de investigación médica, en el presente trabajo de investigación se enfatiza en aquellas donaciones que se destinan al trasplante a otra persona, toda vez que, ante las restricciones normativas y debilidades institucionales, es en los trasplantes no realizados donde surge una vulneración a la vida y a la salud de los ciudadanos.

Definición

Un trasplante consiste en trasladar un órgano, tejido o un conjunto de células de una persona denominada donante a otra denominada donatario o receptor. Existen muchas razones por las cuales un paciente deba someterse a un trasplante; sin embargo, una de las razones más comunes es tratar de reemplazar algún órgano o tejido enfermo o lesionado y sustituirlo por uno sano con fines de restaurar la salud.

El donador del órgano o tejido a trasplantar no necesariamente debe ser una persona con vida, por lo que existe la posibilidad que este tipo de donaciones para trasplante acontezcan posteriormente a la muerte del donador. Si una persona donadora sufre muerte cerebral, sus órganos pueden ser conservados por medio de diversos métodos con la intención de que su funcionamiento no se vea afectado y sea de utilidad para otro paciente que los requiera.



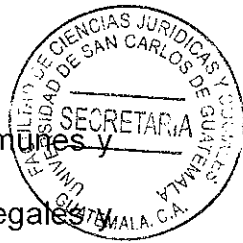
En estos casos es de suma importancia que el Estado cuente con los medios institucionales y normativos adecuados para gestionar este tipo de trasplantes, que dada la nula esperanza de vida del donador opera como un acto que solo implica beneficios y que puede salvar la vida del receptor, de ahí la importancia del rol activo de las entidades públicas por su obligación de promover los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Clasificación

Por otro lado, la doctrina distingue diversos tipos de trasplantes, que son relevantes en cuanto al acto de la donación en primer término el Autotransplante que “Son trasplantes que se realizan dentro de un mismo individuo, por ejemplo, se encuentra los injertos de la piel de una zona del cuerpo humano donante a otra receptora dentro de una persona”.²³ En la actualidad esta clase de trasplante es muy común en células madre de médula ósea dañadas, la cual es elaborada en el área esponjosa de los huesos.

En esta clase de trasplante no puede configurarse una donación, pues solamente existe un sujeto, por ende, en este tipo de trasplantes no existe el procedimiento de verificación de la voluntad, así como el cumplimiento de requisitos legales y éticos, como si ocurre en el caso en el que existen dos sujetos y parientes propios de cada uno de ellos. Por otro lado, existen los Homotrasplantes, que son “Intervenciones quirúrgicas en las cuales se realiza una extracción de órganos, tejidos o células, dentro

²³ García Villalobos, Jorge Alfredo Domínguez. **Trasplante de órganos**. Pág. 30.



de una misma especie, pero entre individuos diferentes.”²⁴ Esto es lo más comunes y en este tipo de donaciones se exige el cumplimiento de todos los requisitos legales y éticos.

Por medio de esta clase de trasplantes si se puede conllevar una donación como acto civil, por coexistir dos sujetos o cuerpos diferentes en la que una de las partes voluntariamente decide donar en vida o después de la muerte, parte o todos sus órganos, tejidos o células para que sean utilizados y funcionales en otra persona.

Finalmente, la doctrina distingue los Xenotrasplantes, “Conlleven una intervención entre individuos de diferentes especies, por ejemplo, de animales a seres humanos. Esta clasificación si bien ha generado respuestas negativas sociales, es menester resaltar la trascendencia del mismo ya que es una realidad que los órganos humanos disponibles son limitados, ya que la mayoría provienen de donantes con muerte cerebral, por lo que surge el xenotrasplante como una alternativa.”²⁵

Por medio de esta clase de trasplante se podría proveer un suministro ilimitado de órganos, tejidos y células humanas y resolver la escasez de estos trasplantes. En este sentido se trata de proveer de una fuente animal al trasplante de órganos y beneficiar así a personas que necesiten este procedimiento para vivir, sin embargo, es tema de controversia en la actualidad en virtud que hay instituciones que están en contra de esta clasificación por no ser deseable y eficaz para su tratamiento. En este caso la rigidez

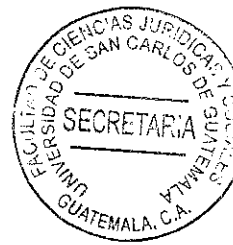
²⁴ **Ibíd.** Pág. 31

²⁵ **Ibíd.** Pág.34



en cuanto al cumplimiento de requisitos es menor por no ser las especies distintas a la humana sujeto de derecho dentro del ordenamiento jurídico, pero sí se exige el respeto a los derechos de los animales, que configuran derechos de cuarta generación.

Estando en este punto ampliamente desarrollados y clasificados los conceptos fundamentales, tanto de la donación como acto civil, así como la donación de órganos y tejidos humanos y el trasplante de órganos y tejidos como práctica médica y estando así mismo delimitadas las obligaciones del Estado en cuanto a estos procedimientos, derivadas de la ley vigente, los principios éticos y el respeto a los derechos humanos de primera generación, el siguiente capítulo concluirá en las deficiencias del Estado de Guatemala en el cumplimiento de estas funciones emanadas de la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados internacionales, la normativa interna y la bioética.



CAPÍTULO IV



4. Violación del Derecho a la vida y a la salud en Guatemala en relación con la regulación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas

Como se expuso en el capítulo anterior, Guatemala no carece de normativa en materia de donación de órganos y tejidos, sin embargo, su legislación vigente presenta deficiencias y carencias que originan la necesidad de emitir una nueva normativa.

4.1. Análisis del Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala Ley para la Disposición de órganos y tejidos humanos

La Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala es la ley que actualmente regula esta práctica médica, su contenido se agota en conceptualizar estos procedimientos y en establecer requisitos mínimos para su configuración sin embargo, sus dos grandes deficiencias son en primer término lo relacionado con la carencia de disposiciones éticas que adapten la normativa a los estándares internacionales de la materia y en segundo término sus deficiencias institucionales que obstaculizan el encausamiento y facilitación al acceso a estos tratamientos para determinados pacientes.

Es por tal motivo que es imprescindible realizar un análisis jurídico sobre la legislación guatemalteca vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas que determine tanto las deficiencias como su buen funcionamiento.

4.1.1. Análisis jurídico

La Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, fue promulgada el 13 de noviembre de 1996. En su contenido general recoge principios rectores de la donación de órganos, como la gratuidad, la prohibición de lucro, el consentimiento y el criterio de igualdad sin discriminación, pero no profundiza en cada uno de ellos, pues se limita a mencionar estos principios sin regular conductas o requisitos que deben configurarse para salvaguardar su cumplimiento y aplicación.

Partiendo de los conceptos, principios y derechos descritos anteriormente se percibe la importancia de garantizar el trasplante de órganos y tejidos, el ámbito legal, administrativo e institucional, pues de la viabilidad de la aplicación de esta ley se desprende la promoción y tutela de parte del Estado a los derechos humanos de primera generación como obligación constitucional.

La grave consecuencia de una normativa desfasada e insuficiente es que obstaculiza la donación de órganos y tejidos, generando vulneraciones y peligros a la vida y a la salud de las personas que padecen enfermedades crónicas y que no pueden adquirir este tipo de proceso por falta de un marco normativo que se los facilite desde el aspecto regulatorio, como en el ámbito institucional público, lo cual también emana del contenido de la norma. Es por tal motivo que se busca darle una esperanza de vida a todas las personas que necesitan un trasplante de órganos por medio de una normativa actualizada y eficiente.



4.1.2. Autorización *post mortem*

La actual normativa vigente permite la autorización, en cuanto a mayores de edad, de parte de sus parientes, siempre y cuando no conste la voluntad expresa del fallecido de no ser donante. La ley no ahonda en ciertos parámetros a este respecto, sobre todo en cuanto a que la donación de órganos *post-mortem* no debe ser nunca el factor que decida cuándo una persona ha fallecido, pues ante cualquier duda en la determinación de la producción de la muerte y de su momento ha de resolverse en favor de la persona que se encuentre en esa situación, con exclusión de cualquier otro interés, por muy importante y atendible que éste parezca.

Por otro lado, como se mencionó en el capítulo tercero las obligaciones del Estado en cuanto a las donaciones *post-mortem*, deberían ahondar en campañas informativas que difundan la implantación de esta práctica y permita que más ciudadanos se unan a esta causa y dispongan en vida que sus órganos pueden ser donados al fallecer, lo que permitiría salvar la vida de personas que sufren enfermedades crónicas, por lo que políticas públicas de información a la ciudadanía son elementos que permitirían al Estado dar cumplimiento a sus funciones de promover el respeto a los derechos humanos en un rol activo una función que en esta materia y en el marco de la legislación vigente no se le está dando estricto cumplimiento.

El déficit de órganos es uno de los factores que actualmente limita el auge de esta práctica terapéutica, es por eso que se deben implementar mítines, convenciones, programas de televisión y campañas informativas en distintos ámbitos.



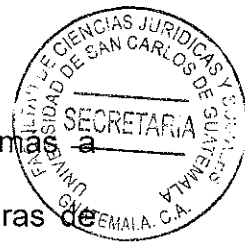
4.1.3. Edad mínima para la donación entre vivos

La legislación vigente efectivamente contempla que, en materia de capacidad, se exige que el donante sea mayor de edad, y que así mismo goce de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado. Al respecto, como ya se ha indicado, se excluye la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

La ley en este aspecto es deficiente al no desarrollar la finalidad y esencia de esta premisa, pues únicamente lo exige como requisito formal sin ahondar en su importancia moral y ética y sin desarrollar toda la arista humanitaria que se protege en donaciones que tienen como objeto un órgano o tejido destinado a técnicas terapéuticas de personas con padecimientos médicos.

4.1.4. Consentimiento para la donación entre vivos

Para las donaciones entre vivos ley vigente exige el consentimiento tanto del donante, como del receptor, la ley así mismo no contempla aspectos importantes como el hecho de que es necesario que el donante sea informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada, ya que no puede hablarse de consentimiento completo ante la desinformación.



En este aspecto nuevamente la ley es deficiente en cuanto a desarrollar más a profundidad la importancia del consentimiento que no adolezca de vicio en miras de proteger el carácter ético y humanitario de la donación de órganos y tejidos en consonancia con principios vigentes en el ámbito internacional público, aspecto que podría ahondarse en una nueva ley de la materia.

4.1.5. Receptores

La ley exige que aquellos que reciben una donación de órganos y tejidos lo hagan con fines terapéuticos ante enfermedades y padecimientos que hagan peligrar su vida. Dichos extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado.

Esto implica que en ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

En ese aspecto la ley se encuentra acorde a las exigencias en el ámbito internacional, sin embargo, es deficiente en el ámbito institucional toda vez que de la norma no emana la creación de un órgano especializado ni departamentos multidisciplinarios que permitan llevar a la práctica la corroboración de los elementos que se exigen para llevar a cabo una donación de órganos o tejidos humanos acorde a la ley y la ética. En ese sentido es indispensable que el Estado de Guatemala en miras de cumplir con su



función de proteger y promover la vida y la salud de los ciudadanos fortalecer las instituciones y cree entidades nuevas donde converjan profesionales de las distintas ramas y aristas que la norma prescribe.

4.2. Derecho comparado

Habiendo desarrollado las deficiencias en la normativa interna guatemalteca, sobre todo en cuanto a los parámetros del derecho internacional y los principios éticos de la materia, conviene en este punto realizar un análisis comparativo con otras legislaciones que permita evaluar si otros países cumplen o no con tales exigencias, a efecto de desentrañar posibles deficiencias normativas en el marco del derecho comparado.

Es por eso que se realizará una comparación en cuanto a aspectos puntuales de las legislaciones vigentes de diferentes países en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas y así dejar en evidencia lo desfasada y desactualizada que esta la normativa vigente en Guatemala

Al realizarse un análisis de derecho comparado puede apreciarse fácilmente que la normativa guatemalteca es deficiente en la materia de donación y el trasplante de órganos y tejidos humanos, toda vez que la mayoría de las normativas son esencialmente más extensas, con mayor contenido axiológico y operacional y sí contemplan el aspecto institucional, así como los principios y criterios éticos internacionales con mayor amplitud como se expone a continuación:



4.2.1. México

En México la ley que regula principalmente esta materia es la Ley General de la Salud, contempla lo relativo a lo que es la Donación de órganos y tejidos, así como el trasplante de los mismos, “La Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en el 2008 que se creara el Consejo y Centro de Trasplante en ese Estado; y en ese mismo año se aprobaron ciertas modificaciones a la Ley de la Salud. Al igual que en Guatemala en México la donación de órganos se rige por ciertos principios que son la gratuidad, altruismo, solidaridad, confidencialidad e información.”²⁶

En este orden de ideas la legislación de México ya ha sufrido modificaciones que le permitieron incorporar los adelantos tanto éticos como operacionales para la donaciones de órganos y tejidos, aspecto que Guatemala no ha podido concretar al continuar rigiendo una norma bastante antigua y sin reformas, uno de los puntos que puede resaltarse como fortaleza en la legislación mexicana en comparación con la guatemalteca, es lo relacionado a donaciones tácitas ya que la normativa contempla que “A falta de estos pueden ser de cadáveres con muerte encefálica que se cuenta con autorización de donar sus órganos o tejidos por parte de los familiares y en tercer lugar de los cadáveres de los cuales se ignore su identidad o que no han sido reclamados por sus familiares.”²⁷

²⁶http://www.salud.df.gob.mx/ssdf/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=267

Campaña de Donación de Órganos, Tejidos y Células. (Consultado: 18 de abril de 2021)

²⁷ Santiago-Delpin, Eduardo A. **Trasplante de Órganos.** Pág. 67



La legislación de México regula algo que escapa del marco normativo en Guatemala que es la donación tácita y establece que hay consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo sea utilizado para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de: el cónyuge, concubina, descendientes, ascendientes, hermanos, adoptado o el adoptante.

Este consentimiento solo aplica para la donación de órganos y tejidos una vez que se confirme la pérdida de la vida del donante y solamente pueden extraerse dichos órganos y tejidos si es con fines de trasplante terapéuticos, de ningún modo con fines científicos.

La posibilidad de una donación tácita es una posibilidad de acceder a trasplantes que salvan la vida de las personas, algo inexistente en Guatemala ya que la ley vigente no regula esta posibilidad, por lo que no pueden llevarse a cabo. Al ser la ley el principal obstáculo para acceder a estos procedimientos surge la vulneración a derechos fundamentales para los ciudadanos que no logran restaurar su salud derivado de estos vacíos normativos e institucionales.

4.2.2. Costa Rica

En el caso de Costa Rica, en el año de 1994, las autoridades costarricenses emitieron la ley 7409 con el objetivo de poder normar esta actividad, en dicho país está norma denominada Ley de Autorización para Trasplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos, la cual se encuentra actualmente regulando todo lo referente a lo que son los



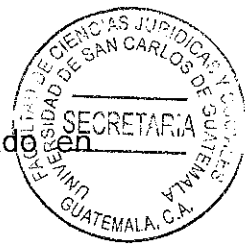
trasplantes de órganos, y a la obtención de órganos y materiales anatómicos humanos de donadores vivos o de cadáveres humanos, para implantarse en seres humanos, con fines terapéuticos una materia considerablemente mayor a la que abarca la ley vigente en Guatemala.

La ley 7409 indica que para extraer órganos y otros materiales anatómicos de un fallecido el médico a quien le corresponda autorizar la intervención deberá verificar antes la certificación del registro de la comisión o del centro hospitalario donde se practique la extracción, en la que conste que, por lo menos treinta días hábiles antes de la fecha, el donador no manifestó ninguna oposición.

Según Rodríguez Araya y Vargas Chacón, luego el mismo cuerpo legal en el Artículo 13 también establece que en el caso de personas fallecidas que estén a la orden del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, este deberá conceder la autorización para obtener órganos u otros materiales anatómicos, si esto no interfiere con el estudio médico forense, se debe tomar en cuenta la anuencia de la autoridad respectiva para poder disponer de los órganos, tejidos y otras células.

Las legislaciones entre Costa Rica y Guatemala coinciden en aspectos relacionados a la obligación de la práctica de los procedimientos por profesionales médicos y equipos de apoyo capacitados. Sin embargo, en la legislación costarricense también contempla elementos adicionales como por ejemplo lo relativo a la diferenciación entre los cadáveres de personas conocidas y personas desconocidas, los requisitos que se

exigen entre uno y otro, un aspecto relevante, que no se encuentra regulado en Guatemala.



4.2.3. España

En España puede mencionarse que desde la constitución se establece una protección a los derechos humanos y a la salud según el Artículo 10 y el Artículo 43 donde se hace referencia a las obligaciones institucionales del Estado.

Adicionalmente la legislación básica sobre la materia objeto de esta investigación la establece la Ley 30/1979 y los Reales Decretos 411/1996, 2070/1999 y 1306/2006, los cuales regulan lo referente a los centros hospitalarios y lugares donde se pueden llevar a cabo los explantes e implantes de órganos y tejidos, algo que dota de seguridad jurídica a estas prácticas, marco institucional totalmente ausente en Guatemala.

La legislación española también contempla los principios que regulan esta actividad al igual que en el resto del mundo como la gratuidad, el consentimiento presunto que también existe en España, el anonimato, así como los criterios de muerte cerebral y ciertos criterios de seguridad e higiene relacionados con esta actividad, estando su norma acorde con los parámetros éticos internacionales de manera amplia y expositiva, otro asunto que la ley desfasada en Guatemala no contempla sino que solamente menciona algunos aspectos y de forma dispersa.



Siendo España un modelo exitoso en la gestión de donación de órganos, ya que constituye un complejo sistema de gestión, con eficiente coordinación intrahospitalaria así como extrahospitalaria por la Organización Nacional de Trasplantes.

Finalmente, en la ley de Trasplante en España, se contempla como puntos fundamentales los siguientes:” El respeto a la voluntad del fallecido en cuanto a donar o no sus órganos. La necesidad que existe que el diagnóstico de muerte se haga por equipo de médicos independiente que realizará el trasplante. El carácter de la donación y la no comercialización de los órganos.”²⁸ Reforzar la gratuidad y la voluntad sin vicio es un elemento relevante que no establece la ley guatemalteca de la materia.

La vigente Ley de trasplantes es, en general, alabable, la legislación española en materia de trasplantes tanto por los principios que la inspiran como por la regulación que efectúa de la materia, permitiendo su adaptación a los desarrollos biomédicos.

4.3. Deficiencia en la legislación guatemalteca

Después de analizar la normativa vigente en Guatemala en comparación con los parámetros internacionales y las legislaciones de otros países puede efectivamente constarse que la Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, presenta deficiencias sobre todo en cuanto a su aspecto ético, técnico e institucional, lo cual representan en su

²⁸ <http://www.ont.es/home/paginas/LaLeydeTrasplantes.aspx> **Historia de la Organización Nacional de Trasplantes, Organización Nacional de Trasplantes.** (Consultado: 18 de abril de 2021)

conjunto un obstáculo para ajustarse a la realidad de los casos vigentes en la actualidad, pues no contempla elementos normativos y administrativos suficientes para lograr gestionar con éxito los trasplantes de órganos, células y tejidos humanos requeridos en hospitales públicos o privados.



En primer término, en cuanto a su aspecto ético si bien la norma contempla el consentimiento, la gratuidad y los fines terapéuticos, lo hace de forma aislada, sin contemplar un apartado específico sobre principios éticos y sin desarrollar cabalidad. De igual forma la ley no contempla con amplitud los parámetros y estándares internacionales toda vez que por lo antiguo de la ley, fue emitida con anterioridad a que estas normas se consolidaran en el ámbito internacional, por ende, es débil en cuanto a la promoción de principios que, por cierto, concuerdan con los cuatro principios de la bioética principialista: autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia.

Así mismo, en el aspecto ético la normativa no contempla procesos de control y auditoría en cuanto al cumplimiento de tales requisitos, ya que no cuenta con un órgano especializado en la evaluación del cumplimiento de estos extremos ni medidas de supervisión constante en torno a estas prácticas, por lo que el exigir parámetros éticos queda a consideración de cada institución.

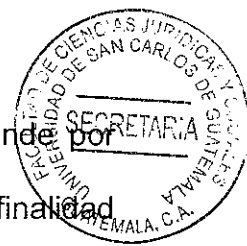
Debe resaltarse que las donaciones viables y efectivas en un país están íntimamente relacionadas con el estricto respeto de los principios éticos de la donación por parte de los profesionales sanitarios, así como con una excelente organización institucional que vele por sus cumplimientos. Según Sanner MA, los trasplantes plantean múltiples



cuestiones sobre el significado de la muerte, la constitución de la identidad humana, las fronteras entre los individuos y entre las especies, las diferencias entre naturaleza y cultura, el tipo de ciencia biológica y médica que nuestra sociedad desarrolla, por lo que la esfera ética es un aspecto ineludible de abordar.

Por otro lado, respecto al aspecto técnico, ante una normativa que no se adecue a los requerimientos prácticos de la población, siendo insuficiente y adoleciendo de diversos vacíos de ley que dejan sin marco normativo determinadas situaciones, representa una desventaja significativa al momento de, gestionar un trasplante de órganos o tejidos, toda vez que al existir aspectos que escapan de la materia de la norma, los mismos no son aplicables dentro de hospitales públicos y privados que cumplen con apegarse al marco regulatorio en todas sus prácticas.

Al ser una normativa técnicamente deficiente, no se le garantiza al ciudadano el acceso eficaz a estos procedimientos, siendo así que ante esta inviabilidad muchas personas se vean forzadas a recurrir a viajar al extranjero para lograr obtener la ayuda médica para salvaguardar su vida, evidenciados claramente que ante estas circunstancias el Estado falla en cumplir sus obligaciones de tutela a la vida y a la salud de sus habitantes, adicionalmente aquellos ciudadanos que no cuentan con recursos económicos para emprender viajes y gestionar procedimientos médicos fuera del país se encontraran ante la ausencia absoluta de atención médica vulnerándose sus derechos humanos a la vida y a la salud por deficiencias normativas e institucionales del Estado.

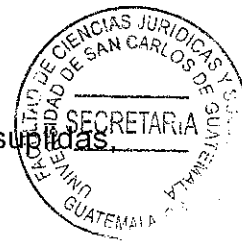


Finalmente en su aspecto institucional, si bien la ley contempla que se entiende por Banco de Órganos y Tejidos al establecimiento médico que tenga por finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su conservación y suministro, para efectos terapéuticos y que así mismo los bancos podrán ser de carácter público del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social o del Seguro Social, no establece otros parámetros para lograr concretar estos depósitos en la realidad, siendo los mismos inexistentes en determinados casos o insuficientes en otros por lo que obstaculiza el cumplimiento de un trasplante de órganos a personas que ameritan una donación para seguir con su calidad de vida.

Los bancos de órganos deben estar bajo la responsabilidad directa del Ministerio de Salud y Asistencia Social, quien no solo debe ejercer control respecto a que estas instrucciones cumplan los requisitos mínimos sino además debe promover de forma activa que los bancos de órganos sean suficientes para cubrir la demanda de los padecimientos posibles que amenacen la vida de las personas.

En ese sentido la normativa no contempla ningún tipo de promoción y ha generado que en la práctica no existan órganos y tejidos disponibles para cierto tipo de enfermedades.

Así mismo la ley contempla que el Ministerio de Salud establecerá el Registro Nacional de Trasplantes, cuyos fines serán estudiar, conocer y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos o de cadáveres, que se llevan a cabo en las diferentes instituciones, pero no establece



líneas de acción para dar respuesta a demanda de órganos que no han sido suplidas en miras de evitar el fallecimiento de los pacientes.

Por otro lado, la ley no contempla ningún órgano especializado, ni de supervisión o control ni tampoco equipos multidisciplinarios que puedan verificar los aspectos médicos, psicológicos, legales y administrativos de los procedimientos que se llevan a cabo, algo que el Estado debería implementar por ser un asunto de salud pública y por su obligación de proteger y promover la vida y la salud de los habitantes como derechos humanos de primera generación.

4.3.1. Necesidad de reforma legal

Ante deficiencias en normativa interna de un Estado que riñen con los derechos fundamentales que debe garantizar, como en este caso la vida y la salud, surge la imperatividad de emitir reformas que puedan suplir los defectos normativos. Como ya se indicó en el capítulo anterior, en el Congreso de la República de Guatemala existe la iniciativa 4712, para la disposición y trasplante de órganos y tejidos humanos, conocida en el pleno el 21 de enero de 2014. Sin embargo, el proceso legislativo ha tenido un avance lento en su aprobación, por lo que las deficiencias normativas siguen generando vulneración a derechos fundamentales de la población.

La iniciativa de ley referida precisamente busca suplir las deficiencias descritas, con la finalidad de que el Ministerio de Salud programe, coordine, supervise y evalúe la donación de órganos y tejidos. Entre los artículos propuestos está la donación gratuita,

la prohibición de su venta, la asignación de presupuesto, apoyo al funcionamiento de los hospitales y la creación de un Consejo Nacional de Trasplante integrado por las instituciones privadas que ya realizan estos procesos quirúrgicos en Guatemala, fortaleciendo de gran manera el sector institucional.

Pese a que existe una iniciativa de ley viable en esta materia, mientras la misma no sea aprobada y no entre en vigor, la vulneración de derechos persiste ya que se aplica una normativa interna deficiente, por lo que agilizar este tipo de procedimientos legislativos es también responsabilidad de las autoridades de gobierno.

Actualmente la iniciativa se encuentra en tercer debate, sin embargo, no ha podido avanzar hacia la siguiente fase del procedimiento legislativo, por lo que se han iniciado a conformar mesas técnicas para el análisis correspondiente del contenido de la iniciativa que busca su aprobación de forma definitiva.

Por medios de comunicación oficial la diputada Lucrecia María Hernández Mack, miembro de la Comisión de Salud y Asistencia Social del Congreso de la República de Guatemala ha indicado que dichas mesas de trabajo representan un avance en el análisis del contenido de la ley que indica que la iniciativa por su importancia no debe ser engavetada de forma indefinida, pero indudablemente el conocimiento, análisis y posibles enmiendas que se formulen aplazarán más en el tiempo la aprobación de esta iniciativa y su emisión como ley vigente, lo cual continúa comprometiendo el derecho a la vida ya la salud de los ciudadanos.

4.4. Regulación vigente en Guatemala en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas

En este sentido es importante destacar que la regulación vigente en materia de donación de órganos y tejidos humanos, Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala no se encuentra apegada a las necesidades de nivel nacional que se requieren en la materia, por lo tanto, a continuación, se describirán los preceptos más esenciales de la legislación y se anotarán las deficiencias fundamentales que posee.

4.4.1. Violación del derecho a la vida y a la salud en Guatemala en relación con la regulación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas

Como se desarrolló a lo largo de todo este capítulo, la Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala presenta diversas deficiencias éticas, técnicas e institucionales en el marco del derecho internacional y en el derecho comparado. Así mismo, en el primer capítulo del presente trabajo de investigación se desarrolló ampliamente el fundamento constitucional, convencional y normativo por el cual el Estado tiene la función de velar por la vida y la salud de sus habitantes como derechos de primera y segunda generación, obligación que abarca el desarrollo de acciones que tiendan a promover, rehabilitar y recuperar la salud de las personas, para lo cual es indispensable la emisión de instrumentos legales que viabilicen estas prácticas.



Los Artículos 2, 3, 93 y 95 de la Constitución Política de la República de Guatemala, desarrollan los deberes del Estado y sobre todo los derechos fundamentales del ser humano como el derecho de protección de la persona, derecho a la vida y derecho a la salud. Estos derechos son vulnerados por no existir una legislación actualizada y eficaz en la materia, lo cual provoca que algunas personas no logren acceder al procedimiento terapéutico que necesitan para salvar su vida o recuperar su salud.

En esa línea de ideas debe recordarse que el Estado desde un punto de vista constitucional ostenta dos calidades, en primer término, el pasivo en el cual debe abstenerse de extralimitarse en su poder y vulnerar derechos de los ciudadanos y el segundo el activo, en el que debe asumir acciones que promuevan y garanticen los derechos fundamentales, incluso actitudes correctivas en deficiencias previas, de ahí es donde derivan sus responsabilidades por omisión.

Así mismo, no puede dejar de mencionarse que el Estado de Guatemala es un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José y como tal asumió la obligación de dar cumplimiento a su contenido. Siendo que el Artículo 4 de dicha Convención desarrolla precisamente la protección y promoción a la vida como un derecho fundamental de la persona humana pues del cual derivan el ejercicio de todos los demás, es el Estado el único responsable de dar cumplimiento a la protección de ese derecho primario de rango convencional.

En consecuencia, se observa claramente como los derechos a la vida y a la salud son vulnerados por el Estado de Guatemala, derivado principalmente de las deficiencias en



su normativa. Dichas deficiencias no permiten el acceso viable y eficaz al trasplante de órganos y tejidos humanos, lo cual representa algo indispensable a la luz de las obligaciones del Estado de Guatemala contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que es necesario concretar la reforma y actualización de ley, para permitir fortalecer el aspecto ético, técnico e institucional de la ley de la materia que el Estado dé cumplimiento a su función de promoción de derechos humanos de primera y segunda generación.

4.4.2. Análisis de la investigación

Tomando en consideración cada uno de los conceptos, principios, lineamientos doctrinarios, legislación nacional e internacional y comparaciones legislativas se puede concluir que la legislación en materia de donación de órganos y tejidos en Guatemala es deficiente, sobre todo en tres aspectos: el aspecto ético, el aspecto técnico y el aspecto institucional. En cuanto al aspecto ético responde al ámbito temporal de la norma, ya que por ser antigua y desfasada no contempla adecuadamente los parámetros éticos internacionales vigentes, por otro lado, en su aspecto técnico resulta insuficiente y no contempla todos los aspectos indispensables para llevar a la práctica estos procedimientos y finalmente en su aspecto institucional, no contempla órganos especializados ni multidisciplinarios que son necesarios.

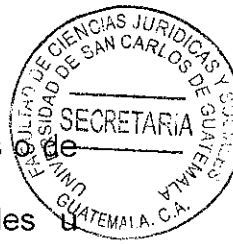
Las deficiencias normativas descritas en consonancia con las omisiones del Estado de Guatemala en subsanarlas y el retardo injustificado en aplicar reformas a esta

normativa pese a la existencia de iniciativas de ley, riñe con el rol activo del Estado en cuando a la protección y promoción de la vida y de la salud de los habitantes, generando que incurra en contravención a la Constitución Política de la República de Guatemala y en violación directa a la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, admitiendo que el Estado de Guatemala está obligado no solo a abstenerse de vulnerar los derechos a la vida y la salud de sus ciudadanos sino adicionalmente a garantizarlos con políticas públicas en materia de salud pública y con una normativa interna adecuada y eficaz, es evidente que, al no modificar una ley deficiente en materia de donación de órganos y tejidos, el Estado incurre en vulnerar estos derechos fundamentales a sus habitantes.

Respecto a ello se debe resaltar que en la sentencia del caso trabajadores cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros Vs. Perú, la Corte Interamericana, al describir el control de convencionalidad, explica que los órganos del poder público deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad evidentemente en el marco de sus respectivas competencias. En el considerando 128 de la sentencia de dicho caso, la Corte Interamericana formuló una importante definición en la cual establece que el control de convencionalidad debe verificarse a pedido de parte, pero también de oficio, circunstancia que importa una significativa carga para el Estado.

En consecuencia, el control de convencionalidad se realiza mediante un trabajo de comparación normativa, en donde existe una norma de referencia o controlante, que es el Pacto de San José, anudado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de



Derechos Humanos sobre el Pacto, vertida en sentencias contenciosas definitivas o de reparaciones, resoluciones interpretativas de sus fallos, medidas provisionales u opiniones consultivas y por otro lado una norma interna de un Estado parte.

Aunado a lo anterior, si al compararlas, la normativa está por debajo de las exigencias de la convención el Estado debe tomar las medidas para que la norma sea modificada a efecto de que se encuentre dentro de los parámetros convencionales. De ahí que una norma desfasada que genera graves conflictos en cuanto a la tutela de la vida y la salud de los habitantes y deposita en el Estado la necesidad de emprender acciones en corrección a estas transgresiones.

La invitación de este trabajo de tesis es que, exista auditoría social, tanto de la población afectada por padecimientos médicos que enfrentan la necesidad de acceso a estas prácticas como por la población en general que debe auditar el cumplimiento de los fines sociales y promoción de derechos fundamentales de parte del Estado, así como el cumplimiento de compromisos internacionales.

Dicha auditoría social debe enfocarse en que se concreten las reformas a la Ley para la Disposición de órganos y Tejidos Humanos, el Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala por medio de la iniciativa de ley 4712 así como el cumplimiento de los fines de la referida normativa, a efecto de que se pueda llevar a la práctica el fortalecimiento institucional que permita que los procedimientos de donación de órganos y tejidos en Guatemala se verifiquen de forma pronta, eficaz y con el respeto a los principios éticos internacionales.



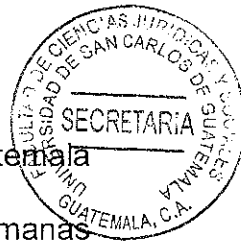


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Los datos que reflejan la problemática que se presentan en la investigación a desarrollarse, fueron captados por mi persona ya que en la actualidad se ha demostrado que en Guatemala se presentan altos índices de enfermedades crónicas, cuyo tratamiento amerita trasplante de órganos donados, hasta el momento, no todos los órganos pueden ser donados y trasplantados.

En este sentido hace unos meses atrás tuve el conocimiento del caso de una compañera de la Facultad la cual padece de leucemia, y se le ha sido detectada tres veces y la única solución para el mejoramiento de su calidad de vida es el trasplante de médula ósea, pero derivado de la inaplicabilidad de la legislación vigente en materia de donación de órganos, tejidos y células humanas, este trasplante no se ha implementado y no se lleva a cabo en el país.

En Guatemala únicamente es aplicable actualmente la donación de riñones y córneas, en virtud que únicamente existen bancos para estos órganos. En este sentido las personas deben recurrir a otros procedimientos para seguir viviendo, como las quimioterapias o radioterapias, o en muy raros casos las personas buscan el acogimiento de la legislación de otro país para poder llevar a cabo un procedimiento de trasplante.



Por ello se procedió a realizar un breve análisis sobre las leyes vigentes en Guatemala que regulan lo relativo a la donación y trasplante de órganos, tejidos y células humanas y así poder evaluar que tan eficaces y eficientes son las normas ya adoptadas.

A partir de esto se pudo observar que al momento de que las personas necesitan un trasplante mediante órganos donados no se tiene una lista nacional de espera, que sea acorde a los criterios de asignación de los órganos.

En relación con el alcance de la investigación se pretende buscar una solución para que se actualicen las condiciones de la legislación vigente en materia de donación de órganos y tejidos humanos, regulando un cuadro normativo que permita realizar los trasplantes con las garantías necesarias. Se debe formular la aplicación de una auditoría social, tanto de la población afectada por padecimientos médicos que enfrentan la necesidad de acceso a estas prácticas como por la población en general, dicha auditoría social debe enfocarse en que se concreten las reformas a la Ley para la Disposición de órganos y Tejidos Humanos, el Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala por medio de la iniciativa de ley 4712.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, Carlos y GARCÍA Mauricio. **Derecho constitucional guatemalteco**. Guatemala: Ed. Crockmen, 2003.
- ARAUJO Cuauro JC. **Aspectos éticos y jurídicos de la donación y el trasplante de órganos y tejidos en Venezuela**. Venezuela: Ed. Colomb Forense, vol. 5, no. 1, 2018.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Décimo sexta Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Tomo II, 1981.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 24 de noviembre de 2006
- CASTAÑEDA, Mireya. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional**. México: Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018.
- CASTRO QUIÑONEZ, Arabella. **Propuesta de jerarquización del ordenamiento jurídico guatemalteco**. Universidad Rafael Landívar Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1980.
- Corte Constitucional de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> (Consultado: 23 de noviembre de 2021)
- DALLA VÍA, Miguel Ángel. **Manual de Derecho Constitucional**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Lexis Nexis, 2004.
- DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso. **Filosofía del derecho**. México: Ed. Harla 1995.
- FAÚDEZ LEDESEMA, Hector. **El sistema interamericano de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales**. Costa Rica: Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- FUNDACIÓN Juan Vives Suriá. **Derechos humanos: historia y conceptos básicos**. Ed. El Perro y la Rana Caracas, Venezuela 2010.
- GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo Domínguez. **Trasplante de órganos**. México: Ed. Porrúa, 1996.
- GETE ALONSO, María del Carmen. **Manual de Derecho Civil II**. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, ed. Jurídicas y Sociales, 2000.



Historia de la Organización Nacional de Trasplantes, **Organización Nacional de Trasplantes.** Disponible
<http://www.ont.es/home/paginas/LaLeydeTrasplantes.aspx> (Consultado: 18 de abril 2021)

KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho.** Madrid: Ed. Trotta S.A, 2010.

LORENZO, Hugo. **I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos.** México: Ed. Rustica, 2007.

OLANO VÉLEZ, Carlos Alberto. **Derecho constitucional e instituciones políticas.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A., 1987.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.** Guatemala: Ed. Vázquez, 2000.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Principios Rectores sobre Trasplantes de Células Tejidos y Órganos Humanos** y sus modificaciones introducidas en 2008.

PEREIRA OROZCO, Alberto y RITCHER Marcelo Pablo Ernesto. **Derecho Constitucional.** Guatemala: Ediciones de Pereira, 2016.

Portal ciudadano del Gobierno del Distrito Federal. Secretaría de Salud del Distrito Federal. **Campaña de Donación de Órganos, Tejidos y Células.**
http://www.salud.df.gob.mx/ssdf/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=267 (Consultado: 18 de abril de 2021)

QUIROGA Lavié, Humberto. **Curso de Derecho Constitucional.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1997.

RODRÍGUEZ ARAYA, Fernando y VARGAS CHACÓN, Orlando. **La Voluntad en algunos actos de Disposición del propio cuerpo.** San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1994.

SANNER Ma. **Exchanging parts or becoming a new person. People's attitudes toward receiving and donating organs.** Estados Unidos: Ed. Soc Sci Med, 2001.

SANTIAGO DELPIN, Eduardo A. **Trasplante de Órganos.** Editorial Salvat: (s.l.i) 1987.

TAMAYO MARTÍNEZ, Jaime. **Aspectos Legales de la Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos en el Ecuador.** Ecuador: Editorial Ediciones Legales, 2009.



VITERI ECHEVERRIA, Ernesto. **Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco (parte especial)**. Guatemala: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2005.

Legislación:

Constitución Política de la Republica de Guatemala Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala, 1986.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969.

Código Civil. Decreto Ley 106, Guatemala, 1963.

Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos humanos, Decreto número 91-96, del Congreso de la Republica de Guatemala, 1996.