

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**“MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE
PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA”**

Presentada al Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Rafael Landívar

Por

OSCAR JULIO MANUEL MARROQÍN MÉNDEZ

Carnet 10758-05

Previo a conferírsele el Grado Académico de:

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Y los títulos profesionales de:

Abogado y Notario

GUATEMALA MARZO DOS MIL TRECE

CAMPUS CENTRAL

Autoridades de la Universidad Rafael Landívar

RECTOR	P. Rolando Enrique Alvarado López, S.J.
VICERRECTORA ACADÉMICA	Dra. Marta Lucrecia Méndez de Penedo.
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA	P. Eduardo Valdes Barria, S.J.
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN	P. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO	Lic. Ariel Rivera Irías
SECRETARIA GENERAL	Licda. Fabiola de la Luz Padilla Beltranena



Autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

DECANO	Dr. Rolando Escobar Menaldo
VICEDECANO	M. A. Pablo Gerardo Hurtado García
SECRETARIO	M. A. Alan Alfredo González de León
DIRECTOR DE ÁREA PÚBLICA	Lic. Erick Mauricio Maldonado Ríos
DIRECTORA DE ÁREA PRIVADA	M. A. Helena Carolina Machado
DIRECTOR DE EJES TRANSVERSALES	M. A. Enrique Sanchez Usera
DIRECTORA DE POSTGRADOS	M. A. Aida Del Rosário Franco Cordón
DIRECTOR DE CRIMFOR	Lic. José Eduardo Martí Guilló
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS	Dr. Larry Andrade Abularach
DIRECTORA DEL BUFETE POPULAR	Licda. Claudia Abril Hernández
DIRECTORA DE PROYECTOS Y SERVICIOS	Licda. Vania Carolina Soto Peralta
REPRESENTANTES DE CATEDRATICOS	Lic. José Alejandro Villamar G. Lic. Carlos René Micheo Fernández M. A. María Andrea Batres de León
REPRESENTANTES ESTUDIANTILES	Alejandro Rodolfo Pokus Alvarez José David Toledo Pineda



Bufete Corporativo
Global Legal Services

Guatemala, 31 de octubre de 2012

M.A. Alan Alfredo González de León
Secretario d Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente

Respetable señor secretario:

Por este medio informo a usted, que he finalizado la asesoría para la elaboración de la tesis de graduación, del alumno OSCAR JULIO MANUEL MARROQUÍN MÉNDEZ, carnet: 10758-05, titulada: "MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA".

Para la elaboración de su tesis, el alumno cumplió con todas las disposiciones contenidas en el "instructivo para la elaboración de tesis de graduación de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales" y con la "Guía de Requisitos Esenciales de un informe de investigación".

Hago de su conocimiento que en mi calidad de asesor supervisé la realización de la investigación, revisé detalladamente la elaboración de la tesis y el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los documentos indicados, y a mi criterio la tesis constituye una investigación profesional y seria.

Por lo antes expuesto, emito DICTAMEN FAVORABLE y recomiendo que se proceda a autorizar la tesis.

Atentamente,



LICENCIADO
EMERSON KENNETH ORDÓÑEZ REYNA
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 19 de marzo del 2013

Señores Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

Por este medio me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el nombramiento recaído en mi persona como revisor de fondo, del trabajo de tesis titulado "**MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA**" elaborado por el estudiante OSCAR JULIO MANUEL MARROQUÍN MÉNDEZ (**Carné 10758-05**)

Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones al alumno, quien cumplió con presentar las mismas dentro del plazo establecido en el Instructivo de Tesis de la Facultad. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis referida se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones existentes en la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN**, a favor del trabajo de tesis investigado y elaborado por el estudiante **OSCAR JULIO MANUEL MARROQUÍN MÉNDEZ (Carné 10758-05)**, a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar, toda vez que dicho trabajo es apto, para que al autor se le confiera el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con la designación encomendada por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

M.A. Mario Roberto Iraheta Monroy
Académico Docente IV, Código 3263



INFORME

Reg. No. OI-033-13

El infrascrito Secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar tuvo a la vista el expediente de Tesis del estudiante **OSCAR JULIO MANUEL MARROQUÍN MÉNDEZ** trabajo titulado "**MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA**" el siguiente informe: 1) El trece de agosto del año dos mil trece el estudiante mencionado solicitó la aprobación del tema y plan de su tesis los cuales, previo dictamen del Área de Ejes Transversales, aprobados por el Consejo de Facultad quien nombró como Asesora de la Tesis al Licenciado Emerson Kenneth Ordoñez Reyna 2) Concluido el trabajo de tesis, el asesor emitió dictamen con fecha treinta y uno de octubre del año dos mil doce, recomendando la aprobación del mismo. 3) Se nombró al Dr. Mario Roberto Iraheta Monroy como Revisor de Fondo y Forma del citado trabajo de tesis, quien rindió informe favorable el diecinueve de marzo del año dos mil trece. 4) En virtud de lo anterior, la Secretaría solicita a la Decanatura la orden de impresión de la tesis elaborada por **OSCAR JULIO MANUEL MARROQUÍN MÉNDEZ** trabajo titulado "**MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA**" Guatemala dieciocho de marzo del año dos mil trece.

Sin otro particular, me suscribo.

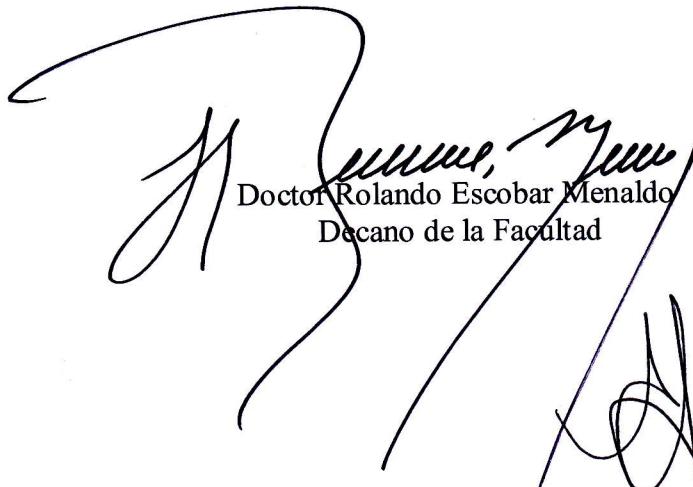
Atentamente,

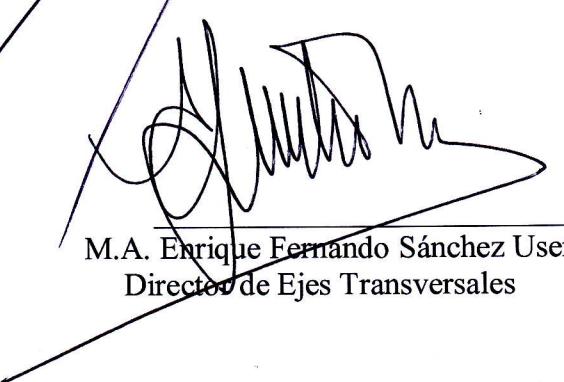


M.A. Alan Alfredo González De León
Secretario de Facultad

En la ciudad de Guatemala, dieciocho de marzo del año dos mil trece el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Doctor **ROLANDO ESCOBAR MENALDO**, resuelve:

PUNTO ÚNICO: De conformidad con el informe rendido por la Secretaría de esta Unidad Académica de fecha dieciocho de marzo del año dos mil trece. Y habiéndose cumplido con todos los requisitos establecidos para el efecto se autoriza la impresión de la tesis titulada "**MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA.**" elaborada por **OSCAR JULIO MANUEL MARROQUÍN MÉNDEZ**.


Doctor Rolando Escobar Menaldo
Decano de la Facultad


M.A. Enrique Fernando Sánchez Usera
Directo de Ejes Transversales



EL INFRASCRITO SECRETARIO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES TUVO A LA VISTA LA RESOLUCIÓN DE DECANATURA DE FECHA DIECIOCHO DE MARZO DEL AÑO DOS MIL TRECE, QUE LITERALMENTE DICE:

En la ciudad de Guatemala, dieciocho de marzo del año dos mil trece el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Doctor **ROLANDO ESCOBAR MENALDO**, resuelve:

PUNTO ÚNICO: De conformidad con el informe rendido por la Secretaría de esta Unidad Académica de fecha dieciocho de marzo del año dos mil trece. Y habiéndose cumplido con todos los requisitos establecidos para el efecto se autoriza la impresión de la tesis titulada **“MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA.”** elaborada por **OSCAR JULIO MANUEL MARROQUÍN MÉNDEZ.**



M.A. Alan Alfredo González De León
Secretario de Facultad

ASESOR DE TESIS DE GRADUACIÓN

Licenciado Emerson Kenneth Ordoñez Reyna

TERNAS QUE REALIZARON LA EVALUACIÓN COMPRENSIVA

Área Pública:

- | | |
|--|------------|
| 1. Licenciado Otto Marroquín Guerra | Presidente |
| 2. Licenciada Angélica Yolanda Vásquez Girón | Secretaria |
| 3. Licenciada Sheila María Mérida Nowell | Vocal |

Área Privada:

- | | |
|--|------------|
| 1. Licenciado Julio Santiago Salazar Muñoz | Presidente |
| 2. Licenciado Julio Daniel Flores Castellanos | Secretario |
| 3. Licenciado Christian Roberto Villatoro Martínez | Vocal |

DEDICATORIA

A DIOS: por ser la guía y la luz que ha alumbrado mi camino a lo largo de mi vida.

A MIS PADRES: Por su apoyo incondicional siempre, y porque gracias a ellos soy quien soy.

RESPONSABILIDAD:

***"EL AUTOR ES EL ÚNICO RESPONSABLE DEL CONTENIDO Y CONCLUSIONES
DE LA TESIS"***

RESUMEN

La presente tesis “Marco regulatorio del trasplante de órganos de personas desconocidas en Guatemala” está desarrollada en forma de monografía y con lo mismo lo que busca es informar sobre la historia, las características, y la forma en la que opera y se encuentra regulado el trasplante de órganos de cadáveres no identificados en el Estado de Guatemala, entendiéndose por trasplante de órganos la extracción de uno o varios órganos para luego ser implantados en un cuerpo receptor. Existen diversos tipos de trasplantes de órganos como el autotrasplante, el homotrasplante, el xenotrasplante, trasplantes de donadores vivos, trasplantes de donadores cadavéricos entre otros, los cuales serán desarrollados en el transcurso de la presente investigación.

Esta investigación se divide en seis capítulos donde se desarrollan algunos aspectos relevantes vinculados al trasplante de órganos, así como de generalidades del trasplante y como está regulado tanto en personas que prestaron su voluntad, como con personas que no han prestado su consentimiento. A su vez se compara la legislación guatemalteca con la de otros países y se explica la forma en la que en estos momentos se lleva a cabo el trasplante y como se encuentra en la actualidad el funcionamiento del trasplante de órganos de cadáveres no identificados así como de otro tipo de donadores que son importantes a su vez para el desarrollo de la presente investigación.

Con el análisis de toda la información anterior se realizó una encuesta para poder concluir respecto a la opinión de la población Guatemalteca, la actualidad de esta práctica y las recomendaciones aplicables en la legislación de Guatemala. Para la elaboración de dicha encuesta se eligió una muestra de la población integrada por diversos profesionales de las Ciencias Jurídicas y Sociales y de las Ciencias Médicas, quienes se desarrollan en diversas ramas de su profesión, y la intención y relevancia de dicha encuesta se debió al conocimiento más amplio que deberían tener por razón de su profesión sobre el tema de investigación y el aporte que podrían brindar.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO 1: Aspectos relevantes vinculados al trasplante de órganos	1
1.1. Persona física o ser humano	1
1.2. Muerte	1
1.3. Cadáver	2
1.4. Cadáver humano	2
1.4.1. Cadáver de personas conocidas	6
1.4.2. Cadáver de personas desconocidas	7
1.5. Donación y disposición de órganos	8
1.6. Trasplante de órganos	11
1.6.1. Antecedentes históricos del trasplante de órganos	12
1.7. Tráfico ilegal de órganos	16
1.8. Turismo de trasplantes	17
CAPÍTULO 2: Generalidades del trasplante de órganos	21
2.1. Trasplantes de órganos actualmente	21
2.2. Procedimiento de trasplante de personas que han prestado consentimiento	26
2.2.1. Elementos del contrato de donación de órganos	28
2.2.1. a. Partes contractuales	29
2.2.1. b. Capacidad	29
2.2.1. c. Gratuidad	30
2.2.1. d. Necesidad	31

2.3. Regulación actual del trasplante de órganos de cadáveres de personas que no han prestado su consentimiento	31
2.4. Derechos humanos relacionados y principios del trasplante de Órganos.	34
2.4.1 Principios rectores de la OMS sobre Trasplante de órganos humanos	35
2.4.2 Derecho a la vida	42
2.4.3 Derecho de igualdad	44
2.4.4 Derecho a la seguridad jurídica	46
2.4.5 Derecho a la salud	48
CAPÍTULO 3: Derechos vulnerables y riesgos por la falta de regulación de un procedimiento para el trasplante de órganos de cadáveres no identificados	49
3.1. Derechos que se pueden ser violados a los familiares de personas fallecidas en caso que sus cadáveres sean reconocidos después de setenta y dos horas	49
3.2. Vulneración de la seguridad jurídica de las personas	50
3.3. Tráfico ilegal de órganos y sus facilidades por falta de regulación	55
3.4. Riesgos para la salud del receptor	59
3.5. Peligro por la libertad de acción	61
3.5.1. Exposición “Body Worlds”	63
CAPÍTULO 4: Tratados Internacionales y Derecho Internacional	65
4.1. Tratados Internacionales	65
4.2. Derecho comparado	68
4.2.1. México	69
4.2.2. Costa Rica	72
4.2.3. España	74
4.2.4. Argentina	76

4.3. Síntesis de similitudes y diferencias del derecho comparado con Guatemala	77
CAPÍTULO 5: Propuestas legislativas	90
5.1. Propuestas de reformas	90
CAPÍTULO 6: Análisis, presentación y discusión de resultados	96
6.1. Presentación de entrevistas, gráficas y discusión de resultados de la investigación e interpretación de los mismos	96
CONCLUSIONES	104
RECOMENDACIONES	107
REFERENCIAS	109
ANEXOS	119

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo surgió a partir de la siguiente pregunta de investigación: ¿Es necesario desde el punto de vista jurídico y social que el Estado norme un procedimiento para la utilización de órganos de cadáveres de personas no identificados para trasplantes, resguardando la seguridad jurídica y evitando el tráfico ilegal de órganos? Lo cual dio lugar al análisis de la regulación y la situación en la que se encuentra en la actualidad esta materia.

Con base a lo anteriormente expuesto se trazaron diversos objetivos para la siguiente investigación ya que como objetivo general lo que se pretende es establecer lineamientos bajo los cuales se debería crear y brindar una propuesta viable, para poder regular el procedimiento del trasplante de órganos de cadáveres no identificados en Guatemala. Mientras que como objetivos específicos se trazaron los tres siguientes:

1. Exponer los riesgos y explicar los derechos que pueden vulnerarse por no existir especificado en la ley un procedimiento para poder donar los órganos de un cadáver no identificado.
2. Explicar la necesidad de que sea la misma ley la que establezca los pasos a seguir para poder llevar a cabo una actividad de esta índole.
3. Brindar ideas y aportar un proyecto que sea factible, acorde a nuestra realidad social y a la figura del trasplante de órganos.

Con el tema de los trasplantes se debe tomar en cuenta que es demasiado sensible para algunas personas porque aborda aspectos relativos a la muerte y a la vida de las personas, y porque de cierta forma puede llegar a discutirse la utilización de órganos del ser humano como meros instrumentos, lo cual a su vez puede generar una enorme controversia por el tráfico que se puede dar sobre los mismos.

Además uno de los límites de la presentes investigación es que este tema aparte de los principios morales a los que puede estar íntimamente ligado, existen otro tipo de principios tanto filosóficos, religiosos y éticos, como legales y científicos, pero para efectos de la presente investigación se tratan únicamente los principios legales y jurídicos, ya que de lo contrario puede incurrirse en diversas polémicas o debates que surgen con base a estos.

Se planeó dentro de los alcances de la presente investigación abordar principios como: el derecho a la vida, regulado en la legislación guatemalteca, y el cual debe ser uno de los ejes en torno al cual gire el trasplante de órganos ya que lo que se busca con los mismos es proteger la vida, no vulnerarla bajo ningún punto de vista. El principio de igualdad, cuando en términos jurídicos se habla de igualdad, lo que quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a las demás personas, ya que a todos se les reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades, es aplicable este principio al trasplante de órganos porque todos las personas tienen derecho a recibir un trasplante para mejorar su calidad de vida y ampliar su esperanza de vida al mismo tiempo, sin distinción de credo, raza, ideas políticas o posición económica.¹ Otro principio muy importante en este tema es la seguridad jurídica ya que es la “condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio”², y en un asunto de tanta importancia como la donación y trasplante de órganos y tejidos humanos es necesario que exista una regulación coherente que establezca parámetros en los cuales debe de desarrollarse esta actividad.

Otro límite de la investigación es la falta de actualización de la legislación guatemalteca en esta materia ya que todas las leyes que la regulan datan de hace más

¹ Igualdad, *Diccionario de Ciencias jurídicas Políticas y Sociales*, tomo III, Argentina, Heliasta, 2001, pág. 490.

² *Ibid.*, Pág. 906.

de 14 años y las normas permiten cierto grado de confusión al no establecer procedimientos completamente uniformes y regulados ya existe en Guatemala el código de salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala el cual en su artículo 120 establece que “podrán ser utilizados para fines terapéuticos, educativos y científicos los cadáveres, sus órganos y tejidos de acuerdo a lo establecido en la ley específica sobre disposición de órganos y tejidos; y que su transgresión será sancionada en el mismo código de salud; la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos el decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala regula lo referente a la donación y trasplante de órganos y tejidos tanto de personas vivas, como de cadáveres de personas identificadas y de personas desconocidas, es decir que no han sido identificados o los comúnmente denominados XX. Dentro del artículo 30 de la última ley citada se encuentra regulado que en casos de cadáveres de personas desconocidas no se requiere permiso alguno para la disposición de los mismos para fines de trasplante, investigación o docencia. Esta ley tiene un reglamento que lo desarrolla, el Acuerdo Gubernativo 525-2006 el cual a su vez establece en el artículo 28 que en el caso de donadores cadavéricos de identidad desconocida (termino erróneamente utilizado debido a que para ser denominado como donador debería de existir un consentimiento expreso, el cual en el caso de un cadáver de persona de identidad desconocida, es imposible de saber porque no se tiene ninguna referencia sobre su voluntad, y a la vez se presume imposible su consentimiento) no se requiere autorización alguna para realizar el explante de órganos y tejidos luego de transcurridas setenta y dos horas de su muerte cerebral, de conformidad con los criterios establecidos en la ley. Además existe el acuerdo gubernativo número 159-85 que es el reglamento para la autorización con fines científicos de cadáveres u órganos humanos, no para el trasplante de los mismos a personas con vida.

Existen también diversos instrumentos internacionales que pueden ser utilizados como base para formular normas que permitan regular correctamente la forma de utilizar los órganos de un cadáver de una persona desconocida para ser transplantados a otro ser humano con vida, como los principios rectores de la Organización Mundial de

la salud sobre el trasplante de células, tejidos y órganos humanos, la declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplante, declaratoria de rechazo del turismo de trasplantes de la red consejo ibero-latinoamericano de donación y trasplantes.

Por último se hace del conocimiento del lector que las unidades de análisis para la presente investigación fueron leyes vigentes guatemaltecas e internacionales y como instrumentos se realizaron diversas entrevistas a profesionales.

CAPITULO I

Aspectos relevantes vinculados al trasplante de órganos:

Es necesario familiarizarse con ciertos conceptos e ideas que a simple vista podrían no tener relación con las ciencias jurídicas, sin embargo más adelante a lo largo de la presente investigación podrá entenderse el por qué de la necesidad de conocer previamente estas definiciones, que serán explicadas desde un punto de vista más jurídico que científico y en concordancia con la legislación guatemalteca.

1.1 Persona física o ser humano:

Una persona física es “todo individuo de la especie humana, sin restricción alguna”³ motivo por el cual un sinónimo de persona física es ser humano. Las personas poseen una aptitud para poder contraer derechos y obligaciones que consiste en la personalidad, la cual según el Código Civil “comienza con el nacimiento y termina con la muerte”.

1.2 Muerte:

La muerte es el cese de la vida, con la desaparición de todos los signos vitales, aparentemente es un concepto demasiado elemental y fácil de entender, pero hay que tenerlo muy en claro porque a partir de este se genera una gran cantidad de derechos y obligaciones, para las personas que sobreviven a un familiar que haya muerto.

³ Valencia Restrepo, Hernán. *Las tres grandes teorías generales del derecho*. Colombia, Señal Editora, tercera edición, 2003, pag.52

1.3 Cadáver:

Es importante definir que es un cadáver debido a que la presente investigación trata sobre el manejo, uso y utilización de los órganos de los cadáveres; por lo que según el diccionario de la Real Academia de la lengua cadáver es un “cuerpo muerto”⁴.

1.4 Cadáver humano:

Es sinónimo de la palabra occiso, que proviene del latín *occisus*, refiriéndose al que muere violentamente, así mismo el término también fallecido proveniente del latín *fallere*, que es el verbo morir, y cadáver es a su vez sinónimo de las palabras difunto o finado.⁵

Según Guido Berro Rovira del Departamento de Medicina legal de la Facultad de Medicina de Montevideo en Uruguay; la muerte puede definirse de muchas maneras pero al final siempre sucede la detención irreversible de las funciones vitales del cuerpo. Él afirma que “la vida supone un complejo conjunto de fenómenos biológicos que se mantienen en equilibrio constante, integrados y organizados con un ser único. La muerte está constituida por una sucesión de fases de desestructuración rápida y progresiva del funcionamiento integrado del organismo como unidad biológica, y esa unidad biológica, individuo, ser, un organismo, cuerpo vivo, ocurrida la muerte es un cadáver”⁶

Es importante hacer una reflexión en un análisis que Berro hace respecto a la naturaleza jurídica de los cadáveres y es el planteamiento entre la consideración que se le pueda dar como una cosa o como un sujeto de Derecho. Respecto a esto, basado en diversas opiniones de diferentes abogados y médicos llegó a la conclusión

⁴Cadáver. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición. Real Academia Española, España, 2011. Disponible en http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cadáver. 30-06-2011.

⁵ Gisbert Calabuig, J. A. Y Gisbert Grifo, M. S.: *"Legislación en torno al Cadáver"*. En: Medicina Legal y Toxicología de J. A. Gisbert Calabuig. Masson, 5^a ed. Barcelona 1998, págs.244-263.

⁶ Departamento de medicina legal. Uruguay. 2011. 10. <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/tx-020822.htm>. 2-2-2011

siguiente: “el cadáver es jurídicamente una cosa, pero no cualquier cosa, es una cosa particularísima.”

Le da la connotación de particularísima basado en diferentes razones porque para empezar, en el momento en que una persona se refiere a algo como un cadáver de un humano se esta considerando el mismo como algo, y no como alguien, es decir como una simple cosa, pero hay que tomar en cuenta que antes de eso tuvo forzosamente que ser un sujeto de derecho, debido a que era una persona y como sujeto de derecho pudo haber designado el manejo de la cosa por disposiciones previas por ejemplo la donación de órganos y tejidos, la cremación, el ser enterrado su cadáver en determinado lugar o el llevar una diligencia funeraria específica, es entonces la persona quien en su libre voluntad, antes que cualquiera puede disponer para que posteriormente a su muerte se haga lo que le plazca con sus restos o con el cadáver, podría incluso solicitar que se ceda su cuerpo a alguna institución científica o educativa; siempre que se respete por supuesto la legislación y las prohibiciones legales y morales que existan.

Otro de los motivos por los cuales un cadáver es una cosa particularísima es el significado espiritual y sentimental que une a las personas que sobreviven a un muerto con sus restos físicos, una forma clara de ver esto es la repatriación de los fallecidos, hay que tomar en cuenta todos los gastos y dificultades que significa esta acción para poder repatriar el cadáver de un ser humano, un gasto de recursos que sería totalmente innecesario si se tratara de cualquier otra cosa común, si el cadáver fuera simplemente algo la repatriación no tendría sentido alguno. Además de las razones de salubridad existen razones de consideración y respeto que obligan a sepultar los cadáveres.⁷ Del piazzo a su vez también proporciona un concepto de cadáver humano, de una manera simplificada, definiéndolo como: “Cuerpo de una persona que ha perdido la vida”.⁸

⁷ Delpiazzo, Carlos. Derecho a la identidad genética: cuestión del patentamiento de la vida. Uruguay, Universidad de Montevideo, facultad de Derecho. 2001 Montevideo 2001, págs.175-196.

⁸ Cadáver, *Ibid.* Pág. 144

Puede apreciarse también que el cadáver es una cosa particularísima debido a que aunque la persona haya cedido o donado sus órganos o restos para la docencia o para la investigación científica bajo ningún modo se permite que el cadáver sea usado de alguna forma que no sea estrictamente para una causa noble, no es como cualquier otra cosa con la que se puede usar para lo que se desee, como tampoco es permitido lucrar con los restos de alguien ya que es algo que se encuentra fuera del comercio de los hombres.

El Artículo 144 del decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Salud que establece el manejo de los cadáveres. “Los cadáveres deberán inhumarse o cremarse dentro de las veinticuatro horas contadas a partir de la defunción, salvo en los casos siguientes:

- a) Que el cadáver hubiera sido embalsamado, en cuyo caso se regirá a lo que indique el reglamento y/o normas internacionales;
- b) Cuando hubiere necesidad de hacer una previa investigación judicial;
- c) En el caso que concurren circunstancias especiales y justificables, a juicio de las autoridades de salud y con orden de juez competente;
- d) La inhumación o cremación del cadáver será inmediata, cuando la causa de la defunción fuere una enfermedad de alto riesgo para la población y en los casos que determine el reglamento respectivo.”

En cuanto al derecho comparado, en Argentina el Reglamento de Policía Mortuoria de la entidad cementerios y servicios funerarios municipales de Córdoba, Sociedad Anónima, en el Artículo número 3 se encuentra una serie de definiciones y en las mismas se define al cadáver como: “el cuerpo humano durante los cinco años siguientes a la muerte real, que se contarán desde la fecha y hora que figuren en inscripción de defunción en el Registro Civil”; se aprecia que esta definición, le da un plazo a los restos de una persona durante el cual será considerado como un cadáver y como restos cadavéricos a “lo que queda del cuerpo humano, una vez transcurridos los

cinco años siguientes a la muerte real.” En la legislación guatemalteca no existe una definición como la citada anteriormente.

En la legislación guatemalteca, la definición legal de cadáver está en el artículo 26 del Decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la Disposición de Órganos y tejidos humanos. En dicho Artículo se señala que “Cadáver humano: para los efectos de esta ley se entiende por cadáver, el cuerpo humano que cumpla con criterios de muerte cerebral que se describen así:

- a) Coma profundo sin respuesta a estímulos;
- b) Apnea;
- c) Ausencia de reflejos cefálicos;
- d) Ausencia de reflejos espinales;
- e) Electroencefalograma isoeléctrico que no se modifique con estímulo alguno;
- f) Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de alcohol, barbitúricos, bromuros, hipotermia;
- g) Para la condición aplicable contenida en los incisos anteriores, las circunstancias deberán persistir durante veinticuatro horas como mínimo;
- h) Cualquier otro recurso de diagnóstico que la tecnología médica pueda aportar.

Para los fines de esta ley, se considera también cadáver el cuerpo humano que tiene todos los signos de muerte cierta.”

Siempre en el derecho comparado, en la Ley General de la Salud de la República de los Estados Unidos Mexicanos, en el Artículo 344 establece: que “la muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos:

Perdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales. Ausencia de automatismo respiratorio; y Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nonceptivos. Se deberá

descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.”⁹

Lo que este Artículo de la Ley mexicana refiere es similar a lo que señala la legislación guatemalteca a que el cuerpo ya no responda a estímulos físicos, a que ya no respire, no se mueva, quede inerte y que sea evidente que no se encuentra drogado o bajo algún efecto toxicó y si todas estas condiciones se cumplen es que efectivamente la muerte cerebral o la muerte de la persona ha ocurrido, ya que esta es la pérdida de todas las funciones del cerebro, por lo que pierde no solo la conciencia sino el control de la respiración y el latido cardíaco. Es eso lo que debe interpretarse como un cadáver humano.

El Artículo 28 de la Ley, citada, establece que “para los fines especificados, los cadáveres se clasifican así:

- a) De personas conocidas; y
- b) De personas desconocidas”.

1.4.1 Cadáver de personas conocidas:

La ley no establece una definición de lo que es el cadáver de una persona conocida, pero se entiende que se trata de una persona que está plenamente identificada.

En el Artículo 29, se señala que hay ciertos requisitos para poder emplear los cadáveres de personas conocidas con fines de trasplantes y lo hace de la siguiente manera:

⁹ Ley General de la Salud de la República de los Estados Unidos Mexicanos.

“ARTICULO 29. Utilización de cadáveres. Para la utilización de un cadáver para fines de trasplante 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 presado en vida. Sólo podrá prestarse el consentimiento después de ocurrido el fallecimiento, según los criterios vertidos en los artículos 26 y 27”. Estos artículos establecen que para realizar el explante se establece la exclusión de enfermedades infecciosas o sistemáticas –virales o bacterianas-, neoplasias malignas invasivas, enfermedad sistemática con repercusión en los órganos a trasplantar y serología positiva para el virus de inmunodeficiencia humana, y por otro lado podrá llevarse a cabo la inclusión de órganos o tejidos si el donador es un cadáver de identidad conocida con consentimiento de los parientes, o si el donador es un cadáver de identidad desconocida.

1.4.2 Cadáver de personas desconocidas:

En el Artículo 28, en el último párrafo se establece: “Los cadáveres no reclamados dentro de las 72 horas siguientes al diagnóstico de muerte cerebral serán considerados dentro del grupo b”. El grupo b al que se refiere este artículo es el de las personas desconocidas.

Respecto a esto, el Artículo 30, señala: “De personas desconocidas. En los casos del inciso b) del artículo 28, no se requiere permiso alguno para la disposición de los cadáveres humanos para fines de trasplante, investigación o docencia.”

En torno al contenido del inciso b) del artículo mencionado en el párrafo anterior gira la presente investigación.

1.5. Donación y disposición de órganos:

Esta actividad no es algo que se remonte a mucho tiempo atrás, debido a que los trasplantes de órganos se empezaron a dar a principios del siglo XX según Desclos¹⁰. Araujo y Castillo utilizan la teoría del contrato civil de la donación para poder explicar de una mejor manera la naturaleza de la donación de órganos y por lo tanto debe tenerse claro que la donación es un contrato que se puede dar entre vivos o por causa de muerte, por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa a título gratuito, en el primer caso encontrándose ambas partes del contrato con vida, y en el segundo, llevándose a cabo la transferencia de la propiedad de la cosa posteriormente a que una de ellas haya fallecido. Sin embargo debe tomarse en cuenta que esta teoría no es totalmente aplicable debido a que los órganos y los cadáveres humanos no son cosas comunes, no son comercializables, ni son bienes objeto de apropiación.

En este sentido respecto a la naturaleza jurídica del contrato de donación de órganos existen dos posturas, como la teoría descrita en el párrafo anterior que por un lado comparten los autores que lo encasillan como un contrato bilateral tal y como lo define Araujo que es aquel “por el cual una persona en vida y en forma gratuita, otorga su consentimiento para que por medio de un procedimiento quirúrgico, le sea extraído un órgano de su cuerpo para ser implantado en otro sujeto al que se le denominara beneficiario o receptor”¹¹. Por otra parte existe otra postura que lo clasifica como un contrato *sui generis* si es que se le quiere denominar contrato, y que lo encuadran como de carácter principal, debido a que no necesita de la existencia de otro contrato, unilateral debido a que solamente genera obligaciones para el donante, que es sencillamente la entrega del órgano donado, y gratuito ya que parte de la esencia misma del contrato que los beneficios sean exclusivamente para el receptor.¹²

¹⁰ Desclos, Jean. *Trasplante de Órganos un Acto de Amor*. Buenos Aires, San Pablo. 1994. Pág. 19

¹¹ Araujo Búcaro Karla. Op.Cit., Pág. 7.

¹² Mors tua, Vida mea. *Apuntes para la definición jurídica de una relación sui generis en el derecho mexicano: la donación de órganos*. México. 2001.

<http://www.scnj.gob.mx/conocelacorte/ministra/DONACION%20DE%20ORGANOS.pdf> visitada 14/02/2013.

En el caso de los órganos la donación entre vivos funciona de manera similar a la donación civil según los que defienden la primer teoría ya que estos se pueden trasladar mientras ambas personas se encuentran con vida como se ha dado en casos en que un hermano le dona un riñón a otro, o pueden producirse después de que el donante haya muerto ya que en estos casos generalmente se trata de órganos vitales, los cuales el donante no pudo haber otorgado en vida, porque habrían supuesto su muerte inmediata, los defensores de la segunda postura se oponen radicalmente a esta teoría por considerar totalmente incongruente la comparación entre bienes comunes y los órganos, y por lo tanto aseguran que es un contrato único en su especie a pesar de tener ciertas similitudes con la donación civil.

Otro concepto de donación que ha sido mencionado al respecto señala que Donación es: “transmisión gratuita y voluntaria, en cuanto al ánimo, y absoluta y definitiva, en cuanto a los efectos patrimoniales, que una persona hace de una cosa, que le pertenece, a favor de otro que la acepta”¹³, no obstante hace alusión al patrimonio y los órganos tal y como se explicó no pueden integrarse dentro del patrimonio de una persona.

La Ley para la disposición de órganos y tejidos establece que se entiende por donación de órganos o tejidos: “la cesión hecha por la persona en forma voluntaria expresa y escrita. Puede ser para que en vida se disponga de un órgano o tejido, o para que en caso de muerte se tomen de su cadáver para su utilización”.

El concepto de donación de órganos puede confundirse con el de disposición de los órganos, pero existe diferencia entre ambos siendo según la misma Ley para la disposición de órganos lo siguiente: la “cesión, extracción conservación, suministro y utilización de órganos y tejidos humanos o de cadáveres, para ser utilizados con fines terapéuticos”.

¹³ Donación, *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*, 28^a edición, Argentina, Heliasta, 2001, pág. 322.

Adicionalmente como argumentación desde la postura y la defensa de la teoría de equiparar la naturaleza del contrato de donación de órganos a la donación simple se pueden determinar que primero según lo indica Sánchez Medal la donación es: “el contrato por el que una persona, llamada donante, transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona, llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones”¹⁴; esta definición hace referencia únicamente a la donación entre vivos, y según esta postura es plenamente aplicable a la donación de órganos o tejidos, debido a que cumple con toda la descripción que se hace del mismo contrato en la definición ya que una persona (donante) entrega o transmite en este caso sus órganos que son bienes presentes aunque particularísimos (fuera del comercio) a otra persona (beneficiario) reservándose para sí bienes (se denominan bienes por ser objetos materiales, es decir cosas, no porque sean bienes comercializables o de uso común) suficientes para su subsistencia.

Por ejemplo: un riñón; una persona para efectuar una donación encontrándose en vida tiene que reservar lo suficiente para sobrevivir y subsistir, en el presente ejemplo, a pesar de dar un riñón, va a tener otro que podrá utilizar, y además para poder donarlo tendrá forzosamente que haberse demostrado que ambos, tanto donante como donatario pueden sobrevivir con ese riñón objeto de la donación. Por otra parte si lo que quisiere fuere donar su corazón por ejemplo, no encuadraría en las características de un donador vivo ya que la misma supondría la muerte de una de las partes (el donante), puesto que sin corazón no se puede vivir.

Para explicar mejor esta teoría se establecen también diferencias entre la donación de órganos entre vivos y post mortem, por lo que afirman que tal y como lo que estableció Viteri al mencionar las modalidades del contrato de donación y al separarlas en donaciones entre vivos y por causa de muerte, “la donación entre vivos es contractual mientras que la donación por causa de muerte, deriva de un negocio jurídico unilateral, que no tiene la calidad de contrato y se asimila a los legados cuyas

¹⁴ Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos*, México, Editorial Porrúa, 1986. Pág. 201.

normas lo rigen, por lo tanto, a diferencia del contrato de donación que es irrevocable, la donación por causa de muerte es esencial y fundamentalmente revocable, dado su carácter de disposición de última voluntad regida por las normas de los legados y de los testamentos. Por esa misma situación es necesario que los el donatario sobreviva al donante¹⁵, esto aplica para la donación en general y también para la donación de órganos que como no son bienes comunes ni dentro del comercio de los hombres y por lo tanto por existir una ley específica que regula esta materia en la donación de órganos la revocación es un derecho inherente ya que la legislación establece que puede ser en cualquier tiempo y sin expresión de causa.

Otra diferencia importante que hace Viteri es que “el contrato de donación es consensual, no solemne, en tanto que la donación por causa de muerte es un acto solemne, regido por formalidades”¹⁶ En este punto los defensores de la naturaleza de este contrato como un contrato *sui generis* argumentan que en el caso de la donación de órganos por causa de muerte según la legislación guatemalteca es necesario el consentimiento expreso y por escrito, y que este consentimiento sea firmado y en un documento con legalización de firmas ante un Notario, en un formulario autorizado por el Ministerio de Salud y Asistencia Social. No se rige por las reglas del legado ni por las de testamento, ya que a pesar de ser la misma la naturaleza de la donación, existe una ley que establece la forma del desarrollo de este tipo de donaciones.

1.6. Trasplante de órganos:

El trasplante se define como: “Un órgano o tejido que se toma del cuerpo para injertarlo en otra área del mismo cuerpo o en otro sujeto.”¹⁷ Un término que se encuentra ligado con el concepto de trasplante es el de explante el cual consiste en un: “Tejido tomado de su sitio original y transferido a un medio artificial para que se

¹⁵ Viteri Echeverría, Ernesto R. *Los contratos en el derecho civil guatemalteco*. Guatemala. Serviprensa S.A. 2005. Pág. 237.

¹⁶ Ibíd. Pág. 244.

¹⁷ Trasplante: *Diccionario Médico de Bolsillo*, 24^a edición, México, D.F. 1996, pág. 796.

desarrolle.”¹⁸ Entendiendo que se desarrolle posteriormente como parte del segundo sitio en el cual se implante.

La misma ley para la disposición de órganos y tejidos lo define como: “el acto quirúrgico mediante el cual se traslada un órgano sano a una persona que se encuentra sufriendo de una deficiencia orgánica”.

Por lo tanto el trasplante de órganos consiste en extraerle los órganos a un cuerpo para poder implantarlos en otra parte del mismo o ya sea en otro cuerpo, pero cumpliendo con los requisitos de ley.

Para que exista un trasplante forzosamente debe de existir un receptor, que a su vez la ley respectiva lo define como una “persona a quien se le transplantará un órgano o tejido procedente de otra persona o de cadáver”.

1.6.1 Antecedentes históricos del trasplante de órganos:

Acerca del origen de los trasplantes, de su registro y de sus inicios existen diversos estudios y datos que difieren según cada autor. Al parecer, el primer trasplante del que se tiene registro lo realizó Eduardo Zirm, esté fue un trasplante de córnea realizado en 1905¹⁹; Según López-Navidad, Kulisevsky y Caballero, el primer caso de donante cadavérico ocurrió en 1933, cuando el ruso Voronoy hizo el primer trasplante renal a una joven en el cual el donante fue un hombre de 60 años. Los riñones transplantados funcionaron durante los dos primeros días, luego dejaron de funcionar y la paciente murió. El mismo científico Voronoy reportó en 1949 que había realizado también otros cinco trasplantes de riñón a partir de cadáveres conservados pero en ninguno tuvo éxito.

¹⁸ Explante, Ibíd., pág. 297

¹⁹ Christoph Frohn, Lutz Fricke, Jan-Christoph Puchta, and Holger Kirchner. *The effect of HLA-C matching on acute renal transplant rejection*. *Nephrol. Dial. Transplant.* U.S.A., 2006: 355-360.

Un poco antes del reporte de Vornoy se llevó a cabo el primer trasplante renal exitoso con supervivencia del receptor, el cual tuvo lugar en Boston en 1947. Se le transplantó el riñón de un cadáver; el primer día el riñón secretó orina pero al segundo dejó de funcionar, dos días después, se reanudó la diuresis natural y el paciente sobrevivió.

En Chicago en 1950, se realizó en Estados Unidos de América, trasplante renal a una mujer que sufría insuficiencia renal severa, dos meses después de esto se comprobó que el riñón tenía función y a partir de esta fecha 1950, muchos médicos y científicos tanto europeos como americanos efectuaron trasplantes renales en humanos procedentes de cadáveres de otros seres humanos.

En 1954 se realizó un trasplante renal entre dos gemelos univitelinos, es decir “hermanos gemelos que provienen del mismo ovulo”²⁰. El trasplante fue completo, con sobrevivencia del donador y el receptor.

El primer donante en muerte cerebral y a corazón latiente fue en 1963, el cirujano Guy Alexandre de Lovaina (Bruselas) realizó el primer trasplante renal a partir de una persona con diagnóstico de “muerte cerebral” y con corazón latente, es decir que no fue un trasplante proveniente de un cadáver propiamente dicho, pero el receptor falleció un mes más posterior al trasplante.

Un año después en 1964 el doctor Alexandre volvió a realizar otro trasplante renal de similares características al anterior, y esta vez el riñón funcionó durante más de seis años. Ese mismo año Hamburguer en Paris realizó un trasplante renal con donante cadavérico. Actualmente un riñón transplantado garantiza una vida completamente normal a su receptor y las probabilidades de rechazo son cada vez menores debido a todos los estudios de compatibilidad previos que deben realizarse antes de llevar a cabo un trasplante.

²⁰Univitelino, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición. Real Academia Española, España, 2011. Disponible en http://buscon.rae.es/draei/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=univitelino 30-06-2011.

En 1963 Thomas Starlz llevó a cabo un trasplante de hígado de humanos, a un niño que se encontraba en graves condiciones empleando un hígado proveniente de niño que había fallecido por un tumor cerebral, pero el paciente no sobrevivió.

Pese al fracaso, Starlz practicó otro trasplante de hígado, pero esta vez entre adultos. En esta ocasión el receptor era un hombre de 48 años pero murió 22 días después del mismo.

Christiaan Barnard fue el primero en realizar un trasplante del corazón en 1968. El doctor Barnard le pidió autorización al padre de una joven con severos daños y lesiones cerebrales debidos a un accidente, para poder trasplantarle su corazón a un hombre de 54 años; el padre de la paciente accedió al ver que su hija no tenía ya esperanza de vida y que con su corazón podían salvar la vida de otro ser humano. Luego de cesar la función cardíaca de la donante y se pudo constatar la ausencia de su respiración espontánea y de todos los reflejos durante siete minutos, se declaró muerta a la donante y se le extrajo el corazón. Luego del procedimiento el corazón funcionaba en el cuerpo del receptor y a los diez días ya podía caminar pero lamentablemente murió tan solo cuatro días después. Al comprobar con esto que el trasplante de órganos era factible, Barnard realizó otro trasplante cardíaco un mes después. Esta vez el receptor vivió por más de un año y medio.²¹

En general existen tres tipos de trasplantes que pueden distinguirse.²²

I) Los autotrasplantes: estos son aquellos que se realizan dentro de un mismo individuo, es decir se extrae un órgano o alguna parte del cuerpo de un individuo y se implanta nuevamente en el mismo individuo como por ejemplo los implantes de cabello o de piel, la historia de estos es muy antigua y se remonta al siglo VI.

²¹ A. López-Navidad, J. Kulisevsky, F. Caballero. Springuer-Velag. *Historia de la actitud y conducta en la obtención y extracción de órganos y tejidos para trasplantes*. Barcelona, España. Editorial Ibérica 1997.

²² Pace RA. *Aspectos éticos de los trasplantes de órganos*. En: cuadernos del programa regional de bioética. OPS-OMS 1997; 4: 149-70.

II) Los homotrasplantes: son aquellos que se dan entre individuos de la misma especie. Es decir que existe un donador y un receptor. Dentro de este tipo de trasplantes puede tomarse en cuenta la transfusión de sangre, que tuvo éxito a partir de 1901 cuando Lansteiner descubrió el sistema ABO. En ocasiones cuando no hay completa compatibilidad de los tejidos del donante y el receptor a pesar de que el trasplante es de la misma especie se producen rechazos porque el cuerpo no reconoce como propios los tejidos de otro individuo y por lo tanto los rechaza. En Guatemala los homotrasplantes, son el tipo de trasplantes que la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos regula. Respecto a las transfusiones sanguíneas la ley que regula la materia en Guatemala es el decreto número 87-97 del congreso de la República “Ley de servicios de medicina transfusional y bancos de sangre”, la cual establece que la actividad relacionada con la obtención, donación, conservación, procesamiento, transfusión y suministro de sangre humana, y de sus componentes y derivados, así como su distribución y fraccionamiento es declarado de interés público.

La transfusión sanguínea es el claro ejemplo de un homotrasplante de tejidos, Los Artículos 5 y 6 de la ley de la materia establecen que: “la sangre humana sólo podrá ser utilizada para el tratamiento de seres humanos e investigación científica” y “La única fuente para aprovisionamiento de sangre, para fines terapéuticos y de investigación, es el ser humano”.

En el año 2012 a partir de un cadáver se realizó un trasplantarle de cara a una persona que sufrió un accidente en 1997, el caso fue reportado en diversos medios de comunicación, Prensa Libre publicó: “Richard Norris, de 37 años quedó desfigurado en 1997 a los 22 años por haber sufrido un accidente con un arma de fuego, hace una semana recibió el trasplante de cara, el más completo hasta la fecha, en Maryland, E.E.U.U. La cirugía duró 36 horas.”²³

²³ Prensa Libre AFP, *Recibe un nuevo rostro*, Prensa Libre, Guatemala, 29 de marzo de 2012, pág 45.

La historia del trasplante de órganos y tejidos continua en evolución constante y acelerada, es por eso que debe tomarse en cuenta las ventajas que pueden aprovecharse en el futuro a partir de los trasplantes de órganos y tejidos de cadáveres de personas desconocidas, ya que podrían ser la solución a diversos problemas de salud de la población guatemalteca, cumpliendo con una legislación que sea sólida y vanguardista.

III) Los xenotrasplantes o heterotrasplantes: son aquellos que se llevan a cabo entre individuos que son de diferentes especies, que sería en el caso en que a un humano se le transplantaran órganos o tejidos de un animal.

“En 1993 se desató la polémica en torno a los trasplantes de órganos de animales a personas. Esta nueva brecha quedó definitivamente abierta cuando el 26 de octubre de 1984 a una niña americana, nacida con un corazón insuficiente, le fue retirado éste y suplantado por uno de mandril”.²⁴ El caso anterior es un ejemplo de xenotrasplante, sin embargo en dicho ejemplo la niña a la que se le implantó el corazón de mandril murió y la actuación de los médicos y científicos generó una gran polémica en torno a esta situación.

1.7. Tráfico ilegal de órganos:

Tráfico de órganos es la “obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el traspaso del control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para trasplante”²⁵.

²⁴ Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplante. Estambul, Turquía. 2008.

²⁵ Blázquez, Niceto. *Bioética La nueva ciencia de la vida*. Madrid. Editorial Estudios y ensayos BAC. 2000. Página 310.

Esta es una actividad por la cual se lleva a cabo un negocio contrario a la ley en el cual se transportan órganos de seres humanos para ser trasplantados a personas que los necesitan, y los cuales han sido previamente obtenidos de una manera ilícita.

Blázquez expuso que en 1994 se tuvo conocimiento que el tráfico internacional se estaba llevando a través del tráfico de cadáveres como material de repuesto para ser trasplantados en Estados Unidos y Alemania principalmente. La mafia rusa se dedicó a esta actividad posteriormente a la caída del muro de Berlín, y utilizaban cuerpos de antiguos prisioneros. Incluso según este último autor se ha llegado a hablar en algunos países de “niños de repuesto”, en donde se utilizan sus órganos para fines científicos.²⁶.

Al no existir una regulación concreta sobre lo que puede hacerse con los órganos de los cadáveres de personas no identificadas, se deja un espacio que aunque estrecho, puede ser utilizado por personas inescrupulosas que se dedican a este tipo de negocios contrarios a la moral, a la legislación y a la humanidad, y es por lo cual debe estipularse como y cuando estas actividades deben ser permitidas porque al prohibir por completo el uso de los órganos de este tipo de cadáveres en general lo que se estaría haciendo también es vedarle las posibilidades a personas que de una manera justa y legal podrían aprovechar estas oportunidades para ampliar su esperanza de vida.

1.8. Turismo de trasplantes:

Es un fenómeno social en el cual personas con posibilidades económicas se trasladan como pacientes a países de menores recursos a la espera de un órgano o dispuestos a pagar grandes cantidades de dinero a cambio de órganos que puedan permitirles más tiempo de vida, algunas veces este tema es considerado solamente un mito urbano, pero la realidad es que es una práctica que se vive a diario en varios países, según los medios de comunicación.

²⁶ Blázquez, *Ibid.*

La venta de órganos es una práctica prohibida en la mayor parte del mundo, a pesar que en algunas ocasiones quienes proporcionan sus órganos son personas que han brindado su consentimiento, porque la misma necesidad los ha obligado y los ha conducido a tomar decisiones desesperadas como para terminar incluso cediendo partes de sus cuerpos a cambio de una compensación económica.

Un ejemplo documentado por los medios de comunicación, es un caso sucedido en Hong Kong en el cual “las autoridades locales encausaron a cinco sujetos por traficar ilegalmente el riñón de un adolescente que lo vendió para comprarse un iPhone y un iPad en el centro de China, informó la agencia oficial Xinhua. El menor de 17 años de apellido Wang, oriundo de la ciudad de Anhui (este), fue contactado a través de internet por Yin Shen, encargado de buscar donantes, mientras que Tang Shimin se ocupó de rentar la habitación de un hospital local a Su Kaizong, tercer implicado en el crimen”.²⁷

Este caso demuestra las banalidades por las que una persona estaría dispuesta a negociar con sus propios órganos, con tal de obtener un beneficio económico insignificante.

Es necesario hace énfasis en un punto muy importante, que la mayoría de la población muchas veces desconoce y es que para poder llevar a cabo un trasplante. Se requiere que en el lugar exista equipo médico y recursos humanos altamente calificados para una tarea tan difícil, debido a que por tratarse de algo tan delicado como los órganos de un ser humano, debe realizarse el trasplante completo en un período de tiempo muy corto, y con la tecnología suficiente para llevar a cabo las operaciones, ya que un trasplante no se puede realizar en cualquier clínica, hospital, hotel, o casa particular, además de contar con un pequeño ejército de personal altamente calificado.

²⁷ Hofford, Alex, *Sindicados de traficar un riñón*, Diario de Centro América, Guatemala, 17 de abril de 2012, número 7121. Pág. 16

Al indicar que debe ser en un período de tiempo muy corto, es debido a la rápida descomposición de la que pueden sufrir los diferentes órganos ya que el tiempo que los órganos puedan mantenerse fuera del cuerpo humano antes del trasplante “depende de las condiciones del donante y del tipo de órgano. El riñón se puede mantener en buenas condiciones, conservado en frío, hasta las treinta y seis horas. Corazón y pulmón sólo pueden mantenerse durante unas seis horas. Hígado y páncreas llegan hasta unas doce horas. Pero, en cualquier caso, se debe intentar mantener el órgano extraído a la espera de ser implantado el menor tiempo posible, para evitar los fracasos debidos a que el órgano este un tiempo prolongado sin circulación sanguínea.

Los tejidos extraídos de un cuerpo tienen un mantenimiento diferente que un órgano completo, pudiéndose algunos ultracongelar y mantenerse viables durante años; tal es el caso de hueso, ligamentos, cartílago y piel. Las córneas son útiles para trasplante hasta diez días, siempre que se hayan mantenido en el medio adecuado y a temperatura de 4° C. La médula ósea también se puede congelar y preservar durante períodos que varían desde días hasta semanas.

Estos intervalos son muy importantes, pues delimitan el tiempo disponible para seleccionar el mejor receptor de entre todos los que esperan y realizan las pruebas necesarias de compatibilidad, los cuales, en ocasiones, se encuentra en otros hospitales a miles de kilómetros de distancia.”²⁸

Las pruebas de compatibilidad mencionadas en el párrafo anterior sirven para asegurar el éxito del trasplante, y se realizan entre el donante y el receptor, las cuales principalmente son: análisis de sangre HLA, análisis de la salud del receptor, evaluación psicológica que permita determinar la capacidad del donante ante el enfrentamiento de la cirugía y la donación de sus propios órganos.

²⁸ Donación y donantes de Órganos y Tejidos. Autor: Servicio Andaluz de Salud. España 2012. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosAcc.asp?pagina=gr_serviciossanitarios_3_6_2_1. Visitada 10-01-2013

Adicionalmente a los análisis mencionados se requiere de los siguientes análisis:

Química Sanguínea.

Tipo Sanguíneo.

Tiempo de coagulación.

Antígenos de leucocitos.

Anticuerpos reactivos.

Niveles de sodio y potasio.

Niveles de colesterol.

Exámenes de funcionamiento del hígado.

Análisis de la posible portación de algún virus.

Ecografía renal.

Biopsia renal.

Pielograma intravenoso (rayos X a los riñones, uréteres y vejiga).²⁹

²⁹ Cuáles son y en qué consisten las pruebas de compatibilidad de órganos (riñón)? México 2007. Disponible en: <http://mx.answers.yahoo.com/question/index?qid=20060910174846AAZQhgg>. Visitada 21-02-2013

CAPITULO II

Generalidades del trasplante de órganos:

2.1. Trasplantes de órganos actualmente

En Guatemala se permite el trasplante de órganos al tenor de lo regulado en la ley de la materia; la Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos Decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala. Al momento existen diversas campañas de fomento de la cultura de donación de órganos por organizaciones privadas y en ocasiones por parte del Ministerio de Salud para extender esta práctica dentro de la población guatemalteca.

Guatemala se encuentra atrasada en este sentido en comparación con otros países y como muestra de ello se presenta a continuación parte de un artículo publicado en el 2011 en Publinews Guatemala, el cual dentro de sus estadísticas señala el estado de la cultura de donación en el país:

“La falta de una cultura de donación y el hecho de que el trasplante de órganos es incipiente o inexistente en el sistema de salud ha dejado al país en la cola de la región en ese sentido. El último informe del Consejo Iberoamericano de Trasplante y Donación elabora un ranquin de las naciones con más donantes por cada millón de habitantes. España lidera a nivel mundial con 32 donantes, seguido por Estados Unidos, con 25. Uruguay y Argentina con 14.4 y 14.3 donantes encabezan en Latinoamérica, todo lo contrario para Guatemala, pues tiene una tasa de 0.4. De acuerdo con la fundación Donaré, en el país solo se realizan trasplantes de riñón de hecho al año se hacen 120 operaciones con donantes renales. Además en Guatemala el 85% de los que donan lo hacen para un familiar. Según el informe, en la región centroamericana se efectuaron el año pasado 10 mil 112 trasplantes de riñón, 2 mil 168 de hígado, 350 de corazón, 201 de páncreas, 120 de pulmón y 13 de intestino delgado. La tasa de implantaciones de riñón por millón de habitantes la encabeza Uruguay con 27.4

seguido de Costa Rica con 27.2 y Argentina con 26.6. 4.9 por cada millón de habitantes es la tasa del trasplante renal den el país. En relación al trasplante de hígado, Argentina es la primera con 8 por cada millón, luego Brasil con 7.2 y Colombia tercero con 1.3. Uruguay lidera el trasplante de corazón con 2.1 por cada millón luego está Uruguay con 0.6 y chile 0.5. Las estadísticas en Guatemala no han variado en los últimos estudios, y esto ha motivado a instituciones para hacer conciencia en la población sobre la importancia de ser donador.”³⁰

Las anteriores son estadísticas presentadas en el 2011 y reflejan que en Guatemala no se práctica la donación de órganos como debería esperarse. Es urgente una legislación adecuada, recursos, tecnología y una buena política de trasplante y donación de órganos.

Dentro la estadística referida no se indica el porcentaje de trasplantes que se hacen de donadores vivos y de cadáveres o personas con muerte cerebral, solo se señala que el 85% aceptan donar órganos para sus parientes lo cual supone que se trata de donadores vivos, y no señala si alguno de los órganos fue obtenido de un cadáver de persona desconocida. Si la ley permite esta opción, debería encontrarse un mecanismo para poder utilizar los órganos de los pacientes desconocidos con muerte cerebral o ya fallecidos de una manera legal y eficiente sin vulnerar los derechos de los familiares de dichos pacientes para poder paliar el problema de escasez de órganos para la donación, siempre dentro de un marco jurídico pertinente.

Según Rudolph Carcía-Gallont, Asesor Médico y parte de la Fundación Donaré “El problema que hay en Guatemala es la poca cultura que tienen los chapines en cuanto a la donación de órganos. Por eso es muy importante que existan organizaciones dedicadas a hacer conciencia en la población de lo importante que es donar, ya sea para un familiar o alguna otra persona que lo necesita. Debemos informarnos, pues no es nada malo.”³¹

³⁰ Ávila, Amílcar, *Donación de órganos no es prioridad en chapines*, publinews noticias, Guatemala, 22 de agosto de 2011.

³¹ Loc. Cit.

En Guatemala como se indicó existen organizaciones de carácter privado que se dedican a la actividad de donación de órganos para lo cual como se ha comentado es necesario el consentimiento tanto de la parte donadora como de la parte receptora, por ejemplo la Fundación Donaré, que es un ente cuya función se relaciona a la donación de órganos en nuestro país³²; pero en estos casos existe una declaración de voluntad que autoriza dicha actividad mientras que en el caso de los cadáveres de personas desconocidas existe una autorización tácita para utilizarlos, pero tal y como lo establece Castán Tobeñas “el cadáver no es cosa susceptible de apropiación y comercio, sino res extra commercium sujeta a normas de interés público y social”.³³ Por lo tanto debe de estar regulado la manera en que se llevará a cabo este tipo de trasplantes siempre de manera acorde a las necesidades y capacidades científicas y técnicas ya que recordando que se trata de material orgánico la prontitud es esencial en la forma en que se realice esta actividad. Además no se toma en cuenta que sucede si luego de las 72 horas el cadáver es reconocido y tampoco se aclara quien debe tomar la decisión de emplear el cadáver para el trasplante de órganos, creando un riesgo jurídico para el equipo médico y la institución que realice este tipo de operación quirúrgica.

Otro aspecto importante es que gracias a los avances de la ciencia puede empezar a implementarse la posibilidad de utilizar tecnologías alternas, en las cuales pueda utilizarse no solamente los cadáveres de personas desconocidas como simples donadores, sino que a partir del estudio de estos puedan crearse órganos bioartificiales que es una tendencia que está empezando a ser utilizada en otros países, obviamente este tipo de soluciones actualmente no están al alcance de todos pero un avance en la ciencia tal y como puede apreciarse según el siguiente artículo que se transcribe a continuación: “No es ciencia ficción, sino ingeniería de tejidos: corazones, riñones o hígados de laboratorio a partir del órgano de un donante de la células madre del

³² Fundación Donaré, Fundación Donaré, 2010, año, <http://donare.org.gt/>, 28-06-2010.

³³ Castán Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*. Madrid. Editorial Reus. (1952) pág. 43.

paciente receptor. Los expertos estiman que, dentro de casi una década, los trasplantes de órganos bioartificiales serán una realidad.

El problema del rechazo en los trasplantes de hoy está un poco más cerca de solucionarse. Para resolverlo, los investigadores estudian la posible fabricación de órganos bioartificiales, o sea “aquellas que pretenden hacerse mediante procesos biológicos tratando de reconstruir el órgano tal y como lo tenemos en nuestro propio cuerpo” explica José Luis Jorcano, jefe de División de Medicina Epitelial del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (Ciemat).

Esto los diferencia de los puramente artificiales, de tipo mecánico. Por ejemplo, un corazón artificial “es una máquina relativamente pequeña que cumple la función del bombeo de sangre”, señala Jorcano. Pero ahora los científicos trabajan en la fabricación de nuevos órganos a partir de otros procedentes de donaciones a los que se incorporarán células madre del paciente que recibirá el trasplante. El procedimiento consiste en limpiar la parte del donante de su contenido celular y utilizarlo como matriz. Después se puebla con células del propio paciente para tratar de evitar el rechazo al ser transplantado.

“No se trata de crear un corazón a partir de células de corazón, pues por razones técnicas eso es complicado”, afirma Jorcano. La propuesta consiste en que células madre con capacidad de generar otro tipo de células sean capaces de, “en el entorno de una matriz propia de corazón, evolucionar y dar lugar a las células que componen un corazón”, explica. “La idea es simple, la dificultad es práctica”, asegura Jorcano. Precisamente llevar estos estudios a la práctica es lo que pretenden los investigadores del primer laboratorio del mundo para la creación de órganos bioartificiales, un centro adscrito al Hospital Gregorio Marañón de Madrid.³⁴

³⁴ Fernández Francisco, Órganos Bioartificiales, los Trasplantes del futuro, Diario de Centroamérica, Guatemala, 29 de noviembre de 2010

El uso de donadores cadavéricos para la creación de órganos bioartificiales tal y como lo indica el inicio del artículo transrito previamente ya no es solamente producto de la imaginación del hombre, o un proyecto inviable, se esta dando en la actualidad, y se esta experimentando ya en países como España, sin embargo Guatemala podría adoptar una postura previsora, y futurista en el sentido que como lo indican los expertos del reportaje, dentro de una década aproximadamente esta será una actividad que se propagará y que mejor si Guatemala lo tiene ya previsto dentro de su legislación pudiendo adecuar mecanismos legales que permitan que se puedan utilizar los cadáveres de las personas desconocidas de una mejor manera para poder permitir extender la esperanza de vida de las personas que lo necesitan y a la vez poder ser pioneros en la región en tener una normativa que permita aplicarse en la realidad social del país y proteger con esto los intereses de la colectividad y fomentar y propiciar una mejor salud para la población en general.

La ley para la disposición de órganos y tejidos humanos desde el año 1996 señala que deberá existir un Registro Nacional de Trasplantes, y que podrán establecerse bancos de órganos y tejidos de: córneas y esclerótica, corazón, hígado, hipófisis, huesos y cartílagos, médula ósea, páncreas, paratiroides, pulmón, piel, riñones, tímpanos, vasos sanguíneos entre otros.

El Ministerio de Salud debe por lo tanto establecer el Registro Nacional de Trasplantes para registrar, estudiar, supervisar y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos o de cadáveres, que se llevan a cabo en las diferentes instituciones.

El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social en respuesta a la solicitud hecha como parte de esta investigación, informó a través de la oficina de información pública que “según el marco legal vigente en cuanto al tema de Registro Nacional de Trasplantes contemplado en la Ley sobre la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, se encuentra en sus normas el desarrollo del Reglamento respectivo. Dicho Reglamento (Acuerdo Gubernativo 525-2006) fue declarado en suspensión total por la

Corte de Constitucionalidad. La ausencia del Reglamento imposibilita el cumplimiento de lo estipulado en la Ley para Disposición de Órganos y Tejidos Humanos.”³⁵ Por lo que el ente que legalmente debe supervisar, estudiar y dar información sobre los aspectos relacionados al trasplante y donación de órganos (Registro Nacional de Trasplantes) ni siquiera existe; Esto evidencia que el Estado de Guatemala no se ha comprometido con la población para poder ejecutar la legislación en esta materia tal y como se encuentra preceptuado.

También el instituto Guatemalteco de Seguridad Social implemento un programa para el fomento de trasplantes de donadores cadavéricos ya que tal y como lo dieron a conocer en publicidad del año 2006 “en el mes de noviembre de 2006, se dio inicio al programa de Trasplante de Donador Cadáverico que beneficiará a pacientes con problemas de insuficiencia renal crónica ”.³⁶

2.2. Procedimiento de trasplante de órganos de personas que han prestado su consentimiento:

En este caso todos los involucrados han prestado su voluntad, es decir su consentimiento. La voluntad puede definirse como: “la facultad del ser humano, para gobernar sus actos, decidir con voluntad y optar por un tipo de conducta determinado”.³⁷

Y si existe una persona que ha prestado su voluntad solo puede ser por dos razones la primera que done sus órganos o tejidos estando en vida, y la segunda que haya dispuesto sobre ellos para después de su muerte, pero en este caso no puede ser un cadáver de una persona desconocida ya que si se tiene conocimiento de su última voluntad con respecto a sus restos, es porque se ha identificado al mismo sujeto y se puede constatar dicha voluntad.

³⁵ Respuesta brindada por Ana Maribel Sazo C. de la unidad de acceso a la información pública del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

³⁶ Varios autores. *Cartel de Unidad de Trasplante Renal del Instituto Guatemalteco de Seguridad social*. Departamento de relaciones públicas. Guatemala. 2006. Pág. 1.

³⁷ *Diccionario Manual de la lengua española*. 7^a edición, España, 2007.Larousse Editorial.

El artículo 7 de la ley para la disposición de órganos establece que “para el trasplante de órgano par o tejido de personas en vida, se requiere del consentimiento de ambos en forma expresa y escrita” y debe hacerlo según el artículo 23 del acuerdo Gubernativo 525-2006 en un formulario previamente aprobado por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social impreso en tres originales y con legalización de firmas ante Notario. Esto también aplica para el trasplante post-mortem, debido a que ha habido una donación. Sin embargo aunque legalmente este estipulado no hay un formato establecido para el referido formulario.

En el caso para los trasplantes de donadores cadavéricos de identidad conocida, que no hayan prestado su consentimiento en vida, El artículo 29 del Acuerdo gubernativo 525-2006 el Reglamento de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos también establece “se requiere el consentimiento expreso del pariente más próximo del donador cadavérico de conformidad con el orden de exclusión establecido en el Código Civil, con legalización de firmas ante Notario” y a su vez el artículo 30 del mismo cuerpo legal proporciona los requisitos de dicho consentimiento y para el efecto dicta que: “El consentimiento deberá ser voluntario y sin vicios, el cual se hará constar por el pariente en un formulario previamente aprobado por e Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, impreso en tres originales, el primero quedará archivado en el expediente médico hospitalario, el segundo será entregado a los parientes del donador y el tercero será remitido al Registro Nacional de Trasplantes después de realizado el mismo.” También establece en el mismo artículo que si el consentimiento se otorga de una manera distinta a la que se establece en el mismo reglamento se tendrá por nulo.

En los casos en los cuales la persona ha prestado su voluntad hay que tomar en cuenta una circunstancia fundamental que es la revocabilidad que es tal y como lo señala Bergoglio de Brouwer que: “toda persona que haya dispuesto ser dadora de un

órgano o material anatómico, en vida, puede cambiar su decisión³⁸ y también la legislación guatemalteca estipula en el artículo 25 del Reglamento de la ley para la disposición de órganos y tejidos que “El donador vivo aún en forma verbal, en cualquier tiempo y sin expresión de causa, incluso aunque hubiese firmado el formulario de consentimiento informado para realizar el explante, podrá en cualquier momento revocar dicho consentimiento sin incurrir en responsabilidad alguna en perjuicio para su persona”. Se considera una disposición idónea, ya que basta con algo tan sencillo como manifestar su negativa, para dejar sin efecto el consentimiento que había prestado previamente, y se debe al impacto y la magnitud que una decisión de este tipo acarrea consigo, además de dejar sin posibilidad al beneficiario de reclamar daños, perjuicios o alguna compensación debido a que los órganos son tan personales y quien al final decide hasta el último momento sobre ellos es y debe ser únicamente el donador, por lo que a pesar de haber prestado en un inicio el donador el consentimiento de buena fe, tiene la facultad plena de arrepentirse y retractarse.

2.2.1 Elementos del contrato de donación de órganos:

Respecto a la naturaleza jurídica del contrato de donación de órganos como pudo apreciarse anteriormente se dividen las dos posturas entre los expertos, por una parte hay autores que lo definen como un contrato bilateral por el hecho de haber un donante y un beneficiario que prestaron su voluntad, uno para que el órgano le sea extraído y otro para que el mismo le sea implantado, en esta postura no se toma en cuenta lo que sucedería con los órganos de cadáveres no identificados debido a que en tal situación no es posible saber si existió consentimiento del denominado donante. También se encuentra la otra postura ya comentada que clasifica la donación de órganos como un contrato *sui generis*, unilateral y le brinda ciertas características que no pueden compararse con ningún otro contrato ya existente, aunque algunos de los autores de la primer postura argumentan y defienden su relación con la donación patrimonial.

³⁸ Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa. *Trasplantes de Órganos (entre personas-con órganos de cadáveres)*. Argentina, Editorial Hammurabi., 1993 Pág.102.

A pesar de la diferencia entre ambas posturas anteriormente descritas, puede clasificarse o establecerse ciertos elementos que es necesario delimitar para poder compararlos posteriormente con el simple trasplante de órganos de cadáveres no identificados.

2.2.1.a. Partes Contractuales

Por el hecho de tratarse de un contrato debe forzosamente haber partes contractuales y en este caso son el donante, que como se explicó previamente es quien dispone para que en vida, o después de su muerte le sea explantado algún órgano o tejido: y el receptor o beneficiario, quien recibirá un órgano o tejido proveniente de otra persona o de un cadáver.³⁹

El Reglamento de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos enumera a un donador especial en su artículo 35 que dice así: “Donador Cadavérico por Paro Cardiorespiratorio. Es considerado también como donador cadavérico el individuo que fallece en paro cardiorrespiratorio irreversible con un tiempo de isquemia caliente lo suficientemente reducido que permite la extracción de órganos y tejidos aptos para el trasplante, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y en el presente reglamento”.

2.2.1.b. Capacidad

Como se indicó anteriormente el sujeto que declara su voluntad en el caso de la donación de órganos debe ser plenamente capaz y la capacidad consiste en la aptitud derivada de la personalidad para ejercer los derechos y para concluir actos jurídicos de la vida en general⁴⁰, en el caso de la donación de órganos cuando la persona esta viva,

³⁹ Castillo López, Fernando. *Situación actual de la Donación y Trasplantes de Órganos en Guatemala y su Operatividad hacia Futuro*, Guatemala. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Pág. 36

⁴⁰ Donación de órganos, Derecho civil (Guatemala), Guatemala Monografía. 2009. <http://www.monografias.com/trabajos48/derecho-civil/derecho-civil2.shtml> visitada 11/09/2011

debe demostrar que se encuentra en su sano juicio, es decir en el pleno uso de sus facultades volitivas y ser obviamente mayor de edad, alcanzando en Guatemala la mayoría de edad a los dieciocho años.

El artículo 1251 del Código Civil de la República de Guatemala establece que la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad es uno de los requisitos para que el negocio jurídico sea válido.

2.2.1.c. Gratuidad

La donación de un órgano debe ser gratuita por todos los problemas que podría acarrear el no serlo, por la susceptibilidad a la que esta sujeto de convertirse un negocio ilícito, en primer lugar para un trasplante entre personas vivas es decir, una donación común. El proceso por sí mismo significa dos gastos altos que son el proceso quirúrgico del explante y posteriormente el proceso del implante con el receptor o beneficiario, por lo que no puede dársele un precio a esta actividad más que los gastos estrictamente necesarios para llevar a cabo este tipo de operaciones.

En el caso de los cadáveres de personas desconocidas, de igual manera es forzosamente necesaria y requisito indispensable el elemento de la gratuidad, ya que bajo ningún concepto puede lucrarse con esta noble causa.

Existen gastos fijos que son además de los ya mencionados de explante e implante de los órganos, los gastos hospitalarios, los medicamentos, la rehabilitación y recuperación. Pero por los órganos en no puede exigir algún tipo de remuneración económica debido a que como lo indica el artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos y atendiendo a los principios fundamentales de la donación que se expusieron anteriormente “la donación de órganos y tejidos para trasplante será siempre gratuita”. Ya que como se explicó anteriormente la donación y el trasplante de órganos debe tener como único objetivo una causa noble, no lucrar y hacer un negocio de esta actividad, por ser en esencia un acto altruista.

Adicionalmente el artículo 9 de la Ley para la Disposición de Órganos deja claramente establecido que “Queda terminantemente prohibida la venta y comercialización interna y exportación de cualquier órgano o tejido”.

También el artículo 10 del Reglamento de la Ley para la Disposición de Órganos prohíbe que se acepte la solicitud de retribución económica o en especie por la donación de órganos o tejidos para trasplante.

2.2.1.d. Necesidad

Tiene que considerarse la necesidad como un elemento principal de la donación de órganos debido a que lo idóneo es que previamente al trasplante es menester que se hayan agotado todos los recursos conocidos y medios disponibles para mejorar la salud de la persona, y demostrarse que la única opción es el trasplante para salvar la vida o regenerar una función como la vista.

Muñoz define la necesidad como “la falta de lo principal para la existencia. Pobreza, penuria, miseria, escasez, falta de algo. Grave riesgo que requiere pronto y eficaz auxilio”⁴¹.

Al efecto el artículo 4 del Reglamento de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos humanos establece que “la donación de órganos tejidos de donadores vivos o cadávericos se realizará exclusivamente con el fin de ser implantado en seres humanos por motivos terapéuticos”.

2.3. Regulación actual del trasplante de órganos de cadáveres de personas que no han prestado su consentimiento

⁴¹ Muñoz Nery Roberto, *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Guatemala, editorial Infoconsult Editores, 2005. Pág. 63.

En la actualidad la regulación para el trasplante de órganos de cadáveres es muy escasa.

El Código de Salud decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala establece en su artículo 120 lo siguiente: “Utilización de cadáveres, órganos y tejidos. Podrán ser utilizados para fines terapéuticos, educativos y científicos, los cadáveres, sus órganos y tejidos de acuerdo a lo establecido en la ley específica sobre disposición de órganos y tejidos”.

La ley específica sobre la disposición de órganos y tejidos es la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, de la que se ha hablado anteriormente.

Hay que hacer una distinción entre los cadáveres de personas que no han prestado su consentimiento estos también se dividen en dos:

Aquellas personas que fallecieron y que son perfectamente identificables, pero que al momento de morir simplemente no dispusieron que sus órganos fueran donados para después de su muerte.

Aquellas personas cuyo cadáver no fue identificado en setenta y dos horas.

Clasificación que hace la misma legislación en el artículo 27 del Reglamento de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos que establece que “podrá llevarse a cabo la inclusión de órganos y/o tejidos en las siguientes situaciones:

- a. Donador cadáver de identidad conocida con consentimiento de los parientes.
- b. Donador cadáver de identidad desconocida. “

En el caso de las personas conocidas pero que no presentaron su consentimiento para la disposición de sus órganos después de su muerte, según el artículo 29 de la Ley para la Disposición de Órganos dicta que se requiere de “Consentimiento de los parientes dentro de los grados de ley, en ausencia del consentimiento prestado en vida. Sólo podrá prestarse el consentimiento después de ocurrido el fallecimiento.” Mientras que el artículo 30 del mismo cuerpo legal establece que “en el caso de inciso b), del artículo 28, no se requiere permiso alguno para la disposición de los cadáveres humanos para fines de trasplante, investigación o docencia”. El inciso B) del artículo 28 se refiere a personas desconocidas que son aquellos cadáveres no reclamados dentro de las 72 horas siguientes al diagnóstico de muerte cerebral, que como pudo determinarse previamente, no se trata solamente de cadáveres como los que se pensaría encontrar en una morgue por ejemplo, ya que como se explicó en el capítulo anterior la muerte cerebral no implica la muerte total del donador.

El Acuerdo Gubernativo 525-2006 Reglamento de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos rige los dos procedimientos legales en cuanto al trasplante de órganos de cadáveres de personas que no han prestado su consentimiento, y la misma no establece ningún requisito en el caso de los cadáveres de personas de identidad desconocida al establecer en su artículo 28 que “en el caso de donadores cadavéricos de identidad desconocida no se requiere autorización alguna para realizar el explante de órganos y tejidos luego de transcurridos setenta y dos horas de su muerte cerebral, de conformidad con los criterios establecidos en la ley”; y también establece en el artículo 29 que para los trasplantes de donadores cadavéricos de identidad conocida, que no hayan dado su consentimiento en vida, previo al acto de donación, en este caso si “se requiere el consentimiento expreso del pariente más próximo del donador cadavérico de conformidad con el orden de exclusión establecido en el Código Civil, con legalización de firmas” mismo que deberá constar en un formulario autorizado por el Ministerio de Salud y Asistencia Social.

Por último existe el acuerdo gubernativo número 159-85 el cual en su artículo 1 regula que lo referente a la autorización de la utilización de los cadáveres para fines científicos, para los cuales se entiende: "La enseñanza de la anatomía humana o la investigación patológica" y además solamente faculta a los directores de los hospitales nacionales para poder resolver las solicitudes de las instituciones de enseñanza que les pidan estos cuerpos. Este Reglamento no da ninguna pauta a seguir para llevar un procedimiento a cabo en caso de tener que usar los órganos de un cadáver de una persona desconocida que vaya a ser utilizado para transplantárselo a un ser humano con vida, que necesite de los mismos para su supervivencia.

2.4. Derechos humanos relacionados y principios del trasplante de órganos

Como se ha mencionado anteriormente este tipo de actividad está íntimamente ligado a ciertos aspectos éticos, y principios jurídicos que a su vez están de la mano con la protección a ciertos derechos humanos, los cuales goza todo hombre o mujer del planeta por el simple y sencillo hecho de ser un humano.

El trasplante y la donación de órganos tienen un fin benéfico o noble, con el cual se busca preservar y mejorar la vida de la persona que recibe el implante, es por esto que a simple vista puede apreciarse que protege la vida, que es el derecho fundamental de los seres humanos, pero no solamente este derecho el que protege, dentro los principales se encuentran el derecho a igualdad, a la seguridad jurídica, a la libertad de acción, a la protección, y adicionalmente se rige por ciertos principios específicos.

Todos estos derechos no necesitan ser positivados por algún Estado debido a que son intrínsecos a cada ser humano y a continuación se detallará en que consisten y se explicará su relación con el trasplante de órganos empezando por los principios que internacionalmente rigen esta actividad a nivel mundial que son los principios específicos, y continuando con los derechos humanos generales estrechamente vinculados.

2.4.1. Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Órganos Humanos⁴²:

Es necesario hacer mención de los principios que la Organización Mundial de la Salud estableció para llevar a cabo el trasplante de órganos, los cuales son denominados como Los Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Órganos Humanos. Estos principios son once y van a enumerarse y comentarse debido a que son tomados en cuenta por la legislación y por las prácticas legales que sobre el trasplante de órganos se lleva a cabo alrededor de todo el mundo, Guatemala no es la excepción y debe cumplir legalmente con estos principios. La Organización Mundial de la Salud estipuló que la extracción de células, tejidos, y órganos de personas fallecidas o vivas para fines de trasplante sólo se puede efectuar de conformidad con los siguientes Principios rectores:

El Principio rector 1 establece que pueden extraerse células y órganos del cuerpo de personas fallecidas para fines de trasplante si:

- a) Se obtiene el consentimiento exigido por la ley; y
- b) No hay razones para pensar que la persona fallecida se oponía a esa extracción.

En cuanto al inciso a) pues no existe ninguna objeción ya que es claro que una persona que en vida haya estipulado que deseaba como última voluntad que sus órganos, células o tejidos fueran donados o transplantados a alguien más después de haber muerto, pues hay que cumplir con su voluntad siempre y cuando sus órganos sean de utilidad para otra persona, esto es algo básico para salvaguardar a las personas contra los abusos de esta práctica y proteger así la seguridad general.

⁴² Principios rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos.

Pero en cuanto al inciso b, es un mecanismo lógico que puede en determinado momento ser de muchísima utilidad y beneficio para la población en general, siempre y cuando sea manejado de una manera responsable y verídica; puesto que si no hay indicios válidos de que una persona se oponía a que sus órganos fueran trasplantados una vez fallecida, da la pauta para pensar que no le habría molestado el beneficiar a alguien más con los órganos que ya no le serán útiles por obvias razones.

Este es el caso de Guatemala y su legislación, no solamente en el caso de cadáveres de personas conocidas que como lo regula el artículo 29 inciso b) de la ley para la disposición de órganos requiere del “consentimiento de los parientes dentro de los grados de ley, en ausencia del consentimiento prestado en vida” por el difunto, sino también si se trata de cadáveres de personas desconocidas ya que se presume el consentimiento el cual permite extraer material del cuerpo de una persona fallecida para fines de trasplante y/o para realizar estudios anatómicos o investigaciones, tal y como lo regula el artículo 30 del decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala. Si existieren los medios adecuados para poder conservar los órganos y tejidos de las personas, y se llevaran controles específicos y rigurosos para realizar este tipo de actividades, podría ayudarse a la recuperación de muchas personas enfermas, e incluso a salvar la vida de algunos individuos en algunas enfermedades graves.

El Principio Rector 2 estipula que “Los médicos que hayan determinado la muerte de un donante potencial no deberán participar directamente en la extracción de células, tejidos u órganos de ese donante ni en los procedimientos subsiguientes del trasplante, ni ocuparse de la asistencia a los receptores previstos de esas células, tejidos y órganos”. Esto claramente es con el objetivo que no haya un conflicto de intereses y que no haya forma por la cual el profesional que certifique la muerte cierta de una persona pueda estar involucrado posteriormente en la extracción y trasplante de los órganos del difunto, protegiendo a su vez de esta forma la seguridad jurídica.

En la Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos en el artículo 11 encontramos regulado lo siguiente “Dictamen favorable. Para el trasplante de órganos y tejidos de seres humanos o cadáveres, es requisito indispensable contar con el dictamen favorable de médicos cirujanos que tengan la calidad de colegiados activos y reconocidos como especialistas en la materia por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala”. Y el reglamento de dicha ley establece en el artículo 34 lo siguiente “Profesional Ajeno. Los profesionales que realicen el diagnóstico de muerte cerebral en el donador cadavérico no deben pertenecer a los equipos involucrados en el trasplante”. Con esto se asegura como se explicó el objetivo de este principio rector que es conservar la objetividad y dignidad de esta actividad.

El Principio Rector 3 dicta que “las donaciones de personas fallecidas deberán desarrollarse hasta alcanzar su máximo potencial terapéutico” y que los donantes vivos pueden donar sus órganos si lo desean, siendo informados de los riesgos y consecuencias que esto acarreara en sus vidas, siempre y cuando sean legalmente competentes y capaces de sopesar esa información y actuar voluntariamente sin ningún tipo de coacción. La primera línea de este principio rector, la cual fue copiada textualmente apunta a la importancia de adoptar las medidas jurídicas y logísticas necesarias para crear programas de donantes fallecidos allí donde no existan, y que al hacerlos o al existir estos programas sean lo más eficientes posibles. En Guatemala los cadáveres de personas desconocidas pueden ser aprovechados para poder mejorar o salvar otras vidas, pero para esto es necesario que esas medidas legales que se tomen, sean bien fiscalizadas, y que las medidas técnicas estén a la altura de las necesidades que un tratamiento de este tipo supone.

El Principio Rector 4 reza que “No deberán extraerse células, tejidos ni órganos del cuerpo de un menor vivo para fines de trasplante, excepto en las limitadas ocasiones autorizadas por las legislaciones nacionales”. Establece también que deben de tomarse medidas eficaces para poder proteger a los menores de esta práctica y que aplicarse de igual manera para las personas que estén legalmente incapacitadas. Este principio lo que hace es proteger a la población más vulnerable de toda sociedad, y no

deja libertad a los encargados o representantes de los menores de edad, porque a pesar de que generalmente los padres o responsables van a buscar lo mejor para los menores, hay situaciones donde otros factores entran en juego y pretendan sacar provecho de esta ventaja respecto de ellos.

El Principio Rector 5 obliga a que el trasplante de órganos células y tejidos sea gratuito y para el efecto dispone que “deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin ningún pago monetario u otra recompensa de valor monetario. Deberá prohibirse la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas. La prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante”.

Este principio por una parte impide el tráfico de material humano, y reafirma el especial reconocimiento que merece el trasplante de material humano para salvar o mejorar su calidad. Sabiendo que el procedimiento necesario para poder llevar a cabo un trasplante se reconoce la necesidad que existe de desembolsar las cantidades necesarias para poder llevar a cabo un procedimiento quirúrgico de esta índole, y en el caso de los cadáveres de personas desconocidas tendrá que ser el Estado quien avale y patrocine los gastos necesarios para conservación de los órganos y para el pago de los honorarios que los profesionales encargados de estas actividades merezcan justamente así como para apoyar la pronta y eficaz recuperación de los receptores.

En Guatemala el artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos cumple con los principios rectores 4 y 5 al establecer que “La donación de órganos y tejidos para trasplante será siempre gratuita. Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor cónyuge, concubinario, concubina,

hijos o familiar comprobado legalmente. Las personas física y mentalmente incapaces, los que se encuentran en estado de inconsciencia, las mujeres embarazadas y los menores de edad, en ningún caso podrán donar órganos o tejidos". El estado de Guatemala con esto fomenta una protección para evitar que una práctica altruista como el trasplante y la donación para fines benéficos sea convertido en un negocio para lucrar ilícitamente, y al mismo tiempo además de proteger a los menores y los incapaces protege a los presos y reos así como mujeres embarazadas de las malas prácticas de esta actividad.

El Principio Rector 6 permite que se promocione la donación altruista de células, órganos y tejidos humanos y prohíbe a su vez el llamamiento para informar la necesidad de material humano a cambio de una remuneración o pago por estas donaciones. En todos los países hay Entidades encargadas de fomentar la donación de órganos, en Guatemala se encuentran ciertas entidades destinadas a hacer conciencia en cuanto a los beneficios que una donación puede crear, pero en el caso de los cadáveres de personas desconocidas es necesario que exista un ente encargado de clasificar y almacenar los órganos rescatables de estas personas para futuro beneficio de la población en general, para lo cual debe haber mayor conocimiento e información pero bajo ninguna forma tendría que ofrecerse algún tipo de pago o remuneración por los restos de un cadáver de persona desconocida ya que estos deberían ser manipulados exclusivamente por autoridades estatales que se enfoquen en este fin.

El Principio Rector 7 establece que los médicos y demás profesionales involucrados en el trasplante de órganos deben de abstenerse si las células, tejidos u órganos han sido obtenidos por coacción o si los familiares del fallecido han obtenido alguna remuneración. En el caso de cadáveres de personas desconocidas no se presenta este problema debido a que no hay quien reciba la remuneración por los órganos del fallecido, ya que si existiera alguien que reclame un pago en estas situaciones es porque se trata de un traficante de órganos.

El Principio Rector 8 aclara que “los centros y profesionales de la salud que participen en procedimientos de obtención y trasplante de células, tejidos u órganos no deberán percibir una remuneración superior a los honorarios que estaría justificado recibir por los servicios prestados”. Nuevamente se prohíbe el lucro desmesurado que esta actividad puede generar y obliga a las autoridades sanitarias a fiscalizar y estipular los honorarios justos que deberían de cobrarse por llevar a cabo el trasplante de órganos.

Dentro de la legislación guatemalteca el reglamento de la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos en el capítulo IV regula lo referente a los centros hospitalarios que realicen explantes e implantes con fines de trasplante. El artículo 19 del mencionado reglamento establece que el encargado de autorizar este tipo de hospitales es el Departamento de Regulación, acreditación y Control de Establecimientos de Salud del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y que además de autorizarlos será el encargado de supervisarlos. Estipula también los requisitos del centro hospitalario que realiza explantes de donador cadavérico; requisitos del centro hospitalario explantador de donador vivo e implantador; y al personal del centro hospitalario que realice explantes de donante cadavérico, pero en ningún momento regula cuales deberían de ser los honorarios específicos o justos para este tipo de operaciones, tanto para que no se cobren cifras fuera de la realidad, para que no se convierta en un negocio esta actividad, como para poder estipular cuales deberían ser los honorarios a los que tendría derecho un médico profesional que se dedique a esta actividad directamente dependiendo del Estado a la hora de llevar a cabo trasplantes de cadáveres de personas desconocidas y esto permitiría a su vez un control fiscalizador más fácil y directo sobre las instituciones que se dediquen al trasplante de órganos.

El Principio Rector 9 ordena que “La asignación de órganos, células y tejidos deberá regirse por criterios clínicos y normas éticas, y no atendiendo a consideraciones económicas o de otra índole. Las reglas de asignación, definidas por comités debidamente constituidos, deberán ser equitativas, justificadas externamente y

transparentes.” En el tema de los órganos humanos la demanda siempre es mayor a la oferta, y es por esto que muchas personas mueven sus influencias y utilizan su poder económico generalmente para poder excluir de esta manera a pacientes interesados con menores recursos.

La legislación guatemalteca establece que “la posición en la lista de espera de cada caso será determinada por criterios médicos establecidos por la dependencia designada por las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.” Tal como lo encontramos regulado en el artículo 12 del Reglamento de la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos. Además al evitar la discriminación de cualquier índole se incluye el punto de vista económico, con lo cual se logra evitar diferencias injustas.

El Principio rector 10 se enfoca más en los aspectos técnicos y científicos que en los aspectos jurídicos y éticos de este tipo de procedimiento al establecer que en los mismos es “imprescindible aplicar procedimientos de alta calidad, seguros y eficaces tanto a los donantes como a los receptores, los resultados a largo plazo de la donación y el trasplante de células, tejidos y órganos deberán evaluarse tanto en el donante vivo como en el receptor, con el fin de documentar los efectos beneficiosos y nocivos.”

En Guatemala la ley establece que debe haber un riguroso control de donantes y receptores aptos para estos procedimientos y darles un seguimiento para bien de ellos, pero la realidad de nuestro país en esta materia es algo crítica y ha decir verdad en cuanto a lo que concierne puntualmente a la presente investigación es un poco más ambiciosa la preparación técnica y científica que se requeriría para poder conservar en perfecto estado los órganos de los cadáveres de personas desconocidas, para poder explantarlos con un minucioso cuidado, para que el ambiente y el tiempo no los descompongan, para poder encontrar al paciente con el que sean más compatibles, etc. Pero el hecho de que esto sea un reto y que sea difícil de cumplir en la realidad guatemalteca no significa que sea imposible, debido a que es seguro que el optimizar

este tipo de práctica, bien regulada y bien acreditada, en el futuro ayudará a salvar muchas vidas.

El Principio Rector 11, el cual es el último de los principios rectores establece que “la organización y ejecución de las actividades de donación y trasplante, así como sus resultados clínicos, deben ser transparentes y abiertos a inspección, pero garantizando siempre la protección del anonimato personal y privacidad de los donantes y receptores”. Este principio busca principalmente dos cosas: la primera es asegurar que se maneje de una manera efectiva pero verídica todo este asunto, es decir que todas las personas puedan informarse acerca de la transparencia de estos procedimientos y que de este modo se fiscalice el que no haya prácticas impuras e inmorales por las cuales entre otras cosas se pueda poner en peligro esta noble institución o se pueda lucrar ilícitamente a través de la misma, y desde el otro punto de vista se protege a las personas que participarán en un procedimiento de estos, lo cual debe de ser una garantía fundamental en la donación de órganos, por motivos que se explicarán mejor en el inciso de la seguridad jurídica más adelante.

2.4.2. Derecho a la Vida:

El Derecho a la Vida es “la condición y la base de todos los demás derechos. Es la condición indispensable para que existan aquellos derechos por la sencilla razón de que es el derecho humano fundamental”. ⁴³

Este es un principio que respeta la donación y el trasplante de órganos, pero en la presente investigación se trata de cadáveres de personas desconocidas, en cuyo caso no puede hablarse o mencionarse el respeto por su vida, puesto que la misma ya no existe. Sin embargo la disposición legal que ha dado lugar a la presente tesis de grado y en la que se ha hecho énfasis, al permitir usar los órganos de estas personas, y al presumir legalmente el teórico consentimiento para poder disponer de sus órganos, para fines terapéuticos y educativos permite fomentar el derecho a la vida, de aquellas

⁴³ Villanueva Bidegai, Juan José. *Derecho a la Vida, Aborto y Eutanasia*. Uruguay, Ediciones Literarias, 2002, pág. 1

personas desvalidas, enfermas y agonizantes que necesitan y pueden aprovechar cualquiera de estos órganos para poder seguir adelante y continuar con su vida o mejorar la calidad de la misma.

Rodríguez señala que “El derecho a la Vida es un derecho que corresponde a la persona, con independencia del uso de su autonomía personal. Esto quiere decir que el valor de la vida humana es neutro, es totalmente independiente del valor o desvalor de lo que la persona humana haya hecho con ella”.⁴⁴

Todos los Estados están obligados a velar por el respeto de los Derechos Humanos y dentro de sus políticas deben crear y fomentar leyes y normas que estén dirigidas a alcanzar dicho objetivo. En Guatemala se encuentra regulado desde la misma Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 2 que establece “es un deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, y el desarrollo integral de la persona”. Además, “garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”. Es deber del Estado garantizar la vida de los habitantes, y el artículo 30 de la ley para la disposición de órganos permite crear un mecanismo para poder proteger el derecho a la Vida, puede ser que tenga sus deficiencias esta norma al establecer que “no se requiere permiso alguno para la disposición” de este tipo de cadáveres, pero por otra parte genera una ventaja, y deja la puerta abierta para encontrarle una solución a una serie de problemas que sufren muchos ciudadanos guatemaltecos por no tener una cultura de donación tal y como lo afirma Araujo en su tesis de grado donde indica que “A pesar de todos los avances médicos la situación mundial de la donación de órganos está en crisis, ya que no existe un solo país donde la demanda sea satisfecha por el número disponible de órganos. Desafortunadamente muchas personas mueren en espera de un órgano. No existe una cultura de donación, lo que provoca que muchas personas mueran en la etapa más

⁴⁴ Rodríguez, Alejandro. La Pena de Muerte en Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala 2006. Pág. 11

productiva de sus vidas.”⁴⁵ Es por esto que desde este punto de vista se protege la vida de todos los necesitados, que eventualmente pueden favorecerse de este tipo de institución.

Al hablar del derecho a la Vida también debe tomarse en cuenta el promover, rehabilitar y recuperar la salud de las personas, para lo cual es indispensable la emisión de los instrumentos legales que faciliten el logro de tales fines.

2.4.3 Derecho a la Igualdad:

Según Lara en su tesis de grado: “La discriminación es el acto por medio del cual se diferencia a una persona o a un grupo de forma desfavorable a causa de prejuicios por el hecho de pertenecer a una categoría social distinta, es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Normalmente se utiliza para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual o por razón de género.”⁴⁶ Que también se encuentra definida como “(...) Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.⁴⁷

El principio de la igualdad y la no discriminación son principios que deben ser forzosamente observados y cumplidos a la hora de llevar a cabo el trasplante de órganos y más cuando existen listas de espera de receptores que médicalemente se encuentran en las mismas condiciones, a pesar que entre ellos haya diferencias,

⁴⁵ Araujo Búcaro Karla. *Contrato de donación de órganos intervivos y la donación de órganos mortis causa*, Guatemala, 2001, licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Rafael Landívar. Pág. 6

⁴⁶ Lara Sandoval Sergio. *La Discriminación como violación del Derecho Humano de Igualdad y Dignidad de los Guatemaltecos Deportados del Estado de Arizona*, Estados Unidos de América, Guatemala, 2010, licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Rafael Landívar. Pág. 33

⁴⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, resolución 2106.

étnicas, económicas, religiosas y de diversos tipos, para poder recibir un órgano que va a mejorar su calidad de vida solamente debería de tomarse en cuenta con mayor razón cuando los órganos provienen del cadáver de una persona desconocida, principalmente su compatibilidad y tal y como lo preceptúa el artículo 15 de la ley para la disposición de órganos que establece los “Requisitos del receptor. El receptor deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Sufrir deficiencia en órgano o tejido que pueda tratarse de manera eficaz por trasplante;
2. Ausencia de otras enfermedades que predeciblemente interfieran con el éxito del trasplante;
3. 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 trasplante;
4. Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación para el donador y probabilidades de éxito para el receptor; (en el caso que los órganos sean explantados de un cadáver no identificado, la primera parte de este numeral no es aplicable)
5. Demostrar compatibilidad con el sujeto donador en las pruebas médicas”.

Adicionalmente la misma ley establece en su artículo 16 que “la selección de donadores y receptores de órganos y tejidos para trasplante, se hará por médicos y cirujanos especialistas en la materia reconocidos como tales por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala.”

Es por eso que debe respetarse el hecho de que todos los seres humanos son iguales y que deben gozar de las mismas oportunidades sin importar que tengan más dinero para pagar estos tratamientos, sin importar tampoco sus características físicas o ideológicas, el Estado debe velar porque no se creen injusticias en este sentido, debido a que esto perjudicaría a todas esas personas que necesitan de estos órganos para poder vivir y que no pueden alcanzarlos por no contar con los recursos suficientes para

poder obtenerlos. Es por esto mismo que el Estado a la vez, debe crear y garantizar los controles diferentes para poder dar el mayor grado de probabilidad de éxito a una operación de esta clase, ya que los fondos que se utilizarían serían los del Estado, y porque debe tomarse en cuenta que al elegir a un receptor, se excluye automáticamente a otros que deberían de tener menores posibilidades de compatibilidad y debería ser esta la única razón para descartarlos.

En cuanto al tipo de donadores, el principio de igualdad se aplica en el hecho de que todos los seres humanos somos iguales y todos poseemos generalmente los mismos órganos, y todos nos encontramos en situaciones analógicas en determinado momento, y es por esto que toda persona es susceptible de morir, sin poder ser identificados en setenta y dos horas, si esto pasa, y existiera la forma de conservar los órganos en perfecto estado para que alguien que los necesite pueda usarlos eventualmente, pues lógicamente todos los ciudadanos de igual manera podríamos ser considerados donadores si es que se cumplen estas condiciones, y aunque el término de donador este erróneamente utilizado en este sentido, como más adelante se explicará, es así como lo denomina el artículo 28 del Reglamento de la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos que les llama “donadores cadavéricos de identidad desconocida”

2.4.4. Derecho a la Seguridad Jurídica:

La seguridad Jurídica según Henkel es la “exigencia dirigida al derecho positivo de crear, dentro de sus campos y con sus medios, certeza ordenadora.”⁴⁸ La seguridad jurídica lo que debe dar es la certeza de saber que esperar de parte del Estado en relación al comportamiento de los ciudadanos dentro de la sociedad. Tanto desde el punto de vista garante, como desde el punto de vista coercitivo.

⁴⁸ Henkel, Heinrich. “Introducción a la filosofía del Derecho: fundamentos del Derecho”. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. España: Taurus ediciones, 1968, pág. 544.

Respecto a esto, Gutiérrez lo explica de una mejor manera al afirmar que la seguridad jurídica por una parte es “la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que si éstos llegan a producirse le serán aseguradas protección y reparación”.⁴⁹ Es decir una protección y el hecho de que un ciudadano pueda esperar que no se le agredirá o vulnerará alguno de sus derechos mientras el Estado los proteja. Pero también es la certeza con que actúa la persona “perfectamente segura de cuáles habrán de ser las consecuencias que se derivan de sus acciones”.⁵⁰ Esto ocurre por el simple hecho de que el Estado establezca claramente la consecuencia jurídica que se producirá por llevar a cabo o realizar determinado acto.

Relacionado con el trasplante de órganos de los cadáveres de personas desconocidas debe observarse la seguridad jurídica desde las dos vertientes anteriormente mencionadas. Por una parte debe de existir la suficiente seguridad de saber que las personas y sus seres queridos no vayan a ser perseguidos, e incluso desaparecidos con tal de obtener sus cuerpos para que luego sean objeto de un trasplante, habilitados por los artículos 28 y 30 de la ley para la disposición de órganos; y que exista la seguridad en caso de que alguien incumpla con el deber de respeto a la ley, y se atreva a realizar este tipo de conductas prohibidas con las que ponen en peligro a la población y el que efectivamente se puedan llevar a cabo este tipo de trasplantes, pues que reciba su respectivo merecido, en cuyo caso corresponderá a una pena previamente estipulada por el Estado. Por la otra parte tener la seguridad de que el Estado protege la salud, y el bienestar de sus habitantes a través, del fomento de la transparencia, y del buen uso y adecuado manejo de los recursos tanto económicos, como científicos y biológicos que puedan destinarse y utilizarse para poder aprovechar los cuerpos y los órganos de los cadáveres de personas desconocidas para beneficio de la generalidad social.

⁴⁹ Gutiérrez, Carlos José. “Lecciones de Filosofía del Derecho” Costa Rica: Universitaria Centroamericana –EDUCA-, 1976, 2^a edición, pág. 388

⁵⁰ Ibíd., pág. 389

2.4.5. Derecho a la Salud:

La Constitución Política de la República de Guatemala regula la protección para todos los derechos humanos como se puede observar en el artículo 44 el cual establece que “los derechos y garantías que la Constitución otorga no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”, y no pueden haber normas que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que esta establece. Entre otros, un derecho humano que es esencial es el derecho a la salud, para lo cual la misma Constitución Política de la República en el artículo 93 establece que “el goce de la salud es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna”. Por mandato legal el Estado debe velar por la salud de todos los habitantes, desarrollando acciones que tiendan a promover, rehabilitar y recuperar la salud de las personas.

Es indubitable la obligación de garantizar la vida y a su vez la obligación de garantizar la salud de los habitantes por parte del Estado, formas para llevar esto a cabo hay muchas y de diferente índole. Una manera moderna y actual en la que se protege la vida y la salud es a través de las donaciones y trasplantes de órganos, la cual se ha logrado gracias a los avances tecnológicos y de las ciencias, esta es una actividad lícita, que merece un cuidado especial por parte de la legislación para no vulnerar ciertos derechos, y no caer en acciones que contraríen las leyes y que constituyan delitos o conductas delictuosas. Un trasplante hacia una persona enferma de un órgano sano, genera una mayor esperanza de vida, posibilidad de rehabilitación y de poder seguir viviendo de una manera integral, por lo tanto debe de estar bien normado para garantizar la salud de la generalidad de la población, así como la de los donadores y de las personas que intervengan en el procedimiento quirúrgico para llevar a cabo tanto el explante, como el implante de los órganos, ya sea si los donadores son de cadáveres conocidos o de cadáveres de personas desconocidas., y obviamente la salud de los receptores.

CAPITULO III

Derechos vulnerables y riesgos por la falta de regulación de un procedimiento para el trasplante de órganos de cadáveres no identificados

3.1. Derechos que pueden ser violados a los familiares de personas fallecidas en caso que sus cadáveres sean reconocidos después de setenta y dos horas:

¿Qué pasaría si el cadáver de una persona pasa setenta y dos horas sin ser reconocido, y sus órganos son utilizados sin solicitar permiso alguno (por estar permitido en la ley), amparados legalmente por lo que la legislación guatemalteca establece y posteriormente a eso se identifica al cadáver que en un inicio fue considerado como de una persona desconocida? Esta situación no es del todo remota de ocurrir, podría presentarse en determinado momento en nuestro país.

Si esta situación se da, no se estaría violentando derechos, debido a que se otorgó el tiempo prudencial y legal para poder efectuar el reconocimiento, sin embargo puede haber un daño moral para la familia, porque no se trata de una reliquia familiar, sino de una persona, un ser querido, alguien que posiblemente si dispuso de su cuerpo para después de su muerte, por ejemplo si decidió ser cremado o si ya había dispuesto que sus órganos fueran donados a alguien más. No obstante lo anterior se siguió el procedimiento establecido en la ley, por lo que se respetó la legislación específica para el caso, la cual es insuficiente ya que no menciona quien ni como debe tomar la decisión de emplear los órganos de un fallecido desconocido, tampoco se hace según una muerte cerebral.

Se han suscitado situaciones en las que no es fácil comprobar la identidad de un cadáver que los familiares han reclamado; como ocurrió en Quetzaltenango en enero del 2011 según un periódico local que informó la siguiente noticia: “Aunque la familia asegura reconocer el cadáver localizado en el cantón Candelaria, el Inacif requiere prueba científica. Juana Leticia Cupil y su familia llegaron al Instituto Nacional de

Ciencias Forenses, Inacif, en Quetzaltenango, para reconocer el cadáver de un hombre que fue asesinado y luego devorado por coyotes, en el Valle de Palajunoj. Cupil asegura que el occiso es su esposo Martín Eliézer Xocol de 22 años, de Santo Tomás La Unión, Suchitepéquez, ya que la ropa hallada es la que llevaba el día que desapareció domingo 2 de enero; además de unos audífonos. “Dijo que le iba a cobrar a un amigo y ya no supe nada de él. Queremos que nos entreguen el cuerpo. Dejó a un niño de un año y dos meses, y otro que estoy esperando”, refirió Cupil. Una fuente del Inacif dijo que hay rasgos que no corresponden, por ello solicitaron pruebas científicas como un cotejo necrodañilar; de lo contrario, no se puede entregar”⁵¹.

3.2. Vulneración de la seguridad jurídica de las personas

Como se mencionó en el Capítulo II La seguridad jurídica lo que debe dar es la certeza de saber que esperar de parte del Estado en relación al comportamiento de los ciudadanos dentro de la sociedad; tanto desde el punto de vista garante, como desde el punto de vista coercitivo.

Según la revista gener@cción de Perú un ser humano donante puede salvar a varias personas y lo expresa de la siguiente manera: “una sola persona a cuántas, con sus propias manos, podría sacar de una situación de extremo peligro a la vez, seguramente dos o máximo tres, si su condición física es óptima. Sin embargo, un ser humano puede salvar a ocho personas después de muerto con una donación de órganos realizada a tiempo”⁵². Estas son cifras muy optimistas, pero tiene que darse solo en los casos en que la persona ha donado sus órganos, y debe existir la seguridad jurídica que si alguien no dispuso sobre lo que deseaba que se hiciera con sus órganos después de su muerte o bien si dispuso que no sean utilizados sus tejidos u órganos una vez acaecido su fallecimiento, voluntad debe forzosamente ser respetada. Sin embargo si no se puede ni siquiera identificar a quien perteneció el cadáver, menos

⁵¹ Ranancoj, José, *Difícil proceso de reconocimiento de cadáver*, El Quetzalteco, Guatemala, 13 de enero de 2011, número 2193. Pág. 12

⁵² Ferreyra, Laylah, “Donación de Órganos: La Larga Espera” *Gener@cción*. No. 97, Perú, Febrero 2009. Editorial Evisto S.R.L. pág. 17

aún podrá determinarse si estaba de acuerdo en que sus órganos fueran donados y las enfermedades que padecía. Por eso debe protegerse idealmente la salud de los beneficiarios, y velar porque la obtención de los órganos o tejidos del cadáver de persona desconocida hayan sido obtenidos lícitamente y que el trasplante no implique transmisión de enfermedades.

Existe la certeza y la ley autoriza que los órganos de los cadáveres de personas desconocidas sean utilizados, brindándoles la seguridad a los pacientes que estén en una lista de espera que su derecho a la salud será respetado, y que se luchará hasta el final con tal de ayudarlos a restablecerse y a recuperarse, pero esta certeza jurídica puede vulnerarse en las situaciones en las que no se cumple con la ley, o pesar de que la ley si establezca mecanismos de protección jurídicos estos no sean aplicables tecnológicamente. El Estado para poder garantizar el derecho a la vida, y a la seguridad jurídica, él mismo debe velar para que se cumpla y se adecuen los sistemas tanto legales como científicos para garantizar el bienestar de la población en general. Debido a que como se ha expuesto se establece que el uso de los cadáveres de personas desconocidas es viable y legal, pero no se cuenta con la tecnología y reglamentación jurídica para llevarlo a cabo, hay un quebranto en ese punto de la seguridad jurídica.

Se ha analizado la vulneración de la seguridad jurídica desde el punto de vista del derecho que tiene todo habitante a que el Estado promueva, rehabilite y recupere su salud, pero por otra parte también hay que tomar en cuenta que se puede violar el derecho individual de los donadores. Si la situación es que donaron previamente sus órganos o que una vez identificados sus familiares donan los mismos es claro que lo que procede por lógica es el trasplante a una persona que lo necesite.

La ley puede ser muy beneficiosa debido a que la mayoría de las personas si se encontraran en la lista de espera de un órgano y existiera la posibilidad de utilizar los órganos o los tejidos de un cadáver de persona desconocida es casi seguro que los utilizarían, tal y como el autor de la presente investigación y la mayoría de la población

haría pero aun a pesar de eso, hay personas que se oponen a este tipo de normas, y a al trasplantes provenientes de cadáveres de personas desconocidas, pero cabe hacerse la pregunta sobre “si esas personas que critican sin fundamento esta legislación piensan en algún momento que sería de ellos mismos si algún día, ellos fueran posibles receptores”⁵³.

A pesar del sentimiento que puede despertar la esperanza que una disposición legal como esta podría lograr, o lo que a través de la misma se podría conseguir hay que analizar los riesgos y máximo en un país como Guatemala donde la delincuencia y las formas de lucrar ilícitamente son el pan diario de los problemas que afronta todo guatemalteco. ¿Qué pasa si ilegalmente hay una forma de aprovecharse del artículo 30 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, que solamente establece que en los casos de cadáveres de personas desconocidas no se requiere permiso alguno para la disposición de los cadáveres humanos para fines de trasplante, investigación o docencia? Planteándolo de otra manera ¿Qué pasaría si alguien ilegalmente encuentra la forma por la cual un cadáver no sea identificado durante las primeras 72 horas para que una vez cumplido este plazo legal pueda disponerse sin permiso alguno de los restos del cadáver?

Debido a que existen delitos penales tipificados en esta materia pero ninguno de ellos encuadraría en la conducta hipotética descrita en el párrafo anterior, los artículos que tipifican esta materia son los siguientes:

Artículo 202 Ter del decreto número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal establece el delito de trata de personas que tipifica así: “Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, traslado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación... Para fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: La prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzado, cualquier tipo de explotación

⁵³ elportaldelasalud.com. *Derechos del donante y del receptor de órganos y tejidos*. Autor Eduardo Arenas Archila Colombia 2012. Disponible en:
http://www.elportaldelasalud.com/index.php?option=com_content&task=view&id=337&Itemid=156. 04-05-2012

laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el tráfico de órganos y tejidos humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, adopción irregular, trámite irregular de adopción, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil.” Puede apreciarse que este artículo incluye la prohibición del transporte y traslado de personas para la extracción y el tráfico de sus órganos, pero no aplica a la situación descrita anteriormente amparados en la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, no se trata ya de personas, sino de cadáveres, que como se estableció al inicio de la investigación son cosas, y adicionalmente son cadáveres de personas desconocidas, para lo cual la ley otorga la facultad de utilizarlos para fines de trasplante, investigación o docencia sin permiso alguno.

Artículo 301 Bis de la ley citada establece el delito de disposición ilegal de órganos o tejidos humanos y lo tipifica de la siguiente manera: “Quien participe en cualquier acto ilegal que conlleve extracción, conservación, suministro, comercio y utilización de órganos o tejidos de personas vivas o de cadáveres, será sancionado con prisión de cinco a diez años”. Este delito tampoco encuadraría con este tipo penal debido a que no se estaría cometiendo ningún acto ilegal, al ser el único requisito: esperar que se cumplan las 72 horas.

Artículo 311 del mismo cuerpo legal establece el delito inhumaciones y exhumaciones ilegales tipificándolo del siguiente modo: “Quien, practicare inhumación, exhumación, o traslado de un cadáver o restos humanos contraviniendo las disposiciones sanitarias correspondientes, será sancionado con prisión de un mes a seis meses y multa de cincuenta a trescientos quetzales”. En el presente delito además de lo leve de la pena puede apreciarse que no se refiera a transportar, o trasladar un cadáver sin permiso para utilizar sus restos, sino se refiere al mero incumplimiento de disposiciones sanitarias.

Con base a lo anterior debe tenerse en cuenta que absolutamente todos los seres humanos tienen que morir, y a su vez nadie tiene el control de las circunstancias

bajo las cuales morirá, La seguridad jurídica de las personas, de todas las personas puede ser violada a través de una puerta que deja la escasa legislación sobre el procedimiento para el aprovechamiento de los órganos de los cadáveres de personas desconocidas. Ya que tal y como se apreció en el ejemplo utilizado en el inciso anterior de la situación ocurrida en Valle de Palajunoj con la muerte del señor Martín Eliézer Xocol de 22 años, esta situación le puede ocurrir a todos y en ese caso no se dio, pero la posibilidad existió de poder utilizar sus órganos o tejidos para distintos fines. Puede ser que por azares del destino alguien muera y su cuerpo llegue a algún pueblo, aldea, o caserío recóndito del país y no pueda ser identificado dentro de 72 horas, o que intencionalmente alguien provoque la muerte del “donante” y utilice artimañas para evitar que sea reconocido durante las primeras 72 horas. Como se ha indicado previamente, debido al atraso tecnológico científico y técnico de Guatemala en esta materia es casi seguro que los órganos y tejidos de este tipo de cadáveres entren prontamente en descomposición, pero desde el punto de vista jurídico se debe tomar en cuenta que podría disponerse de estos restos cadavéricos sin permiso, de forma ilícita.

Frente a esto la única forma de resguardar la seguridad jurídica de las personas por parte del Estado es crear la normativa adecuada que ayude a controlar el manejo de este tipo de situaciones, así como darle seguimiento y llevarlo a cabo, no solamente establecerlo por papel en un par de artículos vagamente, ya que de lo contrario permitiría que haya otras formas de trasgredir la ley y facilitaría otro tipo de conductas antijurídicas que se abordarán a continuación.

Cabe recordar que el tráfico de órganos y tejidos y el trasplante ilegal de los mismos vulnera un derecho supra individual que es la salud pública, y por ende afecta a todos los guatemaltecos debido a que genera un peligro para el interés individual, el cual es la salud del donante.

3.3. Tráfico ilegal de órganos y sus facilidades por falta de regulación:

Previamente se abordó el tema del tráfico de órganos desde su descripción doctrinaria pero debido a la escasa disponibilidad de órganos (la oferta mundial apenas cubre un 10% de las necesidades estimadas), enfermos de los países más desarrollados acuden a clínicas del Tercer Mundo que les ofrecen la posibilidad de conseguir ser trasplantados.⁵⁴

En menor grado, los órganos provienen también de donantes fallecidos. En estos casos, son obtenidos de forma cuestionable: por ejemplo, órganos extraídos sin consentimiento ni autorización. Los provenientes de personas ejecutadas o los destinados a los pacientes extranjeros burlando el sistema legal de asignación de órganos. Otras modalidades, aparentemente menos extendidas, son las consistentes en el traslado del oferente al país del receptor o bien el encuentro de ambos en un tercer país donde se lleva a cabo la intervención. Si a esto se suma la poca regulación y limitación que existe legalmente respecto a los órganos y tejidos provenientes de los cadáveres de personas desconocidas, se puede apreciar que evidentemente el problema se incrementa a grandes escalas aprovechando el vacío legal que existe en una regulación incompleta y adicionándole la incapacidad de las autoridades de hacer efectivas las respectivas normas nacionales que pretenden legislar adecuadamente este tipo de actividades.

La incidencia de un mercado de órganos el cual por lo general se presenta en los países terciermundistas por medio de mercados negros clandestinos incide de manera negativa en las donaciones no recompensadas. El hecho de que exista una compensación económica y por el simple hecho de que alguien ya lucre por este tipo de actividad, ya sea legal o ilegalmente obliga a disminuir las donaciones gratuitas debido a la naturaleza lucrativa que domina al ser humano “¿Por qué dar algo gratis, si puedo cobrar por ello?”.

⁵⁴ Tráfico de órganos, *Delitos contra las personas*. Ediciones Francis Lefebvre. España 2012. Disponible en: http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf 8-05-2012

La extracción ilegal de los órganos de hecho es un constitutivo de delito por sí misma ya que para poder llevarla a cabo se incurre en lesiones sobre el donador, pero esto es si la persona a quien se le efectúa el explante esta con vida. A pesar de que la presente investigación apunta al marco regulatorio de los trasplantes de órganos de cadáveres, el problema más grande radica en la vulnerabilidad de los donantes vivos que actúan impulsados por la pobreza, y debido a que las donaciones entre vivos son más planificables son las más idóneas para el comercio ilegal. La instrumentalización que puede hacerse sobre la persona humana puede llegar a ser aberrante. Otro peligro del que ya se habló es el caso en que la persona es secuestrada y/o asesinada para la obtención de sus órganos, en cuyo caso si se demuestra que se trató de un secuestro o de un asesinato con ese fin tendrá como consecuencia directa la pena correspondiente a estas actividades, pero si ante los ojos de todos aparenta que se trató de un cadáver de persona desconocida y pasaron las 72 horas que estipula la ley no habría otra consecuencia sino la legal utilización de estos órganos o tejidos.

El tráfico de órganos puede ser tanto directo como encubierto: por ejemplo, muestras de gratitud que ocultan el pago acordado o el abono de cantidades astronómicas por la atención médica recibida, ya que en esta conducta puede disfrazarse la real remuneración que se está llevando a cabo a cambio de conseguir cierto órgano, en el caso de los donantes vivos. La misma situación puede darse en el caso que a los encargados, dueños de los hospitales o a los médicos que llevaron a cabo los trasplantes se les compense con una cantidad de dinero fuera de lo común, debido a que esto también puede ser una forma de pago por el trasplante efectuado.

De todas formas no hay que confundir estos pagos disfrazados o encubiertos con compensaciones reales y necesarias como el reembolso de los gastos o las pérdidas de ingresos directamente derivados de la donación, así como la oferta de prestaciones médicas futuras, siempre que tengan relación con las secuelas de la

extracción o los pactos para intercambiar órganos a causa de falta de inmunocompatibilidad entre el donante y receptor originarios.⁵⁵

El tráfico de órganos no tiene frontera ni límites, incluso existen anuncios de esta actividad por Internet, lo que se necesita adicionalmente a leyes bien redactadas que regulen clara y específicamente esta materia, es que las autoridades puedan crear un mecanismo de control y sanción de esta actividad, para no permitir los abusos que se le pueda dar a esta práctica y de esta manera salvaguardar la salud pública, Debe fomentarse la donación de órganos pero debe hacerse todo bajo el marco jurídico establecido y bajo mecanismos apropiados para el efecto.

Tampoco resultaría conveniente un control que se dirija o que tienda más a la prohibición absoluta del trasplante de órganos en especial de los cadáveres de personas desconocidas ya que según Sharge “la prohibición absoluta puede ser demasiado severa, pues no alivia el problema actual de la escasez de órganos especialmente en los niños, que requieren órganos de tamaño aproximado al de sus órganos dañados”⁵⁶

A continuación se transcribe un artículo periodístico de como este problema se encuentra ante los ojos de todos afectando a Guatemala, sin que se le presté la atención pertinente a este asunto:

“El aumento de fallas renales en personas que viven en países desarrollados de Norteamérica y Europa Occidental, por su estilo de vida, ha causado que bandas criminales vean un nuevo mercado para la trata de personas en el trasplante de riñón, explicó Paul Holmes, experto en la materia.

Holmes, quien se encuentra en el país para capacitar a jueces y fiscales, dijo en los últimos tres años se ha incrementado ese delito “ya que se mantiene una brecha de

⁵⁵ Loc. Cit.

⁵⁶ Sharge G. *Commerce in tissue and organs*. Health Law In Canada 1985; 2: 27 -44

70 por ciento entre los enfermos renales y la disponibilidad de riñones obtenidos legalmente".

El consultor, quien trabaja para la Policía Internacional y el Departamento de Estado de Estados Unidos, explicó que los traficantes obtienen unos US\$110 mil – Q850 mil- por riñón, mientras que al donante le pagan unos US\$6 mil –Q46 mil-, según un caso que investigan las autoridades.

"Este es un Mercado Enorme y no hay que tener una maestría en Administración de empresas de Harvard para saber eso" expuso el experto.

"Hace cuatro años esta forma de operar era solo un pronóstico, pero no había ningún caso, nos estamos dando cuenta demasiado tarde de la forma en la cual los tratantes están buscando víctimas que son pobres". Refirió Holmes. Agregó "Desde un punto de vista médico, de un donante vivo se puede trasplantar una sección del hígado, pulmón y la córnea del ojo. Todos los casos investigados son de riñón, debido a q que para un cirujano con habilidad el trasplante de este órgano es muy sencillo, en comparación con los requisitos de otros que son muy complicados antes, durante y después de la intervención."

Otra de las formas que cobra auge en el tráfico de personas en Europa es el cultivo de bebés donde la mujer es víctima de trata solo para que dé a luz al bebé.

Holmes considera que Guatemala es un punto estratégico para la trata de personas desde Sudamérica, que en su mayoría son explotadas laboral y sexualmente.

El ingreso de cualquier criminal a Estados Unidos es más desafiante por la lucha contra el terrorismo que se ha implementado y esto hace que América Central sea más vulnerable. Dijo⁵⁷.

⁵⁷ Herrera, Paola, *Sube tráfico de órganos*, Prensa Libre, Guatemala, 3 de abril de 2012, número 19513

3.4. Riesgos para la salud del receptor:

Cualquier persona que se someta a un procedimiento quirúrgico va a correr riesgos, por muy simple que sea la operación que se lleva a cabo, va a estar bajo cierto peligro, desde la anestesia hasta un sin fin de circunstancias adversas que se pueden presentar y que pueden volver arriesgada una operación. Debe quedar muy claro que toda cirugía implica riesgos, incluyendo el riesgo de muerte. Existen riesgos de contraer infecciones, riesgos de que el cuerpo rechace el órgano que le ha sido implantado, y muchos otros los cuales deben ser claramente explicados al receptor o beneficiario antes de realizar un trasplante.

Al llevar a cabo una donación de órganos entre vivos, se minimiza los riesgos para los receptores, la posibilidad real de contar con donantes vivos sí beneficia al receptor, debido a que los riesgos son más fácilmente afrontables. En el caso de los donantes vivos solamente se aceptan los órganos si son: uno de los dos en caso de órganos pares, parte de un impar que sea regenerable y en el caso que no sea pueda regenerar que su función no se afecte.⁵⁸

Las donaciones hechas a partir de sujetos que han perdido la vida poseen otras desventajas como el no poder elegir el momento del trasplante, es decir el mejor momento clínico del receptor y no permite que se estrechen vínculos entre donante y receptor. En algunos casos puede ser que haya existido una relación o que se hayan conocido en vida el donador cadavérico y el receptor, cuando es algún familiar, compatible y existe un consentimiento previo y expreso hecho por el donante, estos lazos permiten una mayor adaptabilidad y recepción del implante⁵⁹, lo cual a la larga beneficiará al receptor, pero si es el cadáver de una persona desconocida, para empezar tuvieron que haber pasado previamente setenta y dos horas, en el supuesto que los órganos que van a ser transplantados hayan sido conservados adecuadamente

⁵⁸ Pace RA. *Aspectos éticos de los trasplantes de órganos*. En: Cuadernos del programa regional de bioética. OPS-OMS 1997; 4: 149-170

⁵⁹ Carral Novo, Juan M, "Problemas bioéticos de los trasplantes de órganos entre personas vivas" Revista Cubana de Medicina Intensiva y Emergencias No. 3, Cuba, 2003. Editorial del Hospital Militar Central: Dr. Luis Díaz Soto pág. 64.

durante este lapso no existe ningún vínculo o lazos que unan a los sujetos que participarán en el trasplante, pero dejando de un lado esto que puede ser solamente un punto de adaptabilidad psicológica, el trasplante se convierte en extremadamente necesario y urgente, porque si no se utilizan rápidamente esos órganos no solamente pueden entrar en estado de descomposición sino porque mientras más tiempo pase menor es la posibilidad de asegurarle al receptor un 100% de éxito.

Una clasificación de riesgos en un trasplante según MedlinePlus un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. NIH Institutos Nacionales de Salud es esta⁶⁰:

“Los riesgos de cualquier anestesia son:

1. Reacciones a los medicamentos
2. Problemas respiratorios

Los riesgos de cualquier intervención quirúrgica son:

1. Sangrado
2. Infección

Los riesgos del trasplante abarcan:

1. Coágulos de sangre
2. Daño a los riñones, el hígado u otros órganos del cuerpo a raíz de los medicamentos antirrechazo.
3. Desarrollo de cáncer a raíz de los fármacos empleados para prevenir el rechazo.
4. Ataque cardíaco o accidente cerebrovascular.
5. Problemas del ritmo cardíaco.

⁶⁰ Costanzo MR, Dipchand A, Starling R, Anderson A, Chan M, Desai S, et al. International Society of Heart and Lung Transplantation Guidelines. *The International Society of Heart and Lung Transplantation Guidelines for the care of heart transplant recipients. J Heart Lung Transplant. 2010;29(8):914-956*

6. Niveles altos de colesterol, diabetes y adelgazamiento de los huesos por el uso de los medicamentos antirrechazo.
7. Rechazo del órgano
8. Infecciones de heridas. “

Adicionalmente a todos estos problemas y riesgos que se pueden dar en cualquier trasplante debe analizarse el peligro que se corre cuando se trata de órganos de cadáveres de personas desconocidas, debido a que nuevamente en el caso hipotético de que efectivamente existirá en Guatemala la tecnología necesaria para conservar los órganos para poder ser trasplantados a un receptor enfermo o que los necesite, estos no han pasado por un proceso de estudio tan amplio como lo han hecho los órganos de los donantes que han prestado su consentimiento. Es más probable que los tejidos si puedan ser usados si son bien conservados, aunque el saber si esos órganos son utilizables no corresponde propiamente a las ciencias jurídicas sino a las ciencias naturales, existiría el peligro de la falta de higiene, la prisa y necesidad que podrían hacer incurrir a los doctores y autoridades involucradas en negligencia o en errores involuntarios, los beneficiarios pueden tener problemas de compatibilidad o desaprovechamiento de ciertos tejidos que pudieran ser utilizados en diferentes personas al ser utilizados solamente por un receptor.

Todos los aspectos anteriores son elementos que la legislación guatemalteca no ha tomado en cuenta, esta simplemente autoriza a las personas para disponer de los cadáveres humanos de personas desconocidas para fines de trasplante, investigación o docencia, sin que se les requiera permiso alguno, y no prevé las muchas consecuencias negativas que esto puede acarrear incluso para la salud de la persona a la que en principio se pretende proteger.

3.5. Peligro por la libertad de acción:

En Guatemala existe un derecho denominado la libertad de acción y este consiste en lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe;

no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella.” Este principio se encuentra regulado dentro del artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Si en esta materia se atiende exclusivamente a este principio, la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos permite que sin permiso alguno se utilicen cadáveres de personas humanas para fines de trasplante, investigación o docencia, con este tipo de normas hay que tener mucho cuidado, porque si lo que se desea realmente es darle una funcionalidad o permitir que se le encuentre un uso a este tipo de cadáveres la ley debería ser más específica y establecer algún control por mínimo que sea para poder salvaguardar los derechos de toda la población tal y como se explicó al momento de abordar el principio de seguridad jurídica en relación a este tema ya que es necesario recordar que la ley no establece a quien corresponde tomar la decisión para realizar los trasplantes de este tipo de cadáveres y tampoco indica quien o quienes deben ser consideradas las personas aptas para realizar este tipo de trasplantes.

Es posible apreciar que está autorizada la utilización de cadáveres de personas desconocidas para fines de trasplante, investigación o docencia y que no hay una regulación para llevar esta actividad a cabo, ya que el acuerdo gubernativo 159-85 regula la autorización de los mismos para fines científicos, para los cuales se entiende: La enseñanza de la anatomía humana o la investigación patológica, según lo establece dicho reglamento en su artículo número 1 y adicionalmente solamente faculta a los directores de los hospitales nacionales para poder resolver las solicitudes de las instituciones de enseñanza que les pidan estos cuerpos. En ningún momento el reglamento mencionado indica cual es el procedimiento a seguir o establece algún presupuesto para que se puede llevar a cabo, solamente indica quienes pueden resolver las solicitudes, pero lamentablemente se limita únicamente a ese sentido dejando la forma en la que debe efectuarse sin regulación prácticamente.

Constitucionalmente no hay una prohibición para no utilizar los cuerpos de personas desconocidas para realizar investigaciones, y si extensivamente se analiza el significado del verbo investigar, podrá apreciarse que existe un peligro latente, que a su vez, puede vincularse al tema también ya tratado anteriormente del tráfico de órganos, porque hay muchas formas de investigar y de experimentar, en las cuales podría encuadrarse alguna actividad ilícita para simular una actividad de provecho.

3.5.1 Exposición “Body Worlds”:

Un caso actual al cual se le hará referencia para poder apreciar un ejemplo de cuándo se pueden utilizar los cadáveres y los órganos humanos para fines de investigación y enseñanza, es la famosa y pionera exhibición del cuerpo humano denominada “Body Worlds” el cual tiene como objetivo que las personas que lleguen a apreciar dicha exhibición puedan aprender sobre la anatomía, fisionomía, fisiología y salud, a través de la observación de diferentes cadáveres u órganos plastilinados.

La plastinación es la técnica diseñada para poder conservar materiales orgánicos y poder estudiarlos, que utilizan los creadores de esta exposición los doctores Gunther Von Hegen y Angelina Whalley⁶¹. Todos estos cuerpos han sido donados por diferentes personas para la investigación científica, incluso el mismo Von Hegen ha dispuesto donar su cuerpo para ser sometido a este proceso y viajar junto con la exhibición.

Esta exposición ya ha sido presentada en Guatemala, y las opiniones e impresiones al respecto fueron de mucha aceptación dentro de la población quienes han visto con gran admiración este tipo de exhibiciones, apoyando a la educación, la salud, y los futuros avances tecnológicos para poder utilizar este tipo de métodos destinados a la investigación.

⁶¹ Puntoguate.com. Historia museo Londres. Guatemala 2012. <http://www.puntoguate.com/2012/07/body-worlds-y-un-viaje-por-el-corazon.html> 22-07-2012.

La anterior es solo una de las formas en las que se puede aprovechar la utilización de órganos y cadáveres de personas desconocidas cuando la ley hace referencia a la investigación y a la docencia, pero no es la única, a través de diversos estudios puede desarrollarse diferentes métodos que ayuden a la salud y al tratamiento de diversas enfermedades.

CAPITULO IV

Tratados Internacionales y Derecho Internacional

4.1. Tratados Internacionales

El artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Los Derechos y Garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

Por lo anterior se entiende que a pesar de no figurar expresamente en la Constitución por ejemplo un derecho a “recibir un trasplante” este se encuentra íntimamente ligado al derecho a la salud del cual todos los seres humanos gozan, y por lo mismo el derecho del ejemplo puede considerarse inherente a la persona humana a pesar de no figurar expresamente en la Constitución. Por su parte el artículo 46 establece que: “el principio general de que en materia en derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia sobre el derecho interno”.

En materia de trasplante y donación de órganos también existen convenios ratificados por Guatemala que desarrollan dicho contenido. Dentro de los cuales los principales son los que se analizan a continuación:

Los principios Rectores de la Organización Mundial de Salud sobre trasplante de órganos humanos. Guatemala forma parte de esta organización mundial motivo por el

cual se encuentra obligada a cumplir con los requisitos y con los principios que establece esta organización tal y como se indicó en el numeral 2.4.1 de la presente investigación.

La Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes, se llevó a cabo en la Cumbre internacional sobre el turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de trasplantes y la Sociedad Internacional de nefrología en Estambul, Turquía, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008, de la cual Guatemala fue participante a través de su representante Rudolf Carcía-Gallont.

En esta declaración hay un preámbulo en el cual describen la donación de órganos como una “actividad médica milagrosa que permite alargar y mejorar la vida de cientos de miles de pacientes a nivel mundial.” Así mismo hace énfasis en que esta declaración “representa el consenso de los participantes de la Cumbre. Todos los países necesitan un marco jurídico y profesional para administrar la donación de órganos y las actividades de trasplantes, así como un sistema normativo de supervisión transparente que garantice la seguridad del donante y del receptor y la aplicación de normas y prohibiciones sobre prácticas no éticas”.

Dentro del contenido de esta declaración puede encontrarse lo que debe entenderse por 1. Tráfico de órganos: definición que puede apreciarse en el primer capítulo, 2. La comercialización de trasplantes: “política o práctica en la que un órgano se trata como una mercancía, incluida la compra, venta o utilización para conseguir beneficios materiales”. y 3. El viaje para trasplante: “el traslado de órganos, donantes, receptores, o profesionales del trasplante fuera de las fronteras jurisdiccionales, dirigido a realizar un trasplante. Se convierte en turismo de trasplante si implica el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes, o si los recursos dedicados a suministrar trasplantes a pacientes de otro país debilitan la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población. Adicionalmente establece 6 principios que deben

regir en cada país que se comprometió en la Cumbre, para poder combatir de manera directa el tráfico de órganos y el turismo de trasplante.

Por último la declaración aporta también propuestas “para aumentar el fondo de donantes y evitar el tráfico de órganos, la comercialización de trasplantes y el turismo de trasplantes, y para alentar los programas de trasplantes legítimos que salvan vidas.”

Declaratoria de rechazo al turismo de trasplantes de la Red Consejo Ibero-latinoamericana de Donación y Trasplantes, esta declaración a pesar de no ser un convenio internacional ni un tratado internacional es muy importante debido a que en la misma se rechaza tajantemente el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes en la cual Guatemala entre otros países se oponen rotundamente a estas actividades ilícitas y tal y como se explicó amparados en el artículo 44 de la Constitución Política de la República el oponerse a esta actividad es un derecho inherente a la persona humana.

Existen adicionalmente otras organizaciones y organismos internacionales dedicados a la regulación y desenvolvimiento de los trasplantes de órganos que tampoco son acuerdos u organizaciones en las cuales Guatemala participe pero tienen mucha incidencia dentro su entorno y alrededor del mundo, dentro de estas entre otras se encuentran⁶²:

AAPROTT: Asociación Argentina de Procuración de Órganos y tejidos para Trasplante

Organización Nacional de Trasplantes de Venezuela

Fundació Catalana de Trasplantament (FCT)

Asociación Española de Bancos de Tejidos

Agencia Francesa de Trasplante

Italian National Transplant Centre (CNT)

Associazione Italiana per la Donazione di Organi, Tessuti e Cellule

⁶² DialysisPeritoneal.org LaRevista. España 2012. <http://dialysisperitoneal.org/2011/03/04/organizaciones-de-trasplante-y-donacion-de-organos-en-el-mundo/> 13-09-2012.

Organizaçao Portuguesa de Transplantaçao
British Organ Donor Society (Body)
Swisstransplant
Sindh Institute of Urology and Transplantation

Organismos internacionales de trasplante y donación de órganos

STALYC: Sociedad de Trasplantes de América Latina y el Caribe
Sociedad Latinoamericana de Nefrología e Hipertensión
SOCECATRE: Sociedad Centroamericana y del Caribe de Trasplante Renal
Organizaciones y Organismos de Trasplante y Donación en América del Norte
ABTC: American Board of Transplant Certification
British Columbia Transplant Society
Donor Action Foundation European Office
European Association Musculo Skeletal Transplantation (EAMST)
ESOT: European Society for Organ Transplantation
ETCO: European Transplant Coordinators Organisation
Asia Pacific Association of Surgical Tissue Banking

4.2. Derecho comparado:

Al hacer el análisis comparado de otras legislaciones puede apreciarse que en cuanto a la donación y el trasplante de órganos la regulación guatemalteca es muy parecida a la de todos los países analizados debido a que como se ha explicado anteriormente las normas de cada país deben regirse por ciertos principios y criterios internacionales, respetando y defendiendo principalmente el derecho a la vida, esta regulación será analizada a continuación para poder apreciar sus generalidades y compararlo con el derecho guatemalteco.

En lo relativo al objetivo central de la presente investigación el trasplante de órganos de cadáveres de personas desconocidas, o no identificadas se podrá apreciar a continuación lo que en otros países se señala al respecto.

4.2.1 México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 1 que: "las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley..." Con lo anterior puede evidenciarse que tal y como lo establece Guatemala se protegen todos los derechos Humanos de la manera más amplia posible y protegiendo principalmente a las personas.

En México la ley que regula principalmente esta materia es la Ley General de la Salud, contempla lo relativo a lo que es la Donación de órganos y tejidos, así como el trasplante de los mismos, La Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en el 2008 que se creara el Consejo y Centro de Trasplante en ese Estado; y en ese mismo año se aprobaron ciertas modificaciones a la Ley de la Salud.

Al igual que en Guatemala en México la donación de órganos se rige por ciertos principios que son la gratuidad, altruismo, solidaridad, confidencialidad e información.⁶³

En México sucedió como pasa en todo el mundo que la realidad rebasó las hipótesis previstas en la norma antes mencionada, por una parte la sociedad ya no pensaba de la misma manera, es decir que se ha modificado el criterio de la población respecto a este tema, porque también se han intensificado los avances médicos y tecnológicos, al igual que las necesidades de los pacientes, y las enfermedades que los afectan así como las soluciones a dichas enfermedades, como muchas otras circunstancias que se encuentran en constante cambio. Entonces la Ley General de la salud ya no es suficiente para regir esta actividad, también lo hace el Reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos y la norma Técnica no. 323 para la disposición de órganos y tejidos.

Existe un órgano rector al cual estas normas le dan la facultad de controlar esta actividad y este es el Registro Nacional de Trasplantes, también permiten que se pueda controlar la disposición de órganos y tejidos ya sea de donantes vivos o cadavéricos, aun cuando la ley ordena la necropsia de estos últimos.

Las normas mexicanas establecen que solo se puede hacer una operación de trasplante de órganos y tejidos en hospitales y por el personal autorizado por la Secretaría de Salud. El Reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos dispone que: "toda persona es disponiente de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en la propia Ley".

⁶³ Portal ciudadano del Gobierno del Distrito Federal. Secretaría de Salud del Distrito Federal. Campaña de Donación de Órganos, Tejidos y Células. México. 2012. Disponible en: http://www.salud.df.gob.mx/ssdf/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=267 Consulta el: 04-01-2012

En México para realizar trasplantes de donantes cadávericos, se establece que debe comprobarse efectivamente la muerte del donante, tiene que haber existido el consentimiento expreso del donante, o no constar su revocación para la donación de sus órganos y tejidos en cualquier documento, pero también debe asegurase que no exista riesgo sanitario.

Según la Ley General de la Salud de México en el artículo 347 se hace una clasificación respecto a los cadáveres igual que en Guatemala al establecer que se pueden clasificar de la siguiente manera:

- I. De personas conocidas, y
- II. De personas desconocidas.

Siendo considerados de la misma manera que en Guatemala los cadáveres no reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores a la pérdida de la vida y aquellos de los que se ignore su identidad los considerados como de personas desconocidas.

En este orden de ideas las donaciones en México pueden darse en primer lugar las provenientes de voluntarios, a falta de estos pueden ser de cadáveres con muerte encefálica que se cuenta con autorización de donar sus órganos o tejidos por parte de los familiares y en tercer lugar de los cadáveres de los cuales se ignore su identidad o que no han sido reclamados por sus familiares⁶⁴.

La legislación de México regula algo diferente a lo que se da en Guatemala que es la donación tácita y establece que hay consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de: el cónyuge, concubinario, concubina, descendientes, ascendientes, hermanos, adoptado o el

⁶⁴ Santiago-Delpin, Eduardo A. *Trasplante de Órganos*. México, Segunda edición, Editorial JGH Editores. 2007 pág. 67.

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

También se establece que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración. Esto principalmente porque tal y como se analizó al inicio de la presente investigación los cadáveres o cuerpos de seres humanos son cosas fuera del comercio de los hombres y aunque es cierto que son cosas, son cosas particularísimas por todas las circunstancias que lo hacen ser lo que es, es por eso que no pueden ser apropiables y merecen una consideración especial.

Otro aspecto que toma en cuenta esta legislación es que para la utilización de cadáveres o partes de ellos de personas desconocidas las instituciones educativas podrán obtenerlos del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social, dando aviso a la Secretaría de Salud.

En cuanto a los cadáveres de personas desconocidas puede apreciarse que se norma de manera similar a lo que regula la legislación guatemalteca.

4.2.2 Costa Rica

En el año de 1994, las autoridades costarricenses emitieron la ley 7409 con el objetivo de poder normar esta actividad, en dicho país esta de la denominada Ley de Autorización para Trasplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos, la cual se encuentra actualmente regulando todo lo referente a lo que son los trasplantes de órganos, y “a la obtención de órganos y materiales anatómicos humanos de donadores vivos o de cadáveres humanos, para implantarse en seres humanos, con fines terapéuticos”.

Las legislaciones entre Costa Rica y coincide en muchos aspectos, la Ley costarricense obliga que los que practiquen este tipo de trasplantes sean obviamente profesionales médicos y equipos de apoyo capacitados, y en la medida de lo posible el centro hospitalario queda obligado a guardar el anonimato.

Al igual que la mayoría de legislaciones, la de Costa Rica establece que “la extracción de órganos u otros materiales anatómicos de fallecidos podrá realizarse siempre y cuando estos no hayan dejado constancia expresa de su oposición”. Si en Costa Rica una persona desea que después de su muerte no se realice la extracción de sus órganos ni de otros materiales anatómicos de su cuerpo, debe dirigir un comunicado escrito a cualquiera de los hospitales del país, y una vez que reciban este escrito el director del hospital debe remitirlo dentro del plazo de 5 días hábiles a la máxima autoridad costarricense en materia de trasplante que es la Comisión reguladora de trasplante de órganos y materiales anatómicos humanos, para que haga constar la voluntad de la persona y la anote en un registro especial para que su órganos no puedan ser explantados. La oposición puede referirse a todos los órganos o materiales anatómicos o solo a alguno de ellos. En caso de darse esta disposición debe respetarse inexcusablemente. Otra forma que otorga la ley para oponerse a la donación de órganos es consignándolo en un formulario del hospital.

La ley 7409 “indica que para extraer órganos y otros materiales anatómicos de un fallecido el médico a quien le corresponda autorizar la intervención, deberá verificar antes la certificación del registro de la comisión o del centro hospitalario donde se practique la extracción, en la que conste que, por lo menos treinta días hábiles antes de la fecha, el donadora no manifestó ninguna oposición”. Luego el mismo cuerpo legal en el artículo 13 también establece que “en el caso de personas fallecidas que estén a la orden del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, este deberá conceder la autorización para obtener órganos u otro materiales anatómicos, si esto no interfiere con el estudio médico forense”.

La ley referida anteriormente también contempla los casos de conservación artificial de las funciones de los órganos, para lo cual deben suscribir tres médicos del hospital en donde falleció el paciente, entre los cuales deberán, necesariamente, figurar un neurólogo o un neurocirujano y el jefe del servicio hospitalario o Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial. En ningún caso alguno de estos facultativos podría formar parte del equipo que vaya a extraer los órganos o materiales anatómicos o a efectuar el trasplante. Es obligatorio que en el expediente se haga consta la siguiente especificación: "Cadáver en oxigenación para obtener órganos y materiales anatómicos para trasplante".

En esta ley no existe una diferenciación entre los cadáveres de personas conocidas y personas desconocidas, simplemente establece a todos como donadores, y deja en una categoría aparte a quienes hayan presentado su oposición a que posterior a su muerte les sean explantados los órganos.

4.2.3 España

En España la Constitución también establece una protección a los derechos humanos y a la salud según el artículo 10 y el artículo 43. Adicionalmente la legislación básica sobre la materia objeto de esta investigación la establece la Ley 30/1979 y los Reales Decretos 411/1996, 2070/1999 y 1306/2006, los cuales regulan lo referente a los centros hospitalarios y lugares donde se pueden llevar a cabo los explantes e implantes de órganos y tejidos, los principios que regulan esta actividad al igual que en el resto del mundo como la gratuidad, el consentimiento presunto que también existe en España, el anonimato así como los criterios de muerte cerebral y ciertos criterios de seguridad e higiene relacionados con esta actividad.

En esa ley está establecido que en casos de muerte por causas no naturales son los jueces y magistrados quienes deben investigar las causas y circunstancias del fallecimiento del potencial donante y de ellos dependerá la autorización de la extracción de órganos después de haber obtenido previamente un informe médico forense.

En la ley de Trasplante en España, esta contempla como puntos fundamentales los siguientes:

- a) “El establecimiento de la llamada muerte encefálica como equivalente científico legal y ético de la muerte “clásica” del individuo.
- b) El respeto a la voluntad del fallecido en cuanto a donar o no sus órganos.
- c) La necesidad que existe que el diagnóstico de muerte sea haga por equipo de médicos independiente del de trasplante.
- d) El carácter de la donación y la no comercialización de los órganos.
- e) La garantía de anonimato del donante.
- f) La aplicación de criterios médicos para la distribución de los órganos disponibles entre los enfermos en espera de los mismos”.⁶⁵

Además de lo regulado en la ley española en España existe la denominada Organización Nacional de Trasplantes que es un “organismo coordinador de carácter técnico, perteneciente al ministerio de Sanidad y Política Social, encargado de desarrollar las funciones relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos, tejidos y células. Su estructura se basa en una organización reticular a tres niveles: coordinación Nacional, Coordinación Autonómica y Coordinación Hospitalaria. Su principal objetivo es por tanto la promoción de la donación altruista con el único fin de que el ciudadano español que necesite un trasplante tenga las mayores y mejores posibilidades de conseguirlo”.⁶⁶

En este país no se encuentra nada dentro de la Ley que establezca que se hace con los cadáveres de personas desconocidas pero va más allá, de una manera mucho más directa ya que la misma establece que se puede extraer órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos para poder llevar a cabo fines terapéuticos o científicos, si es el caso que ellos no hayan dejado alguna constancia expresa de haberse opuesto. Y

⁶⁵ Historia de la Organización Nacional de Trasplantes, Organización Nacional de Trasplantes. España 2010. Disponible en <http://www.ont.es/home/paginas/LaLeydeTrasplantes.aspx> Consulta el 9-12-2010.

⁶⁶ Ibíd.

en los casos que una persona pereciere en un accidente o como consecuencia de uno y no conste expresamente su oposición a la donación se presumirá automáticamente como donadores.

4.2.4 Argentina

La ley que regula lo referente a la donación y el trasplante de órganos en Argentina es la Ley 24,193 reformada por la ley 26,066 la cual establece los principios bioéticos que resguardan la actividad de procuración y trasplante de órganos. En Argentina también es utilizado el principio del consentimiento presunto, el cual establece que toda persona es considerada donante si no se ha manifestado contrariamente en vida. El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) es el organismo que impulsa, norma, coordina y fiscaliza las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células en este país⁶⁷. Este actúa en todo el territorio argentino con un criterio federal descentralizado en materia de distribución y procuración de órganos.

De acuerdo a esta ley toda persona mayor de 18 años y que sea legalmente capaz puede donar sus órganos y según la misma hay dos procedimientos por los cuales un donante puede disponer de sus órganos para después de su muerte.

La primera se hace firmando un Acta de Donación por medio de la cual se autoriza al explante de los órganos y tejidos o materiales anatómicos especificando con que fin se hace esto, ya sea para ser trasplantados a otra persona o para investigación. Al individuo se le da un carnet de Donación y con este se acredita cual fue su voluntad ante cualquier establecimiento hospitalario o autorizado para el explante de órganos.

La otra forma es expresar la voluntad de autorizar para la extracción de órganos después de la muerte. En Argentina existe un registro que es el equivalente al Registro

⁶⁷ Institucional el Incucai. Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación. Sistema Nacional de de información de procuración y trasplante. Argentina. 2011. Disponible en: <http://www.incucai.gov.ar/institucional/> Consulta el: 22-11-2011

Nacional de las Personas en Guatemala, solo que en dicho país se llama Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y si existe, si una persona acude a llevar a cabo cualquier trámite ante esta institución se le pregunta si está dispuesto a ser un donador de órganos y si es la intención de la persona esto queda asentado en el Documento Nacional de Identidad que es prácticamente lo mismo que el Documento Personal de Identificación en Guatemala. En ambos casos y como es un principio fundamental de la donación de órganos, es una decisión esencialmente revocable en cualquier momento.

Si no existiere la voluntad expresa del fallecido, la autorización para la donación de órganos la pueden otorgar los familiares directos del potencial donante.

Un Problema que se da en todo el mundo y no solamente en los países en estudio, tal y como se ha indicado al inicio de la presente investigación es que hay muchos más enfermos que esperan de un trasplante que órganos disponibles. Debido a esto los órganos son en Argentina distribuidos teniendo en cuenta principalmente criterios médicos. Las reglas de adjudicación contemplan evaluaciones de la edad de los enfermos, la antigüedad que llevan en una lista de espera de donaciones, que son utilizados para poder diferenciar las situaciones que son similares o muy parecidas.

Para que el consentimiento presunto pueda aplicarse, la misma ley estableció que previamente era necesario hacer una consulta a la población mayor de 18 años respecto su conocimiento y acuerdo sobre el tema, con dos motivos para poder concientizar a la gente en este tema y para poder lograr un aumento de donaciones que permitan salvar más vidas. Sin embargo a pesar de que se pudiera presumir el consentimiento del donante, la ley faculta a los familiares para poder ponerse al explante de sus órganos, lo cual hasta cierto punto puede sonar contradictorio porque por una parte legamente se establece que se presume que la voluntad de todos los ciudadanos es donar sus órganos, pero al mismo tiempo da la pauta para que esta disposición no se lleve cabo por una decisión de un familiar, que puede ser causada por un capricho o por muchas circunstancias que afectan a las personas

psicológicamente en estos casos debido al choque emocional que puede producir el fallecimiento de un ser querido.

Argentina no es la excepción en cuanto al establecer que el tráfico de órganos es un delito penado por la ley, y que quien lo realice deberá afrontar las consecuencias jurídicas que esto conlleva. Algunas personas son del criterio que el suponer que el secuestrar y quitarle los órganos a otro ser humano y luego usarlos para un trasplante es una evidencia del desconocimiento del tema, debido a que esto implica una gran problemática clínica y técnica, pero lo que estas personas opinan no significa que por ser difícil vaya a ser imposible o remoto. Estas son situaciones que indudablemente se dan y la legislación Argentina las prevé y prohíbe⁶⁸.

Otra limitación diferente a Guatemala que establece la legislación de este país sudamericano es que los donadores vivos solamente pueden donarle sus órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante en el caso que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado o su cónyuge, o una persona que sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años.

4.3. Síntesis de similitudes y diferencias del derecho comparado con Guatemala:

A continuación se presenta un cuadro de derecho comparado para apreciar las similitudes y diferencias de los países anteriormente analizados con respecto a la legislación guatemalteca:

⁶⁸ Legislación Comparada Aprott .org Mizraji R, Pérez S, Álvarez I .Instituto Nacional de Donación y Trasplantes. Aspectos legales de la donación en Latinoamérica Montevideo Uruguay 2009. <http://www.aprott.org.ur>. Visitada 02-09-09.

LEGISLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS

Indicadores	Unidades de Análisis				
	GUATEMALA	MÉXICO	COSTA RICA	ESPAÑA	ARGENTINA
Regulación: Artículos en su Constitución que protejan los derechos humanos y la salud	<p>Los derechos que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...</p> <p>El goce a la salud es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna. Artículos 44 y 93 de la Constitución Política de la República de Guatemala.</p>	<p>En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</p> <p>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en</p>	<p>Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes.</p> <p>La vida Humana es inviolable.</p> <p>Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.</p> <p>Artículos 20, 21 y 33 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.</p>	<p>La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.</p> <p>Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos</p>	<p>Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su</p>

	<p>todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.</p>		<p>Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio. Artículos 10 y 43 de la Constitución española</p>	culto; de enseñar y aprender. Artículo 14 Constitución de la Nación Argentina.	
Normas específicas que regulan la materia	Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos Decreto 91-96. Y su reglamento. Acuerdo Gubernativo 525-2006. Código de Salud Decreto 90-97	Es Ley General de Salud	Ley de Autorización para Trasplantar órganos y Materiales Anatómicos Humanos. Decreto 7409	Ley 30/1979 y los Reales Decretos 411/1996, 2070/1999 y 1306/2006	Ley sobre Ablaciones y Trasplante de Órganos en la Argentina. Ley 24193, reformada por la ley 26066.

Máxima autoridad encargada de la materia del trasplante de órganos	Ministerio de Salud y Asistencia Social, artículo 1 del Decreto 91-96	Secretaría de la Salud, artículo 313 de la Ley General de Salud	Ministerio de salud, artículo 3 del decreto 7409	Ministerio de Sanidad y Consumo, artículo 3 de la ley 30/1979	Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (I.N.C.U.C.A.I), artículos 43 y 44 de la ley 24193
Del concepto de los donadores dentro de la legislación	Toda persona mayor de 18 años se considera donadora potencial de órganos y tejidos. Art. 3 del decreto 91-96	Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente. Art. 320 de la ley General de Salud.	No hay regulación alguna.	No hay regulación alguna.	La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado. Artículo 19Bis. De la ley 24193.
Requisitos de donadores vivos	Ser mayor de edad y civilmente capaz, presentar dictamen favorable médico, demostrar compatibilidad	Mayor de edad en pleno uso de facultades mentales, donar un órgano o parte de él que al ser extraído su	Mayor de edad, en pleno goce de facultades mentales y en salud para la	Mayor de edad, plenas facultades mentales, haber sido informado de los	Con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de 18 años, con un dictamen favorable

	<p>con el sujeto receptor de las pruebas médicas, haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación para el donador y las posibilidades de éxito del receptor. Art. 13 Decreto 91-96</p>	<p>función pueda ser compensada por el organismo, tener compatibilidad aceptable con el receptor, recibir información completa de los riesgos, haber otorgado consentimiento en forma expresa, de preferencia entre personas que tengan parentesco, con resolución favorable del comité de trasplantes, y presentar el consentimiento ante notario público. Art 333 de la ley General de Salud</p>	<p>extracción, si son menores de 18 pero mayores de 15 años los padres, o representantes deben dar la autorización, haber sido informado de los riesgos, secuelas y limitaciones resultantes, sea de un órgano par o de materiales anatómicos cuya remoción no implique riesgo razonable para el donador. Art. 7 Decreto 7409</p>	<p>riesgos, que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consiente, en ningún caso podrá efectuarse la extracción sin que firme un documento. Art. 4 de la ley 30/1979.</p>	<p>del equipo médico, que el receptor sea un pariente consanguíneo o adoptado hasta el cuarto grado los menores de 18 años pueden donar medula ósea a pariente si lo consiente el representante legal. Art. 15 de la ley 24193</p>
Gratuidad y prohibición de comercio con los órganos	<p>Queda terminantemente prohibida la venta y comercialización interna y exportación de cualquier órgano o tejido. Artículo 9 del Decreto 91-96</p>	<p>Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación con fines de trasplantes, ser regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito. Art. 327 Ley</p>	<p>Prohíbase la comercialización de órgano y materiales anatómicos. Por tanto, no podrá producirse ni percibirse ninguna compensación económica por la donación ni por la recepción de ellos. Art.</p>	<p>No 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.</p>	<p>Queda prohibida la realización de todo tipo de ablación cuando la misma pretenda practicarse:</p> <p>f) toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después</p>

		General de Salud.	5 Decreto 7409.	En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado. Artículo 2 de la ley 30/1979	de la muerte, y la intermediación con fines de lucro;.... Artículo 27 De la ley 24193
Requisitos del Receptor	Sufrir deficiencia en un órgano o tejido que pueda tratarse de manera eficaz por trasplante, ausencia de otras enfermedades que interfieran con el trasplante, preferiblemente menor de 55 años, haber recibido información completa sobre los riesgos para el donador y posibilidades de éxito para el receptor, demostrar compatibilidad con el donador. Artículo 15 del Decreto 91-96	No hay regulación alguna.	Que existan razones fundadas de mejorar, sustancialmente, la esperanza o las condiciones del receptor, que se hayan comprobado los estudios de compatibilidad entre el donador y el receptor, que la condición de receptor haya sido reconocida por los equipos de trasplante del centro donde se va a realizar la intervención, que el receptor o su representante legal sea	No hay regulación alguna.	Que existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor. Debe brindársele información tanto al dador como al receptor de los riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría. Artículos 13 y 14 de la ley 24193

			informado acerca de los riesgos de la implantación. . Art. 17 Decreto 7409.		
Trasplante de órganos de cadáveres	Podrán utilizarse para fines científicos y docentes, los cadáveres de las personas cuyos parientes autoricen por escrito y también de quienes fallezcan en establecimientos asistenciales del Estado o del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, o aquellos que no fuesen reclamados por sus deudos y quienes en las mismas condiciones se encuentren en el Departamento de Medicina Forense del Organismo Judicial, siempre que se cumplan con los requisitos y disposiciones sanitarias y se inscriba la defunción en el registro civil de la localidad. Los órganos viables que se obtengan de dichos	La obtención de órganos o tejidos para trasplantes se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida. Art. 331 Ley General de Salud.	La extracción de órganos u otros materiales anatómicos de fallecidos podrá realizarse siempre y cuando estos no hayan dejado constancia expresa de su oposición. Para extraer órganos y otros materiales de un fallecido, el médico a quien le corresponda autorizar la intervención, deberá verificar la certificación del registro de la comisión o del centro hospitalario donde se practique la extracción. Art. 9 y 12 Decreto 7409.	La extracción de órganos u otras partes anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte. Cuando dicha comprobación se base en base a la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres médicos. Podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en los casos que estos no hubieren dejado constancia expresa de	La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de 18 años, que no haya dejado constancia expresa de oponerse a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos. Artículos 19 bis de la ley 24193

	cadáveres podrán también conservarse en los bancos de órganos respectivos. Artículo 31 del Decreto 91-96			su oposición. Artículo 5 de la ley 30/1979	
Clasificación de cadáveres	La legislación guatemalteca clasifica los cadáveres de personas conocidas y de personas desconocidas, siendo los cadáveres de personas desconocidas los cadáveres no reclamados dentro de las 72 horas siguientes al diagnóstico de muerte cerebral. Artículo 28 del Decreto 91-96	Los cadáveres se clasifican como de personas conocidas y de personas conocidas y de personas desconocidas, siendo los últimos los cadáveres no reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores a la pérdida de la vida y aquellos de los que se ignore su identidad serán considerados como de personas desconocidas. Art. 347 Ley General de Salud. Este tipo de cadáveres debe ser incinerado o inhumado. Art. 350 bis 5 Ley General de Salud.	No hay regulación alguna.	No hay regulación alguna.	No hay regulación alguna.
Consentimiento tácito	No hay regulación alguna.	Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o	La extracción de órganos u otros materiales anatómicos de fallecidos podrá	La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá	La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO

		<p>componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, ascendientes, hermanos, el adoptado o adoptante. Art. 324 Ley General de Salud.</p>	<p>realizarse siempre y cuando estos no hayan dejado constancia expresa de su oposición. Art. 9 Decreto 7409.</p>	<p>realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. Numeral 2do del artículo 5 de la ley 30/1979.</p>	<p>(18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado. Artículo 19Bis de la ley 24193</p>
--	--	---	---	--	---

Como puede apreciarse en el anterior cuadro de derecho comparado cada uno de los países anteriormente analizados tiene su respectiva ley que regula la materia de la donación y trasplante de órganos además de que sus constituciones protegen los derechos humanos dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud. Teniendo a su vez cada uno un Ministerio o una entidad en la mayoría de sus casos denominado Ministerio que es el encargado de velar por la Salud en cada una de las Naciones analizadas, mientras solamente en Argentina hay un Organismo Estatal especializado en la materia que es el encargado de velar por la donación y el trasplante de órganos.

En cuanto a los donadores en la legislación guatemalteca se establece que cualquier persona mayor de 18 años es un potencial donador, sin embargo no establece claramente que es un donador, ya que al denominarlo como un donador en potencia, no define nada, simplemente lo deja abierto para entender que cualquier persona que tenga más de dieciocho años podría ser un donador, nos dicen quienes podrían serlo, pero no realmente quienes son donadores. En Argentina lo dejan claramente estipulado al establecer mientras no hayan manifestado lo contrario son donadores todos los mayores de 18 años, México por su parte deja esta puerta abierta para quien lo declare al establecer que toda persona puede disponer de su cuerpo y que puede donarlo total o parcialmente después de su muerte, mientras que Costa Rica y España no establecen nada al respecto.

En cuanto a los requisitos que se establecen para que los donadores vivos puedan donar sus órganos y los principios de gratuidad y prohibición de comercio con este tipo de actividad, lo que se establece regulado en todos los países es muy similar y en todos estos países entre ellos Guatemala debe de existir información suficiente para el donador de las consecuencias y posibles secuelas, debe haber también una gran probabilidad de que por recibir la donación el receptor o beneficiario podrá ampliar y mejorar su tiempo y calidad de vida. En cuanto a la gratuidad no hay que darle muchas vueltas al asunto, el cobrar por este tipo de actividad es prohibido y está penado mundialmente, ya que un acto tan altruista como el de la donación de órganos solamente puede hacerse respetando este principio.

Los requisitos para poder ser receptor a diferencia de los requisitos para poder ser donador no se encuentran plenamente desarrollados por todas las legislaciones analizadas, pero en las que se hallan estipulados los requisitos para poder ser receptor coinciden en cuanto a que deben haber recibido toda la información sobre los peligros que se corre y sobre las posibilidades de éxito de la operación así como razones lógicas y fundadas sustancialmente de mejorar a través de este procedimiento la salud de la persona que recibe los órganos.

En cuanto a la donación de los órganos de cadáveres que es la que principalmente le ataña a la presente investigación todas las legislaciones analizadas la avalan y la regula esta actividad, en la cual forzosamente necesario que definitivamente el dueño del cadáver en vida (la persona que falleció) no haya dispuesto lo contrario. En México la ley establece que preferentemente la obtención de órganos y tejidos para trasplantes ser hará a partir de cadáveres o de personas a quienes legal y científicamente se haya comprobado la pérdida de su vida, en Guatemala se establece literalmente que “Podrán utilizarse para fines científicos y docentes, los cadáveres de las personas cuyos parientes autoricen por escrito y también de quienes fallezcan en establecimientos asistenciales del Estado o del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, o aquellos que no fuesen reclamados por sus deudos y quienes en las mismas condiciones se encuentren en el Departamento de Medicina Forense del Organismo Judicial, siempre que se cumplan con los requisitos y disposiciones sanitarias y se inscriba la defunción en el registro civil de la localidad. Los órganos viables que se obtengan de dichos cadáveres podrán también conservarse en los bancos de órganos respectivos”.

Adicionalmente a esto en Guatemala y México se hace una diferenciación entre dos tipos de cadáveres humanos, los de personas conocidas y los de personas desconocidas de los cuales ya se ha explicado ampliamente sus diferencias y mientras en México pueden efectuarse las donaciones por voluntarios, sino hay personas que estén dispuestas a donar sus órganos deben ser de cadáveres con muerte encefálica

pero cuyos parientes hayan prestado una autorización o hayan consentido en nombre del fallecido y por último de los cadáveres de los cuales se ignore su identidad o que no han sido reclamados por sus familiares dentro las primeras 72 horas.

Por último un análisis en cuanto al denominado consentimiento presunto que se da mucho en diversos países y que establecen varias leyes es el siguiente según la legislación de los países estudiados para el anterior cuadro comparativo, México, Costa Rica y España, se supone que todos han prestado su consentimiento, o se presume tal salvo que expresamente exista una constancia que establezca que en vida los difuntos se oponían a la donación. Argentina en este sentido también ordena que se tenga por consentido o que se presuma que la persona prestó su voluntad, siempre y cuando sea mayor de 18 años y siempre y cuando no haya dejado constancia expresa de su oposición. Guatemala en este sentido no presume el consentimiento de ninguna persona, pero permite tal y como lo establece el artículo 29 de la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos que para la utilización de un cadáver para fines de trasplantes se requiere “consentimiento de los parientes dentro de los grados de ley, en ausencia del consentimiento prestado en vida.” Y el artículo 31 de la misma ley establece que “podrán utilizarse para fines científicos y docentes, los cadáveres de las personas cuyos parientes autoricen por escrito y también de quienes fallezcan en establecimientos asistenciales del Estado o del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.” Lo cual quiere decir que aunque no hayan prestado su consentimiento estas personas en vida, la familia puede disponer de sus cuerpos proporcionando ellos el mencionado consentimiento ya sea para efectuar un trasplante o para utilizarlos para fines científicos o docentes.

CAPITULO V

Propuestas legislativas

Como resultado de la presente investigación se considera necesario sugerir ciertas reformas pertinentes para la regulación del trasplante de órganos de cadáveres no identificados las cuales se detallan a continuación:

5.1. Propuestas de reformas

Reformas al Decreto número 91-96 del Congreso de la República Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, podría adecuarse a la realidad guatemalteca de una mejor manera, y podrían utilizarse en esta norma instrumentos jurídicos más modernos que velen por una mejor organización y coordinación de la actividad de donación de órganos dentro de la sociedad para poder fomentar y regularizar adecuadamente esta actividad en base a las siguientes reformas que se proponen:

Debe considerarse proponer la donación universal, o el consentimiento presunto tal y como sucede en legislaciones de otros países, y podría hacerse adicionando un artículo 5 BIS que establezca lo siguiente: “Habrá consentimiento tácito del donante cuando este sea mayor de dieciocho años y no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes después de su muerte cerebral. En cuanto a los menores de edad, en caso de muerte cerebral los padres o tutores serán quienes podrán firmar el consentimiento con la aprobación de al menos dos médicos y cirujanos expertos en la materia”.

Con esto se aumentarían las listas de donadores y permitiría a aquella parte de la población que sufre de deficiencias en determinados órganos, o que requieren tejidos específicos, un acceso a mayores posibilidades de mejorar su calidad de vida o de prolongar la misma según sea el caso para la implantación de los órganos que

necesitan. Además no habría diferencia entre cadáveres de personas conocidas y de personas desconocidas, considerándose desde el inicio que todos son donadores en las mismas condiciones.

Al crearse el artículo 5 Bis que establece el consentimiento tácito, existe una necesidad de modificar el artículo 29 de la misma ley y sus requisitos debido a que los presupuestos son cambiados por lo tanto se modificaría de la siguiente forma: “Para la utilización de un cadáver para fines de trasplante se requiere: que el cadáver sea de persona mayor de dieciocho años y no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se extraigan sus órganos o tejidos y que el fallecimiento cumpla con los criterios vertidos en los artículos 26 y 27 de esta ley”.

Con lo anterior no habrá necesidad de solicitar el consentimiento prestado en vida o el de los parientes, debido a que todos aquellos que cumplieren con los requisitos estipulados en la modificación de este artículo serían considerados donadores desde un inicio, y no con ello se obliga a todos a ser donadores, ya que si desean que sus órganos no sean manipulados después de su muerte, lo único que se necesita es dejar una constancia expresa de su oposición y como no se requiere forma alguna para llevarla a cabo puede hacerse libremente según el criterio individual de cada persona.

Debido a que se estaría regulando el consentimiento presunto se hace necesario modificar el artículo 31 de esta ley que establece lo siguiente: “Podrán utilizarse para fines científicos y docentes, los cadáveres de las personas cuyos parientes autoricen por escrito y de quienes fallezcan en establecimientos asistenciales del Estado o del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, o aquellos que no fuesen reclamados por sus deudos y de quienes en las mismas condiciones se encuentren en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, siempre que se cumplan los requisitos y disposiciones sanitarias y se inscriba la defunción en el Registro Civil de la Localidad. Los órganos viables que se obtengan de dichos cadáveres, podrán también conservarse en los bancos de órganos respectivos”.

El motivo de la modificación de este artículo será buscar evitar que exista una red delincuencial con la que podrían lucrar ilícitamente médicos, miembros de establecimientos asistenciales, y de los bancos respectivos, para poder favorecer a ciertas personas a la hora de querer obtener un órgano. Por este motivo el artículo quedará modificado de la siguiente forma: “Los cadáveres tanto de personas conocidas como de personas desconocidas, en base al consentimiento tácito regulado en el artículo 5 Bis de la presente ley, deberán ser conservados convenientemente para poder enviar los órganos y tejidos utilizables a los bancos respectivos para poder ser trasplantados a las personas que se encuentren en las listas de espera. Los cadáveres no utilizables para fines terapéuticos en esta situación podrán utilizarse para fines científicos o docentes siempre que el fallecido no haya dejado constancia expresa de su oposición y con el dictamen favorable de tres médicos y cirujanos colegiados activos”.

Se incluyen ambos tipos de cadáveres que actualmente se encuentran regulados en la ley, y se establece que tienen que conservarse sus órganos con el fin de preservarse en mejor estado para poder garantizar de una mejor manera su utilización, y no se distribuirán arbitrariamente sino serán destinados a bancos específicos en cada órgano que a su vez los trasladarán a los pacientes que tengan mayor compatibilidad y que se encuentren previamente registrados en una lista de espera. También se respeta la posibilidad de utilizar los restos de los cadáveres para fines terapéuticos o científicos, pero hasta que sea definitivo que no podrá una persona viva utilizar los órganos o tejidos del cadáver.

Debe derogarse el artículo 30 que fue el que inicialmente dio inicio a la presente investigación ya que por tratarse de una cosa tan particular como lo son los cadáveres de las personas que en vida han estado a nuestro alrededor, no puede establecerse que “no se requiere permiso alguno para la disposición” de los mismos. El motivo de esto es que todos serían donadores y permitiendo una disposición ambigua como esta

puede prestarse para una mala utilización y vale mas prevenirla que tener que lidiar con sus consecuencias negativas después.

Además de reformarse la ley citada es necesario modificar ciertos aspectos del Acuerdo Gubernativo número 525-2006 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social “Reglamento de la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos”:

Debe derogarse el artículo 28 el reglamento que establece la autorización innecesaria y que hasta el momento regula lo siguiente: “En el caso de donadores cadávericos de identidad desconocida no se requiere autorización alguna para realizar el explante de órganos y tejidos luego de transcurridas setenta y dos horas de su muerte cerebral, de conformidad con los criterios establecidos en la ley”.

Esto ya no sería necesario puesto que los criterios establecidos en la ley se modificarían y por tal motivo no tendría congruencia este artículo con la ley una vez reformada, y tanto los donadores cadávericos de identidad conocida como de identidad desconocida serían considerados donadores inmediatamente después de constatarse su muerte de acuerdo a los criterios que la ley establece y siempre que no se haya dejado constancia expresa de oposición.

También es necesario reformar el artículo 29 de este reglamento de tal forma que establezca lo siguiente: “Con base al consentimiento tácito, para los trasplantes de donadores cadávericos tanto de cadáveres de identidad conocida como de identidad desconocida, se requiere que sus órganos hayan sido distribuidos en los diferentes bancos de órganos y previo a eso haber obtenido el dictamen favorable, con legalización de firmas ante Notario de al menos tres médicos especializados en la materia”

La declaración de los médicos debe ser fundamental para poder determinar la factibilidad de utilización de estos cadáveres, y habrá mayor certeza jurídica en sus dictámenes al ser legalizada su firma por un Notario, quien posee fe pública, y

nuevamente se hace referencia a la obligación de distribuir los órganos en sus diferentes bancos especializados para poder aumentar la posibilidad de éxito en una operación de trasplante posterior.

Adicionalmente debería reformarse el Decreto número 90-2005 del Congreso de la República “Ley del registro nacional de las personas” en uno de sus artículos de la manera siguiente:

Ya que como se indicó en la adición del consentimiento tácito de la donación en el artículo 5 Bis de la ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, todas las personas son consideradas donadores a menos que indiquen lo contrario, y puesto que solamente aplica a las personas mayores de dieciocho años la forma más palpable y práctica de realizar dicha declaración de voluntad debería ser, haciéndolo constar en el Documento Personal de Identificación –DPI- por lo tanto debe modificarse el literal “k” en el artículo 55 de esta ley estipulando lo siguiente: “k) Declaración del titular de ser donador de sus órganos y tejidos, para fines de trasplante después de su muerte, y en caso contrario su negativa expresa”. Si no se opone en el momento de tramitar su Documento de identificación como consecuencia directa tal y como la norma lo estipula debe considerarse su consentimiento tácito, si por el contrario la persona decide oponerse puede hacerlo constar inmediatamente al cumplir la mayoría de edad, sin perjuicio de que pueda hacerlo en otro momento por otra vía más adelante si así lo cree conveniente a pesar de haberse considerado que consentía esta acción por el sencillo hecho de no demostrar su oposición en ese momento.

También debe considerarse también crear en Guatemala el Registro del Testamento Vital, consistente en un acuerdo de voluntades anticipadas, mediante el cual el causante expresa su voluntad sobre las atenciones médicas que desea, o no desea en caso de padecer alguna enfermedad irreversible o terminal que lo haya llevado a un estado que impida expresarse por sí mismo posteriormente⁶⁹, por medio

⁶⁹ Derecho a morir dignamente, Asociación Federal, año 2013, http://www.eutanasia.ws/testamento_vital.html, 05-03-2013.

de este tipo de testamento la persona puede rechazar todo tipo de tratamiento que contribuya a prolongar su vida, y solicitar cuidados paliativos que puedan contrarrestar el dolor y aliviar el sufrimiento del paciente, cuando no considere apta las condiciones de vida según lo que el mismo previó antes recaer en ese estado y dentro de la misma disposición sería pertinente disponer también de sus órganos y cuerpo para después de su muerte, para donación, investigación o docencia.

El testamento vital o más exactamente el documento de instrucciones previas constituye un hito en el desarrollo de la autonomía del paciente. En España ha adquirido estatus legal con la publicación de la Ley 41/2002. La Ley regula los registros de carácter público denominados registros de instrucciones previas (término legal sinónimo y equivalente a testamentos vitales o documentos de voluntades anticipadas) en todas las Comunidades Autónomas y un Registro nacional. Las Comunidades autónomas han publicado las respectivas normativas y ofrecen información y en numerosos casos modelos que siempre pueden ser modificados por los signatarios⁷⁰.

Adicionalmente la ley debe sentar las bases para que a futuro se puedan hacer trasplantes bioartificiales a partir de células madre y órganos de cadáveres y la implantación de dispositivos mecánicos o electrónicos que puedan sustituir o apuntalar la función de un órgano dañado como por ejemplo el uso de un corazón artificial.

⁷⁰ Ley 41/2002.

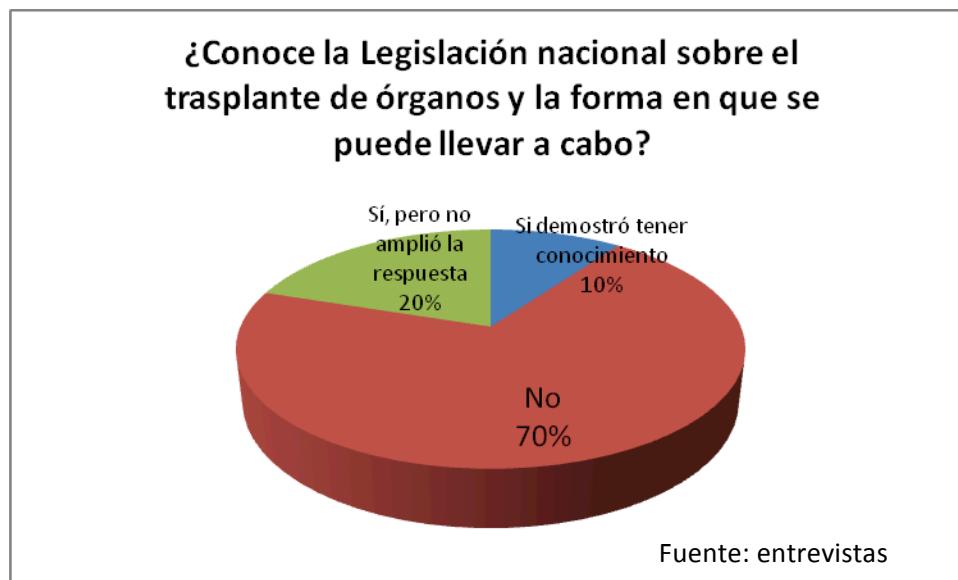
CAPITULO VI

Análisis, presentación y discusión de resultados

6.1. Presentación de entrevistas, gráficas y discusión de resultados de la investigación e interpretación de los mismos

Se utilizó como instrumento un cuestionario que contenía preguntas directas, este se dirigió a diez profesionales Abogados y Notarios, así como diez Médicos y Cirujanos que se desempeñan en diversas áreas no directamente vinculadas con el trasplante de órganos y que pueden proporcionar sus conocimientos y punto de vista profesional sobre la materia de donación de órganos y tejidos:

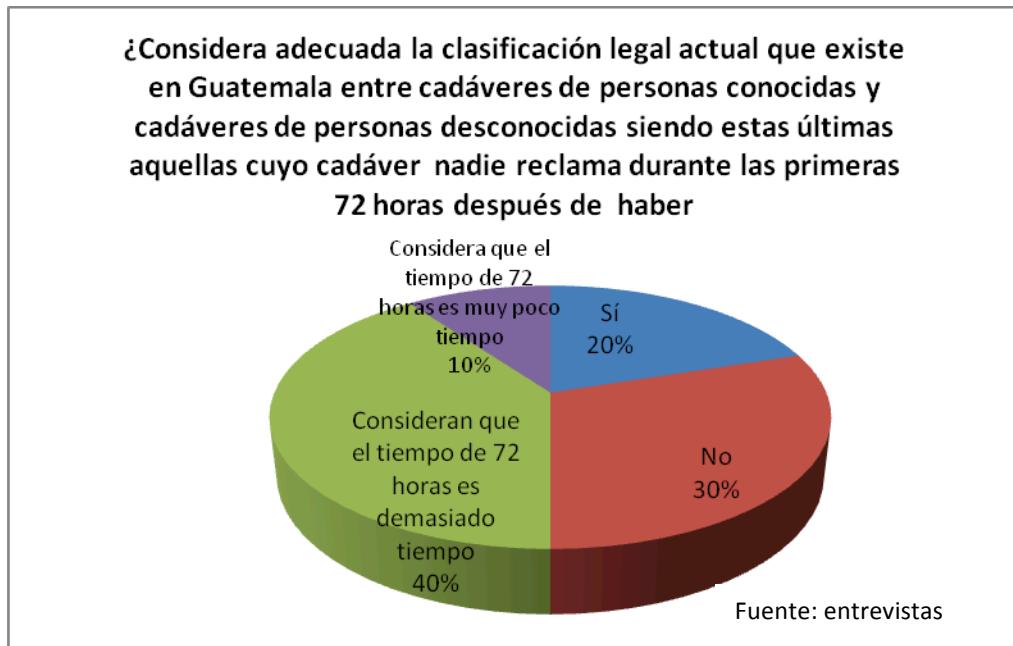
- a) El 70% de los entrevistados manifestó su desconocimiento respecto a la legislación nacional que regula lo referente al trasplante de órganos en Guatemala, mientras que un 20% afirmó conocer dicha legislación sin ampliar su respuesta, siendo solamente el 10% quien demostró realmente tener conocimiento sobre las leyes que norman dicha actividad en el país.



- b) De los profesionales entrevistados un 20% considera que la clasificación actual entre cadáveres de personas conocidas y cadáveres de personas desconocidas es adecuada, para que pueda aprovecharse esas 72 horas para intentar reconocer el cadáver, mientras que un 30% difiere y considera que esta clasificación no es adecuada.

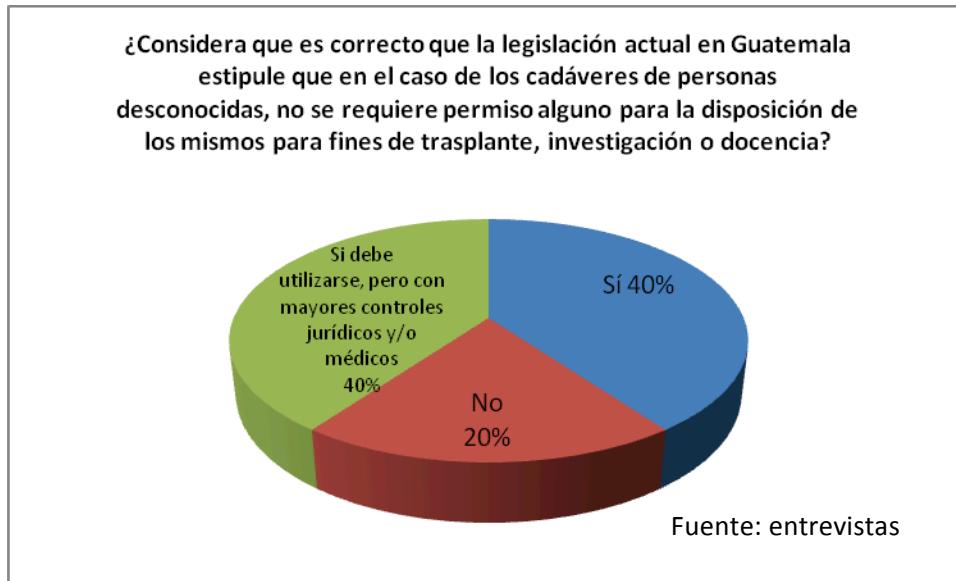
El 40% de los entrevistados argumentó que el tiempo de 72 horas es mucho tiempo para poder optar por la utilización de los cadáveres de personas desconocidas debido a que biológicamente los órganos perderían su funcionalidad a causa de la descomposición natural del cuerpo.

Hubo una opinión que representa el 10% de los entrevistados que consideró que el tiempo de 72 horas es poco si se tiene en cuenta que los cadáveres deberían ser congelados para su preservación y durabilidad, y adicionalmente que es primordial tomarse el tiempo necesario para poder realizar pruebas de compatibilidad y viabilidad para poder realizar un trasplante de un órgano.



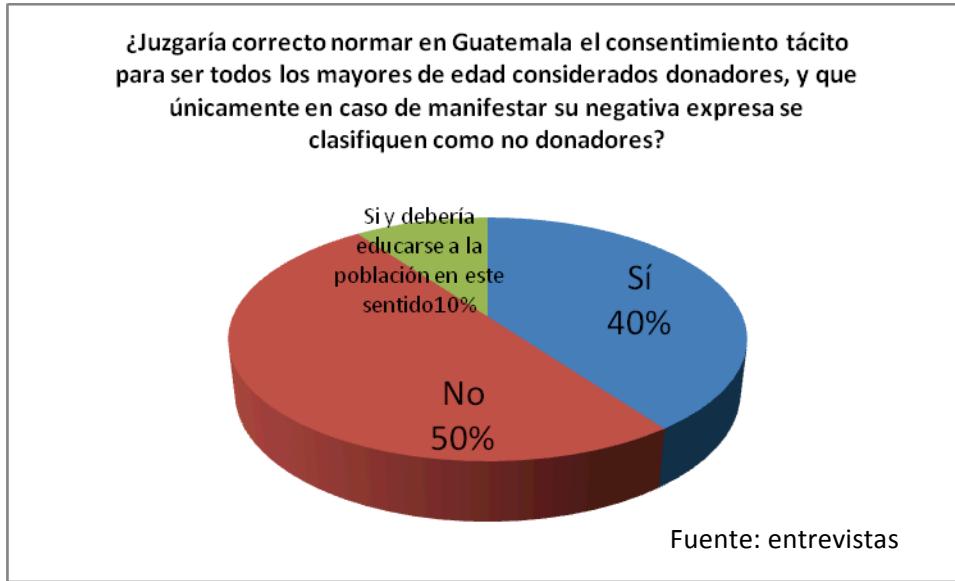
- c) Un 40% de los entrevistados consideró que si es correcto que pueda disponerse de los cadáveres de personas desconocidas sin permiso alguno para fines de trasplante, investigación y docencia, pero un 20% consideró esta estipulación como algo inapropiado o incorrecto, atendiendo a que se trata de restos de seres humanos y que debería de estar estipulada la forma en que se realice según la ley.

El otro 40% de los entrevistados a pesar de considerar acertado el hecho que la legislación actual no exija requisitos para poder utilizar este tipo de trasplantes, si agregaron que debería haber una mayor fiscalización y supervisión a través de controles tanto jurídicos como médicos.

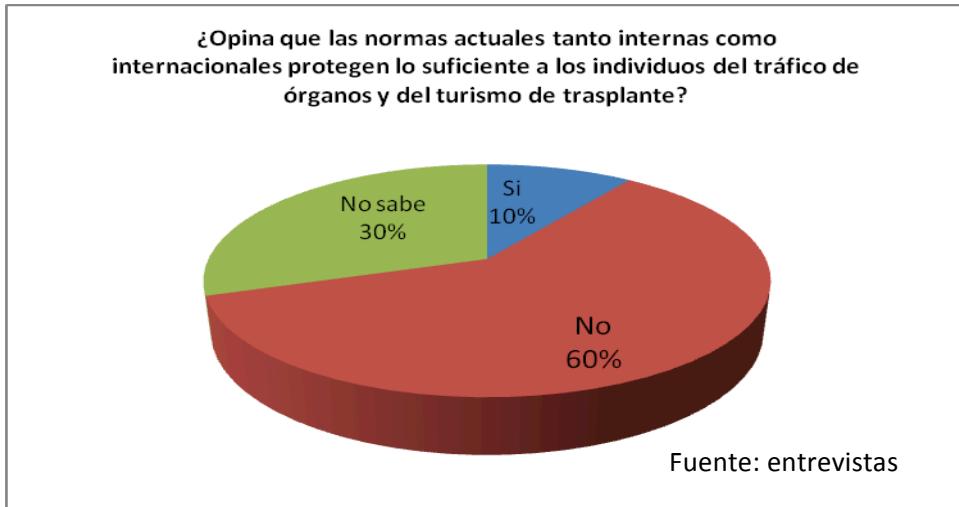


- d) La opinión de los profesionales en relación a si debería de normarse en Guatemala el consentimiento tácito o no para el trasplante de órganos y tejidos, se encuentra muy dividida debido a que el 50% de los entrevistados considera incorrecto el consentimiento tácito, debiendo ser de modo contrario, tal y como lo establece la ley actualmente, que nadie es donador a menos que lo haya estipulado en algún documento fehaciente, mientras que el 40% juzgó correcto

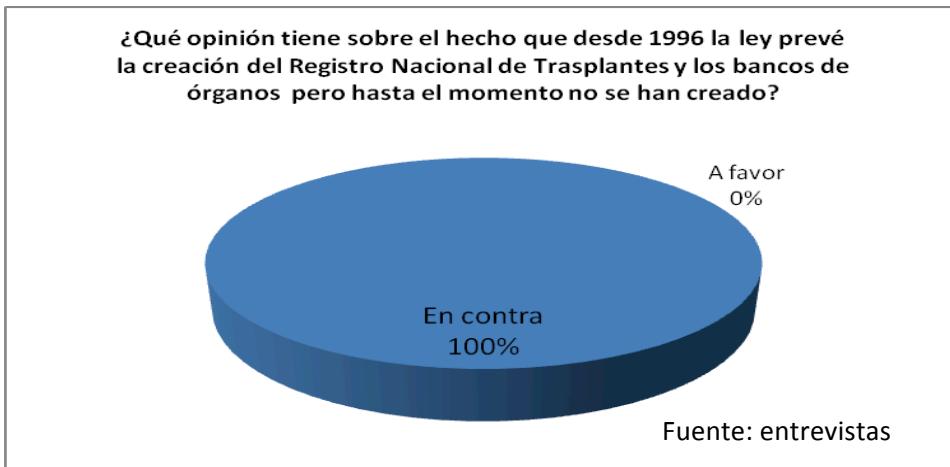
normar este tipo de consentimiento en Guatemala para la donación de órganos y tejidos, argumentando que esto podría acarrear diversos beneficios para la población necesitada, y un 10% además de juzgar como correcto el consentimiento tácito agregó que debería educarse a la población al respecto de esta materia.



- e) Solamente el 10% de los entrevistados opinó que actualmente la legislación nacional e internacional protegen lo suficiente a los individuos del tráfico de órganos, mientras que un 30% afirmó desconocer realmente la protección que las leyes le brindan a la población para evitar el tráfico de órganos. El 60% de los entrevistados coincide en opinar que la legislación actual no es suficiente garantía para proteger a los individuos del tráfico ilegal de órganos, porque no está al alcance de todos creando una oportunidad de lucrar con esta actividad a través de la realización de actos ilícitos relacionados con el tráfico de órganos.



- f) El cien por ciento de los entrevistados manifestó una encontrarse en contra del hecho que a pesar de que la ley ordinaria establece la obligación de crear el Registro Nacional de Trasplantes desde 1996 hasta el día de hoy no se haya creado, los entrevistados coinciden en que esto es un tema de poco interés para las autoridades, falta de ubicación en el contexto real por parte de los legisladores al momento de crear normas, y falta de cumplimiento por parte del Estado en esta obligación, lo cual repercute en el detrimento de la salud de su población y la negación de optar a oportunidades de donación de órganos, todos manifestaron su desacuerdo con la falta de cumplimiento de parte del Estado en este sentido.



- g) El 40% de los entrevistados consideró que podrían utilizarse los cadáveres de las personas desconocidas únicamente para investigación, y educación anatómica, y por otra parte un 20% consideró que solamente podrían aprovecharse estos cadáveres, en caso de que los órganos resistieran para poder ser utilizados en donaciones a otras personas con necesidad, es decir con fines terapéuticos.

Un 40% de los entrevistados opinó que la función que debería dársele a este tipo de cadáveres es que su órganos sean donados a otras personas que sean compatibles y que tengan necesidad de los mismos, y en caso de no poder ser utilizados para este fin, que se aprovechen para la investigación científica y médica que podría proveer grandes beneficios más adelante.



- h) En cuanto a la percepción como profesional y los cambios que consideraría prudentes a la legislación para poder aplicar en la donación de órganos y tejidos el 20% de los entrevistados no manifestó cambio alguno en virtud de desconocer por completo la legislación actual, y un 10% opinó que hasta el momento la

legislación se encuentra correctamente regulada y por lo tanto no aplicarían ningún cambio.

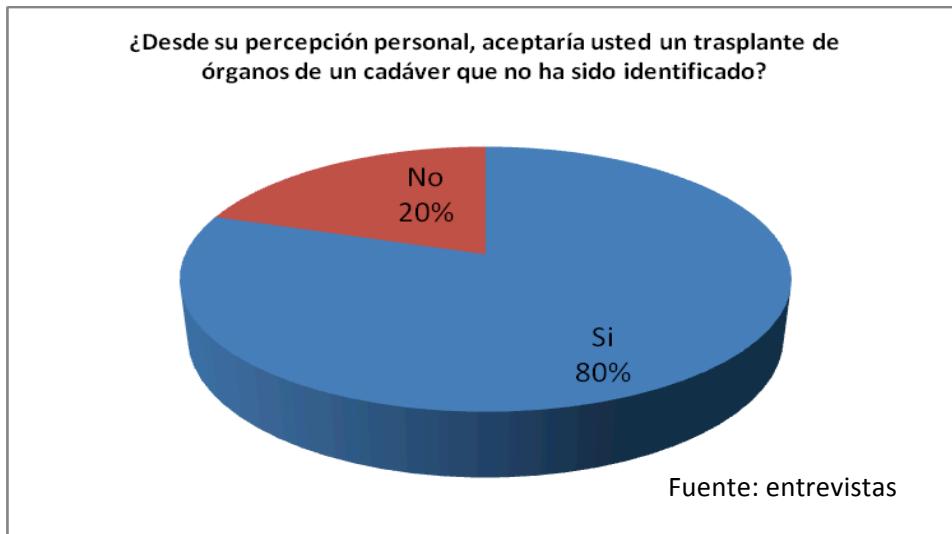
El 20% de los entrevistados opinó que los cambios que deberían establecerse dentro de la legislación y las políticas nacionales son establecer un procedimiento corto y poco formalista para permitir el trasplante de órganos y facilitar el consentimiento para donar y con esto aumentar las listas de donadores.

El 30% de los entrevistados considera como cambio necesario y prudente a las políticas nacionales en relación a la donación de órganos y tejidos que exista un mayor involucramiento de las autoridades y de parte del Estado, a través de información, fomento, y educación en esta materia, con lo que se lograría crear una conciencia de donación que permitiría aumentar las listas de donadores y permitiría ayudar a muchas personas necesitadas a obtener una mejor calidad de vida, y recuperar su salud, el cual es un derecho fundamental del hombre.

Un 10% de los entrevistados consideró adecuado modificar el plazo para poder efectuar las donaciones de los cadáveres no identificados aduciendo que es necesario agilizar esta operación debido a que de lo contrario se pierde la oportunidad de utilizar la mayor cantidad de órganos posible, sin correr tantos riesgos por su natural descomposición y un 10% consideró que lo que hay que agregar en la legislación respecto a este tema, son sanciones más severas que puedan persuadir a aquellos que piensen involucrarse en el tráfico de órganos de abstenerse.



- i) Al ser consultados desde el punto de vista personal el 80% de los entrevistados afirmó estar dispuesto a aceptar donaciones de órganos de cadáveres no identificados, mientras que un 20% dijo no estar dispuesto a recibir este tipo de donaciones, argumentando que podría ser riesgoso para la salud del receptor, sin embargo, este 20% no tomó en cuenta que para poder llevar a cabo este tipo de trasplantes es necesario que se hayan hecho las pruebas respectivas de viabilidad y de compatibilidad, y solo se hacen como último recurso, anteponiendo en todo momento la salud del receptor.



- j) La totalidad de los entrevistados estaría dispuesto a donar sus órganos para después de su muerte, debido a que están conscientes que a través de esta noble práctica pueden salvar muchas vidas, y mejorar a su vez muchas otras de ellas, de personas que forman parte de una lista de espera y que necesitan de diversos órganos para poder recuperarse y poder optimizar su salud.



CONCLUSIONES

1. La legislación guatemalteca al no contemplar el cumplimiento de requisitos o permisos para poder disponer de los cadáveres de humanos provenientes de personas desconocidas para fines de trasplante, investigación o docencia, no otorga la seguridad jurídica debida a la población y expone al personal de salud encargado de esta actividad a riesgos legales.
2. Es evidente en Guatemala la falta de información, técnicas, especialización y de desarrollo en materia de donación de órganos, lo cual sitúa al país en un mal lugar frente a otros países donde esta práctica es más frecuente, aunado a que no existen donaciones de órganos en número significativo, ya que la mayoría se hacen para familiares. Mientras que se desaprovecha la posibilidad de utilizar los órganos de cadáveres ya sean estos de personas conocidas o de personas desconocidas, por la regulación insuficiente en la materia.
3. En la legislación guatemalteca existen instituciones previstas para el desarrollo de la actividad de donación y el trasplante de órganos, tal como el Registro Nacional de Trasplantes, o bancos especializados en diferentes tipos de órganos, sin embargo no se han creado a pesar de tratarse de una ley que data del año 1996, lo cual contribuye al debilitamiento del fomento y práctica de esta noble actividad.
4. A pesar de ser los trasplantes de órganos el mecanismo más directo por el cual el cadáver de una persona desconocida puede ser útil, debe tenerse claro que estos cadáveres pueden servir tanto para investigación como para docencia también, y esto aprovechándolo de una manera ética y legal podría beneficiar a muchísimos enfermos y personas con ciertas deficiencias en determinados órganos, al ser un instrumento científico para poder tratar sus males y optimizar la calidad de vida de quienes lo necesiten.

5. En diversos países utilizan la figura de la donación con base al consentimiento tácito y según la mayoría de los entrevistados en la presente investigación muchas personas de la población de Guatemala están anuente a que sus órganos sean utilizados después de su muerte, aún sin que hayan expresado por escrito su consentimiento, lo cual debe estar correctamente regulado para que el país aumente sus listas en los bancos de donadores.
6. A nivel internacional la existencia y funcionamiento de diversas organizaciones y organismos dedicados a la regulación y promoción de los trasplantes de órganos juega un papel muy importante para el desarrollo y evolución de la donación y el trasplante de órganos en el mundo tanto desde un marco médico-científico como desde su regulación y el punto de vista jurídico, todo lo cual debe ser aprovechado por Guatemala.
7. Los cadáveres implican una gran atención y preocupación para la población, por la percepción moral, humana y religiosa relacionada con la vida después de la muerte, y por lo mismo a pesar de existir una necesidad que puede cubrirse en buena forma con las donación de órganos de los cadáveres debe respetarse la decisión de no utilizar estos cuerpos para donaciones, trasplantes, experimentación o cualquier otra finalidad si en vida manifestó la persona no estar dispuesta a donar su cuerpo para estos fines después de su muerte, o a pesar de haber autorizado su utilización en determinado momento decidió retractarse o manifestó una negativa posterior.
8. Debe reformarse la Ley para la Disposición de Órganos y Humanos el Decreto 91-96 del Congreso de la República así como su respectivo reglamento, el acuerdo gubernativo 525-2006, tomando en cuenta las bases científicas en la materia y criterios jurídicos nacionales e internacionales, para crear una ley que llene las necesidades actuales y éste preparada para integrar los avances biomédicos que depara el futuro.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Congreso de la República de Guatemala modificar la legislación actual en la materia de donación de órganos y establecer el consentimiento tácito, es decir que se asiente o se presuma legalmente como un hecho que todos los mayores de edad en Guatemala serán donadores de órganos, a menos que hayan estipulado de manera documental su oposición, con esto se hace innecesaria la clasificación entre cadáveres de personas conocidas y desconocidas, y puede aprovecharse de una manera práctica los órganos viables de todas las personas en un tiempo adecuado, reduciendo la posibilidad de cometer actos ilícitos.
2. Se recomienda al Congreso de la República reformar la ley del Registro Nacional de las personas incorporando dentro del documento personal de identificación -DPI- automáticamente al momento de solicitarlo, al cumplir la mayoría de edad que todos los guatemaltecos, de origen o naturalizados, prestaron su consentimiento para en un futuro ser donadores de sus órganos y tejidos, y en ese preciso momento hacer constar la negativa en caso de oposición, en el mismo documento.
3. Se recomienda al Ministerio de Salud y Asistencia Social fomentar la regulación del uso de los órganos de los cadáveres de personas desconocidas, que no son útiles para el trasplante a otras personas, para desarrollar a nivel nacional una política de investigación y desarrollo de órganos bioartificiales, tal y como sucede en otros países, por medio de las entidades encargadas de la educación en el país.
4. Se recomienda al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social implementar campañas divulgativas en materia de trasplantes para educar a la población, y estimular la donación de

órganos, y promover la intención de ser donador dentro la población más joven del país involucrando a los líderes comunitarios, los líderes religiosos, los líderes profesionales, las campañas de salud y desde cualquier medio posible, con tal de entender y colaborar con esta noble causa y poder así compartir algo positivo, y esperando poder contribuir con la salud de la población guatemalteca, implementando a su vez nuevas iniciativas e innovaciones médicas.

5. Se recomienda al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social fortalecer los programas actuales de trasplantes, diversificándolos y dándole oportunidad al personal médico en capacitación y actualización, para que sean capaces de implementar mejores estrategias de conservación de cuerpos conocidos o desconocidos y si no se puede usar sus órganos aprovechar los tejidos rescatables.
6. Se recomienda al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social poner en funcionamiento el Registro Nacional de Trasplantes y crear los diferentes bancos de órganos que la ley ordinaria establece en Guatemala para poder contar con una fuente de posibilidades para todas aquellas personas necesitadas que se encuentran en una lista de espera de órganos para ser trasplantados y poder así mejorar la calidad de vida de muchos individuos así como crear una dependencia del Registro Nacional de Trasplantes que se encargue exclusivamente de registrar los testamentos vitales o documentos de voluntades anticipadas.

REFERENCIAS

Bibliográficas

1. Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa. Trasplantes de Órganos (entre personas-con órganos de cadáveres). Argentina, Editorial Hammurabi., 1993.
2. Blázquez, Niceto. Bioética La nueva ciencia de la vida. Madrid. Editorial Estudios y ensayos BAC. 2000.
3. Castán Tobeñas, José. Los derechos de la personalidad. Madrid. Editorial Reus. 1952.
4. Costanzo MR, Dipchand A, Starling R, Anderson A, Chan M, Desai S, et al. International Society of Heart and Lung Transplantation Guidelines. The International Society of Heart and Lung Transplantation Guidelines for the care of heart transplant recipients. *J Heart Lung Transplant*. 2010.
5. Desclos, Jean. Trasplante de Órganos un Acto de Amor. Buenos Aires, San Pablo. 1994.
6. Delpiazzo, Carlos. Derecho a la identidad genética: cuestión del patentamiento de la vida. Uruguay, Universidad de Montevideo, facultad de Derecho. 2001 Montevideo 2001.
7. Diccionario de Ciencias jurídicas Políticas y Sociales, tomo III, Argentina, Heliasta, 2001.

8. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 28^a edición, Argentina, Heliasta, 2001.
9. Diccionario Médico de Bolsillo, 24^a edición, México, D.F. 1996.
10. Diccionario Manual de la lengua española 7^a Edición, España, Larousse Editorial, 2007.
11. Christoph Frohn, Lutz Fricke, Jan-Christoph Puchta, and Holger Kirchner. The effect of HLA-C matching on acute renal transplant rejection. *Nephrol. Dial. Transplant.* U.S.A., 2006.
12. García Maynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho. México, D.F. Porrúa S.A. 21^a edición 1973.
13. Gisbert Calabuig, J.A. y Gisbert Grifo, M. S.: "Legislación en torno al Cadáver". En: Medicina Legal y Toxicología de J. A. Gisbert Calabuig. Masson, 5^a ed. Barcelona 1998.
14. Gutiérrez, Carlos José. "Lecciones de Filosofía del Derecho" Costa Rica: Universitaria Centroamericana –EDUCA-, 1976, 2^a edición.
15. Henkel, Heinrich. "Introducción a la filosofía del Derecho: fundamentos del Derecho". Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. España: Taurus ediciones, 1968.
16. A. López-Navidad, J. Kulisevsky, F. Caballero. Springuer-Velag. Historia de la actitud y conducta en la obtención y extracción de órganos y tejidos para trasplantes. Barcelona, España. Editorial Ibérica 1997. (Antonio López-Navidad; Jaime Kulisevsky Bojarsky; Francisco Caballero Flores).

17. Muñoz, Nery Roberto. Jurisdicción Voluntaria Notarial. Guatemala. Editorial Infoconsult Editores. 2005
18. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1987. Primera Edición.
19. Pace RA. Aspectos éticos de los trasplantes de órganos. En: Cuadernos del programa regional de bioética. OPS-OMS 1997; 4:
20. Rodríguez, Alejandro. La Pena de Muerte en Guatemala. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala 2006.
21. Sánchez, Ramón. De los Contratos. México. Editorial Porrúa. 1986.
22. Santiago-Delpin, Eduardo A. Trasplante de Órganos. México, Segunda edición, Editorial JGH Editores. 2007
23. Sharge G. Commerce in tissue and organs. Health Law In Canada 1985;
24. Varios autores. Cartel de Unidad de Trasplante Renal del Instituto Guatemalteco de Seguridad social. Departamento de relaciones públicas. Guatemala. 2006.
25. Villanueva Bidegai, Juan José. Derecho a la Vida, Aborto y Eutanasia. Uruguay, Ediciones Literarias, 2002
26. Valencia Restrepo, Hernán. Las tres grandes teorías generales del derecho. Colombia, Señal Editora, 2003.
27. Viteri Echeverría, Ernesto R. Los contratos en el derecho civil guatemalteco. Guatemala. Serviprensa S.A. 2005

Normativas

1. Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente. Mayo 1985
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Congreso constituyente.
3. Constitución de la Nación Argentina. Convención Nacional Constituyente. Agosto 1994.
4. Constitución española. España. Diciembre 1978
5. Constitución Política de la República de Costa Rica, Asamblea Nacional Constituyente. Noviembre 1949
6. Código Civil, Decreto-Ley 106. Del Congreso de la República de Guatemala. 1963
7. Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. 1973
8. Código de Salud, Decreto 90-97 del Congreso de la República de Guatemala. 1997
9. Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplante.

10. Declaratoria de rechazo al turismo de trasplantes de la Red Consejo Ibero-latinoamericana de Donación y Trasplantes.
11. Ley del Registro Nacional de las Personas, Decreto 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala. 2005
12. Ley 24,193. De Trasplante de Órganos y Tejidos- Texto actualizado por Ley 26,066. El Senado y Cámara de Diputados de la República de Argentina reunidos en Congreso. 1993
13. Ley General de la Salud del Congreso General de la República de los Estados Unidos Mexicanos. 2007
14. Ley de Autorización para Trasplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos, Decreto número 7409 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.
15. Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.1996.
16. Ley de Servicios de Medicina Transfusional y Bancos de Sangre, Decreto número 87-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.
17. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, resolución 2106 A.
18. Real Decreto Legislativo 411/1996
19. Real Decreto Legislativo 2070/1999

20. Real Decreto Legislativo 1306/2006

21. Reglamento de la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos.

Acuerdo Gubernativo 525-2006 del Ministerio de salud Pública y Asistencia Social. 2006.

22. Reglamento para la Autorización con fines científicos de cadáveres y órganos humanos Acuerdo Gubernativo 159-85, 1985

23. Reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 1985.

24. Principios rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos.

Referencias Electrónicas

1. Fundación Donaré, Fundación Donaré, 2010, Guatemala,
<http://donare.org.gt/>, Visitada 28-09-2010
2. DialysisPeritoneal.org LaRevista. España 2012. Disponible en:
<http://dialisisperitoneal.org/2011/03/04/organizaciones-de-trasplante-y-donacion-de-organos-en-el-mundo/> Visitada 13-09-2012.
3. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición. Real Academia Española, definición de cadáver, España, 2011. Disponible en
http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cadáver. Visitada 30-06-2011.

4. Departamento de medicina legal. Uruguay. 2011. 10. <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/tx-020822.htm>. Visitada 2-2-2011.
5. Derecho a morir dignamente, Asociación Federal, año 2013, http://www.eutanasia.ws/testamento_vital.html, visitada 05-03-2013.
6. Donación de órganos, Derecho civil (Guatemala), Guatemala Monografía. 2009. <http://www.monografias.com/trabajos48/derecho-civil/derecho-civil2.shtml>. visitada 11-09-2011
7. Donación y donantes de Órganos y Tejidos. Autor: Servicio Andaluz de Salud. España 2012. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosAcc.asp?pagina=gr_serviciossanitarios3_6_2_1. Visitada 10-01-2013
8. Cuáles son y en qué consisten las pruebas de compatibilidad de órganos (riñón)? México 2007. Disponible en: <http://mx.answers.yahoo.com/question/index?qid=20060910174846AAZQhgg>. Visitada 21-02-2013
9. elportaldelasalud.com. Derechos del donante y del receptor de órganos y tejidos. Autor Eduardo Arenas Archila Colombia 2012. Disponible en: http://www.elportaldelasalud.com/index.php?option=com_content&task=view&id=337&Itemid=156. Visitada 04-05-2012
10. Grupo Punta Cana. Los trasplantes en América latina, 2010, <http://www.grupopuntacana.org/txpun.htm>. visitada 05-07-2010
11. Historia de la Organización Nacional de Trasplantes, Organización Nacional de Trasplantes. España 2010. Disponible en

- <http://www.ont.es/home/paginas/LaLeydeTrasplantes.aspx> Visitada 9-12-2010.
12. Institucional el Incucai. Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación. Sistema Nacional de de información de procuración y trasplante. Argentina. 2011. Disponible en: <http://www.incucai.gov.ar/institucional/> Visitada 22-11-2011
13. Legislación Comparada Aprott .org Mizraji R, Pérez S, Álvarez I .Instituto Nacional de Donación y Trasplantes. Aspectos legales de la donación en Latinoamérica Montevideo Uruguay, 2009. <http://www.atrott.org.ur>. Visitada 02-09-09.
14. Matesanz, R. Donación y Transplantes. El modelo español, Publicado por la Organización Nacional de Transplantes (ONT) de España, 2006, <http://www.latinsalud.com/articulos/00963.asp>. visitada 01-05-2010
15. Mors tua, Vida mea. Apuntes para la definición jurídica de una relación sui generis en el derecho mexicano: la donación de órganos. México. 2001. <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/DONACION%20DE%20ORGANOS.pdf> visitada 14/02/2013.
16. Portal ciudadano del Gobierno del Distrito Federal. Secretaría de Salud del Distrito Federal. Campaña de Donación de Órganos, Tejidos y Células. México. 2012. http://www.salud.df.gob.mx/ssdf/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=267 Visitada 04-01-2012
17. Puntoguate.com. Historia museo Londres. Guatemala 2012. <http://www.puntoguate.com/2012/07/body-worlds-y-un-viaje-por-el-corazon.html> visitada 22-07-2012.

18.Tráfico de órganos, Delitos contra las personas. Ediciones Francis Lefebvre. España 2012.

http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf visitada 8-05-2012

Otras Referencias

1. Álvarez Curthiz, María Elena. Análisis de la participación guatemalteca en la donación de órganos y tejidos, Guatemala. Noviembre 2007. Tesis de la carrera de licenciatura en trabajo social. Universidad San Carlos de Guatemala.
2. Araujo Búcaro, Karla Mireille. Contrato de donación de órganos intervivos y la donación mortis causa, Guatemala. Marzo de 2001, tesis de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.
3. Ávila, Amílcar, Donación de Órganos no es Prioridad en Chapines, publinews noticias, Guatemala, 22 de agosto de 2011.
4. Castillo López, Fernando José Rodrigo. Situación actual de la Donación y Trasplantes de Órganos en Guatemala y su Operatividad hacia Futuro, Guatemala. Enero de 2011, tesis de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.
5. Carral Novo, Juan M, “Problemas bioéticos de los trasplantes de órganos entre personas vivas” Revista Cubana de Medicina Intensiva y Emergencias No. 3, Cuba, 2003. Editorial Hospital Militar Central: Dr. Luis Díaz Soto.

6. Fernández Francisco, Órganos Bioartificiales, los Trasplantes del Futuro, Diario de Centroamérica, Guatemala, 29 de noviembre de 2010
7. Foto prensa Libre AFP, Recibe Nuevo Rostro, Prensa Libre, Guatemala, 29 de marzo de 2012.
8. Guerra Carrasco, René. Donación de órganos: comprensión y significado, Santiago de Chile. 2005, tesis de la carrera de Sociología, Universidad Católica de Chile.
9. Hofford, Alex, Sindicados de Traficar Riñón, Diario de Centro América, Guatemala, 17 de abril de 2012, número 7121. Pág. 16
10. Ferreyra, Laylah, “Donación de Órganos: La Larga Espera” *Gener@cción*. No. 97, Perú, Febrero 2009. Editorial Evisto S.R.L.
11. Herrera, Paola, Sube Tráfico de Órganos, Prensa Libre, Guatemala, 3 de abril de 2012, número 19513
12. Lara Sandoval Sergio Mauricio. La Discriminación como violación del Derecho Humano de Igualdad y Dignidad de los Guatemaltecos Deportados del Estado de Arizona, Estados Unidos de América, Guatemala, 2010, tesis de la carrera de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Rafael Landívar.
13. Ranancoj, José, Difícil Proceso en el Reconocimiento de Cadáver, El Quetzalteco, Guatemala, 13 de enero de 2011, número 2193.

ANEXOS

INICIATIVA DE LEY

REFORMAS AL MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS EN GUATEMALA

HONORABLE PLENO

DERECHOS A LA SALUD

La Constitución Política de la República establece que el goce a la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

El Derecho a la salud debe considerarse como un derecho esencial debido a que el mismo surge del derecho a la vida y además su desarrollo conlleva la posibilidad real de que las personas reciban atención médica oportuna y eficaz por el simple hecho de ser un humano, por lo cual este derecho comprende la prevención de enfermedades, el tratamiento y rehabilitación de estas mediante los servicios y atención necesarios. Adicionalmente, la carta magna establece que aunque no figuren expresamente en la Constitución otros derechos, estos no son excluidos por ser inherentes a la persona humana.

El trasplante de órganos es un derecho humano que no figura expresamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre el cual si existe legislación ordinaria y que se encuentra íntimamente ligada con el derecho a la salud, ya que es lo que se busca con cada trasplante, mejorar la salud del receptor y brindar una mayor esperanza de vida.

ASPECTOS LEGALES

La Constitución Política de la República preceptúa que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos; el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades, y ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad, debiendo los seres humanos guardar conducta fraternal entre sí. Asimismo, establece que el fin supremo del Estado es la realización del bien común y que la salud es un derecho fundamental del ser humano.

Por su parte, las leyes que regulan la disposición de órganos y tejidos humanos, la donación de órganos y su trasplante, actualmente padecen de ambigüedades, contradicciones provocan cierto grado de inseguridad jurídica, así como poca funcionalidad en la práctica.

FINALIDADES DE LA INICIATIVA

La Constitución Política de la República, el decreto número 91-96 del Congreso de la República, Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos así como su reglamento, el acuerdo gubernativo número 525-2006, contemplan y regulan la donación y el trasplante de órganos, sin embargo dan pautas para ciertas malas interpretaciones y no son claras a la hora de regular el trasplante de órganos de cadáveres de personas desconocidas y a su vez regulan una especie de consentimiento tácito sin ser realmente explícitas o nombrarlo como tal.

Lo que esta iniciativa pretende y tiene por objeto, es fomentar la cultura de donación por una parte, creando el consentimiento tácito, con el cual pueden llegar a salvarse una gran cantidad de personas que padecen de órganos con ciertas deficiencias y que de este modo pueda ampliarse la esperanza de vida promedio dentro de los habitantes del Estado de Guatemala; por otra parte lo que pretende que a partir de las deficiencias que existen en cuanto a la regulación del trasplante de órganos de personas desconocidas, fortalecer la legislación actual a partir de una propuesta viable y que contribuya al bien común salvaguardando la seguridad jurídica de todos los guatemaltecos.

Tomando en consideración lo indicado, es necesario regular las condiciones en que los cadáveres y órganos de cadáveres de personas desconocidas pueden ser objeto de trasplante y ciertas consideraciones que deberían de aplicarse porque sabiendo que se trata de materiales biológicos deben tenerse un mayor cuidado para su conservación. Así mismo es necesario implementar una figura y regular el consentimiento tácito porque a pesar de que la legislación actual intenta normar algo parecido, no es claramente específica y al final termina dificultando esta actividad.

CONCLUSIÓN

Con esta finalidad, se somete a consideración del honorable Pleno la presente disposición legislativa, con el objeto de modificar y fortalecer la legislación actual en materia de disposición y trasplante de órganos para que sea una práctica que realmente beneficie a más guatemaltecos y que permita tener seguridad de la forma en que se va a llevar a cabo, dejando la responsabilidad a los señores diputados, para que después de su estudio, análisis y dictamen respectivo se apruebe como Ley de la República.

DIPUTADO (S) PONENTE (S):

CUALQUIER DIPUTADO

DIPUTADO

CUALQUIER PARTIDO

DECRETO NÚMERO ...

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el Estado tiene la obligación de velar por la salud de sus habitantes, desarrollando acciones que tiendan a promover, rehabilitar recuperar la salud de las personas para lo cual es indispensable la emisión de los instrumentos legales que faciliten el logro de tales fines;

CONSIDERANDO:

Que la actual ley para la disposición de órganos y tejidos humanos a pesar de constituir un avance científico de beneficio para la salud y bienestar de la humanidad, padece de pequeñas pero significativas deficiencias, que son necesario enmendar a través de otra ley para incrementar la utilización con fines terapéuticos, de docencia e investigación cumpliendo obviamente con los lineamientos y tratados internacionales.

CONSIDERANDO:

Que debe permitirse a la población guatemalteca sin ninguna distinción de raza, clase o religión, la oportunidad de obtener el beneficio de un trasplante de órganos, y que el Estado se encuentra obligado con todos a fomentar y buscar una mejor calidad de vida para su población.

CONSIDERANDO:

Que tal y como le establece la actual ley para la disposición de órganos y tejidos humanos deben reafirmarse por medios legales los instrumentos que respaldan la protección de los derechos humanos de menores de edad, individuos privados de su libertad, minusválidos mentales, así como los derechos de todos aquellos potenciales donadores y receptores mediante la ley.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 157 y 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

Las siguientes:

REFORMAS AL MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS EN GUATEMALA

ARTICULO 1. Se adiciona el artículo 5 Bis al Decreto número 91-96 del Congreso de la República "Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos" el cual expresa lo siguiente:

"Habrá consentimiento tácito del donante cuando este sea mayor de dieciocho años y no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes después de su muerte cerebral. En cuanto a los menores de edad, en caso de muerte cerebral los padres o tutores serán quienes podrán firmar el consentimiento con la aprobación de al menos dos médicos y cirujanos expertos en la materia."

ARTICULO 2. Se reforma el artículo 29 del Decreto número 91-96 del Congreso de la República "Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos" con el texto siguiente:

"Para la utilización de un cadáver para fines de trasplante se requiere: que el cadáver sea de persona mayor de dieciocho años y no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se extraigan sus órganos o tejidos y que el fallecimiento cumpla con los criterios vertidos en los artículos 26 y 27 de esta ley."

ARTICULO 3. Se deroga el artículo 30 del Decreto número 91-96 del Congreso de la República "Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos"

ARTICULO 4. Se reforma el artículo 31 del Decreto número 91-96 del Congreso de la República "Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos" con el texto siguiente:

"Los cadáveres tanto de personas conocidas como de personas desconocidas, en base al consentimiento tácito regulado en el artículo 5 Bis de la presente ley, deberán ser conservados convenientemente para poder enviar los órganos y tejidos utilizables a los bancos respectivos para poder ser trasplantados a las personas que se encuentren en las listas de espera. Los cadáveres no utilizables para fines terapéuticos en esta situación podrán utilizarse para fines científicos o docentes siempre que el fallecido no haya dejado constancia expresa de su oposición y con el dictamen favorable de tres médicos y cirujanos colegiados activos"

ARTICULO 5. Se reforma el literal "k" del artículo 55 del Decreto número 90-2005 del Congreso de la República "Ley del registro nacional de las personas" con el texto siguiente:

"k) Declaración del titular de ser donador de sus órganos y tejidos, para fines de trasplante después de su muerte, y en caso contrario su negativa expresa"

ARTICULO 6. El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION, PROMULGACION Y PUBLICACION.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO EJECUTIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL DIA _____ DEL MES DE _____ DEL AÑO DOS MIL NUEVE.

INICIATIVA DE ACUERDO

REFORMAS AL REGLAMENTO DEL MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS EN GUATEMALA

DERECHOS A LA SALUD

La Constitución Política de la República establece que el goce a la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

El Derecho a la salud debe considerarse como un derecho esencial debido a que el mismo surge del derecho a la vida y además su desarrollo conlleva la posibilidad real de que las personas reciban atención médica oportuna y eficaz por el simple hecho de ser un humano, por lo cual este derecho comprende la prevención de enfermedades, el tratamiento y rehabilitación de estas mediante los servicios y atención necesarios. Adicionalmente, la carta magna establece que aunque no figuren expresamente en la Constitución otros derechos, estos no son excluidos por ser inherentes a la persona humana.

El trasplante de órganos es un derecho humano que no figura expresamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre el cual si existe legislación ordinaria y que se encuentra íntimamente ligada con el derecho a la salud, ya que es lo que se busca con cada trasplante, mejorar la salud del receptor y brindar una mayor esperanza de vida.

ASPECTOS LEGALES

La Constitución Política de la República preceptúa que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos; el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades, y ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad, debiendo los seres humanos guardar conducta fraternal entre sí. Asimismo, establece que el fin supremo del Estado es la realización del bien común y que la salud es un derecho fundamental del ser humano.

Por su parte, las leyes que regulan la disposición de órganos y tejidos humanos, la donación de órganos y su trasplante, actualmente padecen de ambigüedades, contradicciones provocan cierto grado de inseguridad jurídica, así como poca funcionalidad en la práctica.

FINALIDADES DE LA INICIATIVA

La Constitución Política de la República, el decreto número 91-96 del Congreso de la República, Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos así como su reglamento, el acuerdo gubernativo número 525-2006, contemplan y regulan la donación y el trasplante de órganos, sin embargo dan pautas para ciertas malas interpretaciones y no son claras a la

hora de regular el trasplante de órganos de cadáveres de personas desconocidas y a su vez regulan una especie de consentimiento tácito sin ser realmente explícitas o nombrarlo como tal.

Lo que esta iniciativa pretende y tiene por objeto, es fomentar la cultura de donación por una parte, reglamentando el consentimiento tácito, con el cual pueden llegar a salvarse una gran cantidad de personas que padecen de órganos con ciertas deficiencias y que de este modo pueda ampliarse la esperanza de vida promedio dentro de los habitantes del Estado de Guatemala; por otra parte lo que pretende que a partir de las deficiencias que existen en cuanto a la regulación del trasplante de órganos de personas desconocidas, fortalecer la reglamentación actual a partir de una propuesta viable y que contribuya al bien común salvaguardando la seguridad jurídica de todos los guatemaltecos.

Tomando en consideración lo indicado, es necesario regular las condiciones en que los cadáveres y órganos de cadáveres de personas desconocidas pueden ser objeto de trasplante y ciertas consideraciones que deberían de aplicarse porque sabiendo que se trata de materiales biológicos deben tenerse un mayor cuidado para su conservación. Así mismo es necesario implementar una figura y regular el consentimiento tácito porque a pesar de que la legislación actual intenta normar algo parecido, no es claramente específica y al final termina dificultando esta actividad.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL

Acuérdese emitir el Reglamento del Marco Regulatorio del Trasplante de Órganos de Cadáveres de Personas en Guatemala

ACUERDO GUBERNATIVO NÚMERO ...

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que corresponde al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, como rector del sector salud, la aplicación de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos y del Marco Regulatorio del Trasplante de Órganos de Cadáveres de Personas en Guatemala así como establecer los mecanismos necesarios para alcanzar la efectiva programación, coordinación, supervisión y evaluación de la actividades relacionadas con la disposición de órganos y tejidos humanos, requiriéndose para ello la estructuración y organización de los entes necesario para cumplir con estos fines;

CONSIDERANDO:

Que el actual reglamento de la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos a pesar de constituir un avance científico de beneficio para la salud y bienestar de la humanidad, padece de pequeñas pero significativas deficiencias, que son necesario enmendar a través de otro acuerdo gubernativo para incrementar la utilización con fines terapéuticos, de

docencia e investigación cumpliendo obviamente con los lineamientos y tratados internacionales.

POR TANTO:

En ejercicio de las funciones que le confieren los artículos 183 literal e) de la Constitución Política de la República de Guatemala; y con fundamento en los artículos 27 literal j) del Decreto número 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo y 244 del Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República.

DECRETA:

Las siguientes:

REFORMAS AL REGLAMENTO DEL MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS EN GUATEMALA

ARTICULO 1. Se deroga el artículo 28 del Acuerdo Gubernativo número 525-2006 del ministerio de salud pública y asistencia social “Reglamento de la Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos”

ARTICULO 2. Se reforma el artículo 29 del Acuerdo Gubernativo número 525-2006 del ministerio de salud pública y asistencia social “Reglamento de la Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos” con el texto siguiente:

“En base al consentimiento tácito, para los trasplantes de donadores cadávericos tanto de cadáveres de identidad conocida como de identidad desconocida, se requiere que sus órganos hayan sido distribuidos en los diferentes bancos de órganos y previo a eso haber obtenido el dictamen favorable, con legalización de firmas ante Notario de al menos tres médicos especializados en la materia”

ARTICULO 3. VIGENCIA. El presente acuerdo empezará a regir al día siguiente de su publicación en el Diario de Centro América.

COMUNÍQUESE:



ENTREVISTA

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

A continuación se le presenta una entrevista dirigida a profesionales del Derecho (Abogados y Notarios) y Profesionales de la Medicina (Médicos y Cirujanos), como parte de la investigación de campo realizada previo a obtener el grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la tesis denominada “MARCO REGULATORIO DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS DE CADÁVERES DE PERSONAS DESCONOCIDAS EN GUATEMALA” por la que se desea recabar información en base a la experiencia profesional y perspectiva que pueda aportar a la misma.

Actualmente a nivel global se realiza el trasplante y donación de órganos, que como se mencionó es una actividad vinculada con las ciencias jurídicas y con las ciencias médicas, y sin una legislación adecuada y acorde a la realidad puede crearse un perjuicio a la sociedad permitiendo sus malas prácticas, motivo por el cual se le solicita su punto de vista contestando las siguientes preguntas de la presente entrevista para lo cual deberá llenar los espacios en blanco después de cada cuestionamiento.

1. ¿Conoce la Legislación nacional sobre el trasplante de órganos y la forma en que se puede llevar a cabo?

2. ¿Considera adecuada la clasificación legal actual que existe en Guatemala entre cadáveres de personas conocidas y cadáveres de personas desconocidas siendo estas últimas aquellas cuyo cadáver nadie reclama durante las primeras 72 horas después de haber ocurrido la muerte?

3. ¿Considera que es correcto que la legislación actual en Guatemala estipule que en el caso de los cadáveres de personas desconocidas, no se requiere permiso alguno para la disposición de los mismos para fines de trasplante, investigación o docencia?

4. ¿Juzgaría correcto normar en Guatemala el consentimiento tácito para ser todos los mayores de edad considerados donadores, y que únicamente en caso de manifestar su negativa expresa se clasifiquen como no donadores?

5. ¿Opina que las normas actuales tanto internas como internacionales protegen lo suficiente a los individuos del tráfico de órganos y del turismo de trasplante?

6. ¿Qué opinión tiene sobre el hecho que desde 1996 la ley prevé la creación del Registro Nacional de Trasplantes y los bancos de órganos pero hasta el momento no se han creado?

7. ¿Qué función considera que podría dársele a los cadáveres de personas desconocidas o comúnmente denominados como XX?

8. ¿Desde su percepción como profesional que cambios consideraría prudentes hacer a la legislación o a las políticas nacionales respecto a la donación de órganos y tejidos?

9. ¿Desde su percepción personal, aceptaría usted un trasplante de órganos de un cadáver que no ha sido identificado?

10. ¿Estaría dispuesto a donar sus órganos para después de su muerte?
