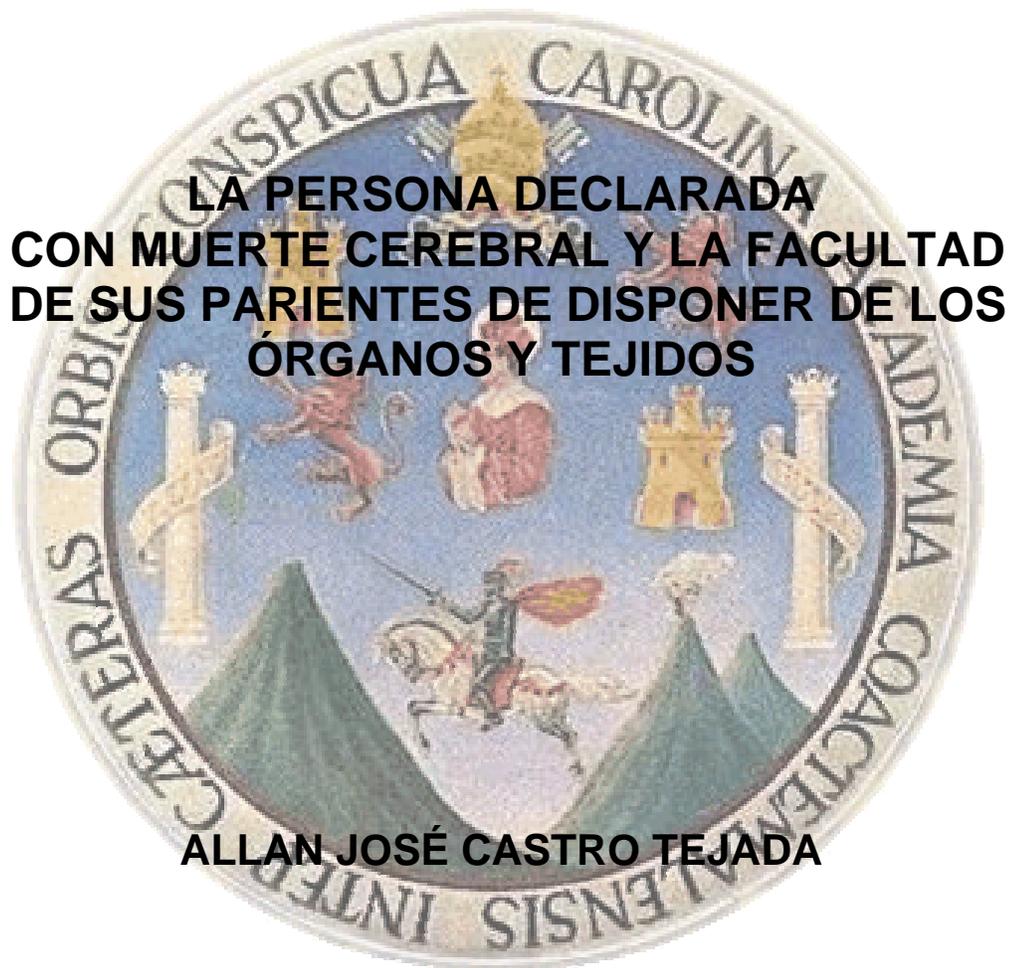


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2005

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

**LA PERSONA DECLARADA CON MUERTE CEREBRAL Y LA
FACULTAD DE SUS PARIENTES DE DISPONER DE LOS ÓRGANOS Y
TEJIDOS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALLAN JOSÉ CASTRO TEJADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2005

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTE: Lic. Luis Alberto Pineda Roca
VOCAL: Lic. Rafael Morales Solares
SECRETARIO: Lic. Héctor Manfredo Maldonado

Segunda Fase:

PRESIDENTE: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
VOCAL: Licda. Eloisa Mazariegos
SECRETARIA: Licda. Marisol Morales Chew

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

LICDA. MARISOL MORALES CHEW

10ª Calle 6-37 zona 1 3er. Nivel Of. 302 "B" Edificio Bearn Tel. 2220-6768

Guatemala 5 de Septiembre de 2005

Licenciado:

Bonerge Amilcar Mejia Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de informarle que por resolución de fecha cuatro de marzo del año dos mil cinco, se me designó asesora del trabajo de tesis del Bachiller ALLAN JOSÉ CASTRO TEJADA, intitulado: "LA PERSONA DECLARADA CON MUERTE CEREBRAL Y LA FACULTAD DE SUS PARIENTES DE DISPONER DE LOS ÓRGANOS Y TEJIDOS".

En relación al tema investigado, manifiesto al señor Decano que se procedió a realizar las recomendaciones y correcciones necesarias; por lo que el trabajo de tesis cumple con los requisitos establecidos, razón por la cual recomiendo se continúe con el trámite de conformidad con la ley.

Atentamente,



Abogado y Notario
Licda. Marisol Morales Chew
Abogada y Notaria
Colegiada No. 3985





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, seis de septiembre del año dos mil cinco -----

Atentamente, pase al LIC. FREDY ARTURO PAIZ SOTO, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante ALLAN JOSÉ CASTRO TEJADA, Intitulado: "LA PERSONA DECLARADA CON MUERTE CEREBRAL Y LA FACULTAD DE SUS PARIENTES DE DISPONER DE LOS ÓRGANOS Y TEJIDOS" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente. -

~~MDE/sjh~~





Lic. Fredy Arturo Paiz Soto

Abogado y Notario

Calle 6 de Septiembre 3-57 zona 1 Juliapa

Teléfono 784-41526

Colegiado 1986



Guatemala

22 de septiembre de 2005

Licenciado

Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Decano de la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria

Estimado Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted manifestando que de conformidad con providencia de fecha seis de septiembre de 2005 la Decanatura dió resolución en que fui nombrado revisor de tesis del estudiante Allan José Castro Tejada de la investigación intitulada "LA PERSONA DECLARADA CON MUERTE CEREBRAL Y LA FACULTAD DE SUS PARIENTES DE DISPONER DE LOS ÓRGANOS Y TEJIDOS".

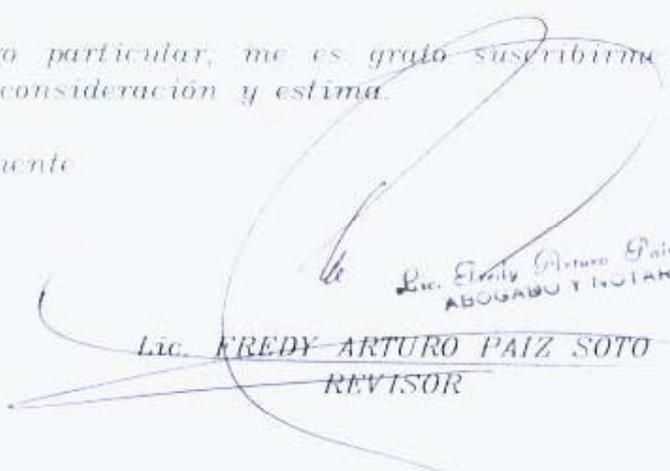
Procedí a examinar el trabajo de investigación realizado por el estudiante, al cual realicé algunas sugerencias que fueron aceptadas por el autor e incorporadas al texto. Asimismo en el referido estudio se obtuvo un excelente análisis de la situación actual en que se encuentra la donación de órganos provenientes de cadáveres en Guatemala, plantea una solución mediante la disminución de personas que deben prestar el consentimiento para la extracción de órganos y tejidos de la persona declarada con muerte cerebral.

He de señalar que el estudiante Castro Tejada durante el desarrollo del trabajo puso de manifiesto esfuerzo, dedicación y especial interés en presentar un trabajo con alto nivel de aporte investigativo que indudablemente presenta información, análisis y criterios valiosos dando como resultado conclusiones y recomendaciones acordes al trabajo realizado.

En base a lo expuesto, mi opinión es que el trabajo de tesis si llena los requisitos de aceptación en la fase de revisión y al ser aprobado sugiero que el mismo sea aceptado para ser discutido en el examen público correspondiente, como tesis de graduación de su autor.

Sin otro particular, me es grato suscribirme con las más altas muestras de consideración y estima.

Atentamente



Lic. Fredy Arturo Paiz Soto
ABOGADO Y NOTARIO

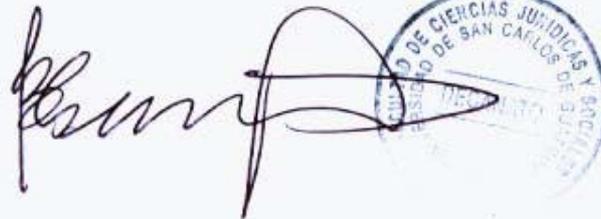
~~Lic. FREDY ARTURO PAIZ SOTO~~
~~REVISOR~~



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, catorce de octubre del año dos mil cinco.---

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del estudiante ALLAN JOSÉ CASTRO TEJADA, Intitulado "LA PERSONA DECLARADA CON MUERTE CEREBRAL Y LA FACULTAD DE SUS PARIENTES DE DISPONER DE LOS ÓRGANOS Y TEJIDOS", Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.--

~~MIAE/slh~~







DEDICATORIA

- A DIOS: Por haberme permitido obtener este triunfo.
- A MI MADRE: Base fundamental en mi formación, el primero de sus tres sueños está cumplido.
- A MI PADRE: Por su apoyo y por haber sembrado en mi con su ejemplo la semilla de esta noble profesión.
- A MIS HERMANOS: Danny por ser mi mejor amigo, Paola por estar allí en los momentos difíciles, Otoniel por ser el hermano que es.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS: En especial a todos con los que compartí la preparación del examen técnico profesional
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, mi Alma Mater.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. La capacidad jurídica.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Principio de la capacidad jurídica.....	2
1.3 Clases de capacidad jurídica.....	5
1.4 Incapacidad.....	7
1.5 Fin de la capacidad jurídica.....	10
1.5.1 Definición de muerte.....	11
1.5.2 Premoriencia y comoriencia.....	12
1.5.3 Sistema de premoriencia.....	13
1.5.4 Sistema de comoriencia.....	13
1.5.5 Efectos jurídicos de la muerte.....	14

CAPÍTULO II

2. La donación.....	15
2.1 Definición.....	15
2.2 Elementos.....	17

	Pág.
2.2.1 Elementos personales.....	17
2.2.2 El objeto.....	18
2.3 Obligaciones de las partes.....	19
2.3.1 Obligaciones del donante.....	19
2.3.2 Obligaciones de donatario.....	19
2.4 Forma del contrato.....	20
2.5 Donación de órganos y tejidos humanos.....	20
2.5.1 Regulación legal.....	26
2.5.2 Requisitos.....	27

CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico doctrinario de la donación de órganos y tejidos humanos.....	29
3.1 Donación de órganos y tejidos.....	29
3.2 La donación de órganos y tejidos humanos en Guatemala.....	36
3.3 La donación de órganos y tejidos humanos en el derecho comparado.....	39
3.3.1 Ley de transplantes de Bélgica.....	39
3.3.2 Ley de transplantes de Canadá.....	40
3.3.3 Ley de transplantes de Colombia.....	41
3.3.4 Ley de transplantes de Ecuador.....	42
3.3.5 Ley de transplantes de España.....	43

CAPÍTULO IV

4. Donación de órganos y tejidos humanos por los parientes de las personas declaradas con muerte cerebral.....	45
4.1 Definición de muerte cerebral.....	45
4.2 Donación de órganos y tejidos de la persona declarada con muerte cerebral.....	54
4.3 Procedimiento.....	57
4.4 Formalización.....	60
CONCLUSIONES.....	61
RECOMENDACIONES.....	63
ANEXO.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	69

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la donación de órganos y tejidos humanos ha tomado una gran importancia en todo el mundo, Guatemala es uno de los países que cuenta con una legislación al respecto y a pesar de lo innovadora que es, los centros especializados para realizar los procedimientos cuentan con algunos obstáculos legales que impiden realizarlos. Recordemos que nuestra Constitución Política establece el deber del Estado de velar por la salud de sus habitantes, es por eso que presento este trabajo ante ustedes; más que un requisito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala para obtener el grado académico de licenciatura es mi deseo que sea un aporte a la sociedad.

En el primer capítulo me refiero a cómo las personas individuales adquieren su capacidad, las clases de capacidad, como el Estado puede limitarla y como se extingue; en el segundo trato el tema de la donación civil, elementos, objeto y como se formaliza; en el tercero realizo un estudio jurídico sobre la donación de órganos y tejidos humanos tanto en Guatemala como en el Derecho comparado, el cuarto capítulo se refiere a la muerte cerebral y como los parientes de las personas a quienes se les ha diagnosticado pueden prestar su consentimiento para que le sean extraídos los órganos.

Espero que al finalizar el estudio se logre entender que el Derecho no es una ciencia social estática, sino que debe evolucionar tanto como la sociedad lo haga y si es posible ir un paso adelante de esa evolución para que no haya campo para la duda en el ámbito de nuestras relaciones jurídicas.

CAPÍTULO I

1. La capacidad

1.1 Definición

La mayoría de tratadistas exponen criterio uniforme al considerar la personalidad jurídica como sinónimo de capacidad jurídica, pero, la personalidad jurídica es una investidura que el Derecho le otorga a la persona para que esta ingrese al ámbito de las relaciones jurídicas, es decir que ésta es el medio por el cual la persona obtendrá la capacidad jurídica. El Código Civil no define la capacidad jurídica concretándose únicamente a señalar en su Artículo 1º. que “la personalidad civil inicia con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.”

Espín Canovas define la capacidad jurídica como: “la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes¹.” Por su parte De Castro que la define como: “la aptitud de una persona de ser sujeto de relaciones jurídicas².”

Aceptados los criterios anteriores, el concepto de capacidad tiene vigencia considerándola, entonces, como la aptitud, derivada de la personalidad, que toda persona tiene para ser titular, como sujeto activo o pasivo, de relaciones jurídicas, o bien

¹ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 23

² De Castro y Bravo, Federico. **Compendio de derecho civil**. Pág. 170

de derechos y obligaciones, aptitud que llega a tener concreción en la dinámica del mundo jurídico, ya por virtud de la propia ley que lo permite aunque la persona esté en incapacidad física de expresar su voluntad, o bien por un proceso en que la voluntad es expresada libremente.

La capacidad jurídica no es considerada por la mayoría de autores como una aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones sino como un atributo de las personas que debe reconocer, no otorgar el derecho.

1.2 Principio de la capacidad jurídica

Considero oportuno, por la importancia que el tema reviste para la ciencia jurídica, formular, desde esta perspectiva, algunas breves apreciaciones críticas sobre los alcances del concepto de capacidad jurídica, ya sea tanto de la que se designa como capacidad genérica, de goce o de derecho, como aquella conocida como de ejercicio, de hecho o de obrar.

Debo aclarar que no me adhiero a la posición dualista que asume un mayoritario de la doctrina jurídica en torno a la capacidad. Ello, por cuanto considero que la capacidad genérica o de goce es inherente a la naturaleza del ser humano. Se constituye como la posibilidad o potencialidad propia de la libertad subjetiva en que consiste el ser del hombre para su transformación en actos, en conductas humanas

intersubjetivas. La pura subjetividad humana, bien lo sabemos, no es materia jurídicamente regulable. Sólo lo son las conductas humanas intersubjetivas, las relaciones interpersonales. Es decir, la libertad exteriorizada. Así como todos los seres humanos son ontológicamente seres de libertad, así también todos ellos tienen similar capacidad genérica o de goce. Todos los seres humanos poseen una natural aptitud para convertir en actos o conductas sus decisiones libres.

Así como existe una sola libertad existe también una sola capacidad. Lo que ocurre es que ambas, libertad y capacidad, se nos presentan en dos instancias o momentos. El primero es subjetivo. En cuanto a la libertad, este instante representa el poder de la persona de decidir por sí misma. Esta decisión, en que consiste la libertad, se da en el ámbito de la pura subjetividad, por lo que no se exterioriza.

En lo atinente a la capacidad, el instante subjetivo es el de la pura aptitud que tiene todo ser humano, por ser tal, de gozar de todos los derechos inherentes a su naturaleza de ser humano. Todos los hombres son igualmente libres y todos tienen también igual capacidad de goce. Esta capacidad, que es una mera potencialidad, pertenece al mundo íntimo de la persona.

Un ser ontológicamente libre posee, naturalmente, la aptitud para realizar todos los actos necesarios para cumplir con su proyecto de vida. El ser humano tiene la connatural aptitud o capacidad para decidirse entre un infinito abanico de posibilidades existenciales.

Libertad y capacidad de goce son elementos indisolubles, indesligables. No se comprende la libertad sin la aptitud o capacidad, que le es inherente, de realizarse en el mundo exterior.

La libertad, en cuanto poder de decisión, tiene vocación por convertirse en acto, en conducta humana intersubjetiva. Por ello, en virtud de la capacidad de goce -que le es inherente- se vuelca al mundo exterior, se transforma de potencia en acto. La libertad subjetiva y su capacidad inherente, que es aptitud para gozar de todos o de cualquier derecho, puede o no realizarse, puede o no exteriorizarse.

Si la persona está dotada por el ordenamiento jurídico positivo de capacidad jurídica de ejercicio, de hecho o de obrar, podrá objetivar la libertad, podrá ocurrir que la genérica y potencial aptitud para gozar de un derecho se convierta en efectivo ejercicio del mismo. Si esto ocurre estamos frente a la libertad objetiva, que se exterioriza, que se muestra en el mundo exterior. Se pasará del momento subjetivo, interior, al objetivo o exterior. Es en este segundo instante, en el que la conducta humana se interfiere con otras conductas, en el que es aplicable el derecho.

La capacidad jurídica general o de goce no puede separarse de la libertad ontológica. Tanto una como la otra son inmunes al derecho. No se restringen o eliminan por ley alguna. Sólo desaparecen con la muerte del ser humano, con la destrucción de su propio ser. La capacidad de ejercicio o de obrar, que permite la manifestación exterior de la libertad, es decir, su actuación o aparición en el mundo exterior, si es posible limitarla, restringirla o suprimirla, en determinada medida, por el ordenamiento jurídico

positivo. La atención del derecho se debe centrar, por lo expuesto, únicamente sobre esta última capacidad.

1.3 Clases de capacidad jurídica

La capacidad jurídica genérica o de goce a la que se ha hecho referencia se le suele definir en los textos jurídicos como la aptitud del hombre a ser titular de derechos y deberes. Dentro de la monumental bibliografía jurídica sobre tan medular asunto he seleccionado tan sólo a tres acreditados y reconocidos juristas contemporáneos como es el caso de Francesco Galgano, profesor en la Universidad de Bologna. Massimo C. Bianca, docente en la Universidad de Roma, y Karl Larenz profesor en Munich, con la finalidad de glosar el pensamiento de tres juristas representativos del momento histórico en que nos ha tocado vivir.

Como señala el conocido y reputado tratadista Francesco Galgano “la expresión capacidad de goce o capacidad genérica es equivalente a la de subjetividad jurídica o, como apunta la mayoría de los autores, a la de personalidad jurídica. Esta aptitud, que se instala en la subjetividad, es inherente al ser humano, indesligable de su propia naturaleza³.” Karl Larenz subraya, por su parte, que la capacidad jurídica es aquella de que está dotada una persona “para ser sujeto de relaciones jurídicas y, por ello, titular de

³ Galgano, Francesco, **Derecho civil**. Pág.128.

derechos y destinatario de deberes jurídicos, la capacidad jurídica corresponde al individuo porque, conforme a su naturaleza, es persona en sentido ético⁴.”

En similar sentido se pronuncia Massimo Bianca cuando afirma que "la capacidad jurídica general compete a todas las personas físicas y jurídicas. La persona física adquiere la capacidad jurídica definitiva con el nacimiento y la conserva hasta el momento de la muerte⁵." Es decir, que para Bianca todos los seres humanos, por igual, poseen dicha capacidad genérica a la cual los juristas suelen designar, como está dicho, como capacidad de goce, la que se adquiere desde el momento del nacimiento.

Tengo, sin embargo, una observación en relación con lo expresado por el profesor de la Universidad de Roma. Ella consiste en que, para este servidor, no sólo todas las personas físicas o naturales poseen dicha capacidad sino que ella es también inherente a todo ser humano. Es decir, corresponde también al ser humano aún no nacido, al concebido o *nasciturus*

Bianca distingue claramente la capacidad jurídica general o de goce de la capacidad de ejercicio o de obrar. Sobre el particular sostiene que "la noción de capacidad jurídica es distinta respecto a la capacidad de ejercicio, la que se refiere a la idoneidad del sujeto a desplegar directamente su propia voluntad⁶.”

⁴ Larenz, Karl, **Derecho civil, parte general**. Pág.103.

⁵ Bianca, Massimo **Derecho civil I**. Pág. 193.

⁶ **Ibid**

Sobre el particular sostiene que "la noción de capacidad jurídica es distinta respecto a la capacidad de ejercicio, la que se refiere a la idoneidad del sujeto a desplegar directamente su propia autonomía negocial y procesal en definitiva, la falta o la limitación de la capacidad de ejercicio no incide sobre la capacidad jurídica general en cuanto el sujeto permanece siempre idóneo a ser titular de relaciones jurídicas. De lo que carece el incapaz de ejercicio es más bien de la idoneidad a realizar directamente y autónomamente su propia esfera personal y patrimonial, necesitando un representante legal o curador⁷."

La exposición del profesor Bianca es clara, realista e ilustrativa. En definitiva, la capacidad genérica o de goce se adquiere desde el momento de la concepción y se extingue con la muerte. Ello significa que esta capacidad es, de suyo, inherente a la naturaleza humana, por lo que no puede restringirse o limitarse por ley. Sólo la muerte física le pone fin. Mientras tanto, la capacidad de ejercicio o de obrar, según el mismo autor, se refiere a la idoneidad del sujeto para desplegar en el mundo exterior su propia libre decisión.

1.4 Incapacidad

Así como nuestra legislación, otorga la capacidad de ejercicio al llegar a la edad de dieciocho años, también puede restringirla a la persona que la posee, esto con el objeto de que exista una mayor seguridad jurídica en la actuación de la persona a la cual se le ha restringido su capacidad, claro sin perjudicar su capacidad de goce.

⁷ Bianca, Massimo ,**Ob .Cit.** Pág. 193

Es indiscutible que la persona que ha sido declarada incapaz ejerce sus derechos a través de la persona que ha sido nombrada como su representante, no obstante la doctrina se detiene en el estudio de lo que denomina "...ciertos derechos no susceptibles de ser ejercitados.⁸" tal es el caso en Guatemala a la prohibición de otorgar testamento o donación por causa de muerte a través de representante legal esto por tratarse de actos personalísimos.

En esos casos como el representante del incapaz se ve imposibilitado por la ley expresar la voluntad de este, un fuerte sector de la doctrina entiende que no se trata de casos de incapacidad de obrar o de ejercicio, sino de incapacidad de derecho, o sea de plena incapacidad jurídica, si bien limitada a dichos casos extremos, en los cuales no es admitida. Otro sector de la doctrina no admite en ningún caso, ni siquiera en los que anteriormente se han señalado, la existencia de una incapacidad de derecho, aunque fuere excepcional o parcial, toda vez que considera la capacidad como "un atributo de la persona, y en consecuencia existe en realidad gradación en la capacidad de obrar, en mayor o en menor grado, pero no incapacidad de derecho⁹."

Quien se encuentre en un estado de incapacidad puede ser sometido a un juicio para que sea declarado en estado de interdicción, que desembocará en una sentencia de invalidez o ineptitud. Serán los parientes más próximos, el cónyuge, e incluso la Procuraduría General de la Nación quienes tengan que instar el procedimiento. A lo largo del mismo, el juez puede, en los casos graves, determinar el internamiento del incapaz en un centro asistencial de carácter psiquiátrico.

⁸ Espín Canovas, Diego. **Ob. Cit.** Pág. 169

⁹ **Ibid.** Pág. 170

Una vez pronunciada la sentencia de incapacitación, el incapaz adquiere un nuevo estado civil, muy semejante en numerosos puntos al que tiene el menor de edad, pues, si el menor de edad se encuentra sometido a la patria potestad de sus padres, y, en su defecto, a la guarda legal de su tutor (de modo que unos y otros son sus representantes legales para todos aquellos actos que el menor no puede realizar por sí sólo), el incapacitado es colocado por la sentencia bajo la representación y guarda de un tutor. La diferencia suele radicar en que el estado del menor de edad es descrito por la ley de modo común para todo menor, mientras que el estado de interdicción puede ser regulado por la sentencia de incapacitación, que, en atención al grado de discernimiento del incapacitado, dirá qué actos puede realizar éste por sí mismo, cuáles son los que requieren ser llevados a cabo por el representante y cuáles precisan mera asistencia del guardador.

De los daños que cause el incapacitado a terceras personas responde el tutor legal si hubo por su parte culpa o negligencia en el cuidado de la persona, lo mismo que de los daños que causan los menores de edad responden sus padres o tutores. En cuanto a los actos y contratos que no pueda llevar a cabo por sí sólo, bien porque lo prohíbe la sentencia de incapacitación, bien porque es la ley quien no lo permite, pueden ser anulados. Si se trata de contratos, sólo el representante del incapaz, o él mismo cuando recupere la capacidad, pueden impugnar el contrato, pero nunca la persona que contrató con él.

1.5 Fin de la capacidad jurídica

Ripert Boulanger considera que “la personalidad se extiende o dura hasta el momento de la muerte, por cuanto luego de ésta desde el punto de vista jurídico lo que se obtiene es un cadáver, para el cual hay normas legales relacionadas a la inhumación y funerales, con lo que se obtiene la certeza de la muerte y los medios para hacer respetar el cuerpo del fallecido¹⁰.” Ahora bien, Bonnecase no comparte la misma idea, por lo cual considera que “la personalidad física puede o no coincidir con la vida humana¹¹.”

Explica el mencionado autor que en ciertos casos la personalidad física tiene más duración que la vida humana, porque por ejemplo, la persona goza de personalidad jurídica desde antes de su nacimiento, a partir del momento de la concepción, con la condición de que el hijo nazca vivo, por lo que estima que la personalidad precede a la vida humana. Nuestra Constitución Política de la República señala en su Artículo tercero que “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción...”

Agrega que con respecto a la muerte, la ley le otorga al difunto en algunos casos una existencia artificial, y sigue siendo considerada como sujeto de derecho. Por ejemplo en la teoría de los premoriencia, donde si varias personas recíprocamente llamadas a la sucesión una de la otra, mueren en un mismo accidente, sin saber cuál falleció primero,

¹⁰ Ripert Boulanger, **Derecho de familia**. Pág. 79

¹¹ Bonnecase, Filippo, **Derecho civil I**. Pág. 123

entonces, la presunción de supervivencia se determina por la fuerza de edad y sexo. Otro ejemplo mencionado por Bonnecase es el caso de la ausencia, por medio de la cual una persona puede seguir viviendo jurídicamente aunque haya muerto en la realidad.

En este orden de ideas es importante mencionar el significado de la premoriencia y la comoriencia, sistemas que ayudan a determinar cual de los dos sujetos ha muerto primero, cuando han fallecido en un mismo acontecimiento. El primero consiste en que las muertes deben determinarse por las circunstancias y en su defecto por la edad y el sexo, lo cual es considerado por muchos autores como un criterio arbitrario, porque no siempre la supervivencia depende de la fortaleza. En la comoriencia a falta de prueba se considera que todas las personas murieron al mismo tiempo.

La personalidad jurídica puede en ciertos casos tener una duración más corta que la vida humana. Es el caso, explica Bonnecase “el hijo no viable incapaz, porque mientras dura la gestación, el hijo tiene personalidad por haber sido concebido, pero al nacer desaparece ésta ante la comprobación de la no viabilidad, entonces esa personalidad se desvanece retroactivamente¹².”

También explica el citado autor que la personalidad física puede ser independiente de la vida humana, porque se pueden ver como sujetos de derecho a las personas futuras, es decir, a los hijos nacidos y por nacer, aun los no concebidos.

¹² Bonnecase, Filippo, *Op. Cit.* Pág. 124

Sin embargo, en el derecho vigente la única causa a través de la cual se extingue la personalidad del ser humano es la muerte.

1.5.1 Definición de muerte

Por muerte se entiende en su sentido biológico, “la cesación de las funciones vitales del individuo, aunque subsistan funciones vitales de partes del mismo¹³.” Desde el punto de vista legal se define como “la situación jurídica en la cual una persona pierde irreversiblemente la conciencia y la capacidad jurídica, dejando de ser un sujeto de derechos y obligaciones¹⁴.” Este tema se tratará más adelante a profundidad.

1.5.2 Premoriencia y comoriencia

En ciertas situaciones interesa determinar cuál de dos o más sujetos ha muerto primero que el otro. Esto resulta muy difícil cuando los sujetos han fallecido en un mismo acontecimiento, sin que existan indicios del orden en el cual ocurrieron las muertes. Es por esta razón que las legislaciones han adoptado el sistema de la premoriencia o el de la comoriencia. En Guatemala solamente rige el segundo sistema el cual esta desarrollado en el Artículo tercero del Código Civil el que expresa: “si dos o más personas hubiesen fallecido de modo que no se pueda probar cual de ellas murió

¹³ Diccionario de la lengua español. Pág. 1,413

¹⁴ Robert, Hall, Legislación de la bioética. Pág. 25

primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión de derechos entre ellos”

1.5.3 Sistema de premoriencia

Consiste en que el orden de las muertes se determina mediante la presunción de que sobrevive el más fuerte, determinación ésta que se hace a base de criterios objetivos como el sexo y la edad.

Este sistema es criticado porque presenta una solución arbitraria porque en muchos casos la sobrevivencia no tiene relación ni con el sexo ni con la edad, ni siquiera con la fortaleza, y existen otras situaciones además del sexo y edad que podrían influir en la capacidad de un individuo a la hora de hacer frente a los peligros de la muerte, como por ejemplo: defectos físicos y mentales, estados de salud.

1.5.4 Sistema de comoriencia

Por la crítica al sistema de la premoriencia prevalece entonces el sistema de comoriencia, que consiste en que a falta de pruebas se considera que todas las personas murieron al mismo tiempo. Como se expresó anteriormente este es el sistema seguido por nuestra legislación.

1.5.5 Efectos jurídicos de la muerte

Con la muerte se extingue la personalidad del individuo, por lo que no podrá ser sujeto de derechos y deberes. Luego de la muerte lo que nacen son derechos de los herederos, pero el fallecido ya no es titular de derechos y deberes. Así pues, se mantienen para el futuro algunos efectos de la personalidad anterior, como lo son los derechos y deberes patrimoniales, los cuales son susceptibles de valoración económica.

También surgen las disposiciones *mortis causa*; o sea, las disposiciones dictadas por el individuo para el caso de su muerte y se abre la sucesión del difunto. También se extinguen los derechos, deberes y relaciones extrapatrimoniales, es decir, las relaciones no susceptibles de valoración económica. Otra consecuencia es la tutela jurídica del cadáver y de la memoria del difunto, con el fin de la protección de los cadáveres y sepulturas, como también la memoria de este.

CAPÍTULO II

2. La donación

2.1 Definición

“El contrato de donación es aquel en el cual una persona llamada donante se obliga a transferir gratuitamente una parte de sus bienes presentes a otra llamada donatario. Por efecto de la donación el donante transmite gratuitamente la propiedad de una parte de sus bienes presentes. La donación constituye por su esencia gratuita una liberalidad en beneficio del donatario y debe recaer estrictamente sobre una parte de los bienes presentes del donante¹⁵.” El Diccionario de Manuel Ossorio lo define como: “un acto jurídico entre vivos por el cual una persona (donante) transfiere a otra (donatario) gratuitamente el dominio sobre una cosa y el donatario acepta¹⁶.” El Código Civil la define en su Artículo 1855 como: “la donación entre vivos es un contrato por medio del cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa a título gratuito.”

La donación es uno de esos conceptos tan fáciles de comprender en su esencia como difíciles de delinear en sus contornos precisos. La dificultad reside en la circunstancia de que no todo acto a título gratuito es donación. No lo son los actos de última voluntad ni tampoco numerosas liberalidades realizadas entre vivos que quedan excluidas del concepto jurídico de donación.

Se ha circunscrito el régimen legal de las donaciones a ciertos actos respecto de los cuales se considera particularmente importante proteger al donante. Esto explica por

¹⁵ Chirino Castillo, Joel. **Derecho civil III**. Pág. 56

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas y sociales**. Pág. 267

que no se aplica a todas las liberalidades entre vivos el mismo régimen. Habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

Algunas teorías consideran a la donación como un acto unilateral de voluntad, otras en cambio la ubican como un contrato que solo se perfecciona con el acuerdo de voluntades de donante y donatario esta última criticada porque no bastaría la aceptación para considerarla un contrato. (Recordemos que la donación puede ser aceptada aún después de la muerte del donante Artículo 1858 del Código Civil.)

En su esencia, la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, mas próximo a la disposición testamentaria que al contrato. Solo así concebida, puede explicarse que pueda ser revocada por ingratitud del donatario, que este sujeta a reducción por desmejoramiento de la fortuna del donante. De todas maneras predomina la doctrina contractualista.

Debe de considerarse como un contrato; ya que no solo se encuentra regulado por nuestro ordenamiento jurídico dentro de los contratos civiles sino que a pesar de que puede ser aceptado en documento separado, o en diferente acto, para que se perfeccione debe de contar con el consentimiento del donatario, requisito esencial para que sea válido.

Los países que admiten la donación se caracterizan por atribuirle a la reglamentación legal un régimen más rígido que el que se aplica a otros contratos; para el legislador todo acto de liberalidad ha sido siempre sospechoso por considerar que puede ocultar un interés inconfesable.

Por otra parte el donante siempre correrá el riesgo de que al transmitir gratuitamente sus bienes, no solo afecte su propio patrimonio sino el de sus acreedores, o en todo caso al de su propia familia que ha formado.

Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero ésta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero. Para Chirino Castillo “Esto no altera la esencia gratuita del acto. Sin embargo, a veces el cargo tiene tal importancia que la gratuidad del contrato queda desvirtuada casi totalmente; aquí se roza el problema del *negotium mixtum cum donatione*¹⁷.”

2.2 Elementos

2.2.1 Elementos personales

La denominación jurídica de las partes en este contrato son donante y donatario, donante es el sujeto que transmite en forma gratuita parte de sus bienes, y el donatario es el que recibe la liberalidad.

¹⁷ Chirino Castillo, Joel. **Ob. Cit.** Pág.59

2.2.2 El objeto

El objeto del contrato lo constituye una parte de los bienes del donante, Las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas. Por lo tanto debe ser una cosa en sentido propio, la donación puede referirse a los bienes presentes o a los futuros como es el caso de la cosecha.

El objeto de la donación tiene que cumplir, como todo contrato, los requisitos de certeza y licitud. Es especialmente importante, en el caso de la donación, la clasificación de los bienes ya que, como se ha señalado, no solamente los bienes presentes pueden ser donados.

2.2.3 Consentimiento

El consentimiento se configura con el concurso de voluntades manifestado en forma exterior del donante y del donatario. El Código Civil determina en el Artículo 1857 que: “el donatario puede aceptar en el momento de la donación o en acto separado. Si aceptare con posterioridad para que el contrato quede perfecto debe notificarse la aceptación al donante en forma auténtica”. El contrato de donación también puede celebrarse entre ausentes para lo cual se establece que la aceptarán sus representantes legales El donante debe de poseer la capacidad para contratar y la facultad de disponer de los bienes objeto de la donación.

2.3 Obligaciones de las partes

2.3.1 Del donante

El donante está obligado a entregar físicamente el objeto al donatario. Por efecto de esta transmisión, el donante solo será responsable de los daños que se causen por los vicios ocultos de la cosa si conocía de estos y no dio aviso de estos al donatario, o celebró el contrato con intención de causarle daño.

Así también, el donante solo estará obligado al saneamiento solamente si la donación ha sido onerosa o remuneratoria, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen.

2.3.2 Del donatario

El Artículo 1959 del Código Civil expresa que: “El donatario se subroga de todos los derechos y acciones que en caso de evicción le corresponderían al donante...”

El artículo 1864 del mismo cuerpo legal establece que “El donatario quedará obligado con los acreedores y alimentistas del donante y con el hijo nacido con

posterioridad, solamente hasta el valor de los bienes donados al tiempo de hacerse la donación, si el donante no tuviere medios para cumplir dichas obligaciones...”

2.4 Forma del contrato

En cuanto a la forma del contrato de donación el Código Civil en su Artículo 1862 establece que “La donación de bienes inmuebles debe de otorgarse y aceptarse en escritura pública.” Ahora bien, si la donación fuere de bien mueble al respecto el Artículo 1575 del mismo Código señala que: “El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escritura pública...”

2.5 Donación de órganos y tejidos humanos

Una persona puede, por su deseo de hacer el bien a un enfermo, expresar su voluntad de donar alguno de sus órganos. Esta donación no es entrega de una cosa que se posee, pues el cuerpo humano es parte constitutiva de la persona. Es, más bien, entrega de sí mismo. Esta entrega es completamente distinta a los servicios laborales o de otros tipos que el hombre pueda prestar; los servicios se pueden contratar y, hasta cierto punto, su valor se puede medir con dinero, y este valor se intenta reflejar en el contrato laboral. Sin embargo, el valor de la persona no puede medirse con dinero y, por tanto, la parte de su cuerpo, es decir, de su persona, que entrega como donación no

puede tener valor de mercado. El cuerpo humano o sus partes no pueden ser objeto de compraventa. La donación de órganos y tejidos es un gesto de altruismo.

Acerca de la donación de órganos y tejidos humanos, Leonardo Pérez Gallardo la define como: “el acto por el cual una persona decide que un órgano o tejido le sea extraído, sin alterar permanentemente su vida, o merme su capacidad física o psíquica al perder funciones importantes de su organismo, con el objeto de que le sean transplantados a otra persona¹⁸.”

La donación de órganos y tejidos es el acto de dar algo de si mismo a otro sujeto que lo requiere y si bien es un proceso muy complejo que involucra aspectos médicos, sociales, psicológicos, éticos, religiosos y legales, representa hoy en día y gracias a los avances de la ciencia una oportunidad para que miles de personas puedan vivir, recuperar su funcionalidad normal y mejorar su calidad de vida.

La donación en materia de órganos y tejidos, consiste en el consentimiento expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes. Así también las donaciones tienen como principios el altruismo, ausencia de ánimo de lucro y la confidencialidad por lo cual esta prohibido el comercio de órganos.

¹⁸ Pérez Gallardo, Leonardo, **De la donación civil a la donación de órganos**. Pág.12

Con el surgimiento de la transplantología el término donantes voluntarios de órganos y tejidos fue más enfático pues su empleo data de ya otras donaciones de sangre, y el empleo del cadáver con fines científicos.

Considero que en virtud de la donación de órganos y tejidos la persona dispone ceder piezas anatómicas para que sean utilizadas para fines de trasplante o de investigación científica, surtiendo efectos en vida o después de la muerte.

Debe quedar claro que los órganos y los tejidos no forman parte del patrimonio; que si bien extraídos del cuerpo del donante, tienen la consideración de bien, estos son extrapatrimoniales, por lo tanto no hay cesión en la donación de una fracción del patrimonio, y, consiguientemente, no existe enriquecimiento ni empobrecimiento patrimonial. Lo que si se puede afirmar es que ha habido un beneficio, o al menos el intento, a la salud del receptor, pero el órgano o tejido implantado no puede valorarse económicamente, en el orden ético y jurídico; es un bien extrapatrimonial y fuera del comercio de los hombres, tampoco puede considerarse que se ha producido un empobrecimiento en la persona del donante por los elementos antes apuntados y porque en el orden de la salud existen limitantes a este tipo de acto.

Una vez precisado que no son susceptibles de valoración económica los órganos y tejidos humanos, cabe apuntar que si lo es el efecto perjudicial que se produce en la

salud del donante o del receptor, por error médico, que trasciende el margen de equivocación concebido para este personal.

No es la donación de órganos un negocio jurídico, consistente en la creación de situaciones jurídicas conscientemente buscadas, cuya razón es la finalidad que persigue al realizarlas, dando lugar al ejercicio de un derecho, que tiene una correlativa obligación de persona distinta a quien lo ejercita, produciendo derechos subjetivos y obligaciones. Las partes voluntariamente han querido crear una situación de derecho a la que habrán de ajustar sus relaciones y actos.

Se destacan como elementos distintivos del concepto el acto de voluntad, la existencia de una o varias declaraciones de voluntades, finalidad de producir consecuencias jurídicas, son actos tutelados por el ordenamiento jurídico.

En principio puede pensarse que la donación de órganos se ajusta a esta definición, pero el detalle estriba en que si bien son los negocios los actos jurídicos por excelencia, no son contentivos de toda su noción. Supone el acto jurídico la existencia de un hecho humano producido por la voluntad consciente y exteriorizada, dirigida o no a crear efectos jurídicos, cuando el acto se produce conforme a las disposiciones del derecho objetivo, es que recibe esa denominación. Cuando la manifestación de voluntad está dirigida a crea efectos en el Derecho es que se constituye la figura del negocio jurídico, pudiendo ser unilateral o bilateral. No está presente en el acto de la donación de

órganos y tejidos humanos, la intención de producir efectos jurídicos (aunque ciertamente estos se producen); correspondiendo su naturaleza a la del negocio jurídico unilateral.

No existe entre el receptor y el donante una relación contractual surgida al amparo de los negocios jurídicos bilaterales porque, en primer lugar, vuelvo a señalar, está ausente el elemento patrimonial que caracteriza las relaciones obligatorias.

Urge destacar otro elemento característico de las relaciones contractuales y no presente en la donación de órganos; el consentimiento, la expresión de las voluntades anteriormente divergentes que convergen en un punto común, perfeccionando la relación jurídica contractual. De manera que el elemento esencial en la manifestación de voluntad y en el negocio jurídico bilateral, el consentimiento que es la coincidencia misma de manifestaciones de voluntad que nacieron aisladas.

Definitivamente la donación de órganos y tejidos es un acto jurídico caracterizado por la declaración unilateral de voluntad, el carácter irrevocable es uno de los elementos distintivos de la donación civil y en general de los contratos, en correspondencia con el principio de intangibilidad, implicando que ninguna de las partes puede dar por extinguido el contrato unilateralmente. El acto de donar órganos y tejidos es esencialmente revocable, en el ánimo de liberalidad no subyace un interés de contenido

patrimonial, sino una intención altruista, solidaria, que no crea obligación para el donante, solo la obligación de cumplir un deber social.

El acto de donar partes del cuerpo debe ser, inexorablemente revocable, al no tratarse de una institución contractual nada impide para que la declaración unilateral de voluntad modifique la situación de Derecho, al no violarse el principio de intangibilidad de los contratos.

En las donaciones entre vivos, la mera aceptación del receptor o sus representantes legales, a los fines del transplante, es precisamente a relación con esto y no con el acto de donar. La perfección del acto que realiza el donante es independiente a la aceptación del receptor, por otra parte la intervención médica, al definir la existencia de requerimientos genéticos, inmunológicos y otros, interrumpe la conexión privada entre donante y receptor.

Son las ideas anteriormente expuestas, un esbozo de algunas consideraciones por las que se ha definido que la donación de órganos y tejidos humanos no es técnicamente considerada una donación civil. Como lo expone el tratadista de Derecho Civil Ruggiero, los elementos esenciales de la donación civil son: "a) La retribución patrimonial que produce enriquecimiento en el donatario y consiguientemente empobrecimiento en el donante; b) Intención de beneficiar o *animus donandi*, a la que debe corresponder en el donatario la intención de recibir la donación como tal; c)

Privación de la cosa en el donante; d) El no poder ser revocada de modo arbitrario por el donante¹⁹.”

El donante debe manifestar expresamente su voluntad en relación con el proceder de la extracción solamente una vez que haya sido informado adecuadamente, por el facultativo, sobre la importancia médica de esa extracción, las posibilidades de éxito y las consecuencias que para su salud se deriven.

Con esta finalidad, surge la doctrina del consentimiento informado. El que se logra “. . . cuando el médico cumple con el deber de revelar adecuadamente al paciente, la naturaleza del trasplante propuesto, los riesgos implícitos, las opciones disponibles, si existen, y los beneficios que sería razonable esperar.²⁰”

2.5.1 Regulación Legal

En Guatemala, la donación de órganos y tejidos humanos está regulada en el Decreto número 91-96 del Congreso de la República, Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos en la cual se establece lo relativo a la capacidad, y consentimiento, tanto del receptor como del donante, piezas anatómicas que pueden ser donadas.

¹⁹ Ruggeiro, Roberto. **Instituciones de derecho civil.** Pág. 145

²⁰ Fuenzalida, Puelma. **Los trasplantes de órganos y tejidos. La respuesta legislativa en América Latina.** Pág. 67

2.5.2 Requisitos

Para el transplante de órgano o tejido entre personas en vida, se requiere el consentimiento de ambos en forma expresa y escrita.

Para ser donador, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de edad y civilmente capaz;
- b) Presentar dictamen médico favorable;
- c) Demostrar compatibilidad con el sujeto receptor en las pruebas médicas;
- d) Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación, tanto para el donador, como las probabilidades de éxito para el receptor.

El receptor deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Sufrir deficiencia en órgano o tejido, que pueda tratarse de manera eficaz, por transplante;
- b) Ausencia de otras enfermedades que predeciblemente interfieran con el éxito del transplante;
- c) Preferentemente, ser menor de 55 años, aunque la edad es una limitante relativa, quedando a criterio del grupo de médicos especialistas en la materia, la factibilidad de efectuar un transplante;
- d) Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación para el donador y probabilidades de éxito para el receptor;
- e) Demostrar compatibilidad con el sujeto donador en las pruebas médicas.

CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico doctrinario de la donación de órganos y tejidos humanos

3.1 Donación de órganos y tejidos humanos

Los trasplantes de órganos y tejidos se han convertido en una maravillosa y viable opción, para que personas a las que les ha dejado de funcionar algún órgano de manera normal puedan utilizar el de otras personas que son compatibles y así recuperen el órgano y la función que realiza, que en muchos casos es vital.

La donación de órganos y tejidos es el acto de dar algo de si mismo a otro sujeto que lo requiere y si bien es un proceso muy complejo que involucra aspectos médicos, sociales, psicológicos, éticos, religiosos y legales, representa hoy en día y gracias a los avances de la ciencia, (los cuales deben de ser regulados por el derecho) una oportunidad para que miles de personas puedan vivir, recuperar su funcionalidad normal y mejorar su calidad de vida.

En muchos casos de enfermedades crónicas-degenerativas o como resultado de accidentes graves, el trasplante es la única alternativa terapéutica, que además de solucionar la falla orgánica, aumenta la esperanza y calidad de vida de los enfermos, que en muchos casos puede desarrollarse en condiciones óptimas y normales.

Esta forma de ayudar y permitir que otra persona pueda continuar con vida, solamente depende de la decisión personal, pero para que se haga efectiva, es necesario platicar con los parientes, para que llegado el momento ellos puedan respetar y permitir que se realice este proceso que no es obligatorio y que en cualquier momento permite al supuesto donante, cambiar de opinión.

No obstante ello, la mejor manera de ser donante es discutir el tema con nuestras propias familias y que todos participen de la decisión; ya que en el momento del fallecimiento siempre se consulta a la familia para que decida sobre la donación de los órganos y tejidos.

La ley protege la voluntad del donante y sus familiares directos, ya que aun en circunstancias en que se ponga en funcionamiento el mecanismo del consentimiento presunto, este nunca es absoluto. Aún en el caso en que un individuo haya manifestado su decisión expresa, será necesario que en el momento del fallecimiento no haya oposición familiar a la donación.

Tanto la falta de iniciativa de los individuos para constituirse en donantes, como la negativa a prestar el consentimiento para la ablación por parte de las familias de los donantes obedecen a múltiples causas.

Estas causas en general se relacionan con mitos, leyendas y temores sobre la donación y trasplante de órganos que se encuentran muy fuertemente arraigados en la sociedad en su conjunto y en el imaginario social.

El transplante de órganos debe estar al servicio de la salud de la población - garantizada primordialmente por el deber del Estado - y no puede transformarse en un comercio que atentaría contra la dignidad de la persona. En el mundo hay una clara tendencia a utilizar órganos de donantes cadavéricos, porque no es posible tener una política de salud basada en el deterioro de la calidad de vida de las personas vivas.

El transplante de órganos constituye hoy en día la mejor y en muchas ocasiones la única alternativa para aquellos pacientes que se encuentran afectados por enfermedades en las cuales existe un daño irreversible de algunos de sus órganos y tejidos. Para realizar este tipo de terapéuticas es preciso la existencia de sistemas de obtención de órganos y tejidos a fin de conseguir y efectuar el mayor número de trasplantes y disminuir los tiempos y las distintas listas de espera. Para todo este proceso es imprescindible que exista la donación.

Una consecuencia del principio de autonomía será el énfasis en la libertad de las personas implicadas, es decir, el reconocimiento de la voluntad y la necesidad del consentimiento informado, tanto por parte del donante como del receptor.

De ahí la importancia de que se proporcione a las personas implicadas una información completa sobre las consecuencias que podrían seguirse de la práctica del trasplante.

Una consecuencia obvia del principio de no maleficencia es la gran importancia de que no se infiera daño desproporcionado a los donantes y que los órganos extraídos se encuentren en condiciones que no produzcan daño a los receptor.

En primer lugar se habla de donador vivo, que puede ser donador vivo relacionado que se refiere a aquel donador vivo que tenga una relación familiar con el paciente; por ejemplo, padre, hijo, hermano, etcétera, o bien, donador vivo no relacionado en el que puede no existir relación familiar, pero si de afecto como lo es el caso de algún amigo. En estos casos es importantísimo el cuidado y las medidas que han de tomarse respecto al cuidado de la vida y salud no solo de la persona que recibirá el o los órganos, sino de valorar física, ética y legalmente la posibilidad de efectuar la extracción del órgano sin que ello afecte la salud y vida del donador.

En segundo lugar se encuentra el donador cadáver, referente a una persona en la que se ha demostrado muerte cerebral. No debe confundirse con el paro cardiaco, como lo explica Manuel Sánchez Tejeda "...hoy sabemos que la interrupción de las funciones cardiaca y respiratoria puede ser reversible.²¹" Un individuo no puede vivir sin su cerebro, de modo que cuando este muere la vida termina también.

En los trasplantes se documenta la voluntad, tanto en el momento de donar órganos como al someterse a un trasplante. Particular importancia tiene la manifestación de voluntad cuando una persona fallecida tiene que donar sus órganos, ya que una gran mayoría no se ha manifestado en vida respecto a la donación de órganos, por lo tanto

²¹ Sánchez Tejeda, Manuel. **De la muerte cerebral y cardiaca.** Pág.68

para constatar su voluntad en caso de fallecimiento se recurre a las personas más allegadas. Son momentos muy duros en los que se acaba de perder un ser querido pero, siendo conscientes de la situación, debemos intentar conocer la voluntad del fallecido con el fin de respetar su autonomía y las decisiones que hubiera podido tomar en vida, sin dejar de valorar la importancia que tiene la donación, ya que es la única posibilidad de que se realice un trasplante.

La experiencia en los trasplantes ha permitido aumentar la supervivencia de muchas personas, para quienes se abre un futuro incierto. El trasplante de órganos es un acontecimiento social, la muerte física deja de ser el punto final de la utilidad del cuerpo humano y se reviste de un gesto de solidaridad y generosidad que abre posibilidades de ayuda y donación para aquellos que lo desean.

Gracias a los avances tecnológicos, científicos y médicos que han existido a lo largo de la historia se ha podido alargar y mejorar la vida de enfermos con diferentes deficiencias de una u otra manera, pero ahora a través de la donación de órganos las personas pueden tener la posibilidad de respirar, sentir, correr soñar y amar por más tiempo o de tener la posibilidad de ver por primera vez.

El problema que se presenta es que debido a la poca cultura sobre este tema entre las personas, la medicina ha sido obstaculizada en sus avances por mantener la vida, lo que no me parece justo y es por eso que es necesario regularizar de una u otra manera esta situación.

Al referirnos al tema de donación de órganos surgen miedos y dudas. Algunos de los miedos que podría traer la obligación legal de donar nuestros órganos a nuestra muerte sería que ya nosotros no somos dueños de nuestro propio cuerpo, que nuestros derechos tal vez podrían ser violados.

Esto no debería causarnos temor ya que nuestros derechos de la personalidad culminan con la muerte además de que al suceder esta, nuestra conciencia termina. Lo que si nos debería de preocupar es del peligro latente de ser presa de un tráfico de órganos, de ser asesinado tal vez solo para obtener un órgano que, si todos en la sociedad donaran a su muerte no tendrían necesidad de hacerlo.

La donación de órganos se percibe en abstracto como un acto que ocurre cuando una persona fallece; la donación y el trasplante de órganos son percibidos como experiencias ajenas a su propia realidad, que denota su desconocimiento hacia este tipo de procesos. Es algo que sucede en la vida de los otros y no creen que todos y cada uno de nosotros o de nuestros seres queridos estemos expuestos tanto a requerir un trasplante como en un momento dado a ser candidatos a donadores. La necesidad de un órgano o el ser donadores se percibe más como un problema individual o de una familia en especial que como un problema social.

La mayoría de la gente supone que su decisión de donar sus órganos por el solo hecho de haberla pensado se va llevar a cabo; a pesar de conocer la última voluntad del

donador, la decisión definitiva de la donación recae en los familiares o deponentes secundarios.

No existe información sobre donación y trasplante en las instituciones educativas nacionales desde nivel básico hasta profesional; como cuales enfermos son susceptibles de trasplantes, cuantos años viven los trasplantados y en el que condiciones, cuales son sus ventajas y las desventajas de los transplantes

En general se considera que la población no tienen información ni sabe donde conseguirla. Entre mayor información exista en la población habrá mejores oportunidades de fundamentar o justificar la donación de órganos.

La procuración de órganos es un asunto muy complejo ya que su monto involucra a la medicina, a la ciencia, a los abogados, los juristas, la policía, al Congreso de la República, las leyes y sobre todo a la familia afectada, pero que su reunión debe hacerse en tiempos muy cortos ya que el tiempo entre que fallece un individuo, se obtienen sus órganos y se transplantan es muy breve. Cuando esto se logra, el objetivo final de los trasplantes de órganos son los que hacen que el ser humano se reintegre rehabilitado a la sociedad y a su familia. Cuando se pueda lograr una concientización en general de la población habremos dado un gigantesco paso en el ámbito medico, legal y social.

Es bien sabido que hacer las cosas por imposición o a la fuerza es difícil de aceptar y en muchas ocasiones tiene consecuencias negativas; para este problema de

donar órganos creo que la mejor forma de dar solución a este problema sería la información; la educación es una herramienta básica para logra la plenitud de la vida , una buena forma sería dar a conocer esta tema en la educación de los guatemaltecos, en los últimos años de primaria o en la educación secundaria para que así se cree una conciencia entre la sociedad conociendo el problema desde su raíz, consecuencias, proyecciones y todo lo que implicaría tomar una decisión de esta magnitud..

Hay que tener en cuenta que es muy importante la comunicación entre parientes y amigos cercanos al decidir ser donador para que estos asimilen a nuestra muerte nuestro deseo y que no los tome por sorpresa al presentarse el momento decisivo. Hay que cambiar el miedo a donar nuestros órganos por información, ahora nos toca a cada uno de nosotros poner el ejemplo de este cambio, un cambio que poco a poco tendrá frutos; para que mas allá del ámbito legislativo nazca un cambio social sin llegar a la obligación legal convirtiendo a este problema en un problema de conciencia ciudadana, de amor al prójimo y sobre todo de índole moral

3.2 La donación de órganos y tejidos humanos en Guatemala

En Guatemala, pueden disponer de sus órganos los mayores de 18 años de edad por consentimiento escrito. No pueden ser dadores los menores de edad, las personas mentalmente incompetentes, las personas privadas de su libertad ambulatoria y las personas inconscientes. Los receptores se seleccionan según la necesidad médica, la compatibilidad y la edad (preferentemente menores de 55 años de edad)

Para la hipótesis de trasplante *post mortem* basta con el consentimiento dado por el donante en vida. Si éste en vida no manifiesta su voluntad, sus parientes pueden disponer de él (la Ley establece que los parientes dentro de los grados de ley), sino se puede usar libremente el cadáver si ha sido abandonado.

Los centros asistenciales que pueden emprender y ejercer actividades trasplantológicas pueden ser tanto públicos como privados, pero deben funcionar conforme a la reglamentación. La muerte del dador será determinada por tres médicos cirujanos.

En Guatemala existen 1,730 personas esperando recibir un riñón. Entre ellos, no todos cuentan con un donante compatible ni todos son considerados buenos candidatos para el trasplante. Pero junto a los que esperan un trasplante de córneas, (yo entre ellos) estos son los pacientes más próximos a mejorar su situación en un país en donde aún no se trasplanta ningún otro órgano ni tejido.

De personas vivas sólo puede extraerse medio hígado y un riñón. En Guatemala únicamente se practican los trasplantes de riñón dañados por insuficiencia renal crónica.

De estos pacientes hay actualmente 1,230 atendidos en la Unidad Nacional de Atención al Enfermo Renal Crónico, UNAERC, en donde los pacientes reciben ayuda para someterse a los tratamientos de diálisis y hemodiálisis, mientras encuentran a un donante. Sin embargo, no todos son buenos candidatos para recibir un trasplante, porque en la selección intervienen aspectos como "compatibilidad con el tipo de sangre, con la capacidad inmunológica y la edad", explica el cirujano Julio Alemán, además, siempre se selecciona a la persona con mejor oportunidad de sacar provecho al nuevo

órgano, por lo que las personas de la tercera edad o con VIH sida difícilmente resultan favorecidas.

Uno de los principales aspectos de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, es que prevé la donación de órganos a título gratuito, con el fin de evitar la comercialización y que la acción se convierta en algo lucrativo.

Aunque no faltan los rumores de personas que se acercan a los enfermos renales, para vender sus riñones, el cirujano Julio Alemán también hace énfasis en la importancia que la donación sea gratuita y totalmente voluntaria. En los casos de donación cadavérica el médico indica que, como parte de los trámites hospitalarios, es necesario que cinco familiares cercanos al fallecido firmen un documento, para autorizar el trasplante de uno de los órganos. La donación de órganos de personas fallecidas sólo puede realizarse cuando a éstas se les diagnostica muerte encefálica o cerebral. Esto, porque los órganos permanecen activos de 24 a 48 horas, siempre y cuando estén conectados a una máquina que les haga llegar oxígeno o sumergidos en una solución especial.

Las muertes cerebrales pueden darse por disparos en la cabeza, una caída o un golpe en el tallo cerebral, hemorragias masivas en el cerebro u obstrucción de las arterias. Cuando se da una muerte encefálica o cerebral, la persona pierde todas sus facultades, finalizando así su capacidad jurídica de ejercicio.

En los últimos tiempos, la donación de órganos se ha convertido en un acto de solidaridad, aunque en Guatemala todavía no existe la costumbre de donar partes del

cuerpo para salvar otras vidas, es en los países desarrollados donde más se lleva a cabo esta práctica.

3.3 La donación de órganos y tejidos humanos en el derecho comparado

3.3.1 Ley de Trasplantes de Bélgica:

En Bélgica rige la ley del 12 de junio de 1986, con la modificación posterior introducida por la ley del 17 de febrero de 1987 al artículo 10 de la ley originaria.

La ley belga de trasplantes es aplicable a las extracciones de órganos o de tejido del cuerpo de una persona, llamada donante, en vista del trasplante de esos órganos o tejidos con fines terapéuticos en el cuerpo de otra persona, denominada receptor.

El rey es el que puede fijar las reglas e imponer las condiciones para la extracción, conservación, preparación, importación, transporte, distribución y concesión de órganos y tejidos. Fija las reglas en vista de acordar al donante vivo una indemnización a cargo de los poderes públicos o del organismo de seguridad social que él designe.

Esa indemnización cubre a la vez los gastos y la pérdida de los ingresos que son la consecuencia directa de la cesión de órganos.

- ◇ Trasplantes *inter vivos*: La extracción de órganos y de tejidos de una persona viva no puede ser llevada a cabo si el donante no ha alcanzado la edad de 18 años y previamente no ha otorgado su consentimiento.

- ◇ *Trasplantes post mortem*: Los órganos y tejidos destinados al trasplante pueden ser extraídos de los cuerpos de toda persona inscrita en el registro de la población o desde más de seis meses en el registro de los extranjeros, excepto que se haya establecido una oposición contra la ablación. Esto es la regulación por ley del consentimiento presunto en Bélgica para los trasplantes post mortem. Para las personas que no estén registradas se exige expresamente, que manifiesten su acuerdo para la ablación.
- ◇ *Conclusión*: De la ley belga se puede resaltar la fijación de indemnización para los donantes y la decisión del parlamento de Bélgica en cuanto a insertar en la ley el consentimiento presunto.

3.3.2 Ley de Trasplantes

En Canadá rige el Human Tissue Gift Act de los Revised Statutes of Ontario de 1980, con las enmiendas del Art. 19 de 1986. Se divide en tres partes: la primera parte se refiere a los trasplantes Inter vivos, la segunda parte a los trasplantes post mortem y la tercera parte a las consideraciones generales de la ley.

Trasplantes inter vivos: Cualquier persona que haya alcanzado los dieciséis años de edad, sea mentalmente competente para consentir, y sea capaz de dar una libre e informada decisión puede, por documento firmado por ella, consentir para la remoción en el acto de su cuerpo del tejido especificado en el consentimiento y su implantación en el cuerpo de otra persona viva.

- ◇ *Trasplantes post mortem*: Cualquier persona que haya alcanzado la edad de dieciséis años puede consentir: a) en un documento firmado por ella en cualquier momento, o b) oralmente en presencia de al menos dos testigos durante su última enfermedad, que su cuerpo o la parte o, las partes especificadas en el consentimiento podrán ser utilizadas después de su muerte para fines terapéuticos, educación médica o investigación científica.

- ◇ **Conclusión:** Debemos poner de resalto la edad mínima para ser donante, como asimismo la importancia que otorga la ley al consentimiento prestado en vida para el supuesto de trasplantes *post mortem*, ya que los disponentes no podrán dar su consentimiento si sospechan que en vida el difunto se hubiese negado a la extracción.

3.3.3 Ley de Trasplantes de Colombia:

La República de Colombia tiene dictada la ley 09 del año 1979 que entre los temas tratados regula los trasplantes y la disposición de órganos, y que fue modificada por la ley 73 del año 1988.

Para la donación de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos por parte de una persona o sus deudos, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que la persona donante o los deudos responsables de la donación, en el momento de expresar su voluntad sean mayores de edad y no estén privados de libertad, caso

éste último en el cual la donación será procedente si se hace en beneficio de sus consanguíneos hasta el cuarto grado, afines hasta el segundo grado o en el primero civil,

b) que, sin perjuicio de los derechos de los donantes, no exista compensación económica, ni en dinero ni en especie, por los componentes anatómicos donados,

c) que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente,

d) que la persona donante o los deudos responsables de la donación, no presenten alteración de sus facultades mentales que puedan afectar su decisión.

La normativa colombiana hace hincapié en los análisis infectocontagiosos por VIH. Además contiene normas prohibiendo la exportación de órganos o componentes anatómicos salvo que se hayan abastecido las necesidades nacionales.

Asombra el criterio que emplea la reglamentación de la ley de Colombia para captar donantes de órganos y componentes anatómicos, esto es determinar una clasificación en cuanto a la cantidad de material donado y según ella conceder beneficios en futuras intervenciones.

3.3.4 Ley de trasplantes de Ecuador

La ley ecuatoriana de trasplantes norma que para que el consentimiento para trasplantes entre personas sea válido, debe ser dado por personas legalmente competentes.

Los receptores de órganos provenientes de personas vivas se determinarán según

la necesidad médica y la compatibilidad.

Para el supuesto de disponer sobre el propio cadáver, basta con que el consentimiento también sea dado por persona legalmente competente. Si la persona en vida no resolvió sobre sus restos mortales, su cónyuge, o los hijos, o los padres, o los hermanos, están facultados para decidir sobre aquellos.

La muerte, para la ley de Ecuador, consiste en la ausencia de las funciones cardíaca, respiratoria y cerebral.

Se prohíbe la comercialización de órganos la que se sanciona con multa. Los actos o contratos con fines de lucro son nulos y sin valor.

3.3.5 Ley de transplantes en España

La cesión, extracción, compensación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a lo establecido por la ley y por las disposiciones que se dicten para su desarrollo.

No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá

compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio por el órgano trasplantado.

Debe de cumplirse que el donante sea mayor de edad, que el goce de plena facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se refería a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida persona, familiar y profesional así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor, que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del Médico que ha de efectuar la extracción obligado este también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento. A los efectos establecidos en la Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

CAPÍTULO IV

4. Donación de órganos y tejidos humanos por los parientes de las personas declaradas con muerte cerebral

4.1 Definición de muerte cerebral

La muerte de una persona es materia importantísima para el Derecho, pues con ella se extinguen todos los derechos y obligaciones de la persona, finalizando así su capacidad, entendiendo que la muerte está definida como cesación o término de la vida. El tratadista Robert Hall con respecto a la muerte manifiesta: “Por lo pronto si para la Medicina la muerte es un proceso, debe quedar claro que para el Derecho la muerte es un momento. Para el Derecho se está vivo o se está muerto, no hay términos medios. Existen dos maneras por las que se puede producir la muerte:

- a) Por el cese irreversible de la función cardiorrespiratoria (corazón y pulmones) que irriga oxígeno a todo el organismo, incluido el cerebro.
- b) Por el cese irreversible de la función cerebral (cerebro) que regula y controla el resto de organismo²².”

Al respecto del cese irreversible de la función cerebral Hall señala: “La muerte cerebral se produce cuando una persona tiene una lesión cerebral catastrófica que ocasiona el cese total e irreversible de la actividad de todo el cerebro. Este, al no recibir sangre ni oxígeno se muere²³.”

²² Hall, Robert, **Legislación de la bioética**. Pág. 17

²³ **Ibid.** pág. 65

El diagnóstico de muerte cerebral sigue siendo conflictivo para la sociedad y para la medicina a pesar de haber transcurrido más de treinta años desde que fuera propuesta como una alternativa frente a la clásica y tradicional muerte cardiorrespiratoria.

A diferencia del concepto de enfermedad, el concepto de muerte no puede determinarse exclusivamente por criterios médicos sino que también legales. La muerte debe ser definida como la pérdida irreversible de la función del organismo humano como un todo. Este es un concepto biológico que presupone e implica la pérdida irreversible de la conciencia y la capacidad de reacción (aconsciencia y arreflexia), la pérdida irreversible de la capacidad de respirar (apnea) y, por tanto, de mantener un latido cardíaco espontáneo (asistolia).

Desde la aparición de áreas de cuidados intensivos en los hospitales, y gracias al empleo de máquinas de respiración controlada, hay muchos pacientes que sin estar en situación de parada cardíaca, tienen un fallo o parada cerebral irreversible, equivalente también al concepto de muerte. No obstante, un paciente sin perder el aliento y con su corazón latiendo, parece que está vivo aún, lo que hace establecer el criterio nuevo de que es el cerebro, y no el corazón, el órgano crítico cuyo fallo irreversible define la muerte.

En 1968 apareció el primer protocolo diagnóstico elaborado por el Comité de la Universidad de Harvard con la enumeración de los criterios del coma irreversible

(sinónimo de muerte del encéfalo y por tanto de muerte del individuo). Los requisitos para que se cumpliera el coma irreversible eran: ausencia de respuesta cerebral a cualquier estímulo, ausencia de movimientos espontáneos o inducidos, ausencia de respiración espontánea y ausencia de reflejos tendinosos profundos y del tronco cerebral. Era necesaria también la presencia de un electroencefalograma (EEG) plano y la exclusión de condiciones de hipotermia y de intoxicación de fármacos, con estos datos se creó el término de muerte cerebral (brain death, de los anglosajones).

El célebre informe del Comité de la Escuela de Medicina de Harvard publicado en 1968 propone por primera vez definir el llamado coma irreversible hasta entonces como un nuevo criterio de muerte, y reconoce como motivación esencial para ello la cantidad de pacientes con cerebro dañado severa e irreversiblemente que estaban sometidos a ventilación mecánica y la ausencia de sistematización sobre las condiciones requeribles del presunto donante para efectuar la ablación que permitiera la obtención de órganos para trasplante.

Este concepto de muerte cerebral no obstante no se valida con el EEG plano, sino que se realiza exclusivamente por procedimientos clínicos. En 1971 Finlandia fue el primer país en aceptar los criterios neurológicos para el diagnóstico de la muerte

En la mayoría de los países se acepta hoy que, desde el punto de vista médico y legal, la muerte del encéfalo es equivalente a la muerte del ser humano como conjunto.

Lo importante es comprender que en ningún caso el hecho crucial para la definición de muerte radica en la parada cardíaca. En el mundo de la medicina se reconoce ampliamente que los muertos cerebrales ya no viven, son cadáveres. La muerte cerebral se considera la muerte de la persona finalizando así su capacidad jurídica de ejercicio.

La decisión del comité de Harvard *ad hoc* de 1968 de fijar la muerte cerebral como criterio de la muerte, respondía, por un lado, a una razón práctica: legitimar la extracción de órganos en los muertos cerebrales; por otro lado, a una razón objetiva: el paro cardíaco había dejado de ser un claro indicio de muerte como consecuencia de la reanimación a través de masajes cardíacos, y aún con más razón con el transplante de corazón.

Con el empleo de la máquina de circulación extracorpórea, que sustituía corazón y pulmones, el corazón ya no constituía, en sentido estricto, un órgano necesario para la vida. Quien recibe el órgano en un transplante de corazón, vive un tiempo sin él.

La experiencia de que al paro cardíaco le seguían irremediablemente las señales infalibles de la muerte: interrupción de la comunicación, inmovilidad, enfriamiento, rigidez, demudación, olor pútrido era la razón por la que éste era considerado un indicio fiable de muerte. Se sabía, sin embargo, que el cerebro reacciona muy sensiblemente a

un fallo de la circulación sanguínea interrumpiendo las funciones cerebrales. Transcurridos diez minutos, el cerebro está totalmente destruido.

El fallo de las funciones cerebrales lleva a una parálisis de la respiración, ésta a que el corazón no sea alimentado con oxígeno, con lo cual se produce el paro cardíaco y el resto de las ya conocidas señales de muerte. Ante esta interdependencia de corazón y cerebro era lógico ver en el fallo irreversible de las funciones cerebrales, mejor, en la destrucción de todo el cerebro, la indudable y decisiva señal de muerte. Hasta aquí nos movemos en el terreno de la experiencia médica.

Si el fallo de las funciones del cerebro se da en un paciente que está conectado a un respirador -sólo en este caso hablamos en sentido estricto de muerto cerebral- no siguen entonces ni el paro de corazón, ni los conocidos indicios de muerte. El respirador actúa (si es el caso con avalo de otras medidas) como prótesis, que sustituye una función importante. Así como una prótesis sustituye cualquier función corporal, como en el caso del marcapasos la regulación del corazón, el respirador carga con el control de la respiración. El corazón sigue latiendo, la circulación sanguínea del muerto cerebral sigue funcionando. Pero se trata -según el concepto de muerte cerebral- de un cadáver.

La muerte cerebral se declaró como señal irreversible de muerte, porque -así el razonamiento original- a ésta le sigue también el paro cardíaco. Con otras palabras porque, según los conocimientos médicos, es imposible vivir sin el funcionamiento del

cerebro. Esta imposibilidad médica se enfrenta al hecho de que, con respiración artificial, en la unidad de cuidados intensivos, siguen funcionando el corazón y la circulación sanguínea. Desde el punto de vista médico se suele argumentar que el muerto cerebral está a pesar de todo muerto pero que la función de la circulación sanguínea se mantiene desde fuera de forma puramente maquinal y técnica.

Al estar el cerebro dañado irreversible y globalmente, el ser humano debe considerarse muerto a todos los efectos médicos y legales. Ha de equipararse, por tanto, el concepto y el momento de muerte del cerebro con el de muerte de la persona.

La interrupción de las técnicas de reanimación y mantenimiento cardio-respiratorio en la práctica clínica diaria ha obligado a médicos, legisladores, filósofos y teólogos a enfrentarse a la nueva situación de la muerte de la persona humana cuando todavía persisten sus funciones homeostáticas básicas: la respiración y la circulación.

Más aún, la sociedad entera se enfrenta al vital dilema de cuándo interrumpir ciertas medidas terapéuticas o de cómo asegurar que una persona está realmente muerta antes de la extracción de sus órganos para trasplante. La respuesta a estas preguntas sólo puede venir de la convicción de que el diagnóstico de la muerte por criterios neurológicos.

La sociedad está hoy preparada para aceptar desde cualquier punto de vista filosófico, o desde cualquiera de las principales tradiciones religiosas que la destrucción irreversible del cerebro supone la muerte de la persona, porque es el órgano integrador y unificador que permite el funcionamiento del organismo como un todo y lo hace capaz de sustentar la vida humana, sea cual sea la concepción filosófica o teológica de la misma. Esta muerte cerebral, que a pesar de los treinta y siete años transcurridos desde su concepción, aun no ha perdido su adjetivación de cerebral, nos introduce en el apasionante tema de debatir si, en estos tiempos de incesantes adelantos tecnológicos, la identificación de la muerte como extremo del final de la persona no es verdadera y simplemente una convención acordada por la sociedad del mismo modo que lo será el comienzo de la vida humana.

El diagnóstico de muerte cerebral creó la necesidad de una adaptación legal a la nueva definición provocando modificaciones primeramente en el estatus jurídico en los diversos Estados de Estados Unidos de América y seguidamente en varios países europeos. En nuestro país la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos en su Artículo 26 expuso las condiciones requeridas para el diagnóstico de muerte cerebral para los casos de donantes de órganos así:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por cadáver el cuerpo humano que cumpla los criterios de muerte cerebral siguientes:

- a) Coma profundo sin respuesta a estímulos;
- b) Apnea
- c) Ausencia de reflejos espinales

- d) Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estimulo alguno
- e) Ausencia de reflejos cefalicos
- f) Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de alcohol, barbituricos, bromuros, hipotermia
- g) Para la condición contenida en los incisos anteriores, las circunstancias deberán persistir durante veinticuatro horas como mínimo
- h) Cualquier otro recurso de diagnostico que la tecnología médica pueda aportar”

En la actualidad ésta clase de muerte intervenida no es conocida lo suficiente por la mayoría de las personas, lo que resulta una omisión grave e inadmisibile. Así las cosas, esta intervención debe ser comprendida por la sociedad, reconocerla como un producto de la incorporación tecnocientífica a la medicina, debe integrar su cultura acerca de la enfermedad y de la muerte y aceptar que las decisiones deben ser compartidas por el paciente, con su manifestación previa o actual, o por su representante o por la familia.

Lo que no debe ocurrir es que toda esta decisión pueda quedar en manos de los médicos. La vigencia del principio de autonomía exige este esfuerzo por parte de la sociedad porque el derecho de decidir y de usufructuar el progreso exige también la obligación y el deber de compartir las consecuencias de cada decisión en esta instancia.

Con una visión del diagnóstico de muerte cerebral como un límite convencional en la asistencia médica que se acordó con fines utilitarios, el informe Harvard marcó un

verdadero hito en la admisión de establecer la interrupción (no tratamiento) en la atención médica aunque con la salvedad expresa de considerar muerto (con una norma legal expresa) al paciente antes de proceder al retiro del soporte vital, para que no se pudiera considerar a los pacientes técnicamente vivos.

La participación de la sociedad en este debate es imprescindible porque los problemas que tienen que ver con la vida y con muerte no son simplemente dependientes de un ordenamiento moral, médico ni jurídico sino del derecho a morir ya vivir de cada uno.

Si en cambio todo este proceso se lo ve como un fenómeno exclusivamente médico no se plantea la verdad en su totalidad y se excluye a la sociedad de un debate y un acuerdo en el que debe participar porque el tema le atañe absoluta y completamente.

En todas las situaciones que examinamos, más allá del debate ético, médico o legal se debe enfrentar un problema práctico: la definición existente sobre la muerte cerebral y cualquier otra basada en la afectación del cerebro superior no permite el enterramiento del cuerpo (cadáver) mientras no se haya producido el paro cardíaco. A la ausencia de actividad circulatoria (asistolia), que tradicionalmente definía la muerte y hoy sólo es un requisito para disponer el enterramiento del cadáver, se llega en la muerte cerebral por el abandono de todos los métodos de asistencia en pocos minutos u horas,

mientras que en el estado vegetativo persistente son necesarios 10 a 15 días desde la suspensión de la hidratación y nutrición.

4.2 Donación de órganos y tejidos de la persona declarada con muerte cerebral

El momento de la muerte encefálica en pacientes cuyos órganos van a ser utilizados para transplante es, como corresponde, al momento del diagnóstico y no al momento de la extracción de los órganos a los fines del transplante.

Solo al fallecer el donante es que se realiza la extracción del órgano apto para transplante, en breve período de tiempo, pero al realizar la extracción estamos frente a un cadáver seguros de la capacidad de funcionamiento del órgano que se va a transplantar. No debe existir relación entre el equipo médico que diagnostica la muerte y el que transplanta, máxima recogida en los principios de ética médica, el equipo que declara el estado de defunción, no debe estar permeado, sensibilizado, con el estado de enfermedad irreversible de un determinado receptor, de manera que estos sentimientos no influyan en su decisión. De igual forma ocurre con el equipo que transplanta, quienes, en definitiva, llegan a sufrir como en carne propia la situación desesperada de sus receptores que urgen de un donante; pero esto no exime que haya una interiorización de la importancia de la labor a realizar por parte del equipo que realiza la extracción.

En relación con la manifestación que emite el donante debe ser considerada como un acto de última voluntad, que puede ostentar carácter personalísimo, en todo momento revocable, además de ser gratuito y no admitir contraprestación patrimonial. Tiene esta consideración a los efectos que produce cuando la manifestación de voluntad ha sido emitida por el donante o su representante legal, puede ser a favor de la donación o en contra pero ambos criterios deben ser respetados de igual manera.

En las donaciones *post mortem* no hay designación del receptor, los órganos donados pertenecen a la sociedad. El donante al actuar no designó un receptor determinado, sino que obró para cualquier integrante de la sociedad que desafortunadamente en algún momento pudiese necesitar un transplante de órganos; no pertenecen a una persona en particular sino a quien más los necesite.

En América Latina las legislaciones recogen la manifestación del donante por medio de tres vías:

- ◇ Por testamento
- ◇ Por tarjeta de donante
- ◇ Por manifestación presunta (vía seguida por la legislación guatemalteca)

En relación con la donación de órganos y tejidos por testamento, pienso que nada impide en el orden técnico realizarla porque a través de él se dispone, como ya se apuntó, no solo del patrimonio sino que también de derechos patrimoniales; pero en el

orden práctico se obstaculiza la finalidad que con la donación se persigue: los trasplantes ya que las disposiciones testamentarias rara vez se notifican a tiempo para que esta donación sea efectiva.

Con respecto a las tarjetas de donante o documentos públicos donde conste la manifestación de voluntad, ha sido la opción seleccionada por algunos países como Argentina y Canadá. Mas la generalidad de países de nuestro continente son remisos a esta posición por razones de índole cultural, fundamentalmente por considerar tabú que un individuo que goza de buena salud tenga que reflexionar sobre el hecho de la muerte. Sin embargo en estos países la institución testamentaria está plasmada en sus legislaciones y, ¿acaso frente a un testamento no hay que reflexionar ante la muerte?

Hoy se habla de muerte encefálica y ello implica un grado de reflexión profunda por científicos, teólogos, juristas, psicólogos etcétera, claro que el hombre reflexiona ante el hecho de la muerte, todo ser humano lo hace, el tomar una posición frente a una tarjeta de donante no hace incierto el hecho natural, ni disminuye el nivel de reflexión, es una forma de intentar infructuosamente construir una coraza para no ver la realidad que acontece.

4.3 Procedimiento

Para respetar uno de los principios fundamentales de la Bioética, el de la autonomía (es decir, el respeto a la voluntad del individuo como persona, el respeto del ser humano en sí mismo y a las decisiones que ha tomado) a nadie se le debería extraer un órgano si no ha documentado su voluntad de donarlo. Este es un tema conflictivo, ya que sin duda el consentimiento presunto (una contradicción en sí mismo: si es consentimiento, no es presunto; si es presunto, no es consentimiento) que existe en algunas legislaciones -como la española- permiten un número muchísimo mayor de órganos disponibles para trasplantes que otras legislaciones en que se establece el consentimiento explícito (notarial, al obtener documentos públicos, etc.).

Pero la sola razón de que puede haber una persona que no está de acuerdo con los criterios de muerte cerebral antes señalado, ya sea por razones religiosas, filosóficas o de otra índole, hace necesario respetar también esa libertad de conciencia, lo que en la práctica significa que se debe actuar en todos los casos con consentimiento informado explícito, como ocurre en la gran mayoría de nuestras legislaciones latinoamericanas.

Cuando no existe expresión previa de voluntad, ni a favor ni en contra, para constatar -de acuerdo a sus creencias y costumbres- cual habría sido la voluntad del fallecido, se debe recurrir a sus familiares más cercanos o personas más allegadas. Éstos deberán documentar su consentimiento para la extracción de órganos, expresando

que no hay voluntad en contra y demostrando con ese acto que están (y el fallecido lo habría estado) a favor de la donación.

El donador cadáver es un persona que sufrió muerte cerebral completa e irreversible, generalmente la causa es un traumatismo de cráneo o un infarto cerebral. La familia entonces toma la decisión en cuanto a la donación de sus órganos.

Al momento de que una persona sea declarada con muerte cerebral y no dispuso en vida para que sus órganos sean donados y transplantados, sus parientes dentro de los grados de ley pueden realizar este acto, sin embargo, si algún pariente no está de acuerdo con la donación esta no puede realizarse, el doctor Rudolf García-Gallont director de la unidad de transplantes del hospital San Juan de Dios explica que se han tenido que suspender transplantes con pacientes en el quirófano porque alguien se opuso.

El Artículo 29 de La Ley de Órganos y Tejidos Humanos regula esta situación de la siguiente manera:

Para la utilización de un cadáver para fines de transplante se requiere:

- a) Consentimiento prestado en vida y no revocado

- b) Consentimiento de los parientes dentro de los grados de ley, en ausencia del consentimiento prestado en vida. Solo podrá prestarse el consentimiento después de ocurrido el fallecimiento.

Como se puede apreciar, deben prestar el consentimiento todos los parientes dentro de los grados de ley, esta es la razón por la que resulta difícil realizar la donación de órganos de personas declaradas con muerte cerebral, porque con un solo pariente que se oponga es suficiente para no se perfeccione.

Es por eso que es necesario regular en nuestra legislación la figura del familiar decisivo, a quien exclusivamente le compete la facultad de decidir sobre la donación de los órganos de la persona fallecida, no importando la oposición de los demás.

Este aspecto es muy importante ya que la donación de órganos difícilmente llegará a ser obligatoria y por tanto continuará dependiendo de la opinión de los familiares sobrevivientes. En la medida en que los fallecidos no hayan expuesto su opinión en vida la decisión será más complicada de adoptar porque siempre, unos estarán de acuerdo y otros no en que le sean extraídos los órganos y tejidos al pariente fallecido.

La propuesta de este servidor es que al momento de que una persona sea declarada con muerte cerebral, se necesite que el consentimiento sea prestado por uno de los parientes dentro del primer grado de ley para poder llevar a cabo la donación,

esta decisión debe de tomarse dentro de las 24 horas siguientes a la declaración de muerte cerebral, y como se expresó anteriormente la donación no podrá realizarse a favor de determinada persona sino quien más la necesite.

4.4 Formalización

Para que pueda darse la donación de órganos y tejidos humanos de personas declaradas con muerte cerebral con fines de transplante de una manera legal, ésta deberá hacerse constar por escrito, en acta notarial, debiendo comparecer:

- a) el pariente autorizante;
- b) el director del centro asistencial.

:

CONCLUSIONES

1. Se establece que a la donación de órganos y tejidos humanos no debe considerársele un contrato porque no crea derechos y obligaciones, ya que las partes anatómicas del cuerpo humano no están dentro del comercio de los hombres, por lo tanto no pueden ser considerados como bienes de la persona individual.
2. Que la legislación guatemalteca al definir como cadáver a la persona declarada con muerte cerebral no reconoce la vida artificial.
3. En el ámbito del derecho en cuanto al fin de la persona humana no hay término medio, o se está vivo o se está muerto, y es la muerte cerebral la que hace que la persona deje de vivir, extinguiéndose así su capacidad de ejercicio dentro del mundo jurídico.
5. Para que se pueda disponer de los órganos y tejidos humanos de la persona declarada con muerte cerebral, es necesario que ninguno de los parientes dentro de los grados de ley se oponga a que se realice la donación de los órganos.

RECOMENDACIONES

1. Para que una donación de órganos y tejidos provenientes de un cadáver cumpla los requisitos de certeza jurídica, el consentimiento de los parientes facultados para prestarlo debe hacerse constar ante notario por medio de escritura pública.
2. Es necesaria una reforma a la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, para que la facultad de los parientes del declarado con muerte cerebral de disponer de los órganos y tejidos de este no recaiga sobre todos los parientes dentro de los grados de ley.
3. Es preciso que en Guatemala se cree un registro nacional de donaciones de órganos y tejidos para centralizar la adquisición, análisis y publicación de estadísticas nacionales que permitan proyecciones para distribución de servicio de salud, recursos económicos y recursos humanos.
4. Que el Estado de Guatemala en cumplimiento con el mandato constitucional de velar por la salud de sus habitantes inicie campañas encaminadas a obtener el consentimiento de los parientes de los declarados con muerte cerebral para que estos donen los órganos y tejidos de la persona fallecida.

ANEXO

**ESCRITURA DE AUTORIZACIÓN FAMILIAR PARA
LA EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS DEL PARIENTE
DECLARADO CON MUERTE CEREBRAL**

Número Uno. **Autorización Familiar para la Extracción de Órganos y Tejidos del Pariente Declarado con Muerte Cerebral.**-----

En la ciudad de Guatemala el día veinte de septiembre de dos mil cinco ante mi: Allan José Castro Tejada, Notario, comparecen por una parte **María Eugenia Castellanos Cruz** de cuarenta y ocho años, casada, guatemalteca, abogada y notaria de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A guión uno y registro doscientos veinte mil extendida por el alcalde municipal de Guatemala; **Ariel Eliseo Delgado Girón** de cincuenta y tres años, casado, guatemalteco, abogado y notario, de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A guión uno y registro ciento diez mil extendida por el alcalde municipal de Guatemala; y **Heidy Pamela Delgado Castellanos** de veintisiete años, soltera, guatemalteca, estudiante, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A guión uno y registro trescientos mil extendida por el alcalde municipal de Guatemala quienes en el presente instrumento se les denomina Los Parientes y por la otra **Carlos Leonel Herrera Castillo** de cuarenta y cinco años, casado, guatemalteco, médico y cirujano de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad numero de orden U guión veintidós y registro ciento siete mil ciento treinta y cuatro extendida por el alcalde municipal de Jutiapa, quien comparece como Director General del Hospital Roosevelt lo cual acredita con copia del acuerdo gubernativo número veinticinco guión cero cinco emitido por el señor Ministro de Salud Pública y Asistencia Social de fecha diez de mayo de dos mil cuatro; Los comparecientes me aseguran ser de datos de identificación anotados, que se encuentran en el pleno uso de sus facultades mentales y que por medio del presente instrumento autorizan la extracción de los órganos y tejidos del cuerpo de **Jonathan Arón Delgado Castellanos** en base a las siguientes cláusulas:

PRIMERA: Manifiestan los dadores que el día diez de septiembre de dos mil cinco **Jonathan Arón Delgado Castellanos** sufrió un accidente automovilístico por lo que fue conducido a la emergencia del Hospital Roosevelt de esta ciudad en el cual fue intervenido quirúrgicamente; el día doce de septiembre le fue diagnosticada muerte encefálica irreversible por el neurólogo **Manuel de Jesús Elías Higueros**. **SEGUNDA:** Que son parientes dentro del primer grado de consanguinidad y siendo su deseo ayudar a que otras personas recuperen la salud, autorizan la extracción de órganos y tejidos del cuerpo de **Jonathan Arón Delgado Castellanos**, con el objeto que sean utilizados para trasplante, terapia, investigación médica o enseñanza, ya que en vida no manifestó desacuerdo a la realización del presente acto. **TERCERA:** El doctor **Carlos Leonel Herrera Castillo** en representación del Hospital Roosevelt acepta la dación que se realiza en el presente instrumento y en nombre de la sociedad guatemalteca agradece a los autorizantes. Como Notario doy fe: a) que todo lo escrito me fue expuesto; b) que tuve a la vista los documentos relacionados; c) que leo lo escrito a los comparecientes y enterados de su objeto, contenido, validez y efectos legales, lo aceptan ratifican y firman.

BIBLIOGRAFÍA

BIANCA, Massimo. **Derecho civil.** 1t., 2vols. Madrid, España: Ed. Aranzadi. 1998.

BONNECASE, Filipo. **Derecho civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley. 1992

BOULANGER, Ripert. **Derecho de familia.** México D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1994

CHIRINO CASTILLO, Joel. **Derecho civil III.** México: Ed. Mcgraw Hill Interamericana de México, S.A. de C.V. 1996

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **Compendio de derecho civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Claridad, 1970.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.

FUENZALIDA, Puelma. **Los trasplantes de órganos y tejidos, la respuesta legislativa en América Latina.** México D.F.: Ed. Andrade, S.A., 2003.

GALGANO, Francesco. **Derecho civil.** México D.F.: Ed. Herrero, S.A., 1999.

HALL, Robert. **Legislación de la bioética.** Págs.100 -115 revista suma bioética, vol. 1 no. 2 México D.F. (enero 2005).

LARENZ, Kart. **Derecho civil,** parte general, traducido al español por Fernando Castellanos Tena. Madrid, España: Ed. Góngora, 1995.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1981.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo. **De la donación civil a la donación de órganos.** La Habana, Cuba: Ed. Cultural. 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** 2t., 2vols.; 21ª. ed.; Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1992.

RUGGEIRO, Roberto. **Instituciones de derecho civil.** Madrid, España: Ed. Reus 1989.

SANCHEZ TEJEDA, Manuel. **De la muerte cerebral y la cardíaca.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 2002.

Legislación

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos. Congreso de la República, Decreto número 91-96, 1996.

Ley de Transplantes de Bélgica. <http://www.google.com/bioética.org/ley> Bélgica (5 de abril de 2005)

Ley de Transplantes de Canadá. <http://www.google.com/bioética.org/ley> Canadá (5 de abril de 2005)

Ley de Transplantes de Colombia. <http://www.google.com/bioética.org/ley> Colombia (5 de abril de 2005)

Ley de Transplantes de Ecuador. <http://www.google.com/bioética.org/ley> Ecuador (5 de abril de 2005)

Ley de Transplantes de España. <http://www.google.com/bioética.org/ley> España (5 de abril de 2005)

