

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS



**Los Trasplantes de Órganos y Tejidos: Reflexiones doctrinales en torno a su
tratamiento jurídico. Una visión desde el Derecho nicaragüense**

Escrito monográfico presentado como requisito previo para la obtención del título
de licenciada en Derecho

**Autoras: Br. Scarlett María Bustamante Lam
Br. Laura Rosa Ruiz Carballo**

Tutora: Msc. Neylia Lidiadel Abboud Castillo.

Año Académico 2006

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I.-
REFLEXIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA MUERTE.
SU INFLUENCIA EN LA TRASPLANTOLOGÍA

CAPÍTULO II.
ESBOZO TEÓRICO ACERCA DE LA POSIBLE NATURALEZA JURÍDICA
DEL CUERPO HUMANO Y DEL CADÁVER

CAPÍTULO III.
LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS. STATUS LEGAL

CAPÍTULO IV:
LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN NICARAGUA.
NECESIDAD Y REALIDAD

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

Dedicatoria

*En los momentos difíciles son la solución,
en las tristezas son la alegría, en la soledad son la compañía
y en nuestras vidas son la inspiración,
a nuestras madres,*

Mirna de Fátima Lam Sánchez y Miriam Carballo Martínez

*Ha sido largo el camino,
pero el recorrerlo juntos lo ha hecho mas placentero,
gracias por el apoyo incondicional durante estos años en los que han sido
partícipes de la construcción de nuestro futuro,
por su amor y comprensión
a nuestros esposos,*

Edmundo Sergio Chow e Israel Ramón García.

*A todas las personas
que han formado parte esencial de nuestro trabajo,
y están pasando una etapa difícil es sus vidas,
nuestros respetos, solidaridad y cariño,
porque este trabajo fue inspirados en ustedes,
es nuestra manera de colaborar con su causa,
porque no descartamos la posibilidad que en el mañana
los trasplantes sean una realidad sin restricciones.*

Los pacientes con enfermedades terminales.

Agradecimientos

Por guiarnos durante todo el proceso de elaboración de nuestra monografía brindándonos ideas, nuevos conocimientos jurídicos, y herramientas necesarias para la culminación de nuestro trabajo, por su apoyo en los momentos mas difíciles, por su solidaridad, comprensión y cariño, porque mas que una tutora es una amiga.

Msc. Neylia Abboud Castillo

Por su amistad, apoyo, servicialidad, disposición y cooperación indispensable en la realización y culminación de nuestro trabajo.

Lic. Javier Ortega García,

A todos los profesionales del campo de la medicina y el derecho que nos aportaron sus valiosos conocimientos y que nos fueron de gran utilidad durante el proceso de investigación de nuestro tema monográfico.

A nuestros hermanos y amigos por su comprensión y cariño, porque son la luz en nuestras vidas, porque nos animan y nos apoyan en todo momento, porque contamos con ellos de manera incondicional, porque siempre están a nuestro lado cuando más los necesitamos.

A todos ellos Gracias...

RESUMEN

El presente trabajo titulado “Los Trasplantes de Órganos y Tejidos: reflexiones doctrinales en torno a su tratamiento jurídico. Una visión desde el Derecho nicaragüense”, desarrolla un análisis teórico-práctico de esta novedosa técnica quirúrgica enfocado desde la disciplina del Derecho.

Nos proponemos iniciar la reflexión sobre la regulación existente y los vacíos que ésta presenta, de tal manera que podamos colaborar aportando elementos imprescindibles a tener en consideración al momento de crear una nueva normativa legal sobre el tema.

Desarrollamos acápite que están indisolublemente ligados a los procedimientos del trasplante, tales como: el diagnóstico de muerte y su repercusión en la trasplantología, la naturaleza jurídica del cuerpo humano y el cadáver, el status legal de la donación de órganos y tejidos y finalmente los trasplantes de órganos y tejidos en Nicaragua.

Consideramos importante una regulación especial de los trasplantes de órganos y tejidos en nuestro país, porque es una técnica quirúrgica que se realiza en la actualidad con tendencias a consolidarse, pero careciente de un respaldo jurídico adecuado, y siendo el Derecho evolutivo no puede quedarse estático ante los avances de las ciencias médicas en la trasplantología.

INTRODUCCIÓN

Entre los avances tecnológicos más significativos surgidos en el siglo pasado a nivel mundial se encuentra el trasplante de órganos y tejidos, como una técnica consolidada en las ciencias médicas; el cual es un tratamiento terapéutico complejo que consiste en sustituir un órgano vital que ha dejado de funcionar, por otro órgano sano. Es a través del trasplante de órganos y tejidos, que muchos pacientes sometidos a largos tratamientos han logrado mejorar su calidad de vida y recuperar las condiciones físicas óptimas para llevar una vida totalmente normal.

Pueden necesitar un trasplante de órgano las personas con insuficiencia renal, hepática, cardíaca, pulmonar, ceguera, leucemia, entre otros, en fase terminal e irreversible, que como única solución a su padecimiento requieren la implantación de un órgano o tejido para poder ampliar sus esperanzas de vida.

Los donadores pueden ser personas vivas relacionadas (padre, madre, hermanos, hijos), quienes pueden ceder aquellos órganos que no afecten las funciones que requiere el organismo para mantener un buen estado de salud.

Los trasplantes de órganos y tejidos han obligado a los ordenamientos jurídicos a promulgar normas que regulen su práctica, ello es consecuencia del conjunto de implicaciones jurídicas que de este proceder se deslindan, tales como el respeto a la autonomía de la voluntad, el derecho a disposición sobre el cuerpo y el cadáver, la cualificación adecuada de los centros hospitalarios y de sus equipos profesionales, cuándo se esta realmente muerto para fines de trasplantes, la protección de los donantes y receptores, lo cual hace necesario su abordaje detallado y minucioso por el Derecho.

En Nicaragua, el trasplante de órganos y tejidos es una técnica quirúrgica que se está empleando con tendencias a consolidarse, pero no contamos con un cuerpo normativo que ampare debidamente su práctica. En la actualidad encontramos en

diferentes cuerpos normativos de nuestro ordenamiento jurídico una regulación disgregada, como nuestra *Constitución Política*, que ampara los derechos inherentes a la personalidad, como la dignidad, la honra, la vida, entre otros, nuestro *Código Civil*, contempla aspectos de la capacidad legal, el nacimiento, las consecuencias de la muerte, entre otros aspectos, nuestro *Código Penal*, establece los delitos de homicidio y lesiones culposas, que son los delitos en los que pueden incurrir los médicos por mala praxis y la Ley No. 423 Ley General de Salud del año dos mil dos, establece únicamente definiciones básicas de los elementos que intervienen en el proceso del trasplante, a modo de postulados considerados insuficientes en nuestro ordenamiento jurídico que no satisface el cúmulo de exigencias legales que requiere esta materia.

Al observar la realidad de los trasplantes de órganos y tejidos en nuestro país, y las tendencias que está adoptando, nos surgen ciertas interrogantes en cuanto a su status actual, en donde la normativa vigente deja vacíos considerables en esta materia, por ejemplo, ¿Cuál es la valoración jurídica de la muerte?, ¿qué se entiende por muerte encefálica?, ¿cómo se relaciona la muerte con la trasplantología?, ¿cuál es la naturaleza jurídica del cuerpo humano y del cadáver? y si ¿es posible la disponibilidad de éstos?, ¿existe distinción entre la donación civil y la donación de órganos y tejidos?, ¿cuáles son los requisitos para efectuarse la donación ínter -vivos y post-mortem?, ¿qué derechos poseen los pacientes, tanto donantes como receptores?, ante estas interrogantes nos planteamos el siguiente problema. ¿Es necesario brindar tutela legal a los trasplantes de órganos y tejidos dentro de nuestro sistema jurídico?

Por consiguiente como *Justificación* de nuestro trabajo establecemos que: Los trasplantes de órganos y tejidos constituyen en el campo de las ciencias médicas una técnica comprobada, es un procedimiento infalible que salva y mejora la calidad de vida de las personas a las que se le practica. En consecuencia el Derecho, como elemento que disciplina y ordena las relaciones en sociedad, debe

ofrecer la debida tutela y garantía a esta técnica médica y todos los procederes que con ella se relacionan.

En nuestro contexto la regulación jurídica de los trasplantes es materia casi en orfandad, a la vez que existe un crecimiento exponencial de personas necesitadas de trasplantes.

Como *hipótesis* de nuestra tesis nos hemos planteado que los trasplantes de órganos y tejidos constituyen una realidad médica que los ordenamientos jurídicos mas avanzados han venido tutelando de modo efectivo; sin embargo en el contexto nicaragüense es un tema de casi nulo debate en el ámbito jurídico, y que en el sector médico suscita numerosas interrogantes que el estado actual de nuestra normativa no alcanza a resolver.

Para coadyuvar el desarrollo de este tema de investigación nos hemos formulado los siguientes *objetivos generales*: Presentar un panorama de estudios doctrinales en materia de trasplantes de órganos y tejidos. Diagnosticar el estado de la regulación jurídica en Nicaragua en materia de trasplantes de órganos y tejidos. Justificar la necesidad de brindar tutela legal a los trasplantes de órganos y tejidos dentro de nuestro contexto. Y Propiciar la apertura de un espacio de debate académico en temas de actualidad del Derecho médico, que contribuya al fortalecimiento de la escuela jurídica nicaragüense.

De éstos se deslindan los siguientes *objetivos específicos*: Determinar los efectos jurídicos de la muerte y su incidencia en la trasplantología. Presentar las distintas posiciones doctrinales que sustentan la naturaleza jurídica de cuerpo humano y del cadáver, suscribiendo una posición personal al respecto. Fijar la distinción entre la donación civil y la donación de órganos y tejidos. Identificar el marco normativo vigente que en materia de trasplantes existe en nuestro contexto. Señalar las insuficiencias que presenta el marco legal actual, en materia de trasplantes. Exponer la realidad médico - social de los trasplantes de órganos y

tejidos en nuestro país. Presentar los aspectos fundamentales que debe contener una normativa legal de trasplantes de órganos y tejidos en Nicaragua, en base al derecho comparado y a la realidad del país.

Por la novedad del tema en el campo del Derecho, no contamos con suficiente información jurídica a nivel nacional; por lo que hemos recurrido a la legislación extranjera y convenciones internacionales; nuestro universo de trabajo se circunscribió al grupo de profesionales del derecho y médicos especialistas en trasplantes de órganos y tejidos; así como pacientes con enfermedades terminales, cuya única alternativa de tratamiento para salvar sus vidas es un trasplante de órgano.

Las fuentes de información están restringidas al derecho comparado, convenciones internacionales, bibliografía jurídica, documentación de ciencias médicas, revistas de avances y tecnología y especialistas, que nos aportaron datos y elementos fundamentales en la materia de trasplantología.

El presente trabajo requirió la utilización del *método explicativo* para el estudio del capítulo primero, debido a que es necesario tener una definición clara del diagnóstico de muerte encefálica y su incidencia en la trasplantología, al ser la donación post mortem la mayor fuente de obtención de órganos a nivel mundial.

El capítulo segundo se desarrolló con el *método analítico-comparativo*, pues abarca lo referente a la naturaleza jurídica de la persona, posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del cadáver y cómo estos aspectos figuran en nuestra legislación.

Seguidamente, al capítulo tercero se le aplicó el *método explicativo-comparativo*, por tratar el status legal de la donación de órganos y tejidos; teniendo en consideración elementos fundamentales en el campo de la donación

como: el consentimiento, las formas de manifestación de la voluntad, los derechos que poseen los paciente, entre otros.

Para finalizar en el capítulo cuarto se utilizará el método *analítico-comparativo*, puesto que se hará un análisis del derecho comparado sobre cuáles son los elementos o aspectos fundamentales que debería contener una normativa legal sobre trasplantes de órganos y tejidos en Nicaragua, teniendo en consideración los antecedentes históricos, la normativa que actualmente se aplica para realizar esta técnica y la realidad nicaragüense en el campo médico y jurídico.

CAPITULO I.-

REFLEXIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA MUERTE. SU INFLUENCIA EN LA TRASPLANTOLOGÍA.

1. LA MUERTE

1.1.INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.

La muerte es uno de los conceptos más oscuros que debe soportar entre sus dudas el hombre, quien a lo largo de su historia ha intentado descifrar incógnitas sobre los diversos fenómenos naturales, tales como la lluvia, el trueno, el día, la noche, el nacimiento.

A pesar del progreso científico alcanzado, se desconoce el recóndito significado de la muerte. Podemos tener fe, esperanzas, creencias, pero lo cierto es que de ella, nada sabemos. En la medida en que el desarrollo del pensar lo permitió, ciertos acontecimientos obtuvieron prioridades en el orden de estas preocupaciones, ocupando *la muerte* un lugar privilegiado dentro del sistema y que aún trasciende hasta nuestros días.

En tiempos antiguos, según consta en la Biblia, se pensaba que "*el que tocara un cadáver de cualquier persona sería inmundo siete días*" y "*cualquiera que tocara algún muerto a espada sobre la faz del campo, o algún cadáver, o hueso humano, o sepulcro, siete días sería inmundo*"¹.

¹ Cfr. Antiguo y Nuevo Testamento, antigua versión de Casiodoro de Reina, Números 19:11, 19:16.

Según Ernest Cassier² el temor a la muerte constituye uno de los instintos humanos más generales y más profundamente arraigados. La primera reacción del hombre ante el cadáver ha debido ser abandonarlo a su suerte y huir de él con terror.

Basso³ sostiene que la *muerte* es algo mirado con miedo por la mayoría de los humanos, la experimentan como un mal o como pérdida del valor más grande, la *vida corporal*.

Entre los aspectos religiosos y culturales que sobre la muerte posee la humanidad, aquí expondremos algunos:

Dentro de la tradición cristiana, a la hora de la muerte de una persona, los parientes o el mismo moribundo, pueden desear que un sacerdote esté presente para orar con o por el creyente moribundo, así como para encomendarle a Dios el cuidado de esa persona y ofrecer apoyo a los familiares. Por lo general, hay dos aspectos de estas oraciones de comendación en que se expresa confianza en Cristo y en su labor de salvación que son tanto encomendar al moribundo a la merced y al amor de Dios, así como autorizarle morir⁴.

La Iglesia tiene dicho que: "*los cuerpos de los difuntos deben ser tratados con respeto y caridad en la fe y la esperanza de la resurrección. Enterrar a los muertos es una obra de misericordia corporal, que honra a los hijos de Dios, templos del Espíritu Santo*"⁵.

² Cfr. N. Abboud, en trabajo de diploma para optar al título de licenciado en Derecho *Los trasplantes de Órganos y Tejidos*, La Habana, Cuba, 1993 Pág. 3.

³ Cfr. F. Sagarna, *Los trasplantes de órganos en el Derecho*, Buenos Aires, Argentina 1996 Pág. 203.

⁴ Cfr. Sherr, L., *Agonía, muerte y duelo*, México 1995 Pág. 42

⁵ En ¿Es ético privar del mínimo sustento a un ser humano? <http://www.aceb.org>.

En cuanto a la donación de órganos, la iglesia no hace ninguna objeción religiosa. Ceder un órgano a otro es un acto de solidaridad y altruismo, sustentado bíblicamente en que "*Nadie tiene mayor amor que éste, que uno ponga su vida por sus amigos*"⁶, que lo que busca Dios es "*que os améis unos a otros*"⁷. La iglesia también sostiene que la donación de órganos debe ser practicado siempre que con ello pueda salvarse una vida humana sin deterioro de la salud de quien lo da y que debe ser tratado con mucho cuidado, puesto que -según Roberto Pacini⁸- los valores que están en juego son: el respeto a la vida humana, la no disponibilidad absoluta del propio cuerpo, los principios de integridad, de totalidad y de solidaridad y la libertad personal de la persona.

Los budistas generalmente creman a sus muertos con el fin de que su alma pueda ser liberada del cuerpo para entrar dentro de su siguiente existencia. Normalmente no hay ninguna creencia solemne final, con excepción de que el cuerpo debe ser envuelto en una sábana lisa, sin ningún símbolo después de que el cuerpo médico realizó los servicios tradicionales finales. En el Budismo, el aborto y la eutanasia activa⁹ no están permitidos; sí se aceptan las transfusiones de sangre y el trasplante de órgano, ya que en sus creencias, es fundamental ayudar al prójimo.

En el judaísmo, cuando la muerte de un judío ocurre hay una manera respetuosa y especial de tratar el cuerpo, no se permite ninguna mutilación del mismo a menos de que haya alguna disposición legal definida para practicar una autopsia. Los judíos ortodoxos no desearían que sus órganos les fueran retirados para trasplante pues sostienen que, en primer término, ningún órgano vital debe ser

⁶ Antiguo y Nuevo Testamento, antigua versión de Casidoro de Reina, S. Juan 15:13

⁷ Ibidem, S. Juan 13:34, 15:12,

⁸ Pacini, R., *Servir a la vida*, Italia 1996 Pág. 118.

⁹ Dentro del budismo puede rechazarse la administración de medicamentos que pueden obnubilar la conciencia del moribundo, si éstos interfieren en su capacidad para meditar, especialmente porque meditar sobre su propia muerte ejercerá influencia en la siguiente reencarnación. Este acto de omisión de aplicar un

retirado del cuerpo hasta que la muerte haya sido demostrada por el paro completo de todas las funciones vitales espontáneas y no solamente por lo que se conoce como "muerte clínica". Según Lorraine Sherr, dichos órganos de trasplante no deben ser utilizados en intervenciones quirúrgicas que estén en una etapa experimental y deben ofrecer al receptor un pronóstico razonablemente alentador.

En el caso de los musulmanes -agrega Lorraine Sherr¹⁰- después del deceso, el cuerpo no puede ser tocado ni lavado por nadie que no sea musulmán. Se le debe voltear la cabeza hacia el hombro derecho (para enterrarlo con la cara hacia la Meca), los miembros enderezados y el cuerpo envuelto en una sábana sencilla. Lo usual entre los musulmanes, según lo que hemos investigado, es que no se practique la autopsia, pero si ésta es requerida por el forense, los parientes solicitarán que posteriormente todos los órganos sean devueltos al cuerpo para poder enterrarlo. Es sensato entonces afirmar que dentro de la religión musulmana no es permitida la donación de órganos. Para los asiáticos, la higiene y el pudor son dos aspectos muy importantes de la vida, y no hay problema en relación a las transfusiones de sangre ni a los trasplantes de órganos.

Todos los patrones religiosos a los que se ha venido haciendo referencia influyen en el pensamiento y en los actos de última voluntad del individuo y de su familia; de ahí que muchos creyentes se oponen o permiten la donación de órganos y tejidos para fines de trasplantes. Sin embargo, notamos que los elementos comunes contenidos en todas ellas es: la privacidad, la tranquilidad, el bienestar y el respeto hacia sus restos.

En realidad, la actitud ante la muerte depende de la filosofía y las creencias de la cultura que se vive en la sociedad y que tiene cada persona. El estoico y el

medicamento determinado, puede ser entendido como eutanasia pasiva.

¹⁰ Cfr. L. Sherr, Op Cit. Pág. 45.

existencialista enfrentan de diversa manera la muerte, también el ateo o el creyente; para el cristiano, la muerte es transformación: "*la vida no se quita, se transforma*" y el dolor tiene un carácter de purificación.

Por siglos, como vemos; aunque existan distintas maneras de entender la muerte, se ha pensado que el cuerpo humano sin vida es una cosa "sagrada", que debe descansar en paz. Mutilarlo sería avanzar sobre algo espiritual; el dolor en sus deudos aumentaría al pensar en su ser querido como un conjunto de partes desintegradas. Pero si se considera el beneficio que puede ocasionar un órgano nuestro a una persona, para permitirle seguir viviendo cuando ya a nosotros no nos sea útil; es actuar con humanismo, solidaridad y altruismo; es reconocer el valor y la nobleza, de salvarle la vida a un ser humano, como el principio que sustentan la mayoría de las religiones en el mundo.

1.2 ENFOQUE MÉDICO

La *muerte* indica la transformación de un ser vivo, de una *persona*, en un cuerpo carente de vida, en un cadáver. Este término proviene del latín *mor*, *mortis*, que significa muerte.

La determinación de la muerte nos induce a preguntarnos: ¿qué es la muerte?, ¿cuándo morimos realmente?. Son interrogantes que le han preocupado a la humanidad y que no tienen una respuesta fácil, ya que la muerte conlleva una serie de implicaciones éticas, religiosas, filosóficas, legales y médicas que dificultan mucho su abordaje.

En la antigua Grecia, según notamos en estudios de Escalante Cobo¹¹, los médicos pensaban que la muerte podía originarse en la cabeza, en los pulmones o bien en el corazón pero sólo este último era el lugar en el que asentaba la vida, era el primer órgano en comenzar a vivir y el último en morir. Por tanto, para ellos el solo latido del corazón hacía la distinción entre los estados de vida y de muerte. De ahí que la muerte se haya hecho coincidir tradicionalmente con la ausencia de latido cardíaco y respiración espontánea.

Pero es interesante como a mediados del siglo XVII comienza a difundirse la idea de que ningún signo podía aclarar el diagnóstico de muerte, salvo la aparición de los fenómenos de putrefacción. Esta afirmación no tiene repercusión, sino hasta un siglo después, cuando se adopta la tesis de que el cese de la respiración y del latido cardíaco no valen, sosteniéndose en ese tiempo que el único signo de certeza para comprobar la muerte de una persona es el comienzo de la putrefacción. Esta afirmación se sostiene sobre la base de entender que la célula es la unidad anatómica, fisiológica y patológica, y que por tanto la verdadera muerte es la muerte celular; sólo la descomposición celular es el verdadero signo de muerte¹². De esta tesis resulta, lo que en las legislaciones se empezara a establecer, la exigencia de un tiempo precautorio de veinticuatro horas antes del enterramiento del cadáver. En esta época se describieron con toda minuciosidad un gran número de fenómenos cadavéricos, como las livideces de decúbito, la palidez, los cambios de temperatura, las rigideces, la opacidad corneal, entre otros.

Surge entonces la inquietud de que, si bien, la muerte del individuo no acontece más que tras la comprobación de la muerte celular, era necesario

¹¹ J.L. Escalante, *La Definición de la muerte*, en J. Gafo, *Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, Madrid España 1996 Pág. 56.

¹² Actualmente este criterio es impreciso, puesto que sabemos que, con la aparición de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI) en los años 50, y los nuevos sistemas de ventilación y circulación artificiales, el ser humano puede resistirse a la descomposición o putrefacción, hasta más de diez años, y sin embargo estar muerto.

establecer si lo que tenían que descomponerse eran las neuronas, o por el contrario debía esperarse a que todas las células del organismo perdieran su estructura y función. La respuesta que hasta hace pocos años se daba era relativamente fácil: *"el cese de la actividad cardiaca y respiratoria determina la frontera entre la vida y la muerte, y a partir de ahí el deterioro de las estructuras orgánicas del ser humano es rápida e irreversible, incluido el sistema nervioso central"*. Por ello, es que la ausencia irreversible de la función cardiorrespiratoria haya sido considerada como determinante de la pérdida permanente del funcionamiento del organismo como un todo, tomándose, por tanto, como el criterio de muerte del individuo.

Pero a principios de 1956, los científicos Wertheimer, Jouvet y Descotes¹³, describieron una condición que ellos llamaron *"muerte del sistema nervioso"*, caracterizado por: coma apnéico, ausencia de reflejos tendinosos y de tronco encefálico y un cerebro eléctricamente silente; a los enfermos que presentaban esta situación consideraron justificado su desconexión del respirador. Meses más tarde, dos neurólogos, Mollaret y Goulon, describieron la misma condición bajo el término de *"coma dépassé"* -o coma sobrepasado en español- para referirse a un singular estado más allá del coma profundo. Estos autores se refirieron a las dificultades de delimitar las últimas fronteras de la vida.

La inquietud medica por realizar un diagnostico certero de la muerte en pacientes bajo régimen de ventilación mecánica, unida al desarrollo de nuevos programas de trasplantes¹⁴ que habían surgido requirieron el desarrollo de nuevas

¹³ M. Jouvet, *Electroenceph*, en Dilemas éticos de la Medicina Actual, Pág. 54.

¹⁴ Se señala que hace más de 2000 años el cirujano Susruta de la India reconstruía las narices de sus pacientes utilizando la piel de las mejillas de sus propios cuerpos. Más tarde en el siglo XV la experiencia de Susruta arribó al reino de Sicilia, donde los cirujanos atendían a personas para reconstruirles la nariz. También es conocido el milagro cristiano de San Cosme y San Damián; dos hermanos médicos que lograron el implante de una pierna de un hombre negro muerto a un blanco que había sufrido un aplastamiento, en el siglo III de nuestra era, en Damasco. Pero no fue hasta en el año 1954, en los Estados Unidos de Norteamérica, en Boston, que se realizó el primer trasplante de riñón en el que intervino un

definiciones de muerte basadas en la pérdida definitiva de las funciones integradas en el encéfalo, como la causa fundamental de que el organismo dejara de funcionar «como un todo».

Por ello es que en 1968, la XXII Reunión Médica Mundial en Sydney¹⁵ (Australia) redactó un informe denominado la «Declaración de Sydney» en la que se encara el problema de la muerte de una manera valiente y directa. En ella se afirma que: *«La muerte es un proceso gradual a nivel celular con tejidos que reaccionan de formas diversas ante la falta de oxígeno. Pero el interés clínico no reside en el mantenimiento de células aisladas, sino en el de la persona. El momento de la muerte de diferentes células y órganos no es tan importante como la certeza de que ese proceso se ha vuelto irreversible a pesar de cualquier técnica de reanimación que pueda ser empleada».*

En este mismo año, urgido por las circunstancias ya expresadas y bajo el pedido expreso de eminentes médicos del Hospital General de Massachusetts; un Comité *ad-hoc* de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard, integrado por diez médicos con la asistencia de un abogado, un historiador y un teólogo, aconsejó rápidamente una nueva definición de *muerte* basada en la irreversibilidad del daño cerebral. En el informe¹⁶ se establecieron los requerimientos y pruebas

donante gemelo idéntico. Posteriormente en 1963 se realizó el primer trasplante de hígado en el mundo, en Denver, por Thomas Starzl y el de pulmón por el Dr. Ardí, aunque el paciente murió dieciocho horas después. Si bien el primer injerto de córnea data de 1930, hasta el año 1952 no tuvieron mucho éxito. Los trasplantes de huesos y tendones se ubican en la década de los 50, los de intestinos se desarrollaron a partir de 1967 y en 1966 se realizó el primer injerto de páncreas en Denver. El primer intento de trasplante de corazón se registra el 3 de diciembre de 1967 por Christian Barnard en el que el padre de una joven de 25 años, que al ser embestida por un vehículo que le destrozó el cerebro pero que su corazón seguía latiendo; consintió que el corazón de su hija, una vez que dejara de latir, fuera implantado en otra persona quien padecía de insuficiencia cardíaca. Fue el trasplante que más conmovió al mundo entero, debido a las creencias que hasta en ese momento se tenía respecto al corazón. Para entonces surgieron preguntas como: cuándo un ser humano puede considerarse como está vivo y cuando muerto en casos como éstos? Debe el Derecho regular situaciones como éstas? o bien debe el Derecho solicitar auxilio de las ciencias médicas? (F. Sagarna, *Los Trasplantes de Órganos en el Derecho*, Buenos Aires 1996, págs. 6-8)

¹⁵ Cfr Gilder, S.S.B, *Twenty second World Medical Assembly 1968*, en J. Gafo, *Trasplantes de Organos*, Pág. 56.

¹⁶ L.A. Vélez, *Ética Médica; interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*, Pág. 221, 222. Ver

diagnósticas que demostraran la detención en las funciones del cerebro, tales son: *coma* (ausencia completa de conciencia, motilidad y sensibilidad), *apnea* (ausencia de respiración espontánea), *ausencia de reflejos que involucren pares craneanos y tronco cerebral*, y *trazado electroencefalográfico plano o isoelectrico*. Cumplidas estas condiciones durante un tiempo estipulado¹⁷, y previo descarte de la existencia de hipotermia o intoxicación por drogas depresoras del sistema nervioso, debía diagnosticarse la muerte, ahora "*encefálica*", y suspenderse todo método de soporte asistencial. Éste es conocido como los «criterios de Harvard»

Con los criterios citados, el mismo comité trató de definir las características de una ausencia de función cerebral permanente, y propusieron que esta situación fuese aceptada como un nuevo criterio de muerte. Se afirmó que un órgano que no funciona y que no tiene posibilidad de funcionar otra vez debe considerarse, a efectos prácticos *muerto*.

Tres años más tarde se produce un nuevo avance conceptual; los doctores Mohandas y Chou¹⁸ publican, en 1971, un trabajo en el que exponen lo que posteriormente se conocerá como «Criterios Minnesota». Ellos afirman que *en los pacientes que sufren una lesión intracraneal de etiología conocida e irreparable, el daño irreversible del tronco cerebral constituye el punto de no retorno. La muerte encefálica sería así la muerte del tronco exclusivamente*.

En la misma línea de los criterios de Minnesota se publican, en 1976 los resultados de la "Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the

anexos no 6, «Criterios Harvard».

¹⁷ Todos los exámenes mencionados deben ser repetidos veinticuatro horas posteriores a la presencia de dichos signos, para la certificación real de la muerte.

¹⁸ Cfr. Mohandas, A., y Chou, S. N., "*Brain Death; a clinical and pathologist study*", en J. Gafo, Trasplantes de Órganos, Madrid, España 1996 Pág. 58. Ver anexos no 6 «Criterios Minnesota».

United Kingdom”¹⁹ para la determinación de los criterios de diagnósticos de muerte cerebral. Sus recomendaciones se conocen como «Código del Reino Unido» y en el que se dice que la muerte funcional permanente del tronco cerebral constituye la muerte del encéfalo. Con posterioridad en 1979, la misma comisión identifica la muerte encefálica con *la muerte de la persona, aunque persista la función de algunos de sus órganos mediante medidas artificiales*.

En 1981 la “*President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioural Research*” constituida por expertos en neurología, neurocirugía, medicina interna, cuidados intensivos, medicina forense y legal y en otros campos, propusieron la adopción de una «Acta uniforme sobre la determinación de la muerte» en la que se dice: “*un individuo está muerto cuando le ha sobrevenido bien el cese irreversible de las funciones respiratorias y circulatorias, o bien, el cese irreversible de todas las funciones cerebrales incluyendo el tronco cerebral. La determinación de la muerte debe realizarse de acuerdo con los estándares médicos aceptados*”. Esta definición, conocida como Informe de la Comisión Presidencial, hace referencia a la muerte encefálica como “*la pérdida irreversible de función de todas las estructuras craneales por encima del Foramen Magnun y lleva implícitas la muerte de la corteza cerebral y el tronco del encéfalo*”.

Esta propuesta sobre *muerte cerebral* se impuso rápidamente por la clara evidencia de irreversibilidad en aquellos cuadros clínicos en quienes se verifican las condiciones neurológicas antes descritas y en los que, aún manteniendo las medidas de asistencia respiratoria mecánica y de soporte circulatorio, el paro cardíaco se produciría en pocas horas o días.

¹⁹ Diagnosis of Brain Death, Boletín Médico 1976, Págs. 1187- 1188, en J. Gafo, Op Cit. Pág. 56. Ver anexo no 6 «Criterios Británicos»

1.2.1 Criterio tradicional

Es la muerte cardiopulmonar el criterio de muerte más tradicional. Esta se define como: *"el cese permanente del flujo de los fluidos corporales vitales, que se comprueba mediante el cese irreversible de la función cardíaca y respiratoria. El cese aislado de cualquiera de esas dos funciones conlleva el cese de la otra e inevitablemente el cese de toda actividad encefálica"*²⁰.

Los criterios para la determinación de la muerte cardiopulmonar se acogieron en el «Informe de la Comisión Presidencial», el cual establece que *"un individuo con cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria está muerto. Este cese debe reconocerse mediante el examen clínico adecuado"*. En este mismo informe se menciona que el examen clínico debe revelar, como mínimo, la ausencia de respuesta a estímulos, de latido cardíaco y de esfuerzo inspiratorio. Las circunstancias médicas pueden requerir la utilización de pruebas confirmatorias tales como un electrocardiograma. La irreversibilidad se reconoce mediante el cese persistente durante un periodo apropiado de observación y/o proceso terapéutico.

Este planteamiento, en lo que respecta a la determinación de la muerte, fue rápidamente criticado; ya que según Escalante Cabo, *"la definición aún en dos criterios de muerte diferentes, el cardiopulmonar y el cerebral"*. Los críticos del planteamiento concluyen que *el cese permanente de las funciones cardiorrespiratorias funciona como una prueba de muerte, sólo debido a que ese cese produce el verdadero criterio de muerte: el cese irreversible de todas las funciones cerebrales*.

²⁰ President's Commission for the study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research: *Defining Death: A report on the Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death*, Washington, USA 1981. Ver anexo «Criterios Americanos»

Dicha crítica nos lleva a pensar que; es lógico que existan varias formas de morir, pero que solamente debe haber una forma de estar muerto. Es basado en interrogantes como éstas que han surgido nuevas definiciones de muerte, como las apuntadas a continuación.

1.2.2 Criterios modernos.

Como expusimos anteriormente; hasta tiempos recientes, se decía que la muerte ocurría cuando cesaban los latidos del corazón y la respiración. Pero la inquietud médica -y también legal- por realizar un diagnóstico certero de la muerte en pacientes bajo régimen de ventilación mecánica, unidos al desarrollo en los medios y procedimientos de reanimación y el avance de los nuevos programas de trasplantes, obligaron a revisar las definiciones tradicionales de vida y muerte. Surge entonces, la interrogante de determinar: ¿qué función es tan importante para la vida humana que no puede reemplazarse artificialmente, y que su pérdida es tan esencial que el individuo que la pierde debe considerarse muerto?.

Pues bien, según los criterios médicos hoy imperantes, establecen que es el cerebro y no el corazón el que regula las funciones corporales (cardiocirculatorias, respiratorias, metabólicas). Por ello, es que se acepta como definición de muerte la *muerte cerebral o muerte encefálica*²¹, que es el cese total de las funciones cerebrales. Si bien las funciones respiratorias y cardiocirculatorias pueden ser sostenidas artificialmente por medios electrónicos, mecánicos y/o medicamentos; la actividad encefálica no puede ser suplida de manera artificial, de modo que al tenerse como hecho cierto, la muerte encefálica equivale a la declaración

²¹ Es necesario precisar que en la literatura anglosajona la muerte encefálica se conoce como "*brain death*" que traducida literalmente sería "*muerte cerebral*". Sin embargo, en este caso "*brain*" debería ser traducida por *encéfalo*, pues *cerebro*, que proviene de latín *cerebrum*, únicamente hace referencia a una parte del *encéfalo*, los hemisferios cerebrales. Así, la traducción "*muerte cerebral*" es incompleta, por lo que es más correcto utilizar la de "*muerte encefálica*". (J.L. Escalante Cobo, *La definición de la muerte*, 60).

categoría de la *muerte*. Más existen divergencias en cuanto a determinar con exactitud, cuál de todas las funciones o porciones del cerebro es la que define la muerte de la persona.

Es por ello que, a partir de las últimas décadas del siglo pasado han surgido nuevas definiciones de muerte; no obstante, el criterio tradicional -criterio cardiopulmonar- continúan siendo válidos en la mayoría de las ocasiones. En la actualidad, los criterios o formulaciones de muerte que se manejan son de cuatro tipos:

Definición	Criterio asociado	Pruebas asociadas
1. Cese permanente del flujo de los fluidos corporales vitales.	Cese de la función cardíaca y pulmonar (Muerte Cardiopulmonar).	⇒ Ausencia de pulso y esfuerzos respiratorios. ⇒ Línea isoeléctrica en EGG.
2. Cese permanente de las funciones integradoras del organismo como un todo.	Cese de función del cerebro entero (Muerte de todo el encéfalo).	⇒ Criterios de Harvard. ⇒ Informe Comisión Presidencial.
3. Cese irreversible de las funciones integradoras del encéfalo como un todo.	Cese de función del tronco cerebral. (Muerte del tronco encefálico).	⇒ Criterios de Minnesota. ⇒ Código del Reino Unido.
4. Pérdida irreversible de la conciencia y de la cognición.	Cese de función de la neocorteza cerebral (Muerte neocortical)	No existen pruebas efectivas en este momento.

Como ha quedado dicho, el criterio de muerte a partir del cese de las funciones cardiopulmonares ha sido el tradicional, erigiéndose sobre el moderno criterio de muerte encefálica; sin embargo no ha sido pacífica, en las ciencias

médicas, la cuestión de determinar qué parte del encéfalo es la que debe estar irreversiblemente dañada para diagnosticar la muerte encefálica. El debate se ha centrado en tres posiciones, a saber:

Criterio de muerte de «todo el encéfalo»: Esta definición se asocia al cese permanente de las funciones integradoras del organismo "como un todo". La Comisión Presidencial para el Estudio de Problemas Éticos en Investigaciones Médicas y Biomédicas, definió la muerte como "*la ausencia irreversible de la capacidad del organismo para organizarse y regularse por él mismo*". Para sostener esta definición, la misma Comisión otorgó supremacía al encéfalo, por dos razones fundamentales: primero -según la misma comisión-, por su papel integrador, organizador y regulador de las funciones corporales, fundamentalmente, del triángulo conformado por el corazón, los pulmones y el encéfalo; cuando el encéfalo muere y la función respiratoria es suplida por la ventilación mecánica, otros órganos pueden funcionar, pero en este estado sus funciones no están verdaderamente integradas. Y segundo, por su papel patrocinador de la conciencia. En palabras de la Comisión "*sólo el cerebro puede dirigir el organismo entero*".

Este criterio de muerte, definido por la Comisión Presidencial, se refiere al "*cese irreversible de las funciones del cerebro entero, incluido el tronco cerebral*". Pero es que además de sostener la muerte como el cese de todo el encéfalo, también se asegura de que las funciones respiratorias y cardíacas hayan cesado. Este criterio ha sido el utilizado en otros informes, tales como los criterios de Harvard y el criterio Americano²²; y es además, el más aceptado en la mayoría de los países que establecen la muerte encefálica como verdadero estado de muerte.

Criterio de muerte del «tronco encefálico»: Tras la descripción de los Criterios de Minnesota por los doctores Mohandas y Chou ya mencionados; hubo una tendencia a considerar como sinónimo de muerte la pérdida irreversible de la función del tronco encefálico. Es por ello que surge el criterio de muerte del tronco encefálico, que fue el que inspiró el Código del Reino Unido. Según el defensor de este criterio -Pallis²³-, *"existe solamente una muerte humana: la pérdida irreversible de la capacidad para la conciencia combinada con la pérdida irreversible de la capacidad para respirar"*. Según el mismo Código del Reino Unido, la muerte del tronco cerebral puede diagnosticarse al enfermo, sólo con la evaluación clínica, sin necesidad de recurrir a investigaciones complementarias. De igual manera, considera que el electroencefalograma es una prueba irrelevante que no aporta ningún dato útil más que los que han sido puestos de manifiesto con la exploración clínica.

Criterio de muerte de «la neocorteza cerebral»: Esta formulación de la muerte propone definir la muerte como *"la pérdida de la función que es indispensable y fundamental para la naturaleza humana: la conciencia"*. Los defensores de esta posición plantean que *"la pérdida irreversible de las funciones corticales superiores, la conciencia y las funciones cognitivas son necesarias y suficientes para diagnosticar la muerte"*. Esta definición está vinculada al manejo de los pacientes en estado vegetativo persistente²⁴.

²² Ver anexos No. 6. «Criterio Americano»

²³ C. Pallis, *Brainstem death* Págs. 135- 152, en J. Gafo, *Trasplantes de órganos...* Pág. 66.

²⁴ Es en este estado clínico se encontraba Terri Schiavo; una mujer estadounidense quien a causa de factores fisiológicos sufrió un paro cardíaco que le llevó a un estado vegetativo persistente. Schiavo había pasado en este estado desde 1990; pero su esposo había solicitado reiteradas veces, vía judicial, que le retiraran la sonda gástrica que la mantenía alimentada e hidratada. La decisión final del Tribunal competente fue a favor de la solicitud del esposo; lo que para muchos significó un caso de Eutanasia Pasiva, puesto que según los criterios de muerte encefálica ("De todo el encéfalo" y del "Tronco encefálico") Schiavo aún continuaba con vida, puesto que respiraba sin necesidad de un ventilador artificial y reaccionaba a ciertos estímulos (según la Asociación Catalana de Estudios Bioéticos -www.aceb.org- éstos eran ojos abiertos, ciclos de sueño y vigilia).

En los últimos años han aparecido una serie de artículos científicos en los que se defiende que la neocorteza cerebral asume un papel fundamental para caracterizar al ser humano, y que el resto de las estructuras encefálicas que controlan las funciones vegetativas, son irrelevantes para la determinación de la muerte. Esta corriente del pensar médico defiende, que la muerte encefálica es la muerte de la neocorteza cerebral. Se trata de una concepción de muerte muy debatida y controvertida, ya que algunas situaciones, cuyo paradigma es el estado vegetativo persistente, serían catalogadas de muerte de la persona, aunque el enfermo parpadee o ventile espontáneamente (caso Schiavo y Ann Quinlan). Ningún país de los que hemos podido explorar ha adoptado hasta este momento dicho criterio, ya que conlleva multitud de obstáculos de orden práctico para su aceptación generalizada y tampoco creemos que éste estado deba ser considerado como el estado de muerte de una persona, puesto que sabemos que esta definición registra gran cantidad de problemas conceptuales y de orden práctico, para aceptar una definición de la muerte humana basada en la ausencia del contenido de la *conciencia*. Aunque con la implementación de la definición neocortical, según expone Escalante Cobo²⁵, los pacientes que presenten las condiciones de los dos anteriores criterios de muerte encefálica (de todo el encéfalo y del tronco cerebral), serían considerados como fallecidos. Pero aplicando éstos dos criterios, se definirían como vivos los *anencéfalos*²⁶ y el *estado vegetativo persistente*; que son los que el criterio de muerte neocortical define como muertos.

²⁵ Cfr. J.L., Escalante Cobo, La definición de la muerte, en J. Gafo, Op. Cit. Pág. 68.

²⁶ *Anencefalia*: se define como la ausencia congénita de cráneo, del cuero cabelludo y de los hemisferios cerebrales, debido a un defecto del desarrollo neural en el primer mes de gestación. *Estado Vegetativo Persistente*: Se define como una condición temporal (estado vegetativo) o permanente (estado vegetativo persistente), que ocurre en enfermos en los que después de haber sufrido importantes lesiones cerebrales, reaparecen los ciclos sueño-vigilia, pero no recuperan ninguna actividad conductual voluntaria ni de orientación respecto a sí y al medio. Las funciones cognitivas y afectivas que se ubican en los hemisferios cerebrales, están ausentes; pero las funciones que dependen del tronco encefálico están preservadas. Es decir, el contenido de la conciencia está ausente, mientras que la capacidad para la conciencia está preservada. (P. Plum, "Coma and related global disturbances of the human conscious state" 425 en Dilemas Éticos de la Medicina Actual Págs. 68- 69.

Explicados los tres criterios de muerte sostenidos en estos tiempos, y tomando en cuenta que el proceso evolutivo de la definición y determinación de la muerte ha sido largo y complejo, puesto que existen muchos elementos a tomar en consideración; ya que es el diagnóstico de vida o muerte de una persona la que está de por medio. Las ciencias médicas han optado por aceptar con preeminencia el criterio de muerte de *todo el encéfalo* y el criterio de muerte del *tronco cerebral*, que independientemente de las críticas que se le puedan hacer, podríamos utilizarlos para la determinación de la muerte en Nicaragua.

Nicaragua aún sólo contempla el criterio de muerte cardiopulmonar; que pese a su cierta consistencia no es posible con ella determinar con precisión en qué momento ocurre la muerte de un paciente que está en Cuidados Intensivos con ayuda de ventilador artificial; pues aunque sea mecánicamente posee las funciones cardíaca y respiratoria; y que tampoco es útil y ni práctica para fines de trasplantes.

En el estado actual de las ciencias médicas, la definición más acogida y aceptada es el criterio de muerte de *todo el encéfalo* -definición de muerte aportada por la Comisión Presidencial- por ser más condensada en el aspecto que retoma algunos criterios o posturas de otras corrientes y aporta nuevos medios de determinación de la muerte, definiéndola como ***el cese irreversible de la función de toda la estructura craneal y lleva implícita la muerte de la corteza cerebral y del tronco del encéfalo; y que por ende todo ello conlleva a un cese de las funciones cardiorrespiratorias.*** Siendo así, no habría duda alguna que la persona ha fallecido irremediabilmente.

Muchos son los países que han venido estableciendo regulaciones jurídicas en lo referente al concepto de muerte cerebral, pues es un tema que ha exigido especial atención en donde el desarrollo de los trasplantes así lo ha requerido.

En Italia *verbi gratia*, la Ley No. 578 del 29 de Diciembre de 1993²⁷, define la muerte como el cese irreversible de todas las funciones del encéfalo (criterio sostenido por la Comisión Presidencial de 1981 y en los Criterios de Harvard de 1968), que se entiende como verificado el cese definitivo e irreversible de todas las funciones del encéfalo cuando, *en ausencia de suministro de fármacos depresivos del sistema nervioso central o de hipotermia inducida artificialmente, además de enfermedades endocrinas o metabólicas que se deben comprobar clínicamente, se dé la presencia simultánea de las siguientes condiciones:*

a. Estado de coma acompañado de ausencia completa de reflejos del tronco cerebral y precisamente: rigidez pupilar también ante luz intensa, ausencia de los reflejos de la córnea, ausencia de respuesta motora en los territorios enervados por los nervios craneanos, ausencia del reflejo de deglución, ausencia de tos suscitada por maniobras de aspiración traqueo-bronquial.

b. Ausencia de respiración espontánea a pesar de una situación seguramente comprobada de normocapnea.

c. Condición de silencio eléctrico cerebral (que en muchas ocasiones suele presentarse en pacientes en cuidados intensivos).

Continúa prescribiendo la misma ley que *el inicio y la simultaneidad de las condiciones antes señaladas determinan el momento de la muerte, pero ésta debe comprobarse por medio de la presencia ininterrumpida de dichas condiciones durante un período de seis horas -doce horas para niños de uno a cinco años; veinticuatro horas para los niños de edad inferior a un año-. Siempre en ausencia de suministro de fármacos depresivos del sistema nervioso central o de condiciones de hipotermia inducida artificialmente.*

²⁷ Normas para la comprobación y certificación de muerte, Decreto Ministerial No. 582 del 22 de agosto de 1994 "Reglamento sobre las modalidades para la comprobación y certificación de muerte; en R.L. Lucas, *Antropología y Problemas Bioéticos*, Italia Pág. 119.

En el caso de Colombia, el Decreto 1172 de 1989, en su artículo 9 define la *muerte cerebral* como...*"el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando en forma irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico, comprobada por un examen clínico"* -definición sustentada por los Criterios de Minnesota en 1971 y en el Código del Reino Unido de 1976-. Continúa estableciendo el referido decreto que para diagnosticarla, antes de cualquier procedimiento tendiente al empleo de los órganos o de los componentes anatómicos para trasplantes u otros usos terapéuticos, se deberán constatar los siguientes signos:

- a. Ausencia de respiración espontánea.*
- b. Pupilas persistentemente dilatadas.*
- c. Ausencia de reflejos pupilares a la luz.*
- d. Ausencia de reflejo corneano.*
- e. Ausencia de reflejos óculo vestibulares.*
- f. Ausencia de reflejo faríngeo.*

Pero este mismo Decreto (Arto. 9 párrafo 4º) no precisa detalladamente cómo deben ser constatados estos signos, únicamente cita que *"en todo caso deberá comprobarse que la muerte cerebral, diagnosticada en la forma indicada en este artículo, no tenga modificación dentro de las seis horas siguientes al primer diagnóstico"*.

El artículo 13 del decreto mencionado hace notar -lo que consideramos importante-, que *"el diagnóstico de muerte cerebral no es procedente cuando en la persona exista cualquiera de las siguientes condiciones:*

- 1. Alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles;*
- 2. Hipotermia inducida"*

Si nos referimos, a la determinación de la muerte encefálica para fines de trasplantes, en países como Guatemala y Honduras, según Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana²⁸, estas legislaciones no son tan específicas. En Guatemala, por ejemplo, se establece que "*la muerte será certificada por tres médicos cirujanos*" y en Honduras "*será certificada la muerte por un neurólogo o neurocirujano y por un cardiólogo o internista*". Del estudio de estas legislaciones se constata, que a pesar que estas legislaciones no están tan desarrolladas en materia de trasplantología; los trasplantes de órganos y tejidos se efectúan como un práctica moderada.

En Alemania para evitar contradicciones e inconformidades, la doctrina establece dos definiciones para distinguir entre el momento de la muerte relevante para las extracciones de órganos y el momento relevante para las sucesiones. En Estados Unidos, mientras algunos Estados toman en consideración en materia de trasplantes, el cese irreversible de la circulación y la falta de respiración, otros la consideran como la pérdida irre recuperable de las funciones cerebrales²⁹.

En el caso de la legislación española; hasta finales de la década de los cincuenta, basaba el diagnóstico y la declaración de muerte de una persona; desde el punto de vista médico-legal, en la ausencia de latidos cardíacos y de respiración espontánea. Posteriormente se determinó que la definición tradicional de muerte era insuficiente, ya que su diagnóstico se efectuaba en base al criterio de paro cardiorrespiratorio, por lo que para diagnosticar la muerte encefálica se requiere un *diagnóstico clínico* y un *diagnóstico instrumental* (que son los criterios establecidos por la Comisión Presidencial).

²⁸ Trasplantes de órganos; La respuesta legislativa de América Latina, Vol. 108, Pág. 5 - 6.

²⁹ E. Caló, *Bioética*, Buenos Aires, Argentina 1997, Pág. 103.

La exploración clínica de Muerte Encefálica contemplada en la Ley de Trasplantes Española³⁰, es avalada por tres médicos, garantizando el diagnóstico. Esta exploración se repite tras un período de observación variable según los casos.

Es para la legislación española³¹, como para la mayoría de las legislaciones que regulan la muerte encefálica, *la combinación del diagnóstico clínico e instrumental*, la manera como se garantiza la irreversibilidad del paciente y por tanto, su muerte.

En el trabajo monográfico de Betancourt Benavente³², referido al *momento de la muerte en enfermedades terminales su connotación jurídico-penal y médico legal*, recomienda "la creación de una ley que de manera uniforme a Nivel Nacional, regule los criterios de muerte cerebral, comprobación de la muerte, el trasplante de órganos con donador vivo o muerto y los derechos de los pacientes"; ya que en investigaciones de Benavente concluye que, "comparando nuestra legislación, común y sanitaria, carecemos de tales aspectos".

No obstante, a pesar de todos los criterios, posiciones o creencias acerca de la *muerte*, sabemos que ésta no es del todo determinante. Debemos aclarar que la Declaración de la Asamblea Médica Mundial sobre la muerte, hace hincapié en que lo importante no es el momento de la muerte de las células o de los tejidos, sino el proceso que se hace irreversible; pero desafortunadamente ningún instrumento puede mostrar esto, pues cada individuo y cada órgano tienen una resistencia particular.

³⁰ Ley 30/1979, sobre extracción y trasplante de órganos, España 27 octubre 1979.

³¹ Anexo I del Real Decreto 2070/1999, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, España 30 diciembre 1999.

³² M.F. Betancourt Benavente, *El momento de la muerte en las enfermedades terminales. Su connotación jurídico-penal y médico-legal*, Universidad Centroamericana, Managua 1998 pág. 32.

1.3 MUERTE Y TRASPLANTOLOGÍA.

Uno de los métodos terapéuticos que más interés ha despertado desde hace siglos, es la posibilidad de cambiar un órgano afectado por otro en buen estado procedente de un individuo de la misma especie. Esta técnica es conocida como trasplante, y trasplantología es la ciencia especializada en los procedimientos de dicha técnica.

Si bien esto pudiera haber parecido una utopía, la experiencia de los últimos años ha evidenciado que el desarrollo de las técnicas quirúrgicas es adecuada para llevar a cabo trasplantes de riñón, médula ósea, corazón, pulmón, hígado, córneas y páncreas con fines terapéuticos, de forma que resulten exitosos.

El término trasplante es para Vélez Correa³³, *"el reemplazo de componentes anatómicos, provenientes de un donante vivo o muerto, con fines terapéuticos"*. Vélez sostiene que los trasplantes han tenido auge en las últimas décadas gracias a los avances quirúrgicos, la tipificación de tejidos y el desarrollo de drogas inmunosupresores. En la década de los sesenta se iniciaron los trasplantes de cadáveres aumentándose así la posibilidad de trasplantar riñones, pulmones, corazón, hígado, médula ósea, piel, etc.

Norrie, en su trabajo presentado en el Congreso Internacional sobre Ética, Justicia y Comercio en el Trasplante, define al trasplante de órganos como *"el procedimiento médico mediante el cual se extraen tejidos de un cuerpo humano y se reimplantan en otro cuerpo humano, con el propósito de que el tejido trasplantado realice en su nueva localización la misma función que realizaba previamente"*³⁴.

³³ Cfr. *Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*, Pág. 239.

³⁴ Agosto 20-24 de 1989, Ottawa, Canadá.

Los doctores Stickel y Seigler³⁵ argumentan que *"la palabra trasplante se emplea en el sentido más amplio para denotar toda extirpación o desprendimiento parcial de una parte de la economía y su implantación en la economía del mismo sujeto o de otro"*.

La profesora Abboud³⁶ sostiene que *"el trasplante es una nueva modalidad quirúrgica en virtud de la cual se introduce en el organismo órganos o tejidos, extraños a él, artificiales o naturales, con el fin de sustituir aquellos de la misma especie que se encuentran irreversiblemente dañados"*.

Para la legislación argentina el trasplante *"es la ablación de órganos y material anatómico para la implantación de los mismos de cadáveres humanos a seres humanos, y entre seres humanos"*³⁷.

La Ley General de Salud nicaragüense³⁸, define *"el trasplante"* como *"el reemplazo con fines terapéuticos de órganos o componentes anatómicos de una persona por otros iguales o asimilables provenientes del mismo receptor o de un donante vivo o muerto"*. Esta definición establece el trasplante inter-vivos, los cuales se efectúan actualmente en nuestro país, y además permite el trasplante con donador cadavérico, el cual no se ha practicado por la ausencia de un criterio para el diagnóstico de muerte encefálica; con el que pueda efectuarse la donación post-mortem que dé seguridad jurídica a los médicos, a los donantes y receptores y a la sociedad en general; y de una política educativa que informe, fomente y promueva las donaciones.

Pero ahora bien, ¿qué tiene que ver la muerte con los trasplantes de órganos? Los órganos o tejidos que se obtienen para trasplante pueden provenir de donante vivo o muerto. En este último caso, habrá que cerciorarse que la persona ha

³⁵ Cfr. D.C. Sabiston, Jr. *Tratado de Patología Quirúrgica*, Trasplante, 425.

³⁶ Cfr. N. Abboud, Op. Cit. pág. 12.

³⁷ Ley No. 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos, Arto. 1. Párrafo 1º, Boletín Oficial Buenos Aires, Argentina 26 abril 1993.

fallecido, pero que además no haya transcurrido demasiado tiempo como para que dichos órganos o tejidos se hayan deteriorado. Por ejemplo, las córneas, huesos y piel pueden extraerse después del paro del corazón; pero en el caso de los riñones y el corazón, éstos tienen que ser extraídos cuando todavía están funcionando, después de haberse declarado al paciente en estado de muerte encefálica, ya que es el único estado -la muerte encefálica- en el que las legislaciones de los países que contemplan al donador cadavérico, permiten la extracción del material anatómico.

Es aquí que en caso de pacientes con daños cerebrales que permanecen en unidades de cuidados intensivos (UCI), con ventiladores mecánicos y que son donadores de órganos en potencia, debe determinarse fehacientemente si el daño cerebral es irreversible y en consecuencia diagnosticar la muerte. Pues sólo en estos casos y previa la obtención de su consentimiento en vida o la de sus familiares luego de muerto, podrán extraerse los órganos y tejidos requeridos para trasplantar.

De cara a la trasplantología, la determinación del momento de la muerte y en particular, la muerte encefálica, alcanza singular relieve; porque exigencias de estricto orden médico indican, que un determinado grupo de órganos son viables para trasplante sólo cuando conservan su funcionamiento dentro del cuerpo que yace en muerte encefálica, pero por vía artificial se sostienen algunas funciones orgánicas. La técnica de trasplantes nos evidencia que aquellos órganos o piezas anatómicas que pertenecieron a una persona pueden ser útiles, después de su muerte, para el progreso de la medicina y para salvar la vida de otros seres humanos.

El moderno criterio de muerte encefálica, ya muy difundido y consolidado en otros contextos -no en el nicaragüense- exigen del galeno que diagnostica la muerte una preparación acorde a los avances que ha experimentado las ciencias

³⁸ Ley No. 423, Arto. 74, inc. a. Gaceta 91, Managua 17 mayo 2002.

médicas. El médico ha de conocer los criterios o requerimientos técnicos que indican el diagnóstico de muerte cerebral, requerimientos que de ordinario son directivas de los Ministerios de Salud, fruto de colegiarse y decidirse por especialistas connotados, que terminan siendo normas técnicas institucionalizadas. La importancia de observancia de estas normas técnicas por los médicos intensivistas se explica por sí: se está decidiendo sobre el más sacramentado derecho, que es la vida misma.

En la realidad médica nicaragüense un paciente en las Unidades de Cuidados Intensivos de nuestros centros hospitalarios, cuyos signos podrían considerarse de muerte encefálica, nulas veces es valorado como posible donante, debido al desconocimiento que sobre el tema existe, por lo que el diagnóstico de muerte encefálica no es un criterio aplicado en nuestra práctica médica. Creemos que ningún médico, juez o familiar efectuaría o autorizaría la extracción de un órgano de un fallecido, porque además de que no se podría determinar la muerte encefálica del paciente a fines del trasplante, por carecer de tal criterio, se correría el riesgo de ser acusado judicialmente por el delito de lesiones, homicidio o profanación de cadáveres, según el caso.

La donación de materiales anatómicos (en vida o post- mortem) se basa en los principios de autonomía privada, altruismo y gratuidad. La obtención de órganos ha de ser entendida como un medio para contribuir a la supervivencia y rehabilitación de otro ser humano; pero jamás puede justificarse el daño hacia la vida, la salud e integridad física de una persona para aliviar los padeceres de los de otra.

La literatura médica valora que la complicación fundamental de un trasplante exitoso es el fenómeno conocido como reacción de rechazo de injerto³⁹ o rechazo

³⁹ La reacción de rechazo de injertos es el conjunto de fenómenos que se observan en el receptor y el tejido trasplantado cuando entre ellos existe disparidad genética, y que conducen a la destrucción y eliminación del tejido trasplantado.

inmunológico que crea el organismo ante órganos y tejidos extraños. Recoge que la manera única de contrarrestar esta acción es lograr la compatibilización genética entre donante y receptor, para los antígenos de histocompatibilidad (HLA), así como la implementación de medidas de inmunosupresión. Para la consecución de este fin la primera medida es cerciorarse, previo a la ejecución del trasplante, que se cumplan con las probabilidades de compatibilidad genética, para lo cual se realizan rigurosos exámenes genéticos; y como segunda medida, una vez realizado el trasplante se debe emplear un tratamiento de inmunosupresores⁴⁰.

Una de las grandes limitaciones que en sus inicios presentó el desarrollo de la trasplantología, y que en algunos contextos aún subsiste -como es el caso del nuestro- es el temor de que después de muertos podamos ser despojados de nuestros restos. Ello obedece probablemente, a la misticidad que envuelve el hecho mismo de la muerte, y los sentimientos de apego y dolor que ha experimentado el hombre, a lo largo de la historia, ante la pérdida de un ser querido; sin embargo, con el avanzar de la civilización y los retos que el propio hombre se ha impuesto a sí mismo, a partir de los grandes descubrimientos científicos - y en particular de las ciencias médicas- sobre nuestra antañona concepción, temerosa y reticente de la muerte se ha erigido y ganado supremacía, una concepción más objetiva y altruista; tal cual es: aún después de muerto generar vida y constituir esperanzas para un semejante.

1.4. VALORACIÓN JURÍDICA

⁴⁰ Existen varios tipos de inmunosupresores que tienen diferentes formas de actuar. Expondremos brevemente algunos de ellos: La *asatioprina*: actúa impidiendo la formación de células de rechazo. Se utiliza asociada a la prednisona y a la ciclosporina para disminuir la capacidad de respuesta inmune del organismo. La *ciclosporina*: con el uso de este nuevo fármaco se ha podido trasplantar con éxito pacientes que antes eran considerados de alto riesgo, como por ejemplo las personas mayores de sesenta años, los diabéticos. El *tacrolimus*: fármaco inmunosupresor con mayor capacidad que la ciclosporina, ambos inmunosupresores nunca deben asociarse. Controla mejor los niveles de colesterol al mismo tiempo que induce menos hipertensión arterial.

Si para la medicina la muerte es un proceso de no muy fácil determinación⁴¹ para el Derecho debe quedar bien en claro que es un momento determinado, ya que de lo contrario, tendríamos que estimar a una persona que transita hacia la muerte, en alguna etapa "*como viva*", en otra como "*medio viva*", en otra como "*medio muerta*" y al final como "*muerta*" definitivamente. Para el Derecho o se está vivo o se está muerto, no hay términos medios.

Así que, si para el Derecho con el nacimiento se adquiere la personalidad jurídica, con la muerte, que representa el cese, fin de la vida, indicará también la extinción de ese reconocimiento que el Derecho hace al ser humano; tal cual es, la personalidad.

La muerte, desde la óptica jurídica, se produce en un único momento y es considerada un hecho jurídico⁴²; el cual puede definirse como: "*un acontecimiento natural cualquiera, una circunstancia a la cual el ordenamiento vincula el surgimiento de consecuencias jurídicas*"⁴³. La muerte del ser humano es también un hecho jurídico de gran trascendencia, por las consecuencias a que da lugar, en particular respecto a las relaciones jurídicas que el muerto tenía constituidas.

De ahí que, diagnosticar la muerte del ser humano se torna en materia importantísima para el Derecho. Con la muerte se extinguen derechos y

⁴¹ Para la medicina la muerte es un proceso, definido por la Enciclopedia Salvat de Ciencias Médicas como: "un fenómeno consistente en la cesación gradual de las reacciones bioquímicas internas y externas que mantenían la vida. La muerte no es un momento en el sentido temporal, constituye un proceso, ya que el organismo no cesa en sus funciones de una manera súbita. Clínicamente se diagnostica la muerte, representado por la cesación de dos funciones vitales: respiración y circulación; con la persistencia de otras fácilmente demostrables en el cadáver, tales como la excitabilidad eléctrica de los músculos, función digestiva. La Enciclopedia Médica de Taber (Taber's Cyclopedic Medical Dictionary) precisa que la muerte es "la cesación completa y definitiva de la vida. Es el punto a partir del cual se hacen irreversibles los procesos degenerativos de un organismo".

⁴² Los hechos jurídicos son acontecimientos naturales que se manifiestan con independencia del hombre, como terremotos, tempestades, la concepción, el nacimiento, etc. y que producen efectos jurídicos.

⁴³ W. Villagra, *Introducción al Derecho*, Managua, Nicaragua 1996 Pág. 173.

obligaciones de carácter personalísimo⁴⁴, se extinguen otras relaciones jurídicas como es el caso de: las relaciones conyugales⁴⁵, la patria potestad⁴⁶, la guarda⁴⁷, la tutela, la obligación de dar alimentos⁴⁸ y otras del Derecho de la familia que son intransmisibles. Quedan extintas también, relaciones contractuales personalísimas, el usufructo⁴⁹, la responsabilidad penal⁵⁰, la relación jurídica laboral, los derechos inherentes a la personalidad, se cancelan de oficio los antecedentes penales; se abre la sucesión hereditaria del causante⁵¹ en todas las relaciones jurídicas transmisibles de las cuales éste era titular, cobra vida la institución del albacea, se perciben las prestaciones monetarias de la seguridad social, entre otras.

Civilmente la determinación exacta del momento de la muerte, permite discernir a quien puede corresponderle potenciales derechos sucesorios. Es así, que dos instituciones explican o resuelven el fenómeno en virtud del cual, dos personas con derecho a sucederse mueren en igual espacio de tiempo, sin poder determinarse que muerte ha antecedido; a saber, los institutos de la comoriencia⁵² y premoriencia⁵³.

⁴⁴ Aunque con la muerte se extinguen relaciones de carácter personalísimas, subsisten acciones para reclamar la violación de los derechos inherentes a la personalidad que eran del difunto y que con su muerte se integran ahora en la categoría de defensa de la memoria del causante.

⁴⁵ Ley No. 38, Arto. 1 "Se disuelve el matrimonio por muerte de uno o de ambos cónyuges"

⁴⁶ Arto. 269C. "Termina la patria potestad -relación padre, madre, hijo- por la muerte del padre o madre"

⁴⁷ Arto. 480C. "La guarda termina con la muerte del guardador o de la persona en guarda" y Artos. 55 y 72C.

⁴⁸ Ley de Alimentos No. 1431 de la República de Nicaragua "Se extingue la obligación de dar alimentos por la muerte del alimentante o del alimentista"

⁴⁹ Arto. 1529C. "Se extingue el usufructo por muerte del usufructuario".

⁵⁰ Arto. 114 Pn. "La responsabilidad penal se extingue: por la muerte del reo..."

⁵¹ Arto. 932, 934 y 938C. "Se abre la sucesión, sea testamentaria o legítima, por la muerte de quien poseía los bienes". Según el artículo 933 del Código Civil nicargüense, "la sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla"

⁵² El Código civil opta por la figura de la comoriencia en el artículo 47 Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras.

⁵³ Como expresa Federico de Castro, el hecho de que una persona muera antes que otra (premoriencia) o simultáneamente (comoriencia) es decisivo en todos los casos en que la supervivencia es supuesto de

Al abordar la valoración jurídica sobre el tema de la muerte, no podemos desentendernos, aunque sea en apretado espacio, en abordar sobre el vetusto y superado término de muerte civil que nos legó el Derecho Romano. Esta clase de muerte según la doctora Meza Gutiérrez⁵⁴, era establecida para *seres sirvientes que morían para el mundo, por lo que dejaban de ser sujetos de derecho*. Ha sido considerada, la muerte civil, en privar al condenado de toda participación de sus derechos civiles. Hoy repercute en el campo del Derecho sólo el concepto de muerte natural, quedando como una institución de Derecho histórico la denominada interdicción civil⁵⁵.

Todos los efectos jurídicos -antes dicho- que genera el hecho de la muerte, presuponen su diagnóstico, de tal forma que para el Derecho no puede pasar desapercibido la declaración de un acontecimiento -la cesación de la vida- que le determinará y desatará un sinnúmero de consecuencias previstas y normadas por él. Sin embargo, este hecho que se proyecta directamente en el mundo jurídico, no es determinado por el legislador, sino que éste se limita a regularlo a los fines de normar sus consecuencias. Es así que los Códigos Civiles no se detienen a definir

transmisión de derechos...(T. Clemente, Derecho Civil. Parte General, pp. 294).

⁵⁴ Cfr. A. Meza Gutiérrez, Personas y Familia, Managua, Nicaragua 1999 Pág. 42.

⁵⁵ El artículo 46C define que ninguna persona podrá ser declarada bajo el concepto de muerte civil, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas. En futuros empeños académicos sería oportuno profundizar sobre la notoria contradicción que presenta la legislación civil vigente, con el artículo 55, 70 y 72 del Código Penal Vigente Arto. 55 Pn. "*Las penas accesorias son en su caso: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, multa, interdicción civil, suspensión de los derechos del ciudadano, sujeción a la vigilancia de la autoridad y pérdida de los instrumentos con que se cometió el delito*". Arto. 70 Pn. "*La interdicción civil priva al penado, durante la condena, del derecho de patria potestad que le conceden las leyes civiles, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos inter-vivos, salvo los casos en que la ley limite esto efectos*". Arto. 72 Pn. "*Las penas de presidio y prisión llevan consigo, como accesorias, la interdicción civil por el tiempo de la condena y sugesión a la vigilancia de la autoridad por el término de seis meses a cinco años, después de cumplida la pena, según el grado de corrección y buena conducta que hubiere observado el reo durante la condena*"), en el que se admite la figura de la interdicción civil que desde ya dejamos sentado en nuestra percepción debe ser superado en nuevo Proyecto de Código Penal que aún se discute en la Asamblea Nacional.

el hecho de la muerte, sino que, coloca en manos de las ciencias médicas su diagnóstico, para luego derivarle unos efectos de ley⁵⁶.

Son los médicos quienes expiden certificación de este hecho jurídico fundamentado en criterios científicos⁵⁷; especificando la causa directa, la causa intermedia y la causa básica de la muerte⁵⁸. Se establece también que el Ministerio de Salud⁵⁹ es el órgano encargado de notificar por escrito las defunciones, que por cualquier causa ocurran, a los Registros del Estado Civil de la Personas dentro de los plazos establecidos, a nivel departamental y con posterioridad remitidas al registro central de Managua. Esta inscripción sirve de prueba del deceso, debido a los efectos de la publicidad de los hechos jurídicos.

Como puede notarse de la lectura del articulado 46 de nuestro Código Civil, con acierto, no ofrece una definición de muerte; sin embargo, más debatido pudiera resultar la letra del artículo de la Ley Registral citado por la Dra. Maria Auxiliadora Meza en su obra *Personas y Familia*⁶⁰, la cual expresa que muerte es

⁵⁶ Así el Código Civil para el Distrito Federal de México, en materia común, del 1 de octubre de 1932 dispone en el artículo 22 que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte". El Artículo 103 del Código Civil argentino norma en su primera parte: "termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas". El Código Civil Cubano preceptúa en el artículo 26.1 que el criterio a seguir para la determinación de la muerte se remite a las disposiciones emitidas por el organismo correspondiente, que en este caso es el Ministerio de Salud Pública (MINSAP). Según Decreto- Ley 67, en su artículo 81 dispone que "el Ministerio de Salud Pública es el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del gobierno en cuanto a la atención de los problemas de la salud del pueblo". La legislación nicaragüense, igual que la argentina, en su artículo 46C regula que "termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. En materia registral, la legislación civil nicaragüense contempla, la existencia de una oficina de Registro Civil en cada ciudad, villa, pueblo de la República que tendrá como fin la inscripción de ciertos actos tales como: nacimientos, matrimonios, legitimación, reconocimientos de hijos o de hijas, emancipación, declaración de mayoría de edad y, el acto que es objeto de nuestro estudio, la muerte; la cual la define como "la desaparición definitiva de todo signo de vida con posterioridad al nacimiento con vida"

⁵⁷ La certificación de la muerte es la expedición de un instrumento oficial realizado por un médico, el cual está designado a consignar la muerte de un individuo. Este documento cumple con un doble fin: para asiento de la defunción en el Registro del Estado Civil de las Personas y autorización para el enterramiento y para estadística demográfica y control sanitario.

⁵⁸ Por tanto, para determinar el momento de la muerte, el Derecho debe apoyarse en criterios de la medicina actual. El médico debe tener la plena seguridad de que la muerte de una persona se ha producido y comprobar por todos los medios existente para este fin, que está frente a un cadáver.

⁵⁹ Cfr. Ley General de Salud, Artículo 7 Competencias del MINSA, inc. 34.

⁶⁰ Cfr. A. Meza Gutiérrez, *Personas y Familia*, Managua, Nicaragua 1999 Pág. 39.

carecer de todo signo de vida, en nuestra percepción se inmiscuye en un campo que no corresponde al legislador. Esta definición, en nuestra consideración desacertada, puede obedecer a que el legislador se afilió al criterio tradicional de muerte -criterio cardiorrespiratorio- lastrando con ello la posibilidad de acoger criterios modernos frutos del desarrollo científico- técnico, como es el caso de la muerte cerebral.

En el estado actual de nuestra legislación, que presenta serios vacíos y debilidades en estos temas tan debatidos, se exige la precisión en cuanto al momento y la prueba de la muerte de la persona, no sólo con fines de donación sino como un criterio científico moderno de las ciencias médicas, y de la necesidad de la regulación jurídica de los trasplantes de órganos y tejidos humanos, que proteja y brinde seguridad a las personas implicadas y a la sociedad en general.

Es así, que el Derecho acude al auxilio de las ciencias médicas para revestir de legalidad, seguridad y obligatoriedad a aquellas normas técnicas -que de ordinario gozan de rango ministerial- que han de ser observada por los galenos al momento de diagnosticar la muerte, y que a la vez son garante para este personal, de su actuar conforme a lo establecido.

El moderno criterio de muerte cerebral y su implicación en el área de la trasplantología significó rupturas de paradigmas, no sólo en el campo médico sino también en las ciencias del Derecho, por cuanto nos correspondió replantearnos y reelaborar conceptos a la luz de ese nuevo descubrimiento científico. Puede decirse que el esfuerzo jurídico se concentra en dos grandes bloques, que a su vez reproducen, como efecto dominó, empeños diversos; a saber, en primer término dotar al personal médico y paramédico de todo el soporte legal que le garantice, ante el diagnóstico de muerte cerebral que actúa conforme ley, apartado de las

figuras de homicidio, asesinato, lesiones a la integridad física; y en segundo orden, dotar de seguridad jurídica todo el proceder que implica un trasplante mismo, desde la obtención del consentimiento para la ablación del órgano, hasta la implantación en el receptor. Como ha quedado dicho, estas dos áreas troncales desgajan a su vez en subsiguientes bloques o temas a revisar desde el enfoque de las ciencias jurídicas, tal es el caso, y coincidiendo con el profesor Carlos Romeo Casabona⁶¹ los trasplantes nos obliga a plantearnos y reflexionar sobre temas tan complejos como:

⇒ el principio de la autonomía de la voluntad del donante y del receptor y sus respectivas consecuencias.

⇒ el consentimiento informado y lo referente a la derogación o atenuación del consentimiento en los menores de edad e incapaces, con fines a la donación de órganos; considerando la posible representación sobre la integridad ajena.

⇒ la regulación de la comercialidad o extracomercialidad del cuerpo humano.

⇒ si debe el Derecho intervenir en los criterios para la comprobación de la muerte del donante cadáver, como ente protector, mientras exista un resquicio de vida del donante.

⇒ la confidencialidad para la protección de los donantes y de los receptores. Si se debe o no guardar sigilo sobre la identidad de éstos.

⇒ la exigencia en la cualificación adecuada de los centros sanitarios y de sus equipos profesionales, que vayan a realizar las tareas de obtención y extracción de órganos y los de su implantación, y así obtener un mayor intervencionismo de las autoridades administrativas sobre el control de éstos y otras actividades médico-quirúrgicas complejas, que requieran una cualificación especial, por parte de quienes las practican.

⁶¹ Tendencias legales sobre los trasplantes de órganos, en *Dilemas Éticos de la Medicina Actual...*Javier Gafo, España 1996 Pág. 101-104.

⇒ y finalmente, nos obligan a considerar la experimentación de los trasplantes con dadores animales; el denominado xenotrasplantes o heterotrasplantes, los órganos artificiales y la reciente utilización de fetos abortados con fines trasplantológicos.

Lo cierto es, que con independencia del momento histórico de que se aborde, el Derecho en relación con el diagnóstico de muerte, no ha sido sino otra cosa, que un reflejo del estado alcanzado por las ciencias médicas en cada momento del desarrollo social, y ese será su devenir. De forma tal, que el Derecho se acompañará a los dictados que le imponga el desarrollo del pensar científico-médico⁶².

⁶² Coincidimos con el criterio de la profesora Abboud, que como sociedad culturalmente, tenemos que estar preparado para los desafíos de la ciencia; hoy hablamos de muerte encefálica, pero ya se escucha en algunos lugares del planeta (Estados Unidos, Reino Unido), que aún en plano experimental el diagnóstico de la muerte a partir de la pérdida de las funciones cognitivas; llegará o no al plano clínico, pero ciertamente las ciencias médicas no se detienen en el tiempo.

CAPÍTULO II.

ESBOZO TEÓRICO ACERCA DE LA POSIBLE NATURALEZA JURÍDICA DEL CUERPO HUMANO Y DEL CADÁVER.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CUERPO HUMANO

El cuerpo humano es la representación física de la persona, su estructura constituye el indicador que permite comprobar jurídicamente la existencia de la persona natural.

El término persona proviene del vocablo latín *personare*, que designaba la máscara de la cual se servían en escena los actores en Grecia y Roma, dando amplitud a su voz con el objeto de identificar el personaje que representaban⁶³.

En la posición antropológica se presenta al hombre como persona, sustancia individual racional y libre, dotada de un valor o dignidad que fundamenta la coexistencia política y jurídica.

Filosóficamente se ha entendido a la persona como toda entidad que realiza un fin moral y emplea su actividad de un modo consciente. Ello nos refiere que persona es un ser capaz, responsable, que discierne entre lo que se debe o no hacer.

Según Ramos Chaparro⁶⁴ la concepción jurídica de la persona, ha sido siempre y es en la actualidad "*un corolario de la concepción filosófica sobre el hombre*", ya que no se puede construir una teoría exclusivamente jurídica de la persona, o mejor dicho, "*desentendida de lo que la persona misma presupone*". Entendemos

⁶³ Cfr. A. Meza Gutiérrez, *Personas y Familia* 1999, Pág. 19.

⁶⁴ Cfr. E. Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, España Pág. 115.

entonces como concepto jurídico de persona; "toda entidad física o moral, real o jurídica y legal, susceptible de derechos y obligaciones, o de ser elemento subjetivo en relaciones de derechos", el cual es un concepto que ha sufrido transformaciones según las distintas épocas por las que el ser humano se ha desenvuelto. Visto así, el ser humano es el sustrato natural del concepto de persona quien es el eje principal alrededor del cual gira el Derecho, y en especial el Derecho Civil, en el sentido de que todo el Derecho existe en función de las personas.

A esa persona, ser biológico y racional, el Derecho lo acoge en su seno trayéndolo a la realidad jurídica, lo provee de facultades y deberes que lo guíen en su actuación, reconociéndolo como sujeto de derecho. Esta cualidad de persona – sujeto de derecho- lleva aparejada la aptitud para ser titular de derechos o deberes jurídicos, conocida como personalidad jurídica⁶⁵.

Según el jurista Heldrich en *Legal Personality*: “el concepto de personalidad jurídica fue desarrollado en la Escuela Jurídica Alemana de los siglos dieciocho y diecinueve. Esto indica la capacidad del ser humano de ser sujeto de derechos y obligaciones”. Agrega también que “la personalidad jurídica constituye el paso principal de la capacidad para actuar y la habilidad para establecer, ejercer, transferir o renunciar derechos”⁶⁶.

En épocas del Derecho Romano no se consideraba a la personalidad y capacidad jurídica por el hecho de ser una persona humana, sino que éstas dependían del estado o *status*. Así por ejemplo, el esclavo no tenía personalidad

⁶⁵ La *Enciclopedia Libre Wikipedia*, define la personalidad jurídica como aquella por la que se reconoce a una persona, entidad, asociación o empresa, capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros (En http://es.wikipedia.org/wiki/Personalidad_jurídica).

⁶⁶ Cfr. International Encyclopedia of Comparative Law, vol. IV: Persons and Family, cap. 2: Persons, Pág. 1.

porque no poseía el *status libertatis*; el extranjero a los efectos del *ius civiles* tampoco tenía personalidad porque carecían del *status civitatis*; y los *alieni iuris*, que están sujetos a la potestad de otro, no se le reconocía personalidad.

La personalidad, en palabras de la doctora Meza Gutiérrez es "*el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico, al ser humano en su esfera individual y social como sujeto de derecho, reconocimiento que se produce al momento de nacer con vida, coincidente con la adquisición de la categoría legal de persona*".

En el Derecho vigente se considera que todos los individuos de la especie humana tienen personalidad jurídica, es decir, que la personalidad del individuo está vinculada con la existencia de éste, y no a su conciencia o a su voluntad. Cabe reafirmar que la personalidad no es más que una exigencia de la naturaleza del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer, ya que teniendo en cuenta la consideración del hombre como ser social, está precisado a tutelar jurídicamente relaciones sociales no suficientemente garantizadas por la moral y la costumbre. También existe el reconocimiento de personalidad jurídica a entes diferentes de la especie humana, por ejemplo, al Estado y a las *sociedades mercantiles*, pero no entraremos a estudiar éstas últimas, sino que nos referiremos únicamente a las personas físicas.

Situándonos en la legislación nicaragüense, el Código Civil en su artículo 1, define a la persona como "*todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones*". Según este concepto, pareciera que únicamente los seres capaces son considerados *personas*, dejando a un lado a los incapaces. Lo que no puede ser sostenido, porque persona es el concepto jurídico con el que el Derecho tutela la existencia del ser humano, con independencia de que pueda ejercitar por sí o por otro, sus propios derechos.

Podemos decir entonces que *persona* es: todo hombre de existencia natural que por el hecho de nacer posee personalidad jurídica. Quiere decir entonces que el Derecho reconoce la existencia del ser humano por el solo hecho natural de serlo -el nacer- le confiere aptitud para ser titular de relaciones jurídicas; luego podrá ejercer, por sí o por medio de representante legal, los derechos y obligaciones que le son atribuidos. Es en este sentido que la capacidad jurídica se entenderá desdoblada; en una primera acepción se considera que el ser humano, sólo por el hecho de existir, ostenta la llamada capacidad de derecho que es inherente a toda persona, por lo que se puede afirmar que no hay persona o sujeto sin capacidad, que es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas concretas; y en una segunda acepción se define la capacidad de ejercicio o de obrar, como aquella que permite a su titular ejercitar por sí, sus propios derechos y obligaciones, sin la necesidad de un representante legal. Aquellos sujetos de derecho que reúnan tanto la capacidad de derecho como la capacidad de obrar, se entenderán que gozan del pleno ejercicio de su capacidad jurídica⁶⁷. Ésta es la capacidad que poseen las personas para ejercer derechos y contraer obligaciones, sea por ellos mismos o por medio de representante. Cabe mencionar, desde nuestro punto de vista, que los *nasciturus* son personas poseedores de derechos eventuales, condicionadas a adquirir la personalidad jurídica una vez concluido el acto del nacimiento.

Siguiendo la posición de la doctrina mayoritaria; la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento, por ello desde el Derecho Romano, se ha conferido gran importancia a determinar cuando una persona se tiene por nacida. Es así, que

⁶⁷ El Código Civil nicaragüense, en los artículos 1, 2, 5, 7 y 8, regula los temas de personalidad y capacidad. Arto. 1. " Es persona todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Las personas son naturales y jurídicas" Arto. 2. "Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición". Arto. 5- "La existencia legal de toda persona principia al nacer". Arto. 7. "Tienen incapacidad absoluta: 1º las personas por nacer, 2º los impúberes, 3º los dementes". Arto. 8. "Tienen incapacidad relativa los menores adultos". Nótese que el artículo 7 principia con el término incapacidad absoluta, lo cual consideramos una imprecisión del término, ya que en apegada técnica jurídica, nadie que sea persona puede ser un incapaz absoluto, porque al menos gozaría de

en aquel estadio del Derecho, para adquirir personalidad se requería; nacer vivo, ser viable y no prematuro. Sucesivamente, diversas teorías han pretendido explicar el fenómeno mismo de nacer, entre las más relevantes a nuestro parecer son:

La **teoría de la viabilidad** exige para el reconocimiento de la personalidad, no sólo el hecho de nacer vivo, sino también la aptitud para seguir viviendo una vez fuera del claustro materno, es decir que la criatura humana tendrá personalidad siempre que nazca viable, esto es, constituida de manera tal que pueda vivir⁶⁸. El Derecho español⁶⁹ exige que el recién nacido viva 24 horas, totalmente desprendido del claustro materno para que pueda gozar de personalidad. Según esta posición, será persona únicamente el ser que logre vivir más allá de las 24 horas posterior al nacimiento, lo que para nosotros es irrazonable y contrario al respeto de la vida humana; ya que si se le otorgan derechos al concebido desde el vientre materno, por qué esperar un día para definirlo como persona. Seguiría siendo, el recién nacido, no viable si muriera al instante del nacimiento o como si muriera posterior a las 24 horas; y en ambos casos habría habido existencia real, se concibió y nació con vida.

La **teoría iusnaturalista** sostiene que el hombre por su condición de ser humano tiene personalidad, de ahí que sea un derecho inherente al ser humano que no requiere que le sea reconocida por ningún ordenamiento jurídico⁷⁰. Esta posición es demasiado subjetiva, puesto que no delimita un inicio de la adquisición de la personalidad; tampoco nos indica si desde la concepción el ser humano posee su capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.

la capacidad de hecho.

⁶⁸ La teoría de la viabilidad exige 1° que el producto sea viable, con aptitud ante la vida y 2° que su periodo mínimo de vida, sea de 24 horas.

⁶⁹ Cfr. A. Meza Gutiérrez, *Personas y Familia*, Pág. 27

⁷⁰ Cfr. A. Meza Gutiérrez, *Ídem*, Pág. 46.

Según la **teoría de la concepción**, la personalidad comienza con la vida intrauterina comprendiendo que...*"el feto que está en el claustro materno es materialmente después el mismo en la vida extrauterina"*. Esta teoría parte del hecho de la concepción del hombre como determinante del inicio de la personalidad, es decir, sitúa su comienzo en el momento en que surge la vida intrauterina. La misma ha sufrido severas críticas basadas en la imprecisión de determinar cuando se produce la concepción⁷¹.

La **teoría del nacimiento** se funda en el comienzo de la personalidad al concluir el acto del nacimiento. El nacimiento significa jurídica y naturalmente el total desprendimiento del feto del claustro materno, la desvinculación de la madre, la rotura del cordón umbilical⁷².

La **teoría ecléctica** pone el origen de la personalidad en el nacimiento, pero reconoce derechos al concebido o retrotrae los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. Es una teoría iniciada por Savigny que da al concebido una capacidad relativa y condicional; *relativa*, porque se extiende sólo a lo que le sea favorable, y *condicional*, porque depende de que el nacimiento ulterior del concebido se verifique⁷³.

El Código Civil nicaragüense estatuye que *"la existencia legal de toda persona principia al nacer"*; que *"desde el seno materno comienza la existencia natural de las personas; y que antes de su nacimiento deben ser protegidas en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan obtener. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida"*. A las personas, agrega, *"les son permitidos todos los actos y*

⁷¹ Cfr. C. Valdés Díaz, Derecho Civil, Parte General, La Habana 2002, Pág. 104.

⁷² Cfr. T. Clemente, Derecho Civil, Parte General, tomo I, La Habana, Pág. 204

⁷³ Cfr. T. Clemente, Op. Cit. Pág. 207.

todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su capacidad política"⁷⁴. Estas disposiciones son las preceptuadas en la teoría ecléctica, en cuanto refieren que la personalidad se origina con el nacimiento, pero reconoce derechos provisionales (*sub- conditio*) al *nasciturus* antes de obtener su personalidad, los cuales quedan adquiridos definitivamente si el *nasciturus* naciera con vida. Consideramos esta posición más razonable y humana, puesto que para obtener la personalidad basta con que el concebido nazca con vida, sin tener que discutir si el nacido es viable o no para vivir (teoría de la viabilidad) o de precisar cuando es que se produce la concepción del feto.

Estas disposiciones referida al *nasciturus*, están planteada de tal manera para los efectos sucesorios, más no es posible decir que únicamente le sean favorables al *nasciturus*, las ventajas patrimoniales; sino que existen muchos otros derechos que le benefician, como por ejemplo, el reconocimiento de filiación que de forma unilateral se hace de un hijo, tendrá valor jurídico a resultas de que el concebido nazca.

Hemos dicho que con la personalidad la persona adquiere la capacidad para ser titular de relaciones jurídicas. Sin embargo, el ejercicio de esta capacidad está condicionado a la posibilidad de influir en su propia situación jurídica con su voluntad, participando en relaciones jurídicas como sujeto de derecho. De manera que la capacidad jurídica pudiera ser analizada desde dos ángulos: el poder ser titular de derechos y obligaciones y el ejercicio que de estos derechos pudiera hacer el titular, al actuar concretamente como sujeto de relaciones jurídicas⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. Código Civil de la República de Nicaragua, Artos. 5, 6, 19.

⁷⁵ Cfr. N. Abboud, *Los trasplantes de órganos y tejidos*, Trabajo de Diploma para optar al título de licenciada en Derecho, Habana, Cuba 1993, Pág. 20.

La aptitud legal para adquirir y contraer derechos y obligaciones civiles-*capacidad para ser titular*- es inherente a toda persona durante su existencia de modo general y absoluto, mientras que *la capacidad de ejercicio o capacidad de actuar u obrar*, es la aptitud para obligarse por sí mismo y disponer de sus bienes, la cual es susceptible, de modificarse y limitarse, respecto a las personas físicas por su estado civil, edad o incapacidad física o legal.

Nos detendremos para hacer una distinción de términos; sabemos ya que *persona* es todo ser de la raza humana a quien el Derecho confiere reconocimiento jurídico, que *personalidad* es la cualidad de ser persona, o sea, la aptitud para ser titular de derechos o deberes jurídicos y que *capacidad jurídica* es la medida de esa aptitud para ser titular de derechos o deberes legales. De allí que en el lenguaje ordinario se diga que se es persona y que se tiene personalidad. Muchos autores consideran como sinónimas las expresiones personalidad y capacidad jurídica; pero, en sentido estricto, personalidad es la aptitud dicha, y capacidad jurídica es la medida de esa aptitud. De allí que pueda decirse que la personalidad no admite grado (simplemente se tiene o no se tiene), mientras que la capacidad varía según la condición de la persona. Por ejemplo: *un menor de edad es persona, porque nació, porque tiene derechos (a la vida, a la salud, educación, nombre, nacionalidad, etc.) y puede adquirir deberes (por sí mismo o por medio de representante), es decir que posee personalidad jurídica. Pero, en cuanto a su capacidad jurídica, está limitado a ejercer o efectuar ciertos negocios jurídicos por razón de su edad*⁷⁶ (vgr: *comparecer en juicio por sí mismo*).

⁷⁶ De conformidad al artículo 278 del Código Civil, la persona plenamente capaz de ejercer los derechos por su propia cuenta y administrar su persona y bienes, requiere de la edad de veintiún (21). Esta disposición nos autoriza la total capacidad de obrar; gozar de la mayoría de edad y no estar comprendido entre las incapacidades del artículo 7C; dicha disposición nos refiere una de las formas por las que se adquiere dicha capacidad, entre otras estarían la emancipación del menor por contraer matrimonio, la declaración de mayoría de edad declarada por juez civil de distrito competente.

Pues bien, si decimos que el cuerpo humano es la persona misma, dotada de personalidad y capacidad jurídica que se gradúa según las circunstancias, cabe entonces preguntarse ¿qué consideración tienen los órganos, tejidos, qué categoría jurídica toman las partes ablacionadas de la persona misma?. Para dar respuesta a ésta interrogante, son variadas las posiciones que se presentan, así:

Los tratadistas del Derecho, Ferrara y Castán, sostienen que *"el cuerpo humano vivo no se considera cosa, porque es la envoltura física de la persona, sin embargo pueden tener la consideración de cosas, las partes separadas del mismo (pelos, dientes, semen, etc.), así como el cadáver. Siquiera este último suele considerarse como cosa no susceptible de apropiación y comercio por motivos de moral pública"*⁷⁷.

En el seminario impartido por la Facultad de El Salvador⁷⁸, el doctor Manuel Cobas, sostiene que: *"...es muy distinto el problema que presentan las partes del cuerpo una vez que han sido separadas, las cuales ya no son componentes del total, dejan de ser porciones del hombre mismo. Mis brazos, mis piernas, piel o pelo, corazón y órganos menores, integran mi yo corpóreo"*

Lo anterior se basa en que estas partes separadas cobran una independencia inanimada, se desnaturalizan, se convierten en objetos opacos por insensibles, inertes; cosas materiales apropiables. Tomando una definición que sobre bienes hace García y Solís, *"las cosas, en sentido jurídico (bienes), serían todo aquello que es susceptible de apropiación y traspaso por cualquiera de los medios que la ley tiene establecidos al respecto"*⁷⁹ esto nos refiere que sobre las cosas se tienen ciertos derechos catalogados como reales y que permiten a su titular ejercerlos frente a todos (*erga omnes*- absolutez) y servirse directamente (inmediatez).

⁷⁷ Citado por N. Abboud, *Los trasplantes de órganos y tejidos*, 21.

⁷⁸ M, Cobas, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Del Salvador, 15 marzo 2005.

También se distingue entre partes anatómicas renovables del cuerpo humano y las partes anatómicas no renovables. Son partes renovables aquellas susceptibles de regeneración, tales como: el cabello, la sangre, la leche materna, el semen. Las partes renovables, una vez separadas del cuerpo humano, constituyen "cosas", y como tales pueden ser objeto de relaciones jurídicas. Así, será cosa la sangre, que en nuestro contexto se considera la donación de sangre como un acto voluntario, altruista, no remunerado y a repetición, llevado a cabo con fines terapéuticos o de investigación científica⁸⁰; mas no son comunes los actos de disposición sobre órganos y sobre cadáveres. En nuestra consideración, ello obedece al poco desarrollo que ha alcanzado la trasplantología en la realidad médica nicaragüense.

En países como Argentina⁸¹, es común que ciertas personas decidan estipular un especial acuerdo oneroso por la entrega de sus cabellos a una empresa que se dedica a confeccionar pelucas. Ante el incumplimiento de esta disposición corporal, si bien la parte acreedora del cabello no podrá exigir la ejecución forzada de la obligación predeterminada, puesto que si no estaría coartando la libertad personal del deudor del cabello, pero sería factible que el acreedor pueda ejercer una acción reclamando los daños patrimoniales y morales sufridos.

Refiriéndonos a la definición que de bienes hace el Código Civil nicaragüense, en su artículo 596C. denomina bienes: "*A las cosas que procuran o sirven para procurar beneficios a las personas que tienen derechos que ejercitar sobre las mismas*". Las cosas son consideradas bienes por el Derecho en cuanto la persona pueda sacar provecho de ellos⁸². Las cosas, para ser consideradas bienes deben reunir tres requisitos: 1° existencia autónoma determinada, 2° capacidad para proporcionar utilidad, 3° la apropiabilidad, que es el elemento determinante para

⁷⁹ Cfr. R. García, J.A. Solís, *Derecho Civil II, Bienes*, Libro I, Pág. 6.

⁸⁰ Ley No. 369, "*Ley sobre Seguridad Transfusional*", Gaceta No. 23, Artos. 4 inc. c y 7.

⁸¹ Cfr. Sagarna, F.A., *Los trasplantes de órganos en el Derecho*, Pág. 48.

⁸² Cfr. J. Arce y Cervantes; *De los bienes*, México 1994, Pág. 5.

considerar una cosa bien, es entendida como la facultad dispositiva que posee el hombre para poder ejercer un derecho real sobre las cosas.

Visto esto de tal forma, los órganos y materiales anatómicos separados del cuerpo humano, proporcionan beneficios a la persona, en cuanto pueden ser útil para salvar la vida o mejor la salud de otra. Es decir que, la característica principal es que esa cosa sea de utilidad y sobre la cual la persona pueda disponer de un derecho sobre ellos.

Tomando en consideración que lo que se contrapone al sujeto es la cosa, y si los órganos separados del cuerpo y el cuerpo muerto no son sujetos, entran entonces en la consideración de cosa, cosas que procuran provecho o utilidad y sobre los cuales se reconoce un derecho extrapatrimonial de disposición, aunque sea una disposición circunscrita a la procuración de beneficios al ser humano y limitado por las costumbres, la moral y la ley.

Este reconocimiento del derecho sobre el cuerpo y el cadáver se sustenta en los llamados derechos de la personalidad⁸³; el sujeto de esos derechos dispone de la ablación de sus órganos a los fines del trasplante, en virtud del derecho a la integridad física o corporal que emana del derecho a la vida, un derecho inherente a la personalidad, pues la vida se asienta en la caja físico-somática que es el ser mismo indisoluble, de forma que al protegerse la integridad corpórea se protege la vida.

⁸³ Los derechos de la personalidad constituyen *derechos originarios e innatos*, es decir, que se adquieren al nacer. Por ejemplo: el derecho a la vida, integridad física, privacidad e intimidad. Sin embargo, existen ciertos derechos que presuponen la creación previa de una obra o la redacción de un escrito, por lo cual no son innatos, como es el caso de los derechos de autor sobre una obra intelectual, lo que presupone la creación de dicha obra y la creación de un escrito podría originar también el derecho de confidencialidad de dichos escritos, si fuere el caso. Son *derechos absolutos, erga omnes*, porque son oponibles a todos. Son *extrapatrimoniales*, porque no son susceptibles de valoración económica, lo que no quiere decir que un hecho que lesione un derecho de la personalidad y un derecho patrimonial, dando origen a una reparación en *dinero*. Son *indisponibles*, porque no pueden ser creados, modificados, renunciados, transmitidos ni extinguidos por la voluntad de una persona, sino en la medida que la ley lo autorice.

Es un derecho de la persona que su caja corpórea donde reposa la vida, no sufra lesiones ni ataques que pongan en peligro su existencia o que no tengan un legítimo fundamento. El ejercicio de este derecho abarca la disposición de partes del cuerpo humano, que en interés de la sociedad, para beneficiar a otros seres humanos, es una forma de aportar a la realización del derecho a la vida que ostenta otra persona, pues el objetivo de esta disposición radica precisamente en implantar órganos sanos en personas irreversiblemente enfermas, y que su única opción es esta cirugía.

Cabe reafirmar que aunque la persona goce de un reconocimiento jurídico de disposición sobre su propio cuerpo, dicha disposición no está dejada al arbitrio de cada ser, su límite está dado en que todo acto de disposición corporal debe perseguir un fin altruista, de respeto a integridad personal y a la consagración de la vida. Así, consideramos que las partes separadas del cuerpo entran bajo la consideración de bienes jurídicos, pero con una naturaleza especial, no podemos darle un valor económico apreciable, ni puede estar sujeto a ser heredado, por su extrapatrimonialidad a la que hacíamos referencia. El que consideremos a las partes separadas del cuerpo y al cadáver con fines trasplantológicos, dentro de la categoría de bienes, no debemos confundir el cuerpo con los objetos exteriores, materiales y valorables. Todo ello nos reafirman la negativa a la comercialización de órganos humanos para trasplantes, que en el caso del Derecho Positivo nicaragüense no se encuentran normativas acerca de la comercialización⁸⁴; aunque por razones éticas y consuetudinarias y basados en la doctrina; la comercialización de materiales anatómicos no está permitida, ni es aceptada bajo ninguna

⁸⁴ El Proyecto de Código Penal en artículo 348 contempla ya, lo concerniente al tráfico de órganos y tejidos humanos; el cual literalmente expone que: 1. Quien sin autorización debida importe, exporte, trafique o extraiga órganos o tejidos humanos, será penado con prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial de cinco a diez años para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad relacionados con la conducta, según el caso. Si los órganos o tejidos humanos provinieran de un menor de veintiún años de edad, la pena será de cuatro a siete años de prisión y la inhabilitación especial de diez a quince años 2. Las penas anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan en caso de delitos en contra de la vida o la integridad física.

circunstancia⁸⁵, porque tanto el cuerpo y como la vida misma se proyectan como requisitos existenciales de la persona misma.

2. POSICIONES DOCTRINALES ENTORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CADÁVER

Con la muerte deja el hombre de ser catalogado como tal y su cuerpo vivo se convierte en masa inerte, en cuerpo muerto.

Es decir, que al morir el hombre se convierte en un objeto despojado de los atributos humanos, quedando sólo una materia rígida, insensible, que se descompone hasta desaparecer. El cadáver, al perder la vida adquiere el derecho a descansar en paz.

El destino del cadáver presenta alternativas no sólo de leyes sino también de formas, puede ser enterrado en tierra, depositado en bóveda o cremado según dispongan sus familiares más allegados. También determinados tratos que reciben son penados por la ley, como por ejemplo, la profanación⁸⁶, la inhumación, el uso sexual de los cadáveres (necrofilia) y usarlo como alimento (necrofagia).

Se conoce que el origen de la palabra *cadáver*, según nos narra Sagarna⁸⁷, proviene de la expresión *caro data verminibus*, que significa "*carne entregada a los gusanos*", ya que cuando finiquita la vida comienza el proceso de la descomposición orgánica.

⁸⁵ Aunque nos oponemos a la comercialización de materiales anatómicos, sí sostenemos que es viable el reconocimiento, sea en especie o monetario, por los gastos e inconvenientes provocados al donante y/o a sus familiares, relacionados con la donación.

⁸⁶ Cfr. Código Penal de la República de Nicaragua, artículos 249- 250.

⁸⁷ Cfr. F. Sagarna, *Los trasplantes de órganos en el Derecho*, Pág. 211.

Pero, si con la muerte termina la persona; ¿qué es ese cadáver frente al Derecho?. Muchas son las posiciones de autores acerca de la condición del cuerpo humano muerto, entre ellas están: los que consideran que el cadáver es una semipersona, y los que lo asimilan a una *res*; incluyéndose en este último grupo aquéllos que discuten si su comerciabilidad tiene carácter relativo o absoluto, o por el contrario, está totalmente fuera del comercio. Mientras que por otro lado, con una concepción completamente radical, se encuentran los que le otorgan una naturaleza especial, ajena a la categoría de cosas objeto de los derechos reales. A continuación expondremos varias de ellas, que nos ayudarán a darle una categoría jurídica a ese cuerpo muerto.

El autor Gierke, sostiene que *"el cadáver es un resto de la personalidad, estando en este caso sujeto a la decisión de sus deudos"*. Kipp también está de acuerdo con esta postura porque para él esa *personalidad residual* es lo que permite que sus deudos pueden disponer de su cadáver para que él mismo tenga un entierro adecuado. En este caso se crearía un derecho de familia que es lo que permite la disposición del cadáver⁸⁸.

En este mismo sentido, Espinoza Espinoza expresa que el derecho sobre el cuerpo es un derecho humano o de las personas, agregando a continuación que es un absurdo recurrir a la teoría de los derechos reales. El Derecho en forma unánime considera al cuerpo y sus energías como un substrato de la personalidad, en manera alguna como objeto de derechos reales, por ello se manifiesta en desacuerdo con la comercialización de las partes del cuerpo, agregando que los actos de disposición obedecen a sentimientos humanitarios, y, por consiguiente, deben ser a título gratuito.

⁸⁸ Citado por Sagarna, F.A., Los trasplantes de órganos en el Derecho, 211.

Siguiendo esta última idea, se puede decir ciertamente que el Derecho tiene que intervenir frente a los abusos que se puedan cometer por los actos de disposición sobre el propio cuerpo, estos no tienen finalidad lucrativa, sino otra completamente distinta que es la del servicio a los demás. Su venta desvirtúa el valor de solidaridad frente a la comunidad.

También Díez-Picazo⁸⁹ es partidario de considerar estos actos dispositivos, como un derecho subjetivo personalísimo y expresa que la persona posee un poder de disposición en orden a establecer tal destino, por ejemplo, la inhumación. Es admisible igualmente destinar el propio cadáver a fines científicos o didácticos siempre que se respeten las exigencias del orden público o que el destino establecido resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social.

Para Enneccerus el cuerpo con la muerte se convierte en cosa -cadáver- aunque no pertenece en propiedad al heredero, ni tampoco es susceptible de apropiación, pero la momias, los esqueletos, las preparaciones anatómicas son cosas, pudiendo, en estos casos, reconocerse la propiedad sobre ellas⁹⁰.

A criterio de Rocca⁹¹, *"el cadáver no puede ser una cosa, ya que no está en el comercio ni es susceptible de apreciación pecuniaria, ni tampoco puede ser objeto de acto jurídico oneroso alguno"*.

Para sustentar este argumento, Castán Tobeñas⁹² afirma que, *"el cadáver no es cosa susceptible de apropiación y comercio, sino **res extra commercium** sujeta a*

⁸⁹ Cfr. F. Sordo, El Derecho de Disposición sobre el Cadáver. Naturaleza Jurídica y Manifestaciones, Trabajo de Diploma para optar al título de licenciado en Derecho, La Habana, Pág. 7.

⁹⁰ Cfr. L. Enneccerus, *Derecho Civil, parte general*, citado por Sagarna, F.A., Ob. Cit. 211.

⁹¹ Cfr. I. Rocca, *Naturaleza Jurídica del Cadáver*, citado por Sagarna, F.A., Ob.Cit., 214.

⁹² Cfr. Castán Tobeñas, J., *Los derechos de la personalidad*, 43.

normas de interés público y social". Las posibilidades de disposición del cadáver⁹³ no autorizan a admitir la existencia de un derecho subjetivo al cadáver o sobre el cadáver; sino que ésta disponibilidad la ejerce.

Sin embargo, en la doctrina también encontramos posiciones al parecer nuestro, bastante osadas, como la del profesor Nicolás Coviello⁹⁴, que sostiene que: *"el vivo puede disponer de su cadáver, porque éste, cuando aquél haya muerto, tendrá una existencia impersonal, y pudiendo producir una utilidad cualquiera para fines industriales o científicos, será una cosa en sentido jurídico, y de él puede disponer tanto a título gratuito, como a título oneroso: la disposición a título oneroso no nos parece inmoral, desde el momento en que se admite la comerciabilidad del cadáver. Pero si la persona muere sin haber dispuesto de él, estimamos que puede hacerlo el heredero: el heredero es el sucesor en todas las relaciones patrimoniales que pertenecían al difunto al tiempo de su muerte; mas si el difunto no había contraído ninguna relación patrimonial con respecto al cadáver, y éste por otra parte se vuelve cosa sólo después de la muerte, puesto que en el momento de la muerte no era tal, formando parte integrante de la persona, es claro que el heredero en tal calidad no tiene ningún derecho patrimonial sobre el cadáver del difunto, el que por esto quedará por completo sometido a las reglas generales de orden público concernientes a la policía de los cementerios".* Vemos que el autor es partidario a la comerciabilidad del cadáver, si bien considera que existen límites a la comerciabilidad abstracta del cadáver. No todas las personas tiene derecho a disponer de un cadáver: este derecho corresponde a la persona que un día será cadáver, no a sus herederos.

⁹³ Esta disponibilidad debe entenderse como la aptitud para llevar a cabo las honras fúnebres del fallecido.

⁹⁴ Cfr. Nicolás Coviello; Concordancias de Derecho mexicano de Raúl Berrón, pp. 329-332.

Por otro lado, si le damos una mirada a la doctrina argentina encontraremos posiciones como las de Castro Dassen⁹⁵, de quien el profesor Sagarna expone literalmente: *"Pensamos pues, que **los muertos son personas y no cosas**, porque éstas sí no pueden ser injuriadas pues no poseen honor; que su honor sobrevive con su familia y puede ser injuriado y que este acto está incriminado por el código penal -argentino-; que ese mismo acto además, tipifica una injuria a sus sobrevivientes"*.

A nuestro criterio, esta posición es algo osada, ya que debemos determinar si el honor acaba con la muerte o si continúa posterior a ella. De ser esto último, los muertos poseen honor por el hecho de haber sido personas antes de fallecer; y que por tanto aquella trasciende después de la muerte, por ser un elemento importante para preservar la memoria del difunto. Aunque autores, como Cifuentes -del cual somos partidarias- plantean que el honor y la memoria de los muertos se protege tomando en consideración a los familiares vivos del difunto y al conjunto de la sociedad y no porque sean personas, sino teniendo en cuenta la memoria del finado, pues como establece el Código Civil nicaragüense, la *existencia legal de las personas termina con la muerte*, por lo que ese cuerpo muerto no puede ser considerado persona.

Entre otras de las posiciones acerca de la naturaleza del cadáver, tenemos a Orgaz⁹⁶ quien expresa que: *"Por un lado, cuando el cadáver está destinado a la paz del sepulcro y a la sepultura, **no es cosa**, por no ser susceptible de tener un valor económico o patrimonial...por tanto, no caben sobre el cadáver derechos reales ni personales, ni interdictos posesorios, ni puede ser objeto de hurto o robo; siendo absolutamente nulos los actos jurídicos que no tengan por fin el sepelio, los funerales..."*

⁹⁵ Cfr. Castro Dassen H., *Los muertos son cosas?* en Sagarna, F.A., Op. Cit. 214.

⁹⁶ A. Orgaz, *Personas Individuales*, Págs. 134- 145.

Posteriormente continúa diciendo Orgaz, con carácter excepcional: "...que por voluntad del propio difunto o por disposiciones de las autoridades, el cadáver no va a un sepulcro, sino que puede ser empleado para fines de estudio o de enseñanza, y es aquí donde el cadáver es una cosa y puede ser objeto de actos jurídicos aunque de forma limitada, de acuerdo con la moral y las buenas costumbres...así, el cadáver pasa a ser propiedad de un instituto, quien podrá reivindicarlo de quien lo retenga ilegítimamente en su poder..."

Esta posición de Orgaz tiene sentido, si comentamos el caso de los estudiantes de medicina en nuestro país, entre los que es común el intercambio (permuta, compraventa) de esqueletos, huesos...para fines de estudio⁹⁷.

Si hablamos referente a esqueletos o momias de nuestros antepasados exhibidos en museos, o cadáveres, órganos, fetos, en las facultades de Medicina. En casos como los apuntados, podemos decir que el cadáver toma la valoración de un bien mueble, objeto de estudio, exhibición o investigación, y por tanto puede ser reclamado por sus tenedores en base a normas de interés público y social. No obstante, el hecho de que el cadáver pueda ser útil para los fines mencionados, cabría reflexionar en empeños académicos ulteriores, si adquieren la connotación dentro del comercio de los hombres, y bajo la propiedad de alguien. No se puede decir que es un bien jurídicamente transable, que se puede comprar y vender, pues estaríamos cometiendo un acto de profanación o atentando contra la moral y la costumbre.

Pese a las posiciones presentadas en la doctrina, estamos lejos de pensar que los cadáveres constituyen "*restos de la personalidad*", mucho menos que sean

⁹⁷ En consulta a 3 estudiantes y 2 egresados de medicina de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN- Managua), afirmaron haber comprado, regalado y prestado huesos de cadáveres humanos con fines de estudio; en especial para la clase de Anatomía. (Facultad de Ciencias Médicas, Recinto Rubén Darío; Miércoles 13 abril 2005; 10:00 am- 2:00 pm).

personas. El que se proteja al difunto ante el descrédito de la vida que llevaba, se hace tomando en cuenta a su memoria, que ofendan y ataquen los restos mortales del fallecido.

Si acogiéramos la posición de dividir la naturaleza jurídica en diferentes *status* para los cadáveres, según el fin que tengan, estaríamos cayendo en una inseguridad ante ciertos actos oscuros en los que no se sabría con ciencia cierta ante qué realidad jurídica estaríamos.

No podemos ser ambiguos, debemos ser claros y definidos; al cadáver no se le puede considerar como persona, semipersona o residuo de la personalidad; pues persona, al igual que personalidad son categorías jurídicas que se le atribuyen al hombre en cuanto ser vivo, por lo que resulta un contrasentido, así como una falta de rigor técnico jurídico, adjudicarle esta naturaleza al cadáver; si bien éste último se protege en atención a la memoria del difunto y como respeto al sentimiento de los familiares, esto no lo hace depositario de la condición de persona, semipersona o residuo de la personalidad.

Creemos preferible darle la categoría de bien especial y extrapatrimonial al cadáver, que no puede entrar al comercio de los hombres; porque no es un bien de valor económico -no negamos que posea un valor espiritual y que deba respetarse- pero, tampoco podemos decir que sea transable jurídicamente como cualquier bien⁹⁸.

Es un bien sobre el cual se tiene facultades o titularidades muy particulares que no son las que comúnmente emanan los derechos reales, que son los admitidos por la ley, para fines de trasplante e investigación científica. Es decir que el

⁹⁸ Si nos retrotrajéramos al caso de las escuelas de medicina, museos o centros de investigación; podemos afirmar que el cadáver entra en las relaciones jurídicas -se cede, se dona- pero en este caso, es un tráfico

legislador no puede desatender al momento de regular las facultades de disposición sobre el cadáver y los órganos de la connotación social y moral que de ellos se tiene en sociedad. Si los sentimientos de apego y dolor que se sufre con la muerte de un ser querido y con miras a estas ideas debe quedar regulada.

Todo lo que hemos planteado *supra* nos obliga referirnos a los principios rectores del derecho sobre el cadáver⁹⁹, que sirven de guía al momento de disponer sobre tal:

Respeto a la voluntad del finado: Al igual que en materia testamentaria, la voluntad de la persona fallecida es ley, siempre que no contradiga los límites impuestos por el Derecho. Los familiares y el Estado están obligados a ejecutar y acatar la voluntad del difunto, sin excepción. Ella se expresa a través de un acto jurídico de naturaleza *mortis causa* y de última voluntad.

Revocabilidad de su decisión: Al ser una prerrogativa personalísima, *mortis causa* y de última voluntad, el causante puede variarla en cualquier momento.

Extracomerciability del cadáver: Este principio se refiere a la naturaleza del cadáver; de carácter personalísimo. En correspondencia con él, el cuerpo humano muerto está fuera del comercio y del patrimonio, no pudiéndose establecer sobre éste más que relaciones personales puras.

No dejar un cadáver sin destino final: Esta máxima responde al deber moral de la familia y de la comunidad de darle un tratamiento digno a cada ser humano; además del deber jurídico del Estado, de proteger la salud pública.

muy limitado por razones éticas y jurídicas.

⁹⁹ Cfr. J. Enriquez Sordo, Op. Cit. Pág. 32.

Intransmisibilidad del derecho de la persona sobre su propio cadáver:

Responde al carácter personalísimo del derecho y a la naturaleza del bien sobre el cual recaen, determinando la imposibilidad de su traspaso a un tercero.

Intransmisibilidad del derecho de terceros sobre un cadáver ajeno: Éste se confiere de forma supletoria, ante ausencia de voluntad del finado y en atención a una cualidad especial que radica en la persona, ya sea por los afectos, o por la función que desempeña; haciéndolo *intuitu personae* y, en consecuencia, intransmisible, tanto a título oneroso, como gratuito.

Taxatividad de los fines: Sólo se puede disponer para aquellos destinos que están preestablecidos en la ley y el orden público, no pudiendo escapar la propia persona o los terceros a su rigor.

Uno de los derechos inherentes a la personalidad es la posibilidad de disposición sobre el propio cuerpo; por ello es que en vida la persona puede determinar lo que quiere que se haga con su cuerpo una vez producida su muerte; y esta puede consistir en:

☞ Donar el mismo a instituciones con fines científicos o de estudio. Pues no hay normativa en Nicaragua que se oponga a dicho acto.

☞ Disponer la extracción de componentes anatómicos para que se realicen transplantes, en otras personas. La Ley General de Salud nicaragüense permite, aunque no de forma específica, la donación de órganos en vida o después de muerto. Sin embargo, esto último no ha sido, ni será posible, sin una normativa legal que establezca los procedimientos y trámites necesarios para cumplir con este fin.

☞ Disponer de las formas de sus exequias.

☞ Disponer la forma de inhumar sus restos.

En lo anterior notamos, que la persona está ejerciendo un poder jurídico en vida para después de su muerte, lo que se deja expresamente dispuesto en un testamento. Cualquiera que sea la voluntad que haya expresado la persona antes de morir va a tener que cumplirse, puesto que es una disposición de última voluntad; a menos que la misma sea contraria a la moral y las buenas costumbres, o cuando se presente riesgo a la salud pública¹⁰⁰.

A pesar de la facultad que posee la persona para determinar sobre su cuerpo después de muerto; en nuestro contexto raramente disponemos sobre ello. Lo más común es que establezcamos sobre lo que ocurrirá con nuestro patrimonio una vez que dejemos de existir. Pero se presentan situaciones de difícil solución, tanto para médicos como para juristas, cuando a una persona le sobreviene una comprobada incapacidad que le impida decidir sobre su salud, su integridad y dignidad, sobre su vida y su cuerpo. Es aquí cuando la expresión *testamento para la vida* o *testamento biológico (living will)*¹⁰¹ toma un valor propio para ser utilizado en todos los ordenamientos jurídicos¹⁰². Con este instrumento médico-legal se pretende que el declarante disponga de su derecho de rehusar ciertos tratamientos médicos-quirúrgicos que le mantengan artificialmente con vida. En este mismo documento se podría dejar estipulado si se desea donar uno o varios órganos, una vez constatada la muerte encefálica.

¹⁰⁰ Ley General de Salud de la República de Nicaragua, Arto. 76.

¹⁰¹ En Anexos se hace una traducción del modelo de Testamento Biológico utilizado en Louisiana, Estados Unidos, desde 1991.

¹⁰² En materia federal estadounidense; el Acta de Declaración de Voluntad del Paciente (*The Patient Self-Determination Act o PSDA*, Ley Pública 101-508, del 5 de noviembre de 1990, en Bioética... Emanuele Caló, pag. 209); en vigencia desde el 1 de diciembre de 1991 dispone que los hospitales, clínicas, agencias sanitarias, organismos que administran los programas *Medicare* y *Medicaid*, y demás estructuras, informen por escrito a los adultos acerca de sus derechos: *a)* tomar decisiones acerca de los tratamientos médicos, incluido el derecho de aceptar o rechazar el tratamiento médico y quirúrgico; *b)* formular directivas anticipadas como el testamento biológico (*living will*) y el poder persistente para tratamientos médicos (*durable powers of attorney for health care*); *c)* conocer cuáles son las políticas y los procedimientos que la institución en cuestión ha adoptado para hacer valer esos derechos.

Para los efectos de aprovechar el cadáver en materia de trasplantología o con fines terapéuticos, la Ley General de Salud de Nicaragua establece, que *la persona, debe expresar su voluntad* de que se le extraigan los componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplantes en otras personas... o bien, la misma ley permite, que *los familiares del difunto* -si no hay decisión en contrario por parte del mismo- autorizan la extracción para los fines expresados. Notamos que en ella se destacan dos tipos de donantes post-mortem; aquel, quien en vida, consintió que se le extraigan determinados órganos para fines de trasplantes; y quien, después de su muerte y no habiendo posición personal en contrario, sus deudos autorizan la extracción para los fines antes referidos.

Hemos apuntado que toda persona -con capacidad jurídica plena- puede determinar, como disposición de última voluntad, el destino de sus futuros restos mortales, ello es resultado del derecho de disponibilidad sobre el cadáver propio. Siendo esto posible, el cadáver podrá ser destinado a la quietud de la sepultura o a su empleo por terceros, según lo deseado por el finado sobre sus restos. Pero, dada la naturaleza jurídica del cadáver (*res extra commercium*, con disponibilidad restringida a normas éticas y jurídicas); el empleo del mismo por terceros es limitado.

El límite al cual nos referimos anteriormente, según nuestra legislación, es que el cadáver de una persona únicamente podría ser utilizado para fines: médicos-legales, clínicos, de salud pública, de investigación o docencia¹⁰³ y para fines de trasplantes en otras personas o con objetivos terapéuticos. Aunque esto último no es ni será posible realizarse, a menos que exista una normativa que regule los requisitos, procederes y demás actos necesarios para llevar a cabo la extracción de

¹⁰³ Es para estos fines, que la Ley No. 423 en su capítulo VI, contempla las autopsias y las viscerectomías. La **autopsia** o **necropsia**, es el procedimiento mediante el cual a través de observación, intervención y análisis de un cadáver, externa e internamente..., se obtiene información para fines científicos o jurídicos. La **viscerectomía** es la recolección de órganos o toma de muestras de cualquiera de los componentes

órganos de un cuerpo muerto e implantarlo en un cuerpo vivo, sin violentar principios o preceptos éticos, legales, religiosos, sociales.

Siempre, aún ante la voluntad de la persona que habitó en vida el cuerpo ahora convertido en cadáver, son los allegados a éste, quienes disponen sobre los restos mortales de quien en vida fuera persona; sin embargo, como ya hemos hecho mención, esta disponibilidad está limitada a la paz del sepulcro, o bien a fines científicos, jurídicos y terapéuticos. Debido a la carencia de un marco legal específico sobre esta materia, debemos entender que al referirnos a los allegados, hacemos mención de quienes están autorizados por nuestra legislación a suceder al finado.

Llegados aquí, consideramos que la naturaleza jurídica del cadáver y de las partes separadas del cuerpo a fines de implantación, corresponde con la figura de bienes muebles, extrapatrimoniales y fuera del comercio de los hombres. Sobre los cuales se tiene un derecho a disposición circunscrito a los fines trasplantológicos y de investigación científica sustentado por el reconocimiento de los derechos inherentes a la personalidad y limitado por razones éticas y prohibiciones legales.

CAPITULO III.

LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS. STATUS LEGAL

1. DONACIÓN CIVIL Y DONACIÓN DE ÓRGANOS

La palabra donación proviene del latín *doni datio*, cuya significación etimológica es *dación gratuita*. Es una institución que data del Derecho Romano, y que llega a nuestra legislación a través del Código francés.

En una acepción amplia, donación es sinónimo de *liberalidad*, lo que conlleva una cierta imprecisión del concepto, puesto que existiría donación en el comodato, en el mutuo sin interés y en el depósito gratuito¹⁰⁴, ya que en todas ellas existe liberalidad, pero distan de la figura de la donación.

Nuestro Código Civil hace una distinción entre la donación entre vivos o irrevocable y la donación por causa de muerte o revocable. La primera está definida en el artículo 2756 del Código Civil, que en su literalidad dice: "*la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere de su libre voluntad gratuitamente la propiedad de una cosa a otra persona que acepta*".

Este tipo de donación es irrevocable por la sola voluntad del donante, en los que no obstante, el Código Civil permite la revocación del acto cuando el donatario ejerza cualquier hecho ofensivo o denigrante en contra del donador, que le hagan por ello indigno de merecer la donación¹⁰⁵; a éstas indignidades se refiere el artículo 988 del mismo cuerpo normativo¹⁰⁶. La donación revocable o por causa

¹⁰⁴ N. Abboud, *Los trasplantes de órganos y tejidos*, Pág. 33.

¹⁰⁵ Artículo 2793C. "La donación entre vivos, puede revocarse por ingratitud por parte del donatario"

¹⁰⁶ Código Civil de la República de Nicaragua, tomo I Arto. 988 "Son indignos de suceder: 1° Los que hubieren dado muerte voluntariamente o intentado matar a aquel de cuya sucesión se trata. "2° El que le

de muerte se equipara al testamento, y según el autor nicaragüense Escobar Fornos, toma la forma de éste¹⁰⁷.

Vista la definición que hace nuestro Código Civil sobre la donación entre vivos, debemos entender que ésta es un negocio jurídico unilateral realizado entre dos o más personas, en la que la persona del donante otorga de manera gratuita algún bien o bienes de su patrimonio, al donatario o donatarios, el cual puede aceptar o no dichos bienes, para que pase a formar parte del patrimonio de éste último. Existe entonces, un empobrecimiento o disminución en el patrimonio de quien dona y un enriquecimiento o acrecimiento del caudal del aceptante de dicho acto. La aceptación del donatario es requisito para la integración y perfeccionamiento del contrato. Es decir la donación civil es un contrato esencialmente gratuito, unilateral o en todo caso bilateral imperfecto¹⁰⁸, nominado y principal, solemne cuando se trata de bienes inmuebles.

Estudiada un poco la donación civil, surge con la trasplantología el término donantes o donadores de órganos y tejidos; cuyo empleo data de la ya conocidísima donación de sangre, que se encuentra regulada dentro de nuestra legislación como un acto voluntario, altruista, no remunerada y a repetición; y el empleo también de cadáveres para fines científicos. Es común escuchar en los medios de difusión, en el hablar popular y hasta en el marco de la ley General de Salud, la utilización del término donación de órganos y tejidos; por lo que se hace necesario hacer una reflexión (o paralelismo) sobre su relación, similitud o

haya obligado a hacer un testamento, o a modificarle. 3° El que le haya impedido hacer el testamento o revocar el ya hecho, o si hubiere suprimido, ocultado o alterado el testamento posterior".

¹⁰⁷ Cfr. I. Escobar Fornos, Curso de Contratos, Managua, Pág. 83.

¹⁰⁸ Recordemos que los contratos bilaterales imperfectos son aquellos que nacen unilaterales y que por causas ulteriores devienen bilaterales. En las donaciones es el caso de las revocadas por ingratitud, en el depósito gratuito cuando el dueño debe rembolsar al depositario por los gastos en que se ha incurrido por razón del depósito, en el mandato gratuito cuando el dueño o *dominus negotii* debe rembolsar los gastos en que ha incurrido el gestor.

diferencia con la tradicional institución de la donación que estudiamos en el Derecho Civil.

Establezcamos pues los paralelismos y distancias de la donación civil y de órganos, a partir del análisis de los elementos que se desprenden de la definición doctrinal y que hace nuestro Código Civil sobre la donación, tenemos así:

El *consentimiento*: El consentimiento es elemento esencial de todo contrato, y presupone la existencia de, al menos, dos voluntades¹⁰⁹. Tratándose de que la donación es un contrato se requerirá entonces el acuerdo de las voluntades del donante y del donatario. De acuerdo con el arto. 2778C., el consentimiento en la donación se forma hasta que el donatario acepta y el donante conoce de ella por la notificación que se le hace: Sigue este artículo la teoría del conocimiento. Expresa: « Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada y notificada la aceptación al donante, podrá este revocarla a su arbitrio, expresa o tácitamente, vendiendo, hipotecando o dando a otros las cosas comprendidas en la donación¹¹⁰» En la donación de órganos, el consentimiento puede o no estar presente puesto que, como expondremos posteriormente, en ciertas legislaciones donde existe un banco de órganos, únicamente es el donante quien manifiesta su voluntad de ceder su órgano o material anatómico sin importarle a quien va a serle útil. En nuestro contexto nicaragüense, pensamos que sí existe la concertación de voluntades – aunque no bajo la categoría de consentimiento como elemento esencial del negocio contractual sino en la acepción vulgar del término - tanto del donador como del receptor; debido a que uno cede directamente su órgano a otro quien acepta la implantación del mismo en su cuerpo¹¹¹. El donador del material anatómico puede en cualquier momento revocar el acto, puesto que nada lo obliga

¹⁰⁹ El vocablo consentimiento proviene del latín *cum sentire*, que significa sentir en común.

¹¹⁰ Cfr. Código Civil de la República de Nicaragua, Arto. 2778.

¹¹¹ Téngase en cuenta que en nuestro caso las donaciones que se han implementado es para la realización de trasplantes *inter vivos* y no de donador cadavérico.

a donar parte de su cuerpo, solamente el hecho de ayudar al prójimo a recuperar su salud.

El *objeto*: en la donación civil el objeto puede ser toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales e incorporales. En la donación de órganos se circunscribe a bienes concretos tales como son los órganos y tejidos pertenecientes al cuerpo humano, que han de gozar, como ha quedado dicho en el capítulo anterior de un tratamiento especial distinto al tratamiento que de común se ofrece a los bienes.

Enriquecimiento y empobrecimiento: el donatario se enriquece con los bienes que ingresan a su patrimonio y el donante se empobrece con los bienes que salen de su patrimonio. En el caso de la donación de órganos, hemos dicho ya, que desde ningún punto de vista, podemos involucrar al cuerpo humano bajo el concepto del derecho de propiedad, y aunque las partes separadas de éste son consideradas bienes y que pueden ser objeto de actos jurídicos, son consideradas extrapatrimoniales. Es decir, que en la donación de órganos no hay cesión del patrimonio o de una parte de éste, con lo que no existe un empobrecimiento ni un enriquecimiento de las personas implicadas, aunque sí existe un beneficio a la salud del receptor del órgano o tejido¹¹². No podemos darle un valor monetario a los órganos del cuerpo vivo o muerto, y es que, al igual que en la donación civil, la donación de órganos es gratuita. Decimos también que el hecho mismo de la donación de órganos es un negocio jurídico, generando concurrencia de derechos tales como la salud, la integridad física, la dignidad, la autonomía de la voluntad y la vida; pero que está fuera del comercio de los hombres por razones de orden ético y jurídico.

¹¹² En la donación de órganos y tejidos no existe una disminución de los atributos físicos del donante, ya que de lo contrario estaríamos cometiendo daños en la salud y/o vida del donante.

Pero el afirmar que los órganos y tejidos humanos no sean susceptibles de valoración económica no significa que los daños o perjuicios sobre la salud del donante o receptor no tengan un valor pecuniario (los cuales pueden ser causados por error o negligencia del médico o de la institución hospitalaria); o bien los gastos efectuados por el donante en la extracción de los órganos o tejidos no sean valubles económicamente¹¹³.

En el caso de error o negligencia en las que el o los médicos en el ejercicio de su profesión incurrieran, acarrea tres tipos de responsabilidad, regidas por tres ordenamientos jurídicos diferentes: responsabilidad administrativa ¹¹⁴, implementada por el inadecuado ejercicio de su profesión y sancionada por su ente regulador el Ministerio de Salud, la responsabilidad penal¹¹⁵ proveniente de los

¹¹³ La responsabilidad del médico presenta dos posturas: si es responsabilidad contractual o extracontractual. La *responsabilidad contractual*, supone que el médico fue requerido y aceptó intervenir, lo que significa que asumió su deber de prestación médica, esta relación puede surgir de un contrato celebrado en forma escrita o en forma verbal, la omisión de este acto deslinda responsabilidad civil. Estos supuestos de responsabilidad civil también directa y personal son aquellos denominados de “Mala Praxis” ya sea por error de diagnóstico o inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico y así mismo por negligente intervención, inobservancia de las reglas técnicas aconsejables o desconocimiento de los principios de la ciencia y del arte de curar, todo lo cual configura la Culpa Médica en la ejecución del contrato. La *responsabilidad extracontractual* es aquella que se deriva de circunstancias no previstas, como los supuestos de accidentes, en los que el paciente no ha manifestado su consentimiento.

¹¹⁴ La vía administrativa es la que se interpone ante el Ministerio de Salud, la resolución dictada por esta institución o sus dependencias no establecen si hay o no responsabilidad médica, su objetivo es constatar que se siguieron los procedimientos establecidos por el centro hospitalario correspondiente, y establecer si se podía evitar el daño causado al paciente. El MINSA puede implementar multas de conformidad con la Ley General de Salud por faltas leves, graves y muy graves. También existe la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Ley No 476 que regula el comportamiento y ejercicio disciplinario a que están subordinados todos los profesionales incluyendo los del sector salud, en el caso de que un médico incurra en falta muy graves este puede ser despedido, pero bajo el proceso de la ley 476, como medida previa se le da de baja, posteriormente se convoca a una comisión, esta comisión evalúa si existe mérito suficiente para iniciar el proceso, se le da audiencia al trabajador, comparece su representante sindical, se abre a prueba y luego se dicta una resolución, si no se está de acuerdo se puede apelar y si no se puede recurrir a la vía judicial ante los juzgados laborales o recurrir de amparo según disponga la ley.

¹¹⁵ La responsabilidad penal del médico se plantea únicamente como consecuencia del fracaso en su actuación. El fracaso podrá ser evidenciado, no obstante, cuando del tratamiento o intervención se derive un perjuicio para la salud del paciente. La inherente presencia de la voluntad de curar, estrecha el campo de valoración de la actuación del facultativo, excluyendo, casi automáticamente, la posibilidad de la responsabilidad en base a la realización dolosa de los tipos correspondientes de lesiones y homicidio. Es más bien el perjuicio causado al paciente culposamente el que tiene interés y posibilidades fácticas de discusión. Sin embargo no todo tratamiento curativo o intervención quirúrgica fracasada implica necesariamente la concurrencia del tipo de delito culposo, sino que, según la estructura y naturaleza del mismo es preciso dejar bien claro que el resultado perjudicial ha de ser consecuencia de la inobservancia

delitos y faltas dolosas y culposas, sancionada por los tribunales competentes en materia penal; y la responsabilidad civil¹¹⁶ que se traduce en los daños y perjuicios causados al paciente, sancionados por los tribunales de jurisdicción civil.

No podemos hablar de que la donación de órganos sea un contrato civil en el que concurren todas y cada una de las características y solemnidades de una donación, no se piensa por ejemplo en que existe una disminución del patrimonio del donante y un enriquecimiento del receptor; puesto que como ya hemos dicho, el cuerpo humano no es ni forma parte del patrimonio, sino que es parte del todo de una persona. Tampoco se nos ocurre exigir a alguien que prometió donar un riñón para que se lo entregue en la fecha y día estipulado; quizás sí, se pueda reclamar al médico que se le trasplante al receptor un órgano(s) que previamente estaba destinado a éste, pero no se concibe la ejecución forzosa de la obligación al donante del órgano o tejido, porque la donación de órganos es un acto dispositivo que por su trascendencia es revocable hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica; la cual se diferencia de la donación civil, ya que en ésta el elemento distintivo es la irrevocabilidad del acto y, que tampoco ninguna de las partes, según el principio de intangibilidad, puede dar por extinguido unilateralmente el contrato.

Hemos de agregar que la donación de órganos y tejidos humanos no es técnicamente considerada una donación civil, sino que es usada desde su acepción etimológica en donde se entiende que se da algo de forma gratuita a otra persona sin esperar nada a cambio, únicamente con el fin de beneficiar a otros, o como

del cuidado objetivamente debido. Por tanto, será presupuesto ineludible la comprobación de la infracción por parte del facultativo del deber objetivo de cuidado.

¹¹⁶ El daño en lo civil se sanciona con su reparación y tiende a volver las cosas al estado anterior de su realización. La reparación se puede hacer de manera específica o in natura o mediante el pago de una suma de dinero. Para que prospere la acción en contra del médico es preciso que el paciente haya sufrido un daño efectivo. Este daño puede afectar la salud o el cuerpo, causar la muerte, menoscabar las extremidades, dañar la funcionalidad de un órgano, la articulación de las palabras, impedir la aptitud de procrear, producir una enfermedad mental, incapacidad parcial o total para trabajar, la pérdida o deterioro de un órgano, la

entrega o dación gratuita. Es por ello que otras legislaciones, evitando ciertas imprecisiones técnicas, utilizan el término **ablación**¹¹⁷ para referirse a la acción y efecto de cortar, separar, quitar o extirpar cualquier parte del cuerpo; e **implantación**¹¹⁸ que es la acción y efecto de implantar, injertar, fijar o insertar un tejido u órgano en otro. Pero que tampoco creemos que es la más acertada para referirse a ese acto de dación de una parte del cuerpo o del cadáver.

Para Rabinovich¹¹⁹ la ablación es *"la actividad por medio de la cual aquella porción del cuerpo que ha de ser utilizada posteriormente se extrae de él"*, y aclara además, que *"sustancialmente, se parece a cualquier otra intervención médica destinada a extraer material anatómico. Su diferenciación básica está dada por el hecho de remover elementos que no están enfermos, sino total o parcialmente sanos. Normalmente se opera sobre un cadáver"*. Retomando esta definición, la ablación no es una denominación que abarca la donación de órgano provenientes de personas vivas, puesto que según Rabinovich la ablación opera normalmente en donantes post-mortem; además ablación se refiere sólo al acto mismo de extirpar, que no incluye la implantación en el receptor, ni hace referencia tampoco a ese acto gratuito de manifestación de voluntad de ceder un órgano, por lo tanto no abarca todo el universo que el proceder implica. Razones como éstas no llevan a considerar más conveniente utilizar el término donación y no ablación, aunque ninguno de los dos reflejen fielmente todo el proceso que con su empleo se pretende describir.

Son las ideas anteriormente expuestas el esbozo de algunas consideraciones por las que hemos definido que la donación de órganos y tejidos humanos no es

pérdida o deterioro de un sentido, provocar dolores físicos o morales.

¹¹⁷ Ablación proviene del latín *ablatio* y según el Diccionario Enciclopédico de Medicina Taber (Taber's Cyclopedic Medical Dictionary, Pág. 6), es la "separación, remoción, desprendimiento, erradicación o extirpación de una región del cuerpo, especialmente mediante incisión".

¹¹⁸ Implantación, del latín *in dentro* y *plantare* plantar o fijar (Taber's Cyclopedic Medical Dictionary, Pág. 1031).

técnicamente considerada una donación civil. Compartimos con el tratadista de Derecho Civil R. Ruggiero¹²⁰, que los elementos esenciales de la donación civil son: la atribución patrimonial que produce enriquecimiento en el donatario y consiguientemente empobrecimiento en el donante, intención de beneficiar o *animus donandi* a la que debe corresponder en el donatario la intención de recibir la donación como tal, privación de la cosa en el donante, el no poder ser revocada de modo arbitrario por el donante.

A pesar de la flagrante distinción de las instituciones tratadas, pensamos que el concepto de donación es el que más se aviene, interpretado etimológicamente como entrega o dación gratuita. La legislación argentina, por ejemplo, al referirse al tema la denominan ablación de órganos e implante; términos que no aciertan con ese acto de cesión. Por ello consideramos que, aunque la donación de órganos y tejidos no es el término más técnico, es el que más se atempera a este tipo de acto.

2. DONACIÓN INTER.-VIVOS

La utilización de órganos de personas vivas para ser trasplantados en otras personas con enfermedades crónicas irreversibles, es un procedimiento quirúrgico habitual desde hace muchos años y realizado para el beneficio y bienestar terapéutico del enfermo. El donador vivo es aquel que dispone en vida de parte de su cuerpo, al que se le extrae un órgano o material anatómico para su implantación en un receptor.

Hay partes del cuerpo que no pueden donarse, aunque exista la voluntad expresa del donante, por considerarse que atenta contra las buenas costumbres y

¹¹⁹ Cfr. R. D. Rabinovich, Régimen de los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, Pág. 12.

¹²⁰ Cfr. R. Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Madrid Págs. 145-147.

las leyes, tales como órganos y tejidos cuya extracción altere permanentemente la salud del donante, poniendo en peligro su vida, o merme su capacidad física o síquica al perder funciones importantes del organismo. De forma que, no se donan órganos impares, ni los que afectan aspectos estéticos, tampoco los que al extirparse ocasionen trastornos mentales o pérdida de la capacidad procreativa. A *contrario sensu*, son donables los órganos pares, huesos, cartílagos y tejidos regenerables.

Debemos aclarar también que, los trasplantes llevados a cabo de donantes vivos son éticamente sustentables y aceptables, si en ellos concurren: el principio de *beneficencia y no maleficencia (no harás daño)*, en los que según el profesor Juan A. Tovar¹²¹, la donación solamente es aceptable si los beneficios esperables del trasplante (*preservación de la vida y mejora de su calidad*), exceden los riesgos y ello en las condiciones siguientes:

Tiene que ser la única alternativa: En el caso de nuestro país en donde solo se realizan trasplantes de riñones, la enfermedad de insuficiencia renal crónica es tratada primeramente con fármacos (medicamentos tradicionales), pero con posterioridad estos resultan insuficientes entonces se pasa a una segunda fase que son los tratamientos sustitutivos los que conocemos como diálisis peritoneal y hemodiálisis con en tiempo estos también resultan insuficientes es entonces que se realiza el trasplante renal. Es evidente que en nuestra situación al no existir una lista de donantes cadavéricos a los cuales se pueda recurrir (porque no hay un banco de órganos y una legislación que respalde y promueva las donaciones post-mortem), los órganos de donantes vivos emparentados con el receptor son los únicos de los que se puede disponer al momento de trasplantar a un paciente enfermo.

Tiene que haberse contrapesado cuidadosamente el beneficio esperado contra los posibles riesgos: En el caso de los trasplantes de riñón, que son los que actualmente se realizan en nuestro país, ésta condición está presente de manera clara; puesto que el beneficio del trasplante es superior al riesgo de la cirugía. En cambio, al tratarse de trasplantes de pulmón o de hígado, cirugías que aún no se efectúan en Nicaragua, los riesgos para el donante son mayores debido a las características médicas propias de estos trasplantes.

Se tiene que ofrecer al donante las mejores condiciones técnicas: Sabemos que los trasplantes no son cirugías corrientes, sino técnicas complejas que requieren de la experiencia del personal médico y de equipos considerablemente avanzados. Por ello, no puede permitirse que las donaciones de órganos se realicen sin la experiencia necesaria.

Otros principios que tienen que respetarse son: el de *autonomía*, en el que el donante ha de ser necesariamente adulto y capaz para decidir por sí mismo y sin presión alguna, y el principio de *justicia* en el que la donación solamente debe ser altruista y motivada por afecto a un ser querido, o a una generalidad, su comercialización es inaceptable pues como enunciaba Kant, "*el hombre es un fin en sí mismo y, por tanto, tiene dignidad y no precio*"¹²².

Destacando otra característica de las relaciones contractuales que se encuentra ausente en la donación de órganos, es el consentimiento, que se encuentra presente en el negocio jurídico bilateral, más no en el negocio jurídico unilateral en el cual únicamente existe la manifestación de voluntad.

¹²¹ Cfr. J. Gafo, *Trasplantes de Órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, Págs. 83-86.

¹²² Cfr. J. A., Tovar; *Problemas Éticos planteados por los Trasplantes de Órganos*, en J. Gafo, *Op. Cit.* Pág. 86.

Aunque, tratándose de donaciones de órganos *inter-vivos* con donador emparentado con el receptor, nos parece que sí existe consentimiento entre los implicados; porque el donante cede el órgano a una determinada persona quien consiente que se le implante dicho órgano, habiendo entonces una concertación de voluntades entre el donador y el receptor de dicho órgano, sólo que esa concertación de voluntades no es generador de relaciones obligatorias.

Debemos aclarar que en este caso no es menester que exista una aceptación expresa del receptor para que se produzca la donación *inter-vivos*, porque creemos que pueden surgir ciertos casos en los que el consentimiento esté presente, y otros en los que únicamente existe la manifestación de voluntad no recepticia del donante. Por ejemplo, si Andrés manifiesta donar un riñón, a fines de que sea implantado en su primo José, José o sus representantes deben consentir, expresa o tácitamente, que el acto efectuado por Andrés surta los efectos deseados, es decir que dicho órgano sea transplantado a José, y no a Pedro o Juan. Puede darse el caso en que José no acepte que le sea implantado el riñón de Andrés, por lo que Andrés probablemente no cedería su órgano a otra persona; se presenta entonces la declaración de voluntad de Andrés de donar, más no la aceptación de José que dicho riñón sea implantado en su cuerpo; por tanto si no existe consentimiento, no existe transplante.

Hay quienes sostienen que en las donaciones *inter-vivos*, la mera aceptación del receptor o sus representantes legales a los fines del transplante, es en relación con la implantación y no sobre el acto de donar; ya que la perfección del acto que realiza el donante es independiente a la aceptación del receptor; pero esta posición surge cuando el donador vivo cede su órgano o tejido humano a un centro especializado o banco de órganos para que sea éste quien administre eficiente e independientemente dichos materiales anatómicos, aquí únicamente existe la voluntad unilateral expresa del donante y no la aceptación del receptor. Pero en

Nicaragua hasta estos momentos, el donador del órgano es una persona relacionada consanguínea o sentimentalmente con el receptor, quien consiente expresamente que se le implante el órgano destinado a él, por el donante. Es decir existe la concertación de voluntades entre el donante y el receptor sobre el trasplante, habiendo entonces un consentimiento de las partes, que como ha quedado dicho se emplea el término consentimiento en la acepción etimológica de la palabra y no es su acepción técnica; tal cual es, elemento esencial común de los contratos, debido a la peculiaridad que reviste la donación de órganos.

Otra disyuntiva nos presenta el tema del consentimiento en materia de trasplantes, y es que si decimos que existe un *consentimiento* entre dos personas, nos estamos refiriendo a una *declaración de voluntad recepticia*, en las que para que gocen de valor jurídico requieren de la aceptación del destinatario (consentimiento) y son por ello de naturaleza irrevocables. Estaríamos afirmando entonces que la donación de órganos, por tratarse de declaraciones de voluntades recepticias, en las que existe la declaración de ambas voluntades (donador y receptor), surge una obligación a la cual se refiere el arto. 1830C. que define la *obligación* como "*la relación jurídica que resulta de la ley o de dos o más voluntades concertadas, por virtud de la cual puede una persona ser compelida por otra a dar alguna cosa, a prestar un servicio o a no hacer algo*", y en el caso de donaciones de órganos el donante jamás puede ser compelido a ceder o dar su órgano, porque es acto netamente voluntario y revocable hasta el mismo momento de la intervención, carente de todo contenido patrimonial, y es este justamente el elemento que caracteriza a las relaciones obligatorias, y que excluye *per se* a la donación de órganos.

Por tanto, es más apropiado referirse a la donación de órganos como un negocio jurídico unilateral, en que la declaración de voluntad del donante produce efectos legales, permitiendo que una parte de su cuerpo ya separada (considerada

bien) sea implantada en otra persona, no existe obligación alguna por parte del cedente, sino únicamente una satisfacción de carácter espiritual, revocable en cualquier momento, pero antes de ser implantado en el otro individuo. Este acto tiene relevancia para el Derecho, puesto que dicha declaración de voluntad surte efectos jurídicos.

Varias de las legislaciones que regulan la trasplantología, tales como Argentina¹²³ y Colombia¹²⁴ al referirse a las donaciones *intervivos* pretenden que exista una relación entre el donador y el receptor, sea consanguínea o sentimental, tratando de evitar causar un grave perjuicio a la salud del donante y que existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor. En Colombia¹²⁵ por ejemplo, es permitida la donación de órganos única y exclusivamente en materia de trasplantes o con fines terapéuticos, y no con miras de experimentación o de estudio.

En Argentina, el consentimiento del dador o de su representante legal (en caso de donación de médula ósea), no puede ser sustituido ni complementado, puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras

¹²³ Cámara de Diputados de la República de Argentina, Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Material Anatómico Humano, arto. 15: "Solo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de 18 años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o a 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, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos..."

¹²⁴ Congreso Nacional de la República de Colombia, Decreto 1172 Reglamento a la Ley 73 de Trasplantes de Órganos y Tejidos, Arto. 32 "Para la donación de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos por parte de una persona o sus deudos, deberán cumplirse los siguientes requisitos: a. Que la persona del donante o los deudos responsables de la donación, en el momento de expresar su voluntad sean mayores de edad y no estén privados de libertad, caso este último en el cual la donación será procedente si se hace en beneficio de sus consanguíneos hasta el cuarto grado, a fines hasta el segundo grado o en el primero civil. b. que sin perjuicio de los derechos que este decreto confiere a los donantes, no exista compensación económica, ni en dinero ni en especie, por los componentes anatómicos donados; c. que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente y d. que la persona donante o los deudos responsables de la donación, no presenten alteración de sus facultades mentales que puedan afectar su decisión.

¹²⁵ Decreto 1172/89, Reglamento a la Ley 73 de Trasplantes de Órganos y Tejidos de la República de Colombia"1988, Arto. 04 párrafo primero.

conservar la capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada. En esta misma ley se dicta que la retractación del dador no genera obligación de ninguna clase¹²⁶. Ello se traduce en que el acto de disposición es por esencia revocable, es decir, que toda persona que haya dispuesto ser dadora de un órgano o material anatómico en vida puede cambiar su decisión sin que se le pueda cambiar su decisión o compelerlo para intervenirlo quirúrgicamente. Esta negativa de donar un órgano puede asumirse hasta el mismo instante de producirse la operación de extracción o ablación del órgano o tejido, pero mientras el dador pueda expresar libremente su voluntad.

La misma ley de trasplantes de Argentina regula la capacidad para expresar su voluntad, creemos que esta expresión significa que el dador debe mantener la aptitud necesaria para expresar la revocación de la disposición corporal. Toda revocación debe ser formulada entonces, con discernimiento, intención y libertad, para que ella produzca sus efectos.

La retractación del donador de un órgano o tejido no genera en ningún momento responsabilidad de ninguna clase puesto que estamos hablando de un acto de solidaridad y altruismo, no de un contrato que sea exigible en caso de negativa o revocación del dador. Sabemos que si la manifestación de voluntad está dirigida a crear efectos en el Derecho, se constituye la figura del negocio jurídico, pero en la donación de órganos no se pretende o no se tiene la intención de crear efectos jurídicos, aunque de hecho sí se crean. La intención aquí es salvar la vida a otra persona o mejorar su estado de salud sin disminución de las habilidades o capacidades o de la salud del donador.

¹²⁶ Cámara de Diputados de la República de Argentina, Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Material Anatómico Humano, Arto. 15, párrafo quinto "...el consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será

Para la profesora Abboud¹²⁷ no existe entre el donante y el receptor una relación contractual surgida al amparo de los negocios jurídicos bilaterales porque, se encuentra ausente el elemento patrimonial que caracteriza las relaciones obligatorias y, porque en la acepción más amplia no es un negocio jurídico. Ello es, porque la donación de órganos corresponde a un negocio jurídico unilateral, en donde, al igual que el testamento y la renuncia del usufructo, surgen a la vida jurídica por la voluntad de una sola persona, en este caso la donación de órganos surge por voluntad del donante.

Para la extracción del órgano o tejidos, esta voluntad del donante debe ser manifestada expresamente, en relación con el proceder, sólo una vez que haya sido informado adecuadamente sobre la importancia médica de esa extracción y las consecuencias que para su salud se deriven.

En materia civil, la voluntad ha de expresarse por persona capaz, y libremente, ausente de vicios, pues en caso de que estos existan los efectos son de ineficacia del acto. De forma que, la voluntad declarada producirá a plenitud sus efectos, cuando sea consciente, libremente emitida y dada a conocer al mundo exterior por las formas admitidas en Derecho para ello. La voluntad ha de ser declarada externamente, pues en tanto sea manifiestamente interna, no actúa en el mundo jurídico, por otra parte la declaración de voluntad debe ser oportuna y coincidente con la voluntad externa¹²⁸.

En materia de donación de órganos estos requisitos de la voluntad han de ser igualmente observados, pues no hacemos otra cosa que aplicar a este acto concreto

practicada. La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase".

¹²⁷ Cfr. N. Abboud, Los Trasplantes de Órganos y Tejidos, Trabajo de Diploma para optar al título de licenciada en Derecho, Pág. 35.

¹²⁸ En la teoría del negocio jurídico se estudian como supuestos de divergencia inconsciente entre la voluntad interna y la declarada, las declaraciones en broma, la reserva mental, y el error obstativo o error en la declaración.

lo que corresponde a la teoría general de los actos jurídicos. Si la voluntad ha sido viciada, la extrema necesidad fuera de la ley no le confiere carácter legal a la operación médica, hay en este caso enfrentamiento de dos intereses, el donante en relación con su vida y su integridad física, y el interés del *recipiens* o receptor por su propia vida y su salud; pero no puede decirse que el interés del receptor tenga más peso que el del donante pues en ambos casos hay protección a la salud y la integridad física. Con la finalidad de obtener una manifestación de voluntad libre de vicios, espontánea y responsable, surge la doctrina del *consentimiento informado*, en virtud de la cual el donante manifiesta su voluntad de donar sus órganos o tejidos luego de conocer, por ser informado por el médico, de los riesgos y expectativas para su salud e integridad física.

Esta doctrina exige del médico cumplir con el deber de revelar adecuadamente al paciente la naturaleza del trasplante propuesto, los riesgos implícitos, las opciones disponibles, si existen y los beneficios que serían razonables esperar. Suele definirse el *consentimiento informado*¹²⁹, como el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación médico- paciente, en virtud del cual es sujeto competente o capaz recibe del médico bastante información, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, consiente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad..

El *consentimiento informado* implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le

¹²⁹ El artículo 8 de la Ley General de Salud nicaragüense, se refiere al consentimiento informado de la siguiente manera: " el usuario tiene derecho, frente a la obligación correspondiente del médico que se le debe asignar, de que se le comunique todo aquello que sea necesario para que su consentimiento esté plenamente informado en forma previa a cualquier procedimiento o tratamiento, de tal manera que pueda evaluar y conocer el procedimiento o tratamiento alternativo o específico, los riesgos médicos asociados y la probable duración de la discapacidad. El usuario es libre de escoger el procedimiento frente a las

propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. Es de vital importancia que la información sea dada a cada paciente -dador y receptor- y al grupo familiar¹³⁰ de ambos. Dicha información, según la ley de trasplantes de Argentina en los artículos 13 y 21, debe ser *suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural*. En caso de los menores de edad e incapacitados es a los representantes legales a quienes se les debe comunicar las características de la intervención. A nuestro criterio los incapaces mentalmente no deben ser donantes, aún mediante representantes, puesto que no habría una comprensión reflexiva por parte de éstos sobre el alcance de la donación.

En jurisprudencia argentina se aclara un poco sobre la negativa a aceptar la dación de un órgano en vida por un incapaz; sosteniendo que ni el juez puede suplir la voluntad de un insano en los derechos personalísimos, más aún cuando se trata de la integridad de su propio cuerpo, que es mucho de lo poco que le queda¹³¹. Y es que, hacer una donación de un órgano en vida, entra en la liberalidad que una persona hace de sí misma, por lo que sólo ella, actuando con pleno discernimiento, intención y libertad puede tomar una decisión al respecto; estamos hablando de acciones privadas de los hombres no exigibles jurídicamente, que tratándose de personas capaces es imprescindible su consentimiento para practicar la ablación del órgano a trasplantar, sin que pueda ser forzado a ello en caso de negarse. ¿Podemos afirmar que un insano quiera o desee ejercer un derecho para preservar la vida de otro ser humano haciendo él -el insano- la donación? Aún admitiendo la superioridad de la donación como un acto solidario, altruista, de conservación de la vida de un ser humano, no es admisible subordinar

alternativas que se le presenten. El consentimiento deberá constar por escrito".

¹³⁰ Varios autores consideran incorrecto que también el grupo familiar del paciente conozca los pormenores de la operación, ya que es el propio dador o receptor el que deberá disponer si es necesaria tal comunicación a sus allegados. Claro está que se exceptúa el receptor que sea incapaz y no pueda comprender, ante la falta de discernimiento, la importancia de la operación. (Reiteramos la inconformidad sobre la donación de órganos y tejidos por parte de menores o incapacitados).

tales intereses al derecho del incapaz, tomándolo como cosa y olvidando su condición de persona, sacrificando lo poco que le queda en la vida (su cuerpo)¹³².

Cuando se sostiene que la información brindada al donante debe ser *suficiente* debe entenderse, según el jurista argentino Rabinovich¹³³, que la información debe ser global, y disponible hasta el momento del último diagnóstico. Cuando se aduce al término *Clara* debe comprenderse que la información llegue al receptor del mensaje y que no esté viciada de tecnicismos impropios para la persona común; y cuando se dice *adaptada a su nivel cultural*, se pretende hacer énfasis en que el médico o los médicos informantes deben ser cuidadosos y llegar al paciente como a sus familiares teniendo en cuenta, primordialmente, las características intelectuales de los que reciben la información.

Gran parte de las legislaciones que regulan la materia de trasplantología coinciden en que la información debe versar sobre: los riesgos de la operación de ablación e implantación, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, y sobre las posibilidades de mejoría que puedan resultar para el receptor. También deberá informarse sobre la mayor o menor urgencia de la intervención y los peligros existentes al realizar el trasplante¹³⁴.

¹³¹ Ver jurisprudencia en anexos No 8.

¹³² Cfr. F.A., Sagarna, Los Trasplantes de Órganos en el Derecho, Pág. 423

¹³³ Cfr. R.D. Rabinovich, Régimen de Trasplantes de Órganos y Tejidos, Pág. 78-83.

¹³⁴ El Reglamento a la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación Mexicana, 20 febrero 1985, Arto 16 dispone que tratándose de trasplantes, el disponente originario del que se tomen órganos o tejidos deberá: 1. Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta; 2.- Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico; 3.- Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas; 4.- Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, así como las probabilidades de éxito para el receptor, y 5.- Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un notario. La Ley 23. 193 de Argentina citada anteriormente en su artículo 13 establece que "los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales (médicos trasplantólogos), deberán informar a cada paciente y su grupo familiar...de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante...sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las

En materia de donación de órganos, la voluntad debe manifestarse de forma expresa, no quedando campo a las manifestaciones tácitas, presuntas, ni aquellos casos en que el silencio puede interpretarse como aquiescencia. El donante debe expresar su voluntad mediante la palabra o signo que le represente, pero siempre de forma inequívoca y clara. No hay en esta materia campo para las presunciones, pues la cesión de una parte del cuerpo o cadáver no debe ser presumida, en nuestra percepción, porque se trata de un acto que comprende tan delicados derechos, que sólo de forma expresa ha de exteriorizarse en aras de tutelar los derechos que le rodean y que pueden ponerse en riesgo. En cambio, la aceptación del receptor sí puede exteriorizarse al mundo jurídico de forma expresa, presunta o tácita, puesto que la aceptación redundará en interés de la salud y vida de éste último.

Refiriéndonos a la capacidad para donar que, como regla general, exigen las legislaciones coinciden con el *pleno goce de la capacidad civil*; en Nicaragua ésta se adquiere con la mayoría de edad, la que se fija sin distinción de sexo a los veintiún años cumplidos y autoriza al mayor para disponer libremente de su persona y bienes.

No obstante, el artículo 271C. establece dos formas en las que un menor de edad puede ser habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, que se logra por la vía de la emancipación; éstas son: *por medio del matrimonio*: que producirá únicamente todos sus efectos legales, cuando el varón o la mujer tengan diez y ocho años (273C) y, *por autorización del padre, o de la madre* en su defecto, la que podrá verificarse con la aceptación del menor y

limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosíblemente, puedan resultar para el receptor..." El decreto 1172 Reglamento a la ley de Trasplantes de Colombia de 1989 dispone en su artículo 35 que "para la realizar una dación *in vivo* es necesario cumplimentar...inciso c. que se le informe al donante y al receptor sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que pueden existir en el procedimiento por razón de la producción de situaciones imprevisibles...inciso e. que el donante haya sido informado sobre las consecuencias de su decisión en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático, psíquico y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante

después que éste haya cumplido dieciocho años (arto. 274C). Además de gozar de la mayoría de edad, sea por arribar a los veintiún años o por las distintas formas de emancipación, la persona para gozar a plenitud de la capacidad civil debe estar excluido de los artículo 7 y 8 del Código Civil¹³⁵.

Pero, nuestro Derecho positivo, también contempla diversas edades en las que se es responsable de ciertos actos jurídicos, como por ejemplo, el Código de la Niñez establece que se es sujeto penal a los 18 años cumplidos. Según nuestra Constitución se es ciudadano al cumplir dieciséis años de edad¹³⁶; el Código Civil reconoce la habilidad para contraer matrimonio al varón que ha cumplido quince años y la mujer que ha cumplido catorce¹³⁷, pero con el consentimiento de los padres; y le otorga capacidad para contraer matrimonio libremente a la mujer de dieciocho años cumplidos o declarada mayor¹³⁸. La Ley sobre Seguridad Transfusional define como *donante de sangre* a toda persona natural entre los diecisiete y sesenta y cinco años de edad¹³⁹. Con esta diversidad de la capacidad para ejecutar ciertos actos, se hace necesario dejar establecido una edad adecuada en la que un donante puede ceder parte de su cuerpo, sin incurrir en violaciones a la autonomía, discernimiento y voluntad de la persona.

En Cuba, según preceptúa artículo 29.1 del Código Civil, "la plena capacidad para ejercer derechos y realizar actos jurídicos se adquiere: por arribar a la mayoría de edad que comienza a los 18 años cumplidos y, por matrimonio del

se esperan para el receptor..."

¹³⁵ Son absolutamente incapaces; las personas por nacer, los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o de otro modo claro o indubitable. Tienen incapacidad relativa: los menores adultos.

¹³⁶ Arto. 47 de la Constitución Política de Nicaragua.

¹³⁷ Código Civil nicaragüense, arto. 101 "Son hábiles para contraer matrimonio el varón que ha cumplido quince años y la mujer que ha cumplido catorce".

¹³⁸ Código Civil nicaragüense, arto. 100 "El varón de veintiún años o el declarado mayor, y la mujer de diez y ocho años cumplidos o declarada mayor, pueden contraer matrimonio libremente".

¹³⁹ Ley No. 369 Sobre Seguridad Transfusional de Nicaragua, 28 Noviembre 2000, arto. 8 "Se define como donante a toda persona natural entre los diecisiete y sesenta y cinco años de edad que cumpla con los criterios de selección..."

menor". El artículo 81 de la Ley de Salud Pública regula que *“podrán donar sus órganos y tejidos, los mayores de 18 años de edad que estén en el pleno uso de sus facultades mentales y que los menores de 18 años de edad, no incapacitados, podrán donar sus órganos y tejidos con la autorización del padre o la madre, o de su representante legal en ausencia de éstos¹⁴⁰ ...”*

El Artículo 15 de la Ley de Trasplantes de Argentina dispone en su primer párrafo: *"sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de 18 años..."*

La legislación boliviana expresa literalmente que, *"las ablaciones de órganos, tejidos y células de personas vivas sólo pueden practicarse en personas mayores de veintiún años, cuando no le ocasionen menoscabo a su salud, disminución física que afecte su supervivencia o le originen un impedimento considerable, debiendo previamente contar con su consentimiento expreso, libre y voluntario, debidamente registrado en Notaría de Fe Pública, el mismo que deberá quedar documentado en la institución hospitalaria"¹⁴¹. En lo referente a las mujeres embarazadas y las personas mentalmente incapaces, les es prohibido ser donantes¹⁴².*

Nosotras creemos que es más apropiado que la edad exigida para donar órganos en las leyes de trasplantes debe coincidir con las que marcan las legislaciones civiles de cada país, como mayoría de edad, pues coincidimos con A.J. Bueres¹⁴³ cuando dice que, *"los actos jurídicos en cuestión son sumamente delicados y demandan el máximo el poder reflexivo y la madurez para marcar el hito de la capacidad de goce del derecho de disposición sobre el cuerpo, puesto*

¹⁴⁰ Tomado de N. Abboud, *Trasplantes de Órganos y Tejidos*, La Habana Pág. 41.

¹⁴¹ Ley No. 1716, Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, Arto. 65 Noviembre 1996.

¹⁴² Op. Cit. Arto. 7

¹⁴³ Responsabilidad civil de los médicos, citado por F.A. Sagarna, *Los trasplantes de órganos en el*

que está de por medio la salud física y mental de individuo. En nuestro caso la edad de 21 años se tiene como fijada para arribar a la mayoría de edad¹⁴⁴.

No obstante, según la doctora Bergoglio de Brouwer¹⁴⁵, existen situaciones en las que, un hermano menor es el donante más adecuado para un paciente que necesita un implante, debido al alto grado de similitud genética que suele existir entre los mismos. Pero en definitiva, la minoría de edad impide considerar una voluntad madura y al mismo tiempo es cuestionable el consentimiento efectivo que los padres puedan prestar, debido a la situación extremadamente traumática y conflictiva en los que se coloca.

Soto Nieto, representante de la doctrina española en estos temas, es terminante en cuanto sostiene que *"...no será posible la donación entre vivos de un órgano perteneciente a un menor de edad, cuyo consentimiento devendría nulo"*¹⁴⁶. Sigue exponiendo que la falta de capacidad del menor de edad no puede ser suplida por voluntad paterna, pues no resulta factible que los padres puedan adoptar decisiones que trasciendan la integridad corporal de sus hijos.

Esta posición es un reflejo de la ley de trasplantes española, que dado a sus objetivos garantistas, prohíbe que los menores de edad y los incapaces (de hecho o de derecho) sean donantes, excepto para los menores de edad cuando se trate de tejidos regenerables (médula ósea), pero siempre con el consentimiento de sus representantes legales. El Consejo de Europa, en su Proyecto de Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina en su artículo 20 citado por el profesor Romeo

Derecho, Pág. 128.

¹⁴⁴ Código Civil de la República de Nicaragua, Tomo I arto. 278 "La época de la mayor edad se fija sin distinción de sexo en los veintiún años cumplidos. El mayor de edad, puede disponer libremente de su persona y bienes".

¹⁴⁵ Op. Cit.

¹⁴⁶ J. Gafo, Trasplantes de Órganos: problemas técnicos, éticos y legales, Pág. 34.

Casabona¹⁴⁷, mantiene una posición semejante y admite, también como excepción, la donación de tejidos regenerables por parte de una persona que no tiene capacidad para consentir, en este caso dicho proyecto se refiere al menor o incapaz adulto. Ello es resultado, agrega Romeo Casabona, de la experiencia conocida en algunos países, de claro abuso del menor por parte de sus padres, aunque actúen movidos por el deseo de salvar la vida de otro hijo, lo que lleva a mantener una protección especial en estas personas.

Por ello seguimos apoyando la edad de veintiún años para poder ser donador de órganos y tejidos, con la salvación de que si un menor de edad, pero mayor de dieciséis años, en pleno uso de sus facultades mentales, quiere ser donador por tener la comprensión de los actos lícitos, creemos que debiera entonces resolverse la hipótesis judicialmente, aunque previendo en el marco jurídico pautas para su solución, como por ejemplo, permitiendo dicho acto únicamente si se tratase de un donante emparentado con el receptor (un hermano, un padre), bajo la supervisión de al menos un psicólogo, del dictamen médico que determine la capacidad biológica del menor para ser donante y, que dicha donación no ponga en peligro la vida y salud del menor, ni que le provoque alguna disminución física o mental, y previa autorización de su representante legal.

Además de la mayoría de edad, *el donante debe gozar de plenas facultades mentales* que le permitan discernir y comprender el procedimiento médico por el que va a pasar o soportar, y poder tomar libremente la decisión sobre la disponibilidad corporal. Sabemos que un ser humano sin discernimiento no podrá entender la información que él o los médicos le brinden, y por ello no podrá dar un consentimiento discernido, libre y espontáneo para que el acto sea eficaz.

¹⁴⁷ Cfr. J. Gafo, Trasplantes de Órganos..., "tendencias legales sobre los Trasplantes de Órganos", Pág. 108- 110.

Una vez que el donador cumpla con los requisitos de la capacidad mental y física, de ser informado previamente de la consecuencias de su decisión. Es de vital importancia dar a conocer beneficios y riesgos al paciente, y éste tiene derecho a una información veraz.

Como bien expone el profesor Juan Tovar, en *Problemas éticos planteados por los trasplantes de órganos procedentes de donante vivo*¹⁴⁸, el donante debe decidir por sí mismo y sin presión alguna, y esto sólo es posible si se dan las siguientes circunstancias:

a) *Al donante debe proporcionársele una información exhaustiva* sobre la indicación, los beneficios posibles del trasplante, los riesgos de complicaciones e incluso de mortalidad para él y para el receptor, así como de la posibilidad de que sea necesario un trasplante.

b) *El donante debe hacer constar por escrito su consentimiento informado* Cualquiera de estas personas puede interrumpir el proceso si considera que no se dan las circunstancias óptimas para desarrollarlo. Es conveniente que este consentimiento se dé en dos tiempos sucesivos separados por hasta dos semanas. Agrega el profesor Tovar, que el primer tiempo sea para las exploraciones necesarias destinadas a conocer si la donación es posible desde el punto de vista técnico, y el segundo para la extracción del órgano. El período intermedio de reflexión debe dejar abierta la posibilidad de vuelta atrás en una decisión tan delicada.

c) También, el donante debe ser sometido a una *evaluación psicológica* por persona competente ajena al equipo trasplantador. La o las entrevistas tienen que ser suficientemente profundas como para asegurarse de su equilibrio mental y de la motivación psicológica y afectiva de la donación.

d) *Se rechaza cualquier tipo de coacción* y, que no puede aceptarse la donación si la necesidad del órgano es urgente, ya que en tales circunstancias, dice el profesor Tovar, no se dan las condiciones de sosiego necesarias para tomar fría y razonadamente una decisión de esta índole; y por último:

e) Dadas todas las circunstancias médicas y psicológicas adecuadas, es el donante, adecuadamente informado, quien debe decidir finalmente en un *acto de libre albedrío* que, en el fondo, sostiene el profesor Tovar, no es muy distinto al de someterse a una operación estética o del de conducir sin cinturón de seguridad a velocidad excesiva.

Otro requisito establecido en varias legislaciones (España, Argentina, Colombia, México) y el que consideramos acertado, siempre y cuando el material anatómico provenga de un donante post-mortem, es, *que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito claro está, de mejorar sustancialmente sus esperanzas o sus condiciones de vida, y garantizando el anonimato del receptor*. En el caso de donantes vivos emparentados, el anonimato del receptor no es una condición necesaria para proceder a la dación.

Como último requisito debe tomarse siempre en cuenta *la revocabilidad de la decisión sobre la donación*, aspecto sobre el que hemos expuesto.

Puede observarse que en lo que concierne al receptor, las exigencias son menos rigurosas, con relación a los requisitos a observar para la obtención de la voluntad del donante, pues el receptor padece de una enfermedad irreversible cuya única alternativa es la sustitución del órgano dañado por uno sano, sus posibilidades de opción son escasas o inexistentes, por imperativo médico, así

¹⁴⁸ Cfr. J. Gafo, *Trasplantes de Órganos...*, Pág. 84- 85.

pues, en lo referido a la *Edad*, no se puede disponer de un mínimo de edad para recibir un trasplante porque se trata de que el paciente salve su vida o recupere su salud, y no de la disposición corporal. Cualquier condición del paciente, como la histocompatibilidad del órgano, y el estado físico, serán contempladas por los facultativos al momento de la intervención quirúrgica.

En lo que se refiere a las *facultades mentales*; quedo dicho que en el donador es necesario el pleno uso de sus facultades mentales, es decir que tenga el pleno ejercicio de la capacidad jurídica; en cambio en el *receptor* esa exigencia es innecesaria, por lo que ha quedado dicho, sobre la inexistencia de opciones ante el imperativo de la sustitución del órgano o tejido.

La aceptación del receptor sobre el proceder del trasplante es requisito indispensable para la intervención. Los médicos trasplantólogos deben informarle a él, en primer término, o en otro caso a su grupo familiar de los beneficios, riesgos y consecuencias del trasplante. Es aquí cuando la facultad mental y la capacidad del receptor alcanza su mayor relieve. En primer término, si el receptor está en condiciones mentales para expresar su voluntad de forma inequívoca habrá de atenderse a esta, y respetarse, y en segundo término habrá que contemplar aquellas situaciones en las que corre peligro la vida del enfermo y éste no puede dar su consentimiento por ser incapaz o estar inhabilitado para tomar una decisión, en cuyo caso corresponderá a sus representantes legales decidir.

Nos tropezaremos con mayores problemas cuando el receptor sea un incapaz o menor, pues tendrá por ley asignado un representante legal, quien actuará igualmente en esta esfera jurídica de su representado, como en el resto de las relaciones en que participa por él; sin embargo el tema se torna de mayor complejidad cuando el receptor no puede decidir por el deterioro experimentado en su salud, no ha sido declarado incapaz, así que legalmente no tiene

representante, en cuyo caso existen uniformidad en la doctrina en admitir que corresponde a los familiares su decisión, en lo que si no ha existido pacificidad doctrinal es en como resolver el conflicto cuando familiares con iguales derechos no coinciden en la decisión del trasplante.

Algunos sostienen que, en ausencia de normativa legal específica, debe respetarse para la obtención de esta decisión el mismo orden que se observa para suceder, y cuando dentro de un mismo grado existe conflicto, optar por decisión de mayoría, o lo que resulte desde el punto de vista médico más beneficioso para el receptor; aunque la práctica trasplantológica ha demostrado que los médicos, en estos casos, no proceden sin la anuencia unitaria de la familia, al menos de los parientes más cercanos.

En aquellos casos en que el paciente no puede dar su asentimiento, por estar inconsciente o por no tener el pleno uso de sus facultades mentales, y no se encuentran presente, y se hace imposible contactarse a alguno de sus familiares o representantes, encontrándose en inminente peligro de muerte, el valor de la "*vida*" debe prevalecer.

En caso en que el receptor siendo mayor de edad y en pleno ejercicio de su capacidad mental, no estando inconsciente o bajo los efectos de medicamentos, manifieste su voluntad plenamente cualquiera que ésta sea, entonces ni los familiares, ni los médicos, ni la justicia, pueden obligarlo a retractarse. La voluntad del paciente debe respetarse, y es él quien debe cuidar de su vida y de su salud, puesto que si el receptor estima que la intervención no le brindará fruto alguno, es él y sólo él, quien debe decidir tan importante cuestión.

Elías Guastavino, citado por Sagarna¹⁴⁹ advierte que, en principio es necesario el consentimiento del paciente para ser sometido a operaciones quirúrgicas, tratamientos médicos o sanitarios e internaciones en establecimientos asistenciales, por el respeto a la dignidad de la persona humana. Continúa el autor diciendo que en ciertos casos, tales como incapacidad permanente o accidental, el consentimiento del paciente puede suplirse con el del representante legal, o por la aplicación de nociones sobre estado de necesidad. Pero también distingue, el mismo autor, entre supuestos de *operaciones quirúrgicas delicadas*, cuyo éxito final resulta difícil asegurar; y otros como *vacunaciones, transfusiones sanguíneas y los tratamientos terapéuticos aconsejados por la medicina para salvar la vida del paciente*, de éxito probable o seguro.

Para el primer supuesto, el jurista Guastavino opina, que ante un paciente que conserva su plena lucidez psíquica y no quiere ser intervenido, el médico todo lo que puede hacer es tratar de persuadirlo para que acepte la operación, si la voluntad del paciente no puede expresarse de forma inequívoca, deben decidir sus representantes legales o sus parientes cercanos.

Y en el segundo supuesto, cuando se trate de una terapia segura, sin ocasionar mayores molestias o dolores, y resulta imprescindible para prolongar la vida y conservar la salud, cabe imponérsela a la persona aún contra su voluntad, puesto que la negativa configuraría un suicidio indirecto o al menos se aproximaría a ello¹⁵⁰. No obstante, es justo afirmar también, que nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad, a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando se está en condiciones de expresar la voluntad. Ello es así, porque es el

¹⁴⁹ Cfr. F. A. Sagarna, Los trasplantes de órganos, Pág. 167

¹⁵⁰ La disyuntiva en esta posición resulta en el caso de los que profesan la religión "Testigos de Jehová" quienes se oponen a aceptar transfusiones sanguíneas, aún cuando peligre la vida del enfermo. En este caso convergen dos intereses. la vida y la libertad de profesar un religión.

paciente quien se expondrá a los riesgos, a los sufrimientos, a la inmovilidad, a la posibilidad de una subsistencia llena de deficiencias y limitaciones¹⁵¹.

Este tema sobre el respeto de la voluntad del receptor, cuando es atentatoria contra su propia vida suscita reflexionar sobre la colisión de dos derechos magnánimos en las ciencias jurídicas, tales cuales son: la autonomía privada; y el derecho a la vida. La autonomía privada entendida como el poder de normarse a sí mismo (*autonomos*), ha de tener límites, de ordinario los que impongan las leyes, el orden público y las buenas costumbres, bajo el fundamento de que los derechos no pueden ejercitarse extralimitadamente, ni de forma abusiva, pero siempre en todo caso, salvo las excepciones antes dicha, primará el autónomo ejercicio de la voluntad. Por otra parte, el derecho a la vida es de los inherentes a la personalidad, irrenunciables *per se*, que ha velar el titular por sí, a la vez que ha de ser observado por los propios semejantes, de forma tal que sin dejar de ser un derecho privado reviste un matiz de interés social, pues interesa a la sociedad en su conjunto conservar la especie humana, y el hombre como individualidad.

2.1 DERECHOS DE LOS PACIENTES

En este acápite haremos referencia a aquellos derechos concretos que de cara a las instituciones hospitalarias y al médico corresponden a los pacientes, entendido dentro de este calificativo tanto al donador como al receptor, con exclusión de los derechos que en trono a la manifestación de voluntad han quedado dichos en este propio capítulo.

¹⁵¹ Ambas afirmaciones (imponer el tratamiento al paciente cuando se trata de una terapia segura y la de respetar la voluntad de rechazarlos), se tornan en temas difíciles y polémicos; por lo que creemos que cada caso debe estudiarse por separado, según las circunstancias de los hechos, el tipo de enfermedad, los avances técnicos -científicos que existan en el momento; pero siempre respetando los bienes más preciados del ser humano, sin los cuales no existiría razón de ser del Derecho, tales como la vida, la salud, la dignidad e integridad de cada persona.

Ahora, circunscritos a nuestra Ley General de Salud, destacamos que en su artículo 8 establece algunos derechos de los usuarios del sector salud de los cuáles se desprende que:

↳ Los pacientes tienen derecho a un trato equitativo en las prestaciones y en especial la gratuidad de los servicios de salud públicos a la población vulnerable.

↳ A ser informados de manera completa y continua, en términos razonables de comprensión y considerando el estado psíquico, sobre su proceso de atención incluyendo nombre del facultativo, diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento y a recibir la consejería por personal capacitado antes y después de la realización de los exámenes y procedimientos establecidos en los protocolos y reglamentos. Cuando médicamente no sea aconsejable comunicar datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a una persona adecuada que lo represente. El paciente tiene derecho a saber el nombre completo del médico responsable de coordinar la atención. Cuando el usuario requiera la información por medio escrito le deberá ser entregada por esa vía.

↳ Gozarán de la confidencialidad y sigilo de toda la información, su expediente y su estancia en instituciones de salud pública o privada, salvo las excepciones legales.

↳ A que se respete su persona, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, tipo social, sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical, tipo de enfermedad o padecimiento, o cualquier otra condición, conforme los tratados internacionales que sean suscritos por la República de Nicaragua.

↳ A no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o procedimientos diagnósticos, terapéuticos y pronósticos, sin ser debidamente

informado sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento por escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo.

↳ Los pacientes tienen derecho, frente a la obligación del médico que se le debe asignar, de que se le comunique todo aquello que sea necesario para que su consentimiento esté plenamente informado en forma previa a cualquier procedimiento o tratamiento, de tal manera que pueda evaluar y conocer el procedimiento o tratamiento alternativo o específico, los riesgos médicos asociados y la probable duración de la discapacidad. El usuario o paciente, es libre de escoger el procedimiento frente a las alternativas que se le presenten. El consentimiento deberá constar por escrito por parte del paciente, salvo cuando concurren las siguientes situaciones:

- a. Cuando la falta de intervención represente un riesgo para la salud pública,*
- b. Cuando el paciente esté incapacitado para tomar decisiones en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares inmediatos o personas con suficiente poder de representación legal.*
- c. Cuando la emergencia no permita demoras que puedan ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. La negativa por escrito a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad civil, penal y administrativa al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso, pudiendo solicitar el usuario el alta voluntaria.*

↳ A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

↳ A que se le extienda certificado de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal, reglamentaria o por solicitud del interesado.

↳ A que quede constancia en el expediente clínico de todo su proceso de atención, en todas y cada una de las instancias del sector salud. Al finalizar la atención del usuario en una unidad de salud, el paciente, familiar o personas con suficiente poder de representación legal, recibirá su informe de alta.

↳ A exigir que los servicios que se le presentan para la atención de su salud, cumplan con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales.

↳ El usuario, o su representante según sea el caso, tiene derecho de examinar y recibir todas las explicaciones que le permitan una comprensión integral de la factura y en particular de todos los gastos que se han generado, con independencia de la persona o entidad que deba asumir el costo.

Pero, los usuarios no sólo poseen derechos sino que la misma ley¹⁵² establecen obligaciones que pesan sobre los pacientes, tales como:

☞ El deber de procurar el cuidado integral de su salud, siendo deber prevenir y promover la salud propia y la de la comunidad, así como proteger y mejorar el ambiente que lo rodea.

☞ Velar por la promoción, prevención, atención, protección y rehabilitación de su salud y la de los miembros de su familia, cumpliendo con las instrucciones

¹⁵² Cfr. Ley General de Salud de la República de Nicaragua, art. 9.

técnicas y las normas de salud obligatorias que dicten las autoridades competentes y de los establecimientos de salud a los que acceda.

☞ Proporcionar de forma oportuna, la información que la autoridad de salud competente le solicite, en beneficio de la salud individual y colectiva.

☞ Todo usuario de servicios de salud debe firmar o en su defecto imprimir su huella digital en la hoja de autorización de procedimientos quirúrgicos y de diagnóstico, necesarios para el proceso de atención.

☞ Guardar el debido respeto al personal de salud y guardar el orden y disciplina en las correspondientes instituciones proveedoras de servicios de salud.

2.2 DERECHOS DEL DONADOR Y DEL RECEPTOR

Teniendo en cuenta que en materia de trasplantología los derechos revisten un carácter especial, por las garantías mínimas que este proceder exige, consideramos que además de los derechos establecidos en la Ley General de Salud nicaragüense, es necesaria la pronta promulgación de los derechos referidos a los pacientes inmiscuidos en el trasplante de órganos (donador y receptor), puesto que aquellos, por el hecho de ser derechos generales de todos los usuarios del sector salud, resultan insuficientes y poco adecuados a la materia de trasplantes.

Así, habiendo estudiado otros ordenamientos jurídicos que amparan y promueven las donaciones de órganos y tejidos, encontramos que un elemento necesario, tanto en la donación entre vivos como en la post-mortem, es que ambos (receptor y donador y por supuesto al grupo familiar de cada uno), sean

informados de todos y cada uno de los pormenores de las cirugías (de extracción e implantación), porque es necesario un consentimiento informado de los pacientes.

Bien argumenta el profesor Caló en su obra sobre Bioética¹⁵³, que "*el consentimiento voluntario del ser humano es esencial*". Eso significa que la persona interesada debería ser legalmente capaz de consentir, debería estar en condiciones de ejercer un libre poder de elección sin la intervención de ningún elemento de fuerza, fraude, engaño, constricción, prepotencia o cualquier otra forma de constricción o coacción, y debería poseer suficiente conciencia y comprensión y la plena conciencia.

Cuando se habla de plena conciencia, el autor sostiene que es un elemento que requiere que *antes de aceptación de una decisión afirmativa de parte del receptor, se le debería hacer conocer sobre el diagnóstico, pronósticos, perspectivas, todos los inconvenientes y riesgos que puedan razonablemente esperarse, y sus efectos sobre su salud o sobre su persona que puedan derivarse de tal medida terapéutica*¹⁵⁴.

Otros elementos que distinguimos en lo referente al donador, son:

✓El dador tiene derecho a que su declaración de voluntad surta los efectos deseados, es decir que sea implantado en el cuerpo de otra persona con el fin, al menos en teoría, de salvarle la vida o mejorar sustancialmente su estado de salud.

✓Que se le provea asistencia psicológica que le ayude a tomar una decisión reflexiva, argumentada y sin vicios de ninguna índole, movida únicamente por el ánimo solidario y altruista de ayudar a otros.

¹⁵³ Cfr. E. Caló, Bioética... "La capacidad como variable", Págs. 97, 114.

¹⁵⁴ Idem

✓Que la extracción sea hecha por un centro médico habilitado y con la experiencia requerida para las cirugías de trasplantes.

✓Que su decisión sobre donar sus órganos sea revocable hasta el mismo momento de la extracción y que dicha negativa no tenga ninguna consecuencia legal sobre su persona.

✓Que se le informe de manera clara, suficiente y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la extracción, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles.

Del lado del receptor, de igual manera, debe informársele todo sobre la implantación, su evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar. Esta información debe adaptarse al nivel cultural del paciente y su grupo familiar o representante legal si se tratara de un incapaz legal, clara y suficiente, para que cualquier decisión a tomar sea libre y consciente.

Es garantía para el receptor que la implantación tenga un fin curativo, por lo que se deben realizar pruebas médicas previas y preparativos específicos oportunos y obviamente, que debe existir una cualificación de los centros hospitalarios y de los equipos profesionales, que acrediten la adecuada preparación y experiencia en esas técnicas.

El Estado debe garantizar la supervisión efectiva del mantenimiento por parte de éstos centros y de los resultados reales en cuanto a cantidad y calidad de sus intervenciones¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Porque sabemos que antijurídica e impedible sería la entrega del cuerpo a quien no tiene habilitación, otorgada por el Estado en su función reguladora de las carreras universitarias y el ejercicio profesional.

3. DONACIÓN POST-MORTEM

Una vez estudiada la naturaleza jurídica del cadáver y concluido que es *res extra commercium*, con disponibilidad restringida a normas éticas y jurídica y, que por tanto, el empleo del mismo por terceros es limitado, corresponde referirnos al tema de las donaciones provenientes de personas fallecidas.

Es la donación post mortem aquella en virtud de la cual se obtienen órganos de una persona fallecida, bien porque en vida haya manifestado de forma expresa su voluntad por los distintos medios admitidos en Derecho para hacerlo, o bien porque sus familiares, asientan que el órgano de su pariente fallecido puede emplearse para implantarse en un ser vivo que necesita de él. Estos puntos plantean no pocas interrogantes y debates, que trataremos al menos de presentar.

En primer término el Derecho opta por apearse a la voluntad del difunto cuando en vida previamente la ha manifestado, en este sentido se construyen varios sistemas en que esta voluntad puede ser exteriorizada, aspecto que más adelante desarrollaremos.

No parece haber mayores inconvenientes cuando la voluntad del fallecido ha quedado manifestada; sin embargo problemas de mayor catadura presenta cuando el difunto no se opuso pero tampoco se manifestó, conforme ley, a favor de disponer sobre sus órganos aptos para trasplantes, cuando éste yace en una unidad de cuidados intensivos, y se encuentra en diagnóstico de muerte encefálica y existe una larga lista de receptores en espera de un órgano que les significa un hálito de vida.

La opinión casi unánime es obtener la autorización para la obtención del órgano, por parte de los familiares, pero esta idea así planteada es extremadamente

general porque dentro de los familiares existen grados de proximidad, e incluso habrá que debatir si la autorización se solicita a los familiares o a los herederos, para salvar aquellos casos en que aún siendo familia no se ostenta la condición de herederos, tal es el caso de las sucesiones testamentarias en que se instituye heredero a título universal a un ajeno al núcleo familiar. El punto parece definirse a favor de la familia, por los propios inconvenientes prácticos que presenta sujetarse a la apertura de un testamento para obtener la manifestación de voluntad, lo que de ordinario demanda procedimientos legales, incompatibles por sí con el breve espacio de tiempo en que se requiere sobre la donación, por los cortos períodos de conservación de los órganos. Decantados por la familia -cuando en ella no concurre a la vez la condición de herederos- subyace el problema de disparidad de decisión dentro de un mismo grado; en este caso una primera variante es asumir la decisión mayoritaria, y una segunda es no proceder si no existe unanimidad.

De ordinario en las unidades de cuidados intensivos labora un grupo multidisciplinario compuesto por intensivistas, internistas, psicólogos, y asesores legales, que sostienen encuentros con los familiares en pro de la obtención del órgano, la posición que suelen sostener estos grupos es la de obtener unanimidad, y son reticentes en caso de que haya contradicción, prefiriendo en esos casos abstenerse para evitar complicaciones ético-legales, y acentuar desavenencias familiares; pero sobre todo en aras de resguardar la responsabilidad de la institución y responsabilidad médicas ante potenciales reclamos.

Algunas legislaciones resuelven esta cuestión estableciendo, en sus leyes de trasplantes, un orden de prioridad para los familiares, otras remiten al orden que se guarda en el Derecho sucesorio común. En nuestro caso, ante el vacío legislativo, consideramos que supletoriamente será de aplicación lo establecido para la sucesión *ab intestato* en el Código Civil, lo que ocurre es que en nuestro caso la

situación se agudiza porque la viuda (o) ha sido relegada a un séptimo llamado sólo precedida por los municipios y después de todos los descendientes, ascendientes y colaterales. En otros ordenamientos el cónyuge es llamado en primer grado junto con los hijos. Y hacemos esta distinción con el cónyuge sobreviviente porque en materia de donación post mortem excluir del poder de decidir a alguien que por regla se asume ha sido compañero (a), confidente y a veces hasta la única compañía del difunto, es lacerar en el dolor ajeno, y desconocer a ese cónyuge supérstite que en la estructura de nuestras familias goza de un lugar cimero, más allá que el mejor derecho ante que los municipios.

La ley General de Salud de Nicaragua, permite que los familiares sustituyan la voluntad del donante, cuando este no la ha manifestado y tampoco opuesto a ella, pero no establece un orden de prelación, no resuelve el problema de contradicción de opiniones entre parientes con igual grado de cercanía. Pudiera pensarse que la opción es establecer el mismo orden que el Código establece los llamados sucesorios¹⁵⁶, pero esta opción nos deja igualmente intacta la problemática que surge cuando personas pertenecientes al mismo grado no alcanzan acuerdo. Este es un punto que en nuestro contexto no goza de respuesta unívoca, su solución habrá de ser tomada caso a caso por el equipo multidisciplinario que trabaje con los familiares en todo el proceso de obtención del consentimiento para donar, en tanto el donante yace en una unidad de cuidados intensivos.

Algo que sostienen varios ordenamientos, es la figura del *consentimiento presunto*, con el que toda persona que no haya manifestado su voluntad negándose a ser dadora de órganos y tejidos, será considerada como donadora tácita. Sagarna considera inconveniente el *consentimiento presunto*¹⁵⁷ primero porque según él: el

¹⁵⁶ El Código Civil nicaragüense, en su artículo 1001 llama a la sucesión intestada: 1° a los descendientes, 2° a sus ascendientes, 3° sus colaterales, 4° el cónyuge sobreviviente y por último 5° a los municipios.

¹⁵⁷ El debate social se centra en determinar si resulta conveniente y jurídicamente admisible, que se atribuya al silencio de la persona el sentido de respuesta afirmativa en orden al destino final de sus despojos

derecho a la disponibilidad del cadáver propio forma parte integrante de los derechos esenciales de la persona, y por tanto sólo el hombre es el único sujeto que puede resolver sobre aquél o bien sus allegados, en caso de no haberlo manifestado en vida. Sostiene que el consentimiento presunto es una forma de nacionalizar los cadáveres, y que el Estado se entromete en la vida íntima de las personas ("*hoy lo hace con el cadáver, y mañana quien sabe con qué*"), siendo autoritario al promover el consentimiento tácito y no promueva una campaña educativa adecuada para informar a la población sobre los trasplantes de órganos.

En la donaciones post-mortem, es necesario determinar el momento de la muerte encefálica en pacientes cuyos órganos van a ser utilizados para trasplantes, puesto que sólo al fallecer el donante, es que se realiza la extracción del órgano apto para trasplante, en breve período de tiempo. Esto se traduce a que una persona "*cerebralmente muerta*" es un donante en potencia, sin que por ello neguemos que también las personas con muerte cardiorrespiratoria puedan ser donantes, cuando se trata de órganos y tejidos que no requieren estar en funcionamiento o cuando se pueda conservar el órgano (vgr. córneas, médula ósea, tejidos).

Refiriéndonos a la manifestación de la voluntad para el caso de las donaciones post-mortem, debe existir la declaración unilateral de voluntad del donante, previa al deceso, la cual tiene un carácter no recepticia, es decir que nace el acto jurídico sin importar si existe o no una aceptación por parte del receptor. Lo importante en este tipo de donación es el ceder un órgano o tejido que le sea útil a otro, es decir la voluntad por sí misma produce sus consecuencias jurídicas sin la necesidad de aceptación por el receptor.

mortales. En otras palabras ¿Es correcto desde una perspectiva moral, social y jurídica que toda persona sea considerada por la ley como un potencial donante mientras no haya manifestado expresamente su

La persona en vida puede disponer de lo que en el futuro será su cadáver en virtud del derecho a la libre disposición de cadáver que es considerado un derecho inherente a la personalidad. Los derechos de la personalidad, a los que hacíamos mención en el capítulo anterior son, según el profesor Bustos Pueche, esos *derechos innatos*, que pertenecen al hombre por el hecho simple de ser hombre, por razón de su nacimiento, sin que para adquirirlos sea menester un modo o título legal de adquisición, son *derechos personalísimos*, propios de la persona física, del individuo, con eficacia erga omnes, *derechos extrapatrimoniales*, que no pueden ser objeto de tráfico jurídico; como tampoco lo puede ser la persona, y que por ende son *irrenunciables e imprescriptibles* pues únicamente se acaban con la muerte de su titular. Estos derechos tutelan los bienes más personales e íntimos de la persona, cuyo goce y disfrute le aseguran el desarrollo integral de sí misma y satisfacen sus necesidades primeras y fundamentales.

Aquí no entraremos a discutir con profundidad ni precisión sobre los bienes y derechos de la personalidad, únicamente pretendemos prever violaciones a esos bienes y su posible reparación, referidos a la materia de trasplantes de órganos.

Como suele ocurrir con cualquier otro derecho subjetivo, cabe la posibilidad que alguien realice un acto ilícito que lesione o viole tal derecho de la personalidad, sea en mayor o menor medida. Pero cómo cabe la reparación del ataque o lesión a un bien tan intrínseco a la persona, como el honor, la intimidad, la integridad física? Nos estamos refiriendo entonces, a una responsabilidad penal proveniente de los delitos y faltas dolosas y culposas en las que se pudiera incurrir; tales como lesiones o profanación, que deben ser sancionados por los tribunales penales competentes; y en materia civil cabe una indemnización del daño moral, que es el único daño que se produce cuando se lesiona un derecho de la personalidad.

También hacíamos una distinción en el capítulo segundo sobre los donantes fallecidos, uno referido a quien en vida dispuso sobre su propio cadáver y, quien no habiéndose opuesto a la extracción de sus órganos, sus deudos la autorizan una vez que aquél ha fallecido.

Refiriéndonos al primero, la persona que dispone de su cuerpo o de sus partes para después de su muerte, emite una declaración de última voluntad, con carácter personalísimo¹⁵⁸, que por ser un acto dispositivo *mortis causa* es revocable en todo momento, voluntario, gratuito y sin que exista una contraprestación patrimonial.

Siendo que la persona puede disponer sobre sus restos mortales, ésta puede o no especificar los fines para los que se destina el cadáver, pudiendo entonces tener fines de estudio o de investigación científica, o para ser implantados en seres humanos, que es lo que más comúnmente ocurre en las legislaciones donde las donaciones post-mortem están reguladas.

El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 8, dispone que: "es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana". La misma norma sostiene que dicha disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro. Lo que significa que cualquier otro uso que se le dé al cadáver estará sujeto a la sanción respectiva, según disponga la legislación peruana.

¹⁵⁸ Al ser un acto personalísimo, se entiende insustituible, y por ende nadie puede después de la muerte del que en vida había optado por la dación, revocar su voluntad, así sea su heredero. No obstante, ciertas legislaciones permiten la oposición por parte de los familiares del donante; aunque bien sabemos que si un tercero pudiera revocar la decisión dada en vida por el causante, se crearía cierta inseguridad para los médicos, que ante la decisión positiva dada en vida por el occiso y la postura negativa de los causahabientes, dudarán en efectuar la intervención, por un lado tendrán la duda de padecer eventuales

La Ley General de Salud nicaragüense dispone, aunque muy general, que en caso de donaciones post-mortem, el donante o sus deudos que autoricen la extracción de componentes anatómicos deberán hacerlo de manera expresa, dicha expresión de voluntad podrá referirse a fines de trasplantes en otras personas o con objetivos terapéuticos.

Esta manifestación del donante suele ser recogida por tres vías: por testamento, por manifestación presunta o por tarjeta de donante. En el caso del testamento, consideramos que nada impide realizarla, porque a través de él se dispone, no sólo del patrimonio, sino también de derechos patrimoniales; aunque en el orden práctico se obstaculiza la finalidad que con la donación se persigue: los trasplantes, ya que las disposiciones testamentarias rara vez se notifican a tiempo para que la donación sea efectiva. Los procedimientos civiles que posibilitan la apertura del testamento, establecen que ésta sólo se hará después del fallecimiento¹⁵⁹ pero aún en los procesos más ágiles no se abre un testamento a las tres ni a las veinticuatro horas después de acaecido el fallecimiento, que es el período aproximado de conservación de los órganos y tejidos; o sea que la recuperación de aquellos no sería factible.

Las legislaciones que recogen el sistema de la manifestación de voluntad presunta estiman que los órganos se extraen salvo objeción del finado y sus familiares. De esta forma, cualquier extracción es legítima excepto oposición manifiesta. Ciertamente es una buena variante para obtener más órganos y dotar a los médicos de mayor seguridad; pero puede resultar contrario al principio de autonomía de la persona, ya que la obligación de donación implicaría un acto que despojaría al sujeto de su derecho de decidir. Por ello, es que esta posición del

litigios y por el otro la de salvar la vida o mejorar la salud del receptor.

¹⁵⁹ Cfr. Código Civil nicaragüense, arto. 934 "La sucesión de una persona se abre por la muerte de ella. Nada podrá estipularse sobre los derechos a la sucesión de una persona, mientras éste viva, aunque ella consienta. La sucesión comprende todos los bienes, derechos y obligaciones del causante..."

consentimiento presunto, debe llevar aparejada una gran labor educativa, que contrarreste alguna concepción religiosa, filosófica, teológica que se oponga.

Otra de las vías en las que conste la voluntad del donante es la tarjeta de donantes o documentos públicos (cédula de identidad, pasaporte, licencia de conducir), acogida por varios países que regulan la trasplantología. Creemos que esta vía es la más práctica, aún más si se estampase en la cédula de identidad de toda persona que cumpla con los requisitos para ser donante. Actualmente en nuestro país la manifestación de voluntad se realiza por vía notarial, es decir a través de un acta notarial, la que de conformidad con los artículos 2357 inc 2 y 2364 C tienen fuerza probatoria.

Para proceder a obtener órganos o tejidos de cadáveres comúnmente se han observado varios requerimientos, tal es el caso de las legislaciones: española, argentina, colombiana, boliviana y costarricense. Entre ellos están:

☞ La constatación de la muerte encefálica del donante como requisito *sine qua non*, antes de proceder a la extracción. No entraremos a detallar sobre la muerte encefálica aquí, por haberlo estudiado en el capítulo primero.

☞ Que el donante haya manifestado expresamente en vida, su deseo de ceder su cuerpo o parte de su cuerpo para fines trasplantológicos.

☞ En caso que el donante en vida no haya consentido donar sus órganos, y no existe oposición en contrario sobre ello, sus parientes pueden autorizar la donación.

☞ Que dicho donante o los deudos responsables de la donación, hayan sido mayor de dieciocho años al momento de consentir sobre el destino de su cadáver,

y que hubiese sido mentalmente capaz, al momento de su decisión. Varias legislaciones tienen la edad de dieciocho años como la mayoría legal; por lo que al referirse a las donaciones estipulan que el donante debe ser mayor de edad.

☞ No debe existir remuneración económica a cambio de dicha donación, ya que la mayoría de las legislaciones concuerdan que éste es un acto voluntario, gratuito y altruista, cuya única remuneración es la satisfacción psicológica y/o espiritual de salvarle la vida o mejorar la calidad de salud de otro ser humano.

Por derechos de los familiares nos referimos a las potestades que sobre el cuerpo sin vida poseen los deudos del fallecido. Estamos hablando de la disponibilidad sobre el cadáver ajeno.

Algunos ordenamientos jurídicos han prescindido del consentimiento de los familiares del fallecido, salvo cuando éste es menor o presenta deficiencias psíquicas que invaliden su capacidad para formar y expresar su voluntad. El argumento radica en que se trata de respetar la voluntad del difunto, no la de sus familiares, aunque se reconozca que ellos pueden conocer o reflejar mejor los verdaderos deseos del fallecido sobre la cuestión, si los llegó a manifestar en vida. Pero esto no debe llevarnos a la idea errónea de que tengan un derecho de propiedad sobre el cadáver, pues tal derecho no existe¹⁶⁰. Por otro lado, argumenta el profesor Romeo Casabona¹⁶¹, que no es aconsejable, por razones humanitarias y de oportunidad, someter a los familiares a una carga emotiva adicional; junto con el conocimiento sorpresivo de la muerte trágica de un ser querido (el esposo, el hijo,) se le cargue aún más con la responsabilidad moral de

¹⁶⁰ Si se respeta, claro está, la memoria del difunto por la vinculación espiritual que se crea entre los familiares o personas allegadas, y el fallecido. Éstos sentimientos han sido valorados por el Derecho, considerándolos dignos de protección, tal es así que la legislación nicaragüense, como muchas otras, castiga la profanación de cadáveres, cuando se falte el respeto debido a la memoria de los muertos (artos. 249-250).

¹⁶¹ Cfr. J. Gafo, Op. Cit. Págs. 116-117.

decidir si otra persona va a poder seguir viviendo o mejorar su vida, gracias a su consentimiento, responsabilidad que no tendrían en principio por qué asumir ni estarían además en las mejores condiciones para ello.

Somos partidarias de la posición que plantea el estudioso Enrique Sordo, que el Derecho debe priorizar a los familiares, y reconocerle facultades sobre los despojos de su ser querido, no porque se les reconozca un derecho sobre el cadáver, pues sabemos que el derecho de disposición sobre el cuerpo es un derecho personalísimo e intransferible a los herederos, sino porque son los familiares, respetando la memoria del finado quienes dispondrán del destino de sus restos mortales; ¿quien mejor puede disponer de ellos, que los que conocieron y compartieron en vida con el ya desaparecido?.

Creemos que solamente cuando el causante no se pronunció ni se opuso a la extracción de sus órganos es que se recurre a la familia para su autorización. Sin embargo, no se puede decir que a la familia se le transfieren los derechos inherentes a la personalidad, porque como ha quedado dicho éstos son personalísimos y se extinguen con la muerte de su titular. Tampoco actúa la familia como representante, ni legal ni voluntario, del finado porque la representación legal es aquella que suple por imperativo de ley la falta de capacidad jurídica en personas vivas, y la representación voluntaria presupone que se le hayan conferido facultades al representante. Entonces la familia actúa por un derecho *per se* de naturaleza *sui generis*, que el legislador ha querido conferir en observancia a las buenas costumbres, la moral y respeto de la memoria del ya fallecido.

CAPÍTULO IV:

LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN NICARAGUA. NECESIDAD Y REALIDAD

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los trasplantes de órganos y tejidos constituyen el avance terapéutico más importante en los últimos cincuenta años en el campo de las ciencias de la salud. Su logro ha involucrado casi a todas las especialidades de la medicina moderna, constituyendo hoy en día una valiosa ayuda, siendo la alternativa terapéutica y el tratamiento de padecimientos crónicos degenerativos.

Como ha quedado manifestado en los capítulos anteriores el trasplante es la sustitución de un órgano o tejido que ya no funciona, con el objetivo de restituir las funciones perdidas. En muchos pacientes, el trasplante es la única alternativa que puede salvarle la vida y recuperar la calidad de la misma.

A pesar que a nivel internacional los trasplantes son un proceder consolidado, tanto que se realizan trasplantes de riñones, córnea, huesos, hígado, pulmón, corazón, médula ósea, páncreas y en noviembre del año 2005 se realizó el primer trasplante facial a nivel mundial en los Estados Unidos a una mujer francesa de 38 años de edad a la cual se le implantó la boca, nariz y barbilla, y en abril del 2006¹⁶² se ejecuta el segundo trasplante facial con éxito en Pekín a un hombre de 30 años de edad, tras haber sido desfigurado por un oso. A pesar de los avances de esta técnica en la medicina moderna, en Nicaragua solamente se realizan los trasplantes de riñones; que incursionaron en el año 1998 cuando un grupo de médicos nicaragüenses con especialización en nefrología deciden impulsar esta

¹⁶² El Nuevo Diario, *Li Guoxing, segunda persona en el mundo "De alta hombre de cara trasplantada*, edición del lunes 31 de julio del 2006, Pág., 1 y 9A

técnica como el único método beneficioso para los pacientes que padecen insuficiencia renal crónica, creándose así el primer grupo pro trasplante en Nicaragua.

En 1999 estos médicos son acreditados por la Sociedad Centroamericana y del Caribe de Trasplante Renal, la cual tiene como fin la promoción y el desarrollo de los trasplantes renales en el área y estimular la superación científica y profesional de sus miembros¹⁶³.

Una vez adscritos como miembros de tan importante organización a nivel regional, deciden impulsar un proyecto para dar inicio a este tipo de intervención en Nicaragua. En ese mismo año dicha iniciativa fue presentada al propietario del Hospital Salud Integral, quien decide apoyar la idea, y es en el año 2000 que se realizan las primeras intervenciones quirúrgicas de trasplante de riñón promovidas por los doctores Silvio Rodríguez, Julio Cesar Flores, Nubia Cano, Alfonso Zamora entre otros, dando inicio así a los procedimientos de tercer nivel de atención médica en Nicaragua.¹⁶⁴

Debido a la falta de interés por parte de las autoridades del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS) en ese momento y del Ministerio de Salud (MINSA) para costear estos procedimientos, el proyecto de trasplantes optó por realizarse a nivel privado, destacándose el Hospital Salud Integral como pionero en la ejecución de este tipo de intervenciones quirúrgicas, consecuentemente la práctica de los trasplantes renales se ha venido desarrollando en el sector privado, incorporándose al ejercicio nuevos centros hospitalarios tales

¹⁶³ Estatuto de la Sociedad Centroamericana y del Caribe de Trasplante Renal Arto. 1 contenido en <http://www.SOCECATRE.com.org>.

¹⁶⁴ Según el arto. 57 del Reglamento de la *Ley General de Salud* No. 423 corresponde al tercer nivel de atención la realización de actividades y acciones que requieran de la mayor complejidad, por lo que se organizan en función de la resolución de problemas específicos y prioritarios que señalen la política y el plan nacional de salud.

como el Hospital Militar Alejandro Dávila Bolaños institución que inicia hasta el año 2006 a efectuar ésta técnica a través de un programa de financiamiento del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social¹⁶⁵, aunque se debe resaltar que este centro hospitalario ya contaba con un programa especial de atención integral para la insuficiencia renal crónica. En éste mismo año se une a la práctica el Hospital Metropolitano Vivian Pellas en el cual se realizó la décimo sexta cirugía de trasplante renal con éxito.

Hasta aquí, todos los esfuerzos por promover la realización de los trasplantes de riñón a lo interno del país estaban dirigidos a la población adulta con padecimiento de insuficiencia renal crónica, es en éste grupo poblacional en donde es mas evidente el paulatino desarrollo de los trasplantes en nuestro país, en donde se reflejan las bondades de esta cirugía al proporcionar una mejor condición y calidad de vida a las personas que se han practicado esta técnica quirúrgica.¹⁶⁶.

Sin embargo un avance importante se produce en el año 2005, cuando especialistas del Hospital del Niño de Costa Rica, junto a un equipo médico nicaragüense del Hospital Materno Infantil Manuel de Jesús Rivera “La Mascota” estudiaron el cuadro clínico de seis niños que estaban en fase terminal de

¹⁶⁵ Cuando el proyecto de trasplante es presentado en el año 2000, el INSS en ese momento se comprometió a financiar las primeras intervenciones, aunque las cirugías resultaron en un éxito rotundo el INSS no cumplió con el compromiso adquirido, es hasta el año 2006 que las nuevas autoridades de ésta institución deciden impulsar un cambio de política de atención medica (la cual se abordara mas adelante en perspectivas de los trasplantes en Nicaragua), la cual contempla el financiamiento de tratamientos de hemodiálisis y 10 trasplantes de riñones de los cuales se han realizado 2 y uno de ello practicado por el Hospital Militar Alejandro Dávila Bolaños.

¹⁶⁶ Si bien es cierto que es un grupo conformado por siete médicos especialistas en nefrología los que realizan los trasplante, debemos destacar la importante colaboración y aporte que en ésta materia realiza el Dr. Silvio Rodríguez, no solamente como pionero de este tipo de intervenciones en Nicaragua, sino porque esta desarrollando un programa de capacitación de médicos nicaragüense para el ejercicio de los trasplantes renales, por las tendencia de aumento de la insuficiencia renal crónica la cual demandará mayor numero de especialistas para su atención y porque considera que éste tratamiento debe ser proporcionado de manera general a la población afectada, es decir que los trasplantes se realicen en el sector de atención publica sin ningún costo.

insuficiencia renal crónica, de los cuales se seleccionaron a dos, llevándose a cabo por primera vez en Nicaragua, los trasplantes de órganos en menores de edad¹⁶⁷.

Por carecer de quirófanos debidamente equipados para este tipo de intervenciones no se realizaron en el Hospital “La Mascota”. Ante este inconveniente el Hospital Salud Integral decide colaborar y autoriza la realización de las cirugías en este centro, sin ningún costo.

Éste fue uno de los principales pasos que dio el sistema de salud público de Nicaragua en materia de trasplantes, que es insuficiente para resolver las demandas de los ciudadanos, pero que al menos da un respaldo a los padres de los niños con insuficiencia renal crónica, que anterior a la fecha, estaban obligados a buscar hospitales en el extranjero.

En las estadísticas proporcionadas por el Hospital “La Mascota”, sólo en el año 2005 este centro reflejaba 750 pacientes con problemas renales, 30 de ellos sufrían insuficiencia renal crónica, de los cuales 6 estaban en fase terminal. Y según las proyecciones de este mismo centro hospitalario, indican que estas cifras van en aumento, puesto que cada año se detectan de 12 a 13 nuevos casos¹⁶⁸.

Debido a la creciente demanda de trasplantes en menores, se creó una organización de ayuda interinstitucional entre Nicaragua, Costa Rica e Italia, con el fin de remodelar y equipar los quirófanos de “La Mascota” para que estas cirugías se realizaran en esta unidad hospitalaria, y como nuestro país no contaba con pediatras especializados en la materia, éstos serían capacitados por un equipo

¹⁶⁷ Las intervenciones las realizó el Dr. Gerardo Mora Bambino, jefe del Área de Trasplante Renal del Hospital del Niño de Costa Rica, porque en ese entonces Nicaragua no contaba con especialistas pediatras en la materia.

¹⁶⁸ El Nuevo Diario, *Trasplante de riñón gratuito a dos niños*, edición 21 enero del 2005, Pág. 7 A.

de especialistas de Costa Rica, para que posteriormente efectuaran las intervenciones en niños que lo necesitaran¹⁶⁹.

Todos los esfuerzos de la Fundación Bambino Nefropático de Italia, Hospital del Niño de Costa Rica y la Asociación de Niños Nefropáticos de Nicaragua, por acondicionar el Hospital “La Mascota”, para que los niños con problemas renales sean tratados gratuitamente se hicieron realidad el 31 de enero del presente año, cuando se realizaron los primeros trasplantes de menores de edad en el sistema de salud público, garantizándoles también el tratamiento de inmunosupresores que requieren para evitar un posible rechazo del órgano implantado. Ahora sólo resta la culminación de capacitación de pediatras nefrólogos a finales del presente año, mientras tanto serán los médicos costarricenses los que continúen con esta labor.

Según el Dr. Roberto Jiménez, director de “La Mascota”, éste es el único centro hospitalario a nivel nacional que proporciona atención nefrológica pediátrica¹⁷⁰.

Aunque se han dado avances importantes en materia de trasplante de órganos tanto a nivel del sector privado como el sector público, no deja de existir preocupación por parte de algunos sectores ante el incremento de esta enfermedad. Según estadísticas proporcionadas por el Hospital Antonio Lenin Fonseca, centro de atención nacional para adultos con este padecimiento, el comportamiento anual es el siguiente:

¹⁶⁹ Cabe mencionar que el costo de manutención de un menor con insuficiencia renal crónica en fase terminal por medio de hemodiálisis tiene un costo aproximado de 6 a 8 mil dólares mensuales, y por las condiciones económicas de nuestra población les es imposible cubrir este monto, la Fundación Bambino Nefropático de Italia dono una unidad de hemodiálisis que cuenta con dos maquinas especiales ambas valoradas en US\$ 360.000.00 dólares, con el fin que se realicen las hemodiálisis de forma gratuita.

¹⁷⁰ El Nuevo Diario, Edición 21 enero del 2005, Pág. 7 A

Insuficiencia Renal Crónica	Cantidad de pacientes con este padecimiento
Registro Año 2004	825 pacientes
Fallecieron	37 pacientes
Registro Año 2005	827 pacientes
Fallecieron	64 pacientes
Registro Año 2006 I Trimestre	141 pacientes
Fallecieron	4 pacientes

Y en los tres últimos años se encuentra registrada como la tercera causa de muerte en este centro, en cuanto a la morbilidad en el año 2004 fue la segunda causa en atención y en el año 2005 y I trimestre del 2006 se encuentra en el tercer lugar, lo que nos refleja que es un fenómeno que está latente y se deben buscar medidas que conlleven a la prevención y atención temprana, para evitar de esa manera, el incremento de personas con este padecimiento. Actualmente el tratamiento que está a disposición de estas personas es la diálisis peritoneal¹⁷¹, pero depende de la existencia de material de reposición para realizarlas.

Según la Dirección General del Sistema de Información del Ministerio de Salud el comportamiento de la insuficiencia renal crónica a nivel nacional tiene un movimiento ascendente y los departamentos con mayor números de casos registrados tanto del sexo femenino como masculino durante el periodo del 2004-2005 son: Chinandega con 648 casos, Managua con 986 casos y León refleja 1008 casos, a continuación presentaremos las estadísticas de manera global a nivel nacional¹⁷²:

¹⁷¹ Ver anexos Tipos de Trasplantes de Órganos. « Trasplante Renal»

¹⁷² Dirección General de Sistemas de Información, Admisión y Egresos del País, Diagnostico principal de egresos por Insuficiencia Renal Crónica, sexo femenino/masculino años 2004-2005, emitidos el 6 de julio del 2006.

Insuficiencia Renal Crónica a Nivel Nacional	Cantidad de pacientes con este padecimiento
Año 2004 Sexo Masculino	1317 pacientes
Fallecidos	95 pacientes
Sexo Femenino	521 pacientes
Fallecidos	29 pacientes
Año 2005 Sexo Masculino	1448 pacientes
Fallecidos	94 pacientes
Sexo Femenino	529 pacientes
Fallecidos	30 pacientes

Al apreciar el cuadro estadístico, podemos observar que la insuficiencia renal crónica tiende a aumentar y, por ende requiere una respuesta urgente a dicha problemática, lo que hace necesaria una regulación especial en materia de trasplantes, porque cada año son cientos de nicaragüenses los que están muriendo por no poder optar a la realización de un trasplante, debe existir una preocupación por parte del Ministerio de Salud desde el momento en que se tienen a los enfermos y siendo el Estado el encargado de velar por la integridad y vida de todos los nicaragüenses, y de garantizar una igualdad en el acceso a la salud, no puede delegar su responsabilidad al Sistema de Salud Internacional.

Según la Organización Mundial para la Salud¹⁷³, la prevalencia de la insuficiencia renal crónica se situaba en el año 1992 en 129 pacientes por millón de población (pmp), 349 pacientes pmp en el año 2001, alcanzando en el 2003 un valor cercano de 400 pacientes pmp. Si bien éstas son cifras promedio, cabe señalar que en países como Puerto Rico, Uruguay, Chile y Argentina las cifras son aproximadamente 1000, 800, 650 y 570 pacientes pmp respectivamente, lo que

¹⁷³ Organización Mundial de la Salud, 39ª Sesión del Subcomité de Planificación y Programación del Comité Ejecutivo, “Fortalecimiento de los Programas Nacionales para la Donación de Órganos y Trasplantes” 16-18 de Marzo 2005, Pág. 3

indicaría que existe un sub-diagnóstico importante en varios países de Latinoamérica. En el año 2001, de los 349 pacientes pmp en tratamiento, 277 (79.4%) pacientes pmp estaban siendo sometidos a diálisis y el resto había recibido trasplante renal. Teniendo en cuenta que la población en diálisis se está incrementando en mayor proporción que la población general, la cual crece un 1.5% por año, se estimaba que para fines del 2004 habría en la región 98.500 pacientes en hemodiálisis, 41.000 en diálisis peritoneal y 39.500 pacientes trasplantados con riñón funcional. Pero existen muchos pacientes sin cobertura y diagnóstico apropiado de la insuficiencia renal crónica; adicionalmente, la proporción de pacientes identificados que reciben trasplante es sumamente baja, lo que hace que las listas de espera aumenten, con consecuencias médicas, sociales y económicas negativas.

Ante la tendencia de aumento de la insuficiencia renal crónica en Nicaragua especialistas de la clínica de Marchi-Milán, Italia, se trazaron como meta la capacitación de médicos generales y pediatras, para que puedan detectar este mal tempranamente, a los cuales se les proporcionará asistencia técnica, científica y financiera para la prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades renales, las que iniciarán en Granada, Masaya, León, Jinotega y Matagalpa.

Aunque los trasplantes en Nicaragua tienen un desarrollo paulatino su práctica es una realidad, de igual manera es obvio que la insuficiencia renal crónica está en aumento, no sólo a nivel nacional sino también regional¹⁷⁴. La Organización Mundial de la Salud ha dejado plasmado que ante la creciente demanda de órganos de riñón y la escasez de éstos para trasplante por la

¹⁷⁴ Según la Organización Panamericana de la Salud/ Organización Mundial de la Salud en su 39ª sesión del Subcomité de Planificación y Programación del Comité Ejecutivo denominado *Fortalecimiento de los Programas Nacionales para la Donación de órganos y Trasplante*, 16-18 de marzo del 2005 Pág. 4. En la década de los '90 en Latinoamérica se realizaron 20,800 trasplantes renales que representa el 8.9% de todos los trasplantes renales realizados en el mundo y de lo que va de la primera década del 2000, la cantidad es de 63,618, es decir el 12.7% de los trasplantes renales en el mundo.

insuficiencia renal crónica, en países en los que no se cuenta con un sistema organizativo para este fin, es responsabilidad de los Ministerios de Salud el adoptar actitudes de mayor beligerancia en cuanto al tratamiento de algunas enfermedades que ponen en riesgo la vida de la población¹⁷⁵, como sería el caso de nuestro país en la cual urge la necesidad de crear una normativa legal que ampare la donación y trasplantes de órganos, en la que se garantice tanto al receptor, donador, instituciones hospitalarias y equipo médico, la protección jurídica necesaria.

2. NORMATIVA VIGENTE

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

Los beneficios del trasplante de órgano son indiscutibles y palpables, porque se recobra casi la totalidad de la funcionalidad del órgano trasplantado, la persona se reincorpora a la sociedad, a la vida cotidiana y a su ámbito laboral, la viabilidad de los trasplantes son para las ciencias médicas un hecho que no se discute.

En la mayoría de países a nivel mundial la donación e implante de órganos y tejidos, cuentan con un sistema normativo que los regula, ya sea en una ley independiente, o mediante una regulación especial dentro de sus leyes generales de salud.

¹⁷⁵ Ídem, Pág. 5

En Nicaragua no existe una ley especial para trasplante y los vestigios de regulación que se encuentran sobre esta figura los contienen la *Constitución Política*¹⁷⁶ que brinda tutela a los derechos inherentes a la personalidad como el derecho a la vida, respeto a su honra y dignidad, a su libertad individual, nuestro *Código Civil*¹⁷⁷ ampara los aspectos referente a la capacidad legal y manifestación de voluntad y en el *Código Penal*¹⁷⁸ se establecen las causales en que se debe incurrir para cometer el delito de homicidio y lesiones culposas, la Ley # 423 *Ley General de Salud*, en su Capítulo V, artículo 74, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 91 del 17 de mayo del 2002. Establece que:

“Para efectos de los procedimientos de trasplante se entenderá a las siguientes definiciones y reglas especiales, sin perjuicio de que a través de la ley especial se regulen los requisitos y procedimientos para la donación y trasplantes de órganos, así como los derechos y deberes de los donantes:

- a) Denomínese trasplante el reemplazo con fines terapéuticos de órganos o componentes anatómicos de una persona por otros iguales o asimilables provenientes del mismo receptor o de un donante vivo o muerto.**

- b) Denomínese donante, a la persona que durante su vida y después de su muerte, por su expresa voluntad se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otras personas o con objetivos terapéuticos o aquellos que después de su muerte si no existe**

¹⁷⁶ Constitución Política de la República de Nicaragua, Título IV *Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense* Capítulo I *Derechos Individuales* artos. 23, 25, 26 inc. 1,2,3, edición 2003, Pág. 8

¹⁷⁷ Código Civil de la República de Nicaragua, Título II Capítulo II *De los impedimentos para contraer matrimonio* arto. 112 Capítulo VII *De la emancipación* artos. 271, 272, 273, 274, Capítulo VIII *De la mayor edad* artos 278-282.

¹⁷⁸ Código Penal de la República de Nicaragua, Libro II, Título I Capítulo I *Delitos contra las personas y su integridad física, psíquica, moral y social* artos. 132, 137, 138, 141, edición 1999 Pág. 44-47.

decisión personal en contrario, sus deudos autorizan la extracción de componentes anatómicos para los fines ya expresados.

Las instituciones o centros hospitalarios autorizados para efectuar trasplante, llevarán un archivo especial sobre los antecedentes clínico-patológicos del donante o de cualquier otro de diverso orden relacionado con el caso, salvo cuando no fuere posible conocer tales antecedentes por razón del origen de los componentes anatómicos. Así mismo deberán llevar un registro de los trasplantes realizados”.

Según información obtenida del Ministerio de Salud los trasplantes de órganos y tejidos en Nicaragua se realizan a través de brigadas médicas internacionales debidamente acreditadas para este fin, y a través de los centros hospitalarios nacionales habilitados con el mismo objetivo.

En el caso de las brigadas médicas¹⁷⁹, éstas tienen que pasar previamente por un procedimiento de habilitación para la realización de los trasplantes de órganos¹⁸⁰; las cuales deben cumplir con los siguientes requerimientos:

- a. Solicitar por escrito al Ministerio de Salud, por medio de la Dirección General de Regulación de Establecimientos y Profesionales de la Salud, Medicinas y Alimentos, autorización para el ejercicio de la medicina en el país, en la solicitud deben exponer los motivos de visita, la actividad que desempeñarán y los resultados que esperan obtener¹⁸¹.

¹⁷⁹ Arto. 74 inc 3 del Reglamento a la Ley 423, *Ley General de Salud* define brigadas médicas como: grupo de profesionales y técnicos de la salud, debidamente autorizados para el ejercicio profesional; conformadas con la finalidad de brindar atención en salud de forma gratuita a la población nicaragüense.

¹⁸⁰ El arto. 55 del Reglamento a la Ley 423 *Ley General de Salud*, establece en su párrafo segundo: El Ministerio de Salud autorizará así mismo las instituciones de salud internacional que operen en el territorio nacional, en cumplimiento de convenios o programas de asistencia en salud

¹⁸¹ Reglamento a la *Ley General de Salud* Título VII, Capítulo IV “Proveedores Extranjeros de Servicio de Salud” arto. 81, 82, 83.

- b. Especificar la fecha, hora y puerto de entrada de la misión a Nicaragua.
- c. Adjuntar listado de voluntarios que conforman la brigada médica o figura en que se representen, con su cargo respectivo.
- d. Cada brigada médica debe presentar fotocopia de curriculum vitae, licencias (vigentes) y diplomas de especialidades del personal médico, enfermeras, regente farmacéutico, y demás recursos humanos de la brigada o forma de colaboración etc. Todos los documentos deberán estar debidamente certificados por la sección consular nicaragüense en el país de origen de la brigada médica, en caso de no existir consulados en el Estado, deben ser autenticados por un abogado y notario público autorizado en el país de origen, con el propósito de analizar la acreditación y emitir la aprobación. En estos casos no se acepta personal no graduado que brinde atención médico- quirúrgica a la población.
- e. De igual manera se debe adjuntar listado de los insumos médicos que traen consigo, debiendo contener las especificaciones técnicas del producto tales como:
 - Medicinas: nombres genéricos, presentación, concentración, fecha de vencimiento, cantidades, monto total de la donación.
 - Material de reposición periódica, instrumento y equipo médico: nombres genéricos, cantidades y fecha de vencimiento (si procede).
 - Fecha de vencimiento: deberá tener como mínimo un año de vigencia, vencimiento menor, el Ministerio de Salud determinará de acuerdo a la ley su ingreso.
- f. En caso que sean de internación temporal, deberán elaborar listados por separados de los insumos que donarán o bien que utilizarán en el fin asistencial.

- g. Si la atención será brindada en los hospitales, adjuntar carta firmada por el Director General del Hospital, en donde acepta el desempeño de la actividad propuesta.
- h. Carta emitida por el Sistema Local de Asistencia Integral en Salud (SILAIS) de la localidad en donde prestarán el servicio, en la cual autoriza el desarrollo de la actividad en mención.
- i. Al finalizar la actividad, deberán enviar a la Dirección de Regulación un informe final sobre el trabajo desarrollado.

Es bajo este sistema que se han realizado los trasplantes en menores en el hospital “La Mascota”; en este caso, el Director del hospital debe supervisar la ejecución de las actividades y garantizar la entrega del informe correspondiente a las autoridades del MINSA.

Ahora, en cuanto a la ejecución de la donación y trasplante de órganos en instituciones médicas privadas del país, asumiendo su rol rector del sector salud, el Ministerio de Salud, desarrolló un proceso de habilitación de establecimientos de salud en los SILAIS a partir del año 2002, con la finalidad de aplicar normativas de regulación dirigidas a evaluar los aspectos de infraestructura, organización, dotación de equipos y recursos humanos, considerados de obligatorio cumplimiento para todos los establecimientos de salud que ofertan servicios de atención a la población para garantizar la seguridad sanitaria en el marco del sistema de garantía de la calidad.

La habilitación de establecimientos de salud se fundamenta en un proceso de evaluación único, mediante el cual, el Ministerio de Salud otorga la licencia de funcionamiento a un determinado establecimiento de salud que ha cumplido con todos los requerimientos establecidos que se exigen de acuerdo a su nivel de resolución y grado de complejidad.

Al ser la habilitación un proceso nuevo en Nicaragua, y por tanto por primera vez aplicado de forma sistemática o por solicitud del interesado, permite que los establecimientos de salud que están funcionando en la actualidad, tanto públicos como privados estén siendo inspeccionados por el Ministerio de Salud para evaluar las condiciones de infraestructura y disponibilidad de los equipos mediante la aplicación de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento¹⁸².

El procedimiento para la habilitación de establecimientos según el Manual de Habilitación del Ministerio de Salud debe cumplir con lo siguiente requisitos:

Los representantes o propietarios de organizaciones sanitarias deberán solicitar la habilitación por escrito dirigida al Director de Regulación de Establecimientos de Salud o al Director del SILAIS correspondiente, describiendo el tipo de establecimiento, la ubicación y los servicios que se ofertan¹⁸³.

Recibida la solicitud se deberá proporcionar al representante o propietario del establecimiento los requisitos de habilitación del establecimientos de salud a fin de darles a conocer de previo los parámetros de la evaluación y acordar con anticipación la fecha para realizar inspección *in situ*. A partir de éste momento el establecimiento de salud se considera en proceso de habilitación¹⁸⁴.

¹⁸² Resolución Ministerial 140–2001, Manual de Habilitación de Establecimientos de Salud – Estándares de Habilitación de Establecimientos de Salud y sus reformas en el año 2004.

¹⁸³ Arto. 126 del Reglamento a la *Ley General de Salud* # 423.

¹⁸⁴ Arto. 128 del Reglamento a la *Ley General de Salud* # 423. Refiriéndonos a la materia que nos ocupa, los estándares en referencia serían de los Centros Hospitalarios que según el *Manual de Habilitación de Establecimientos* emitido por el Ministerio de Salud, es todo establecimiento que brinda atención en salud, ambulatoria y/o de internamiento, las 24 horas del día, con personal capacitado y organizado, con determinado nivel de resolución tecnológica e infraestructura y con las condiciones higiénicas y ambientales acordes a su función. Estas unidades brindan atención médica y/o quirúrgica continua a pacientes ambulatorios y principalmente encamados. Deben poseer recursos humanos calificados, así como la tecnología y la estructura física acorde a las funciones a desempeñar, estar debidamente organizado para el cumplimiento de su misión, según sea la complejidad y nivel de resolución. Realiza actividades de recuperación y rehabilitación de la salud en la población de su área de influencia, pudiendo realizar actividades de docencia e investigación de salud. Dichos establecimientos pueden ser de administración pública o privada e incluye a aquellos establecimientos que atienden pacientes asegurados dentro del Modelo de Salud Previsional.

Le corresponde a la Dirección de Regulación de Establecimientos de Salud y a la Comisión de Habilitación de los SILAIS recepcionar y revisar la documentación legal, planos arquitectónicos y demás requisitos requeridos y remitirla a la Dirección de Asesoría Legal y a la Dirección de Infraestructura y Desarrollo Tecnológico, respectivamente, para su debida verificación técnica y aprobación¹⁸⁵.

Para la verificación del cumplimiento de los estándares de habilitación se realizarán visitas de inspección para identificar las condiciones existentes en el establecimiento y equipo bio-medico, en los aspectos de estructura organizativa, servicios de atención clínica, servicio de apoyo clínico-diagnostico, servicios generales y planta física, así como identificar el perfil profesional de los recursos humanos que laboran en el establecimiento de salud. Estas inspecciones son realizadas por inspectores de habilitación debidamente identificados, quienes se personarán y acreditarán ante los representantes legales o propietarios del establecimiento, quienes designarán al personal que acompañará al equipo de inspectores de habilitación en el recorrido por las diferentes áreas, una vez finalizada la inspección, los inspectores deberán elaborar un informe, que será entregado a los SILAIS o a la Dirección de Regulación de Establecimientos de Salud para su debida revisión y aval por la Comisión de habilitación respectiva¹⁸⁶.

Elaborado el informe de inspección del establecimiento evaluado, se remitirá a la Comisión de Habilitación correspondiente para su revisión y aval de los resultados para que la Dirección de Regulación de Establecimientos, Profesionales de la Salud, Medicinas y Alimentos, a través de la Dirección de Regulación de

¹⁸⁵ Según el Arto. 127 inc 4, 5, 6, 7, 8 del Reglamento a la *Ley General de Salud* # 423, son acta de constitución debidamente inscrita en el Registro en los casos que corresponda, poder general de representación del establecimiento de salud, si es el caso, constancia respectiva de la Alcaldía (actualizada), No. RUC, constancia emitida por la DGI, que acredite que esta registrado como contribuyente.

¹⁸⁶ La Comisión de Habilitación esta integrada por: El Director General de Regulación de Establecimientos, Profesionales de la Salud, Medicinas y Alimentos, quien la preside; Director de Regulación de Establecimientos de Salud; Un Delegado de la Dirección General de Servicios de Salud; Un Delegado de la División General de Infraestructura y Desarrollo Tecnológico; Un Delegado de la Dirección

Establecimientos de la Salud, y los SILAIS, remitan a los interesados los resultados de la evaluación. La Comisión de Habilitación contará con el término de treinta días laborables, para notificar a los interesados los resultados obtenidos de la inspección, tiempo que comienza a partir de la recepción del informe de inspección el que será manejado para su análisis a lo interno de la Institución¹⁸⁷.

Se consideran habilitados, todos aquellos establecimientos de salud que cumplan con todos los requisitos establecidos para la habilitación avalados por la Comisión de Habilitación y que hayan recibido la correspondiente carta de autorización y la licencia de funcionamiento emitida por el Ministerio de Salud. Será objeto de una nueva inspección todo aquel establecimiento sanitario que cambie de dirección y disponga de nuevas instalaciones físicas o sean oferentes de nuevos servicios médicos¹⁸⁸.

Todo aquel establecimiento de salud que haya sido habilitado o licenciado para su funcionamiento, será inscrito en el Libro de Registro de Establecimientos de Salud, con su respectivo número, tomo y folio, ante la Dirección de Regulación de Establecimientos de Salud. Dicho libro de registro, deberá estar firmado, rubricado y sellado por el Director de Establecimientos de Salud o Director de SILAIS y abierto ante un notario público.

Todo establecimiento que haya cumplido con la totalidad de los requerimientos establecidos para la habilitación avalado por la Comisión de Habilitación y debidamente registrado, se le otorgará una carta de Autorización de Funcionamiento y su respectiva Licencia de Funcionamiento¹⁸⁹.

General de Asesoría Legal.

¹⁸⁷ De conformidad con los Artos. 131 y 132 del Reglamento a la Ley General de Salud # 423.

¹⁸⁸ De conformidad al Arto. 133 del Reglamento a la Ley General de Salud # 423.

¹⁸⁹ Ver Flujograma en anexos.

En el caso concreto del Hospital Salud Integral, institución que inicia la práctica de los trasplantes en Nicaragua, poseía una habilitación general con la autorización de ejercicio de algunas especialidades, y después del año 2002 solicitó una ampliación de servicios, para ofertar los trasplantes de órganos, otorgándole de esa manera protección institucional y profesional, quedando autorizada la realización de este tipo de intervenciones.

Como en nuestro país no se cuenta con una ley especial que regule los requisitos y condiciones bajo los cuales se debe realizar una donación de órganos y simultáneamente la implantación del mismo, las instituciones hospitalarias en las que se han realizado los trasplantes, han tratado de cubrir ciertos aspectos según la regulación que se otorga en algunos países extranjeros, fusionados con algunas normativas de carácter interno pre-establecidas por el MINSA para la realización de intervenciones complejas, entre los aspectos tomados en consideración se encuentran los siguientes:

- a) Deben existir razones fundadas de mejorar sustancialmente, la esperanza o las condiciones de vida del receptor.
- b) Que la condición del receptor haya sido reconocida por el consejo médico de trasplantes del centro hospitalario donde se vaya a realizar la intervención¹⁹⁰.
- c) El receptor o su representante legal, en caso de pacientes menores de edad, deben ser informados por el jefe del equipo, acerca de los riesgos de la implantación, sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes.
- d) Que el donador haya sido informado acerca de los riesgos de la donación, sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes de la

¹⁹⁰ El cual esta integrado por 7 nefrólogos especialistas, quienes deben dictaminar por unanimidad la realización de la intervención.

- intervención, y estando claro y entendido del procedimiento, debe quedar constancia de su consentimiento a través de un acta notarial. En caso de menores de edad, son los padres o tutores los que deben firmar dicha acta (ya hemos dejado establecida nuestra posición al respecto en el capítulo anterior).
- e) Es imprescindible la realización de exámenes de histocompatibilidad entre donador y receptor para garantizar el éxito del trasplante.
 - f) Autorización del centro hospitalario en donde se realizará la intervención quirúrgica.
 - g) El trasplante sólo debe realizarse entre personas vivas relacionadas, es decir padre, madre, hermanos. En nuestro país el cien por ciento de los trasplantes realizados actualmente son de personas vivas relacionadas con los enfermos¹⁹¹, quienes recurren a sus padres, hijos o hermanos para aliviar su padecimiento. Aunque la Ley General de Salud establece la donación post-mortem, que da pauta para que puedan realizarse trasplantes con órganos provenientes de cadáveres, ni los médicos ni las instituciones desean correr el riesgo de ser acusados de profanar cadáveres, o que se les califique de inhumanos, por la cultura conservadora de nuestra gente de enterrar a los difuntos completos; de igual manera, debido a la falta de promoción de esta práctica por parte de las autoridades estatales al no esforzarse en promulgar una regulación especial sobre esta materia.

Aunque en Nicaragua solamente se practican en la actualidad los trasplantes renales, tenemos que tener en cuenta que los riñones no son los únicos órganos que se pueden trasplantar, existen muchas enfermedades como la insuficiencia renal crónica, hepática, pulmonar, cardíaca, leucemia, ceguera, que sólo son combatibles con un trasplante. Es evidente los beneficios que se obtienen con la

¹⁹¹ Lucia Navas, El Nuevo Diario, Trasplante de Riñón Gratuito a Dos Niños, edición del 21 de enero del 2005

realización de un trasplante de órgano, además constituyen un importante avance en nuestro sistema de salud pero aun así existe un porcentaje de nuestra población que está condenada a muerte, porque no pueden realizarse un trasplante, o tienen que buscar la posibilidad fuera de Nicaragua. El Estado debe de tomar acciones concretas de protección, promoción, divulgación y fortalecimiento de programas de donación e implante dirigidas a reducir las diferencias existentes entre los que pueden o no optar a este tipo de intervenciones, aportar un marco legal organizativo adecuado, garantizando la calidad y procedimientos terapéuticos y ofrecer al ciudadano una mejor y más eficiente asistencia sanitaria en este campo.

3. PERSPECTIVAS

Los trasplantes de órganos y tejidos humanos permiten salvar muchas vidas y restaurar las funciones esenciales en circunstancias en que no existe ninguna otra alternativa médica de eficacia comparable. El trasplante de órganos sólidos, como los riñones, el hígado, el corazón o los pulmones, es cada vez más un componente sistemático de la atención de salud en todos los países, y ha dejado de ser una característica exclusiva de la atención sanitaria de los países de alto ingreso. El número de trasplantes de tejidos humanos va en aumento tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo¹⁹².

En Nicaragua se pueden apreciar los esfuerzos por diferentes sectores para hacer de los Trasplantes de Órganos y Tejidos una práctica más habitual, porque existe la necesidad de promocionarla, como lo fue el caso del Hospital Salud Integral los pioneros en esta técnica y el Hospital “La Mascota”, en donde una cantidad considerable de niños no tenían esperanzas de una cura a su padecimiento, por no existir una institución, ni cuerpo médico capacitado para hacerle frente a la

¹⁹² Organización Mundial de la Salud, 112ª reunión del Consejo Ejecutivo “*Trasplantes de Órganos y Tejidos Humanos*”, 2 de Mayo 2003, Pág. 1

insuficiencia renal crónica infantil. Al referirnos a la población adulta, los esfuerzos son más palpables, puesto que se están ampliando las instituciones que tienen como parte de sus futuras coberturas la implementación de esta técnica quirúrgica.

Ante los avances de los trasplantes de riñones el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS) no ha querido mantenerse ajeno a esta realidad, por consiguiente a partir del año 2006 ha creado un programa especial para los asegurados con enfermedades renales, el que incluye financiamiento para la realización de trasplantes¹⁹³.

Las nuevas autoridades del INSS han decidido impulsar un cambio de visión, la política de ayuda social tradicional ha sido reemplazada por la del derecho del asegurado, la cual se encuentra encaminada a dar respuesta a la demanda de procedimientos que no están contempladas en las prestaciones que ofrecen las empresas médicas previsionales¹⁹⁴.

Según el director de los programas especiales del INSS, Edwin Montenegro, los asegurados que pueden optar al financiamiento de un trasplante tienen que reunir ciertos requisitos¹⁹⁵:

1. Epicrisis original del paciente en donde se diagnostica la enfermedad.
2. Orden médica original, es decir la resolución del médico en donde establece que el trasplante es la única alternativa de curación.
3. Fotocopia de cédula de identidad y carnet de asegurado del INSS.
4. Comprobación de derechos de asegurado activo (colilla del INSS vigente).
5. Carta de solicitud del paciente dirigida al Comité de Prestación Médica Complementaria.

¹⁹³ Consulta Dr. Edwin Montenegro, Director Programas Especiales del INSS, 29 de junio del 2006.

¹⁹⁴ La Prensa, Edición 04 de Junio del 2006, Pág. 8A

6. Estudio socio-económico del paciente. El INSS se encarga de verificar que el paciente no posee los medios para autofinanciar dicha cirugía.
7. Análisis.
8. Disponibilidad de cupo.

Una vez que se cumplen con los requisitos establecidos, es el Comité de Prestación Médica¹⁹⁶ del INSS quien se encarga de aprobar el financiamiento del trasplante. El INSS posee en la actualidad un programa especial de hemodiálisis el cual tiene una capacidad para 76 pacientes con insuficiencia renal crónica en el Hospital Militar Alejandro Dávila Bolaños, es de este grupo de pacientes que se eligen a los posibles candidatos para trasplante.

Pese a todo ello, encontramos una debilidad en el programa, ya que necesariamente se tiene que estar dentro del programa de hemodiálisis para ser candidato idóneo a un trasplante, por tanto, si un asegurado padece insuficiencia renal crónica pero no está incluido en este programa, no puede optar a que se le realice el trasplante. En países como España, si a un paciente se le detecta insuficiencia renal crónica, y existe la posibilidad de realizarle el trasplante antes de que la enfermedad avance a un estado mas agudo, se le practica la cirugía con el objetivo de brindarle una mejor calidad de vida, y disminuirle el desgaste físico y psicológico.

El programa de financiamiento se conforma de tres fases, debido a que el trasplante se realiza en dos cirugías simultáneas:

1. Fase I, pre-trasplante: es la realización de estudios tanto del donante como el receptor para conocer la compatibilidad, este proceso dura un mes.

¹⁹⁵ Idem

¹⁹⁶ Integrado por el: Director de Programas Especiales del INSS, la Directora del INSS, y tres facultativos.

2. Fase II, la operación: dos cirugías simultáneas que duran cinco horas, implantación del órgano al paciente y su seguimiento por treinta días.
3. Fase III, asimilación del órgano: recuperación del paciente, medicación y cuidado del trasplante de por vida.

El INSS tiene como meta para este año la realización de 10 trasplantes, de los cuales a la fecha se han practicado dos.

La realización de estas cirugías es a través de licitación pública, en la cual se convoca a las empresas médicas que ofrecen estos servicios. Hasta el momento el Hospital Salud Integral, el Hospital Militar Alejandro Dávila Bolaños y el Hospital Metropolitano Vivian Pellas han sido los oferentes, quedando adjudicada las licitaciones una al Hospital Salud Integral y la otra al Hospital Militar Alejandro Dávila Bolaños. En cada trasplante se realiza una licitación individual.

Podemos decir que estamos avanzando en este campo y que existen programas de carácter social como “La Mascota” y el INSS que han marcado la diferencia en el sector de atención pública de nuestro país; pero que requieren de mayor apoyo y protección. Por ello abogamos a la necesidad de que se cree una normativa legal dirigida a institucionalizar los trasplantes de órganos y tejidos, que proteja a los donantes y receptores, que regule el ejercicio y proceder de los médicos y de las instituciones que realizan estas intervenciones quirúrgicas; que provea de recursos económicos que faciliten el acceso de los nicaragüenses a un trasplante.

3.1 ASPECTOS FUNDAMENTALES QUE DEBE CONTENER UNA NORMATIVA LEGAL SOBRE TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS.

Como hemos estudiado anteriormente a pesar que los Trasplantes de Organos y Tejidos son una practica habitual en la mayoría de los países a nivel mundial, en Nicaragua hasta el año 2000 es que se habla de esta materia, aunque es una técnica incipiente en nuestro país se esta consolidando en el campo de las ciencias medicas, en la actualidad no contamos con un cuerpo normativo que ampare y brinde respuesta a las exigencias que de esta materia emanan, solamente contamos con algunas regulaciones dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, ante esta panorámica es necesario dejar establecidos los aspectos fundamentales que debe contener una ley en esta materia, en caso de regularse posteriormente.

Es importante dejar claro que este tipo de intervenciones quirúrgicas se consideran una técnica terapéutica tanto la donación como la implantación, en el caso de la implantación esta se efectuará siempre y cuando existan razones fundadas para considerar que el trasplante mejorara sustancialmente la esperanza o condiciones de vida del receptor.

Otro elemento indispensable a regular es el referido a los criterios para el diagnostico de la muerte. En países con alto desarrollo tecnológico como Estados Unidos, Gran Bretaña, España entre otros han acogido el criterio de muerte encefálica, pero existen países en los que no ha sido posible la implementación de este diagnóstico por ser compleja y costosa su determinación, ante esta limitante han optado por el criterio de muerte cardio-pulmonar, que es también, el criterio que Nicaragua acoge en su práctica medica de manera general para determinar el fallecimiento de una persona. Ante los avances de la medicina y el desarrollo colosal de los trasplantes, Nicaragua tiene que actualizar tanto su sistema de salud como normativo, y establecer cuales serán los parámetros a tener en consideración

para el diagnóstico de muerte encefálica, ya que es el criterio más acogido por los diferentes cuerpos normativos a nivel mundial, sobre todo para la extracción de órganos provenientes de cadáveres.

En el tema de los trasplantes de órganos intervienen tres partes fundamentales, los especialistas, los centros hospitalarios y los pacientes tanto donador como receptor, en cuanto a los especialistas éstos son los médicos que realizan todo el procedimiento quirúrgico de extracción y colocación del órgano, por ende requieren estar debidamente capacitados, contar con experiencia y especialización en la materia, estar habilitados, acreditados y registrados ante el MINSA de igual manera tienen que cumplir con estos requisitos los colaboradores o asistentes como enfermeras, anestesiólogos, instrumentalistas entre otros por lo compleja que resulta esta intervención.

Los centros hospitalarios son aquellas instituciones habilitadas para brindar atención médica en nuestro país, en el caso concreto de los trasplantes estos deben estar autorizados por el MINSA para realizar esta cirugía, cumpliendo de ante mano con los estándares de infraestructura, equipamiento moderno, recursos humanos especializados. Si estamos de acuerdo con el sistema de habilitación, pero consideramos que se necesita mayor fiscalización en cuanto al procedimiento que se lleva a cabo para realizar un trasplante, es decir que se cumplan con todas las exigencias que la ley manda, como capacidad, manifestación de voluntad, entre otros elementos. De igual manera se debe promover la creación de bancos de órganos en estas instituciones con el fin de impulsar programas de donación de órganos post mortem, lo que beneficiaría el desarrollo de los trasplantes en Nicaragua, porque se dispondría de una mayor fuente de obtención de órganos, que salvarían vidas que están a la espera de poder realizarse un trasplante.

Para la obtención de órganos y materiales anatómicos procedentes de un donador vivo, para su implantación en otra persona, solo se realizará cuando, el donador sea mayor de edad, se encuentre en pleno goce de sus facultades mentales y en un estado de salud adecuado para la extracción. En nuestro caso el Código Civil establece en su artículo 278 “*la época de mayor edad se fija sin distinción de sexo en los veintiún años cumplidos. El mayor de edad, puede disponer libremente de su persona y sus bienes*”, en este aspecto no tenemos objeción alguna, puesto que consideramos que a los 21 años se tiene la madurez necesaria para poder decidir donar o no un órgano de manera independiente, reflexiva, sin presiones o manipulaciones. Pero existe también la posibilidad de donadores menores de edad, según el Derecho comparado en la mayoría de los países establecen como rango de 16 a 18 años como menores de edad los cuales pueden donar con la debida autorización de sus representantes legales, consideramos que si un menor de edad de 21 años, pero mayor de dieciséis años, en pleno uso de sus facultades mentales, quiere ser donador por tener la comprensión necesaria para discernir el procedimiento que implica un trasplante, sus consecuencias, repercusiones mentales y físicas; creemos entonces que se debe resolver la hipótesis judicialmente, aunque se puede prever en el marco jurídico pautas para su solución, como por ejemplo; permitiendo dicho acto únicamente si se tratase de un donante emparentado con el receptor (un hermano, un padre...), bajo la supervisión de al menos un psicólogo, con el debido dictamen médico en donde se determine la capacidad biológica del menor para ser donante y, que dicha donación no ponga en peligro la vida y salud del menor; ni que le provoque alguna disminución física o mental, y previa autorización de su representante legal.

Que el donador haya sido informado acerca de los riesgos de la donación, sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes. Del cumplimiento de este requisito y del consentimiento del donador deberá quedar constancia debidamente documentada y firmada por el y dos testigos para

brindarle mayor seguridad jurídica al acto. El donante podrá revocar la manifestación de su voluntad, en cualquier momento, sin que esto genere ninguna responsabilidad de su parte, y por supuesto debe de tratarse de uno de dos órganos pares o de materiales anatómicos, cuya remoción no implique un riesgo razonable previsible para el donador.

Ahora en caso de obtención de órganos o materiales anatómicos provenientes de cadáveres, estos se podrán realizar siempre y cuando estos no hayan dejado constancia expresa de su oposición. Toda persona puede manifestar el deseo de que después de su muerte no se realice la extracción de sus órganos ni de otro material anatómico de su cuerpo. Pero en el caso de manifestar su voluntad de donar sus órganos después de su muerte deben considerarse algunos aspectos como, se debe tener constancia escrita de manifestación de voluntad de donar, la cual debe contener, fecha, nombre completo, número de cédula de identidad, manifestación de voluntad, qué órganos van a ser o no donados; si la donación se refiere a ciertos órganos se debe especificar con claridad cuales son, y por último debe contener la firma del donante o de sus representantes, según sea el caso. Esta información puede ser plasmada en las cédulas de identidad, licencias de conducir, carnet del seguro, carnet de donante de sangre, registro civil de las personas o crearse una identificación para este fin.

En el caso de menores de edad o de incapaces fallecidos, quien ostente la patria potestad, la tutela o representación legal deberá hacer constar su autorización para la donación.

Refiriéndonos a las donaciones post mortem, es necesario establecer que instituciones hospitalarias estarán autorizadas por el Ministerio de Salud para la extracción de órganos, dicha institución debe llevar un registro actualizado de donantes, es decir que si un ciudadano fallece en un centro hospitalario no

autorizado para extraer sus órganos y esta persona es donante; debe remitirse de inmediato al centro hospitalario autorizado para tal fin. Con el objetivo de llevar un control y registro de todas las donaciones de esta índole, también se debe verificar que el donador no haya revocado su consentimiento en los últimos noventa días de vida del fallecido. Este tiempo puede o no quedar a discrecionalidad de las autoridades correspondientes.

Consideramos de sumo interés establecer bajo qué circunstancias se deben realizar los trasplantes de órganos, aunque debemos manifestar que algunos de estos criterios son utilizados en la actualidad en nuestro país para la realización de trasplantes de riñón:

1. Deben existir razones fundadas de mejorar, sustancialmente, la esperanza o las condiciones de vida del receptor.
2. Se hayan comprobado los estudios de compatibilidad entre el donador y futuro receptor.
3. Que la condición del receptor haya sido reconocida por el equipo de trasplante del centro hospitalario donde se vaya a realizar la intervención.
4. El receptor o su representante legal, en caso de pacientes menores de edad, o de incapaces, sean informados por el jefe del equipo, acerca de los riesgos de la implantación sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes. Debe quedar constancia, debidamente documentada y firmada por quien corresponda, del cumplimiento de estos requisitos.

Sugerimos la creación de una Comisión Reguladora de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos Humanos que consideramos podría estar integrada por:

- a) El Ministro de Salud o un delegado de esta institución facultado para ejercer esta función.
- b) Un delegado de Asesoría Legal del Ministerio de Salud.

- c) Un delegado de la Procuraduría General de la República. En caso de menores, un delegado de la Procuraduría General de la Niñez y la Adolescencia.
- d) Un miembro del Colegio Médico de Managua.
- e) Dos especialistas del equipo médico de trasplantes de los centros hospitalarios.

Entre las funciones a desempeñar los miembros de la Comisión de Trasplante de Órganos y Tejidos consideramos deben estar los siguientes aspectos:

- a) Recomendar al Ministerio de Salud las directrices generales en materia de trasplantes, así como las relativas a la obtención de órganos o materiales anatómicos procedentes del exterior, y la donación de órganos o materiales anatómicos a otros países. Según nota de prensa ¹⁹⁷ el Hospital Metropolitano Vivian Pellas, tiene como proyecto un convenio con el Hospital Bautista de Miami para la realización de trasplantes, de igual manera quieren impulsar los trasplantes a nivel internacional debido a que los costos de trasplantes en Nicaragua son más factibles en comparación con los costos de Estados Unidos y otros países Europeos. Ante estas pretensiones el Estado debe prever cual será el tratamiento jurídico que se le otorgara en caso que sea aprobada una propuesta de ampliar los trasplantes a la esfera internacional.
- b) Ejercer un estricto control sobre la calidad y la experiencia de los médicos encargados de realizar trasplantes, así como sobre las condiciones de los materiales y del equipo de los centros hospitalarios, se deben establecer auditorias cada cierto tiempo para supervisar el buen ejercicio y funcionamiento de médicos como institución hospitalaria.

- c) Llevar un registro nacional de receptores, lo cual facilitaría la distribución equitativa de órganos disponibles.
- d) Ejercer un estricto control sobre los bancos de órganos u materiales anatómicos en los diferentes centros hospitalarios, debidamente acreditados por el Ministerio de Salud para la realización de trasplantes. La Comisión propuesta anteriormente, deberá establecer una red de comunicación entre los centros hospitalarios que realizan trasplantes, para la mejor información y utilización de los órganos y materiales anatómicos que se disponga. Teniendo en cuenta que el periodo de preservación de cada órgano varía¹⁹⁸.
- e) Apoyar estudios de investigación tendientes al desarrollo de los trasplantes en el país.

Finalmente de conformidad a las resoluciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud todos los países latinoamericanos deben establecer una penalización del comercio de órganos, y se refieren al tema en los siguientes términos: ...*“los médicos y profesionales de la salud no deberían participar en procedimientos de trasplantes si tienen razones para pensar que estos órganos han sido objeto de transacción comercial”, “ningún órgano humano debe ser cedido con finalidad lucrativa para un organismo de intercambio o banco de órganos”*. La universalidad en el acceso al trasplante es un aspecto que debe tenerse en cuenta, de forma que todos los habitantes de la región tengan las mismas posibilidades de recibir un trasplante teniendo en cuenta los principios fundamentales de la bioética¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Colegio Médico, *Noticias de Medicina* www.colegiomedico.com.

¹⁹⁹ Organización Mundial de la Salud, 39ª Sesión del Subcomité de Planificación y Programación del Comité Ejecutivo, *“Fortalecimiento de los Programas Nacionales para la Donación de Órganos y*

CONCLUSIONES

1. Los criterios que sobre el fin de la existencia de la persona formulan las ciencias médicas, cambian conforme a su desarrollo a través del tiempo.
2. Las ciencias médicas en la actualidad han establecido como criterio para diagnosticar la muerte, el denominado criterio de muerte encefálica.
3. La definición de muerte del ser humano le corresponde a las ciencias médicas, pero le corresponde al Derecho reconocer y revestir de valor jurídico tal definición.
4. Las personas pueden disponer de su cuerpo después de su muerte en base a los Derechos inherente a la personalidad; que le reconocen el derecho a disponer sobre el destino final de su cadáver o de sus partes y de su integridad física
5. El cadáver y los órganos no ostentan un carácter de propiedad en sentido estricto, que sobre los bienes ordinarios se tienen. .Son considerados bienes espacialísimos extrapatrimoniales y fuera del comercio de los hombres.
6. Existen donaciones de órganos en vida y post mortem, en ambas es imprescindible la declaración de voluntad, capacidad legal, manifestación por escrito, y revocación en cualquier momento sin incurrir en algún tipo de responsabilidad.

7. Entre la donación de órganos y tejidos y la donación civil existen diferencias notables, cuya piedra angular es la ausencia del elemento patrimonial que caracteriza a las relaciones contractuales.
8. El término de donación es utilizado en la dación de órganos en su acepción etimológica y como un acto gratuito.
9. Actualmente no existe un cuerpo normativo especial que regule los trasplantes de órganos y tejidos, que brinde tutela legal a pacientes – donador y receptor-, centros hospitalarios, y cuerpo medico.
10. Es competencia del Ministerio de Salud promover y desarrollar acciones que permitan dar a conocer las bondades de la técnica de los trasplantes de órganos y tejidos.
11. Es importante la fiscalización por parte del Ministerio de Salud de médicos y centros hospitalarios en el ejercicio de su profesión, aun más al tratarse de la práctica de nuevas técnicas quirúrgicas.
12. El Estado debe promover, fomentar e impulsar programas especiales de cooperación institucional en materia de trasplante de órganos entre centros hospitalarios privados y públicos, con la finalidad de brindar mayor atención a las personas con enfermedades terminales.
13. Se pueden trasplantar los riñones, hígado, pulmón, páncreas, cornea, corazón, medula ósea, tejidos y huesos, por ende se debe procurar la ampliación de estas intervenciones a nivel nacional.

RECOMENDACIONES

1. Que se dicten normas técnicas a lo interno del Ministerio de Salud, que contengan los criterios para el diagnóstico de muerte encefálica.
2. Que se cree a nivel del Ministerio de Salud, una comisión interdisciplinaria que funcione como referente institucional y metodológico en materia de trasplante.
3. Desplegar campañas de divulgación y educación, que fomenten la donación de órganos con fines trasplantológicos.
4. En futuras modificaciones al Código Civil, debe reformarse el artículo 7, suprimiendo la figura de incapacidad absoluta, en referencia a los insanos, impúberes y no nacidos, ya que estos carecen solamente de la capacidad de obrar por si mismo.
5. Que se promulgue una ley que regule la materia de trasplantes de órganos y que tome en consideración los siguientes aspectos:
 - a. La donación de órganos solamente puede realizarse en centros sanitarios debidamente autorizados por el Ministerio de Salud.
 - b. Los médicos especialistas deben estar debidamente acreditados y autorizados por el Ministerio de Salud para realizar este tipo de intervenciones.
 - c. El donante debe ser mayor de edad, en pleno uso de sus facultades y en óptimas condiciones de salud.
 - d. La extracción no debe poner en riesgo la vida del donante.
 - e. El consentimiento informado del donante, debe constar de forma expresa, por escrito ante un notario y dos médicos distintos (uno el

médico que informó al donante de la posibilidad de la donación y el otro, el que hará la intervención).

- f. El acto de donar es revocable en cualquier momento antes de la intervención quirúrgica sin incurrir en responsabilidad alguna.
- g. Hecha la declaración de voluntad, debe dejarse un plazo de 24 horas mínimas, el cual se entenderá como un plazo de garantía para que el donante tenga tiempo de meditar o reflexionar sobre la donación.
- h. El destino de la donación ha de ser necesariamente el trasplante.
- i. La donación es netamente gratuita; no se permite el pago o retribución del material anatómico.
- j. Los beneficios del trasplante deben superar los riesgos de la intervención.

6. En el caso que el órgano o material anatómico provenga de persona fallecida, la extracción deberá efectuarse en base a los siguientes requisitos:

- a. Al igual que la donación inter- vivos, solamente puede hacerse la extracción en los centros hospitalarios autorizados.
- b. Es requisito *sine qua non* el diagnóstico de muerte cerebral de la persona de la cual se extraerá el material anatómico.
- c. Debe emitirse un certificado de defunción, el que debe firmarse por tres médicos, que sean distintos de los que van a practicar la extracción o de los que van a realizar el trasplante.
- d. La extracción tendrá fines terapéuticos o científicos; según lo disponga el donante o sus familiares en su caso.
- e. De no existir declaración expresa del fallecido de donar sus órganos sugerimos el siguiente orden de prelación dentro del núcleo familiar: en primer lugar los hijos puesto que estos mantienen una relación de vida con el finado, unida por lazos de sangre, más fuertes y menos

inestables que los del cónyuge. En segundo lugar el cónyuge o la pareja de hecho, que a pesar de no ser tan fuerte como la relación anterior, han demostrado a lo largo de la historia merecer este sitio. En tercer orden los padres. En cuarto, los demás descendientes. En quinto, el resto de los ascendientes, y por último los colaterales más próximos, hasta los primos. En ausencia de todos ellos, debe el Estado disponer sobre ello, a fin de que se le dé determinado tratamiento al cadáver.

8. Es importante que en los centros hospitalarios habilitados para la realización de los trasplantes, puedan crearse bancos de órganos, los cuales deberían estar bajo el control y supervisión del Estado a través del Ministerio de Salud, así se pondría en práctica la donación post-mortem.

9. Recomendamos la creación de una base de datos con la información general y específica de los pacientes que requieren un trasplante de órgano, con el propósito de agilizar en la medida de las posibilidades la realización de un trasplante.

10. Es indispensable el establecimiento de un laboratorio clínico en donde se puedan realizar las pruebas de compatibilidad entre donador y receptor, porque se evitaría el desgaste físico y económico de tener que recurrir al extranjero para la realización de estas pruebas.

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIACIONES

Cn	Constitución Política
C	Código Civil
Pn	Código Penal
LGS	Ley General de Salud
MINSA	Ministerio de Salud
MINSAP	Ministerio de Salud Pública
DGREPSMA	Dirección General de Regulación de Establecimientos y Profesionales de la Salud, Medicinas y Alimentos
DGIDT	Dirección General de Infraestructuras y Desarrollo Tecnológico
DRES	Dirección de Regulación de Establecimientos de Salud
DSNAS	Dirección del Segundo Nivel de Atención
HALF	Hospital Antonio Lenin Fonseca
UCI	Unidad de Cuidados Intensivos
EGG	Electrocardiograma
IRC	Insuficiencia Renal Crónica
DPA	Diálisis Peritoneal Automatizada
INSS	Instituto Nicaragüense de Seguridad Social
EMPs	Empresa Médica Previsional
DGI	Dirección General de Ingresos
RUC	Registro Único de Contribuyentes
SOCECATRE	Sociedad Centroamericana y del Caribe de Trasplante Renal
OMS	Organización Mundial de la Salud

OPS	Organización Panamericana de la Salud
PMP	Paciente por Millón de Población
SILAIS	Sistemas Locales de Atención Integral en Salud

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS LEGISLATIVOS:

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Nicaragua*, 19 noviembre 1986, *La Gaceta* 94 (1987) 13, 23.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Código Civil de la República de Nicaragua, T. I, 1904.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Ley No. 369, Ley sobre Seguridad Transfusional, 01 febrero 2001, *La Gaceta* 23 (2001).

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Ley No. 423, Ley General de Salud, 17 mayo 2002, *La Gaceta* 91 (2002) 3472- 3488.

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, *Declaración sobre la Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos*, 52ª Asamblea General de la AMM Edimburgo, Escocia, octubre 2000.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA, Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Material Anatómico Humano, Boletín Oficial 26 abril 1993.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA, Decreto 512/95, *Reglamento a la ley de trasplantes de órganos y material anatómico humano*, Boletín Oficial 17 abril 1995.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1172 Reglamento a la Ley 73 de Trasplantes de Órganos y Tejidos, Gaceta Oficial, 11 febrero 1989.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, "Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos", Gaceta Oficial N°. 4.497, 3 diciembre 1992.

DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS, Resolución 347/95, *Medidas adoptadas por el Registro Nacional de las Personas para dar cumplimiento a algunos requisitos exigidos por la ley 24.193*, 12 julio 1995, Boletín Oficial 1995, Argentina.

INSTITUTO NACIONAL CENTRAL ÚNICO COORDINADOR DE ABLACIÓN E IMPLANTE, Resolución 139/94, *Normas de Procedimiento para el ingreso al país o egreso de él, de órganos y materiales anatómicos humanos*, 04 enero 1995, Boletín Oficial 1995 Argentina.

Ley 24.193, *Ley de trasplante de órganos y material anatómico humano*, 26 abril 1993, República de Argentina.

PARLAMENTO EUROPEO- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*, Estrasburgo, 31 marzo 2004.

AUTORES:

ABBOUD CASTILLO, N. L., *Los Trasplantes de Órganos y Tejidos; Trabajo de Diploma para optar al título de licenciado en Derecho*, La Habana, 1999.

ALONSO, J. I., *Diccionario de Medicina*, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, España 1999.

BETANCOURT BENAVENTE, M.F., *El momento de la muerte en las enfermedades terminales. Su connotación jurídico- penal y médico-legal*, Universidad Centroamericana, Managua 1998.

BOLETÍN DE LA OFICINA SANITARIA PANAMERICANA, *Trasplantes de Órganos; la respuesta legislativa de América Latina*, Volumen 108, No. 5 y 6, mayo-junio 1990.

BUSTOS PUECHE, J, E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid 1997.

CALÓ, E., *Il ritorno della volontà*, Milán 1999; trad. española, *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, L. Di Vita Fornaciari, tr., Buenos Aires 2000.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos de la personalidad*, Madrid, España 1952.

CASTILLO E, *Introducción al Estudio del Derecho*, Managua, Nicaragua 1996

CATALDI AMATRIAIN R.M, *Manual de Ética Medica*, Buenos Aires, Argentina 2003

CLEMENTE, T., Derecho Civil. Parte General, Tomo I y II, Habana- Cuba 1983.

CORREA VÉLEZ, L.A., Interrogantes acerca de la Medicina, la vida y la muerte, Colombia 1996.

COVIELLO, N. *Doctrina General del Derecho Civil*, 4º edición italiana, revisada por LEONARDO COVIELLO, traducción de Felipe de J. Tena, concordancias de Derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México, 1938.

DAVIS, F.A., Taber's Cyclopedic Medical Dictionary, Philadelphia 2001.

DÍEZ- PICAZO, L.- GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, España 2004.

DÍEZ-PICAZO, L- GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, 4 º edición, Tecnos, Madrid, 1981.

ENRIQUEZ SORDO, J., El Derecho de Disposición sobre el Cadáver. Naturaleza Jurídica y Manifestaciones, Universidad de la Habana, Cuba 2006

ERRÁZURIZ EGUIGUREN, M., Manual de Derecho Romano. *Historia Externa de Roma, Del Acto Jurídico, De las Personas*, Tomo I, Chile 1996.

GARCÍA BOZA, R.-SOLÍS, J.A., Derecho Civil II, *Bienes*, Libro I y II, Nicaragua. 1998

GARRONE, J.A., *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, Buenos Aires, Argentina 1993.

GISPER, J..A., *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, España 2003.

GRACIA, D.- NAVARRO, A. y otros, *Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1996.

HELDRICH, A., STEINER, A.F., "Legal Personality" en *International Encyclopedia of Comparative Law*, IV, 1995.

LANCIS Y SÁNCHEZ, F., FOURIER RUIZ, G., *Medicina Legal*, La Habana, Cuba 1999.

LA SANTA BIBLIA, Antiguo y Nuevo Testamento; Antigua versión de Casidoro de Reina, Sociedades Bíblicas en América Latina, 1960.

LUCAS, R.L., *Antropología y Problemas Bioéticos*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 2001.

MANCINI RUEDA, R., *Conflictos bioéticos en trasplante de órganos y tejidos*, 1er. Encuentro Ibero- Americano sobre "Trasplante de órganos y tejidos", Buenos Aires, 20 Agosto 2002.

MEZA GUTIÉRREZ, A., *Personas y Familia*, Managua, Nicaragua 1999.

MINISTERIO DE SALUD DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, *Defunciones del país- Reporte Anual (2000- 2003)*, Dirección General de Planificación y Sistemas de Información.

NAVAS, L., "*Trasplantes de riñón gratis para los niños*", El Nuevo Diario, Managua 21 de enero 2005, 7 A.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *El Cuidado del enfermo terminal*, Managua, Nicaragua 1999.

ORGAZ, A. *Personas Individuales*, Córdoba, Argentina 1961.

ORTÍZ URBINA, *Derecho de Sucesiones*, Managua, Nicaragua 2001.

PACINI, R., *Servir a la vida*, Italia 1996.

PÉREZ, G., Informe de Conocimientos, aptitudes, creencias y prácticas de la población de Managua mayor de 20 años, respecto a la donación y trasplantes de órganos, Universidad Nacional Autónoma de Managua, 2003.

RABINOVICH, R.D., *Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos*, Buenos Aires 1994.

RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y la Capacidad Civil*, España 1995.

RODRÍGUEZ ROJAS, L., "*Otra oportunidad para vivir*"; Diario LA PRENSA, Managua, 4 de junio de 2006, 8 A.

RUGGIERO, R. *Instituciones de Derecho Civil, Volumen I*, Madrid, España 1929.

SAGARNA, F.A., *Los trasplantes de órganos en el Derecho. Legislación y derechos comparados*, Argentina 1996.

SALAZAR CAMBRONERO, R., ZÚNIGA GÓMEZ, I. M., *Nociones sobre la legislación de la Salud en Costa Rica*, San José, Costa Rica 1989.

SEQUEIRA, V.- CRUZ, A., *Investigar es fácil*. Manual de Investigación, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Managua 1997.

SHERR, L., *Agonía, muerte y duelo*, México 1992.

STICKEL, D.L.- SEIGLER, H.F., “Trasplante, aspectos históricos”, en *Tratado de Patología Quirúrgica*, D.C. Sabiston JR, ed. México 1982, 425- 442.

VÉLEZ CORREA, L.A., *Ética Médica; interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*, Medellín, Colombia 2003.

VALDÉS DIAZ, C, *Derecho Civil, Parte General*, La Habana, 2002.

VILLAGRA GUTIÉRREZ, W., *Introducción al Derecho*, Managua 1999.

INTERNET

ASOCIACIÓN CATALANA DE ESTUDIOS BIOÉTICOS, ¿Es ético privar del mínimo sustento a un ser humano?, 15 mayo 2005, <http://www.aceb.org>.

COBAS; M., Seminario II: El Cadáver, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Del Salvador, 30 marzo 2005, en <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-tpcobas1.htm>.

COLEGIO MÉDICO, Noticias de Medicina, 28 enero 2006, [hppt://www.colegiomédico.com](http://www.colegiomédico.com)

DOUGLAS, J.N., *Trasplantes y Sociedad: Perspectivas en Estados Unidos*, septiembre 1997, <http://www.sat.org.ar>.

MUNAIZ, C., *Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) hará trasplantes cadavéricos, Programa beneficiará a cerca de mil enfermos renales*, Guatemala, 13 de junio de 2006, <http://www.prensalibre.com/pl/2006/junio>.

Preguntas y respuestas sobre donación de órganos y tejidos, 26 mayo 2004, en <http://www.thetransplantnetwork.com>.

PRIETO EIBL, R.G., *Donación y trasplante de órganos: Una esperanza de vida*, 26 mayo 2004, en <http://www.encuentra.com/includes>.

MIRIAM PACHECO; Replantarán programa de trasplantes de órganos, Centroamérica, 13 de Julio 2006, <http://www.prensalibre.co.cr/ticos.centramerica>.

Su regalo será muypreciado, Centros de Recuperación de órganos y tejidos, abril 1998, en <http://www.abanet.org/comités>.

Un largo camino que tiene historia. El primer donante humano de órganos, 27 mayo de 2004, en <http://www.usuarios.concordia.com.ar>.

ANEXOS

ANEXO 1

TIPOS DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS

TRASPLANTE CARDIACO²⁰⁰:

En 1967, el doctor Christian Barnard realizó con éxito el primer trasplante cardíaco en un ser humano, y fue seguido rápidamente por los doctores Norman Shumway y Richard Lower en la Universidad de Stanford. Tras una oleada inicial de entusiasmo, el problema de la inmunosupresión redujo la aplicación del procedimiento, hasta la introducción de la ciclosporina en 1980. La expansión mundial subsiguiente del trasplante cardíaco hizo que llevaran a cabo cerca de 2,500 trasplantes al año, con incrementos posteriores limitados sólo por la disponibilidad de donantes. Las supervivencias actuales al cabo de uno y cinco años son del 85 y 70% e indican que este tratamiento de elección en los pacientes con una enfermedad cardíaca terminal, con pocas probabilidades de sobrevivir los 6 a 12 meses subsiguientes.

Aplicaciones y Selección de los Candidatos: la limitación de donantes y el costo relativamente alto del trasplante cardíaco, han restringido este procedimiento a los pacientes con más probabilidades de sobrevivir y llevar una vida activa después del mismo.

Los candidatos óptimos para este procedimiento son aquellos pacientes que podrían volver a la vida activa si se les sustituyese el corazón. Esto requiere que el individuo sea mentalmente fuerte, médicamente dócil y que no padezca otra enfermedad avanzada, consecuencia de su insuficiencia cardíaca, ni otras enfermedades generales, como diabetes grave; tampoco puede estar afectado por el virus de la inmunodeficiencia adquirida.

Indicaciones:

- a. Cardiopatía terminal que limita las esperanzas de vida a 2 años, o que restringe gravemente la calidad de vida cotidiana a pesar del tratamiento médico o quirúrgico óptimos.
- b. Ausencia de criterios secundarios de exclusión (proceso infeccioso activo, infarto de pulmón reciente, diabetes tratada con insulina con pruebas de lesión de órgano diana, hipertensión pulmonar irreversible, enfermedad maligna activa o reciente, presencia de anticuerpos citotóxicos circulantes, consumo de sustancias tóxicas o de alcohol, etc.)
- c. Perfil sicosocial idóneo y sistema de apoyo social.

²⁰⁰ Fauci, A. Principles of Internal Medicine; Estados Unidos; trad. española, Principios de Medicina Interna, T.R. HARRISON, Madrid, España (1998).

d. Edad fisiológica- cronológica adecuada²⁰¹.

TRANSPLANTE DE MÉDULA ÓSEA:

El transplante de células madre hematopoyéticas suele realizarse por uno de éstos dos motivos:

1. Para repoblar una médula anormal aunque sin signos de malignidad que ha sido destruida deliberadamente mediante irradiación o quimioterapia.
 2. Para poder administrar dosis mayores de radioterapia o quimioterapia mielotóxica con el fin de tratar una neoplasia maligna.
- Las anomalías de médula ósea que se tratan de esta manera son enfermedades congénitas o adquiridas. Cuando el donante de células madres es un sujeto distinto del receptor, se dice que el transplante es alogénico.

También se puede guardar sangre periférica y médula ósea del receptor antes de destruir su médula ósea para reinyectarlas después del tratamiento mieloablativo; esos transplantes se denominan *autotransplantes*. En el caso especial de que donante sea un gemelo idéntico, o sea genéticamente idéntico al receptor, se habla de transplante singénico. En todos estos trasplantes se inyectan células madres hematopoyéticas en una vena periférica del receptor para que migren a la médula ósea y restablezcan la hematopoyesis.

El origen de los modernos transplantes de médula ósea puede remontarse a los experimentos de animales que permitieron salvar a los ratones expuestos a dosis mortales de una irradiación corporal total protegiendo el bazo de la radiación.

El transplante de médula ósea alogénica se realizó con éxito por primera vez a finales de la década de 1960 y fue aceptado paulatinamente como un recurso terapéutico legítimo en la década de 1970. Al principio, el autotransplante de médula ósea se utilizó satisfactoriamente para curar a los pacientes con linfomas a finales de la década de los setenta y su empleo se difundió en los años '80.

El trasplante alogénico de médula ósea suele reservarse para las personas menores de 60 años. Sus resultados tienen tendencia a ser peores en los pacientes mayores de esa edad, debido al mayor número de complicaciones asociadas a la enfermedad de injerto contra huésped que aparecen en esa población. Sin embargo, también es muy importante el estado general de salud del paciente y

²⁰¹ John Schroeder; Transplante Cardíaco, pp. 1483-1486, Ob. Cit.

muchos autores practican el trasplante basándose en la edad fisiológica del paciente más que en su edad cronológica²⁰².

TRANSPLANTE PULMONAR

El trasplante de pulmón constituye una alternativa terapéutica en la enfermedad pulmonar terminal desde los años '80. Si se elige adecuadamente al paciente, las opciones de trasplante son variadas:

- ✓ Trasplante unilateral de pulmón,
- ✓ Trasplante bilateral de pulmón,
- ✓ Trasplante de corazón y pulmón,
- ✓ Trasplante lobular de un donante vivo emparentado.

El primer trasplante, que dio buen resultado, fue el de corazón y pulmón, que se practicó en distintas indicaciones y en un número cada vez mayor de enfermos a lo largo de 1989. A partir de este año, la cifra de trasplantes unilaterales y bilaterales de pulmón se elevó espectacularmente y disminuyó en cantidad importante, el número de órganos donantes disponibles para las intervenciones de corazón y pulmón. A finales de 1995, el Registro de la Sociedad Internacional de Trasplantes de Corazón y Pulmón contenía un total acumulado de 1,708 trasplantes de corazón y pulmón. Las supervivencias al cabo de 1 y 3 años, en los receptores de trasplantes unilaterales y bilaterales alcanzan un 67 y 50% respectivamente. La supervivencia al año en los que reciben un trasplante de corazón y pulmón es del 56% y a los 10 años, inferior al 20%. Entre los receptores del trasplante unilateral, la supervivencia inicial depende de la enfermedad de base; los enfermos con enfisema disfrutaban de la mayor supervivencia al cabo de un año (aproximadamente del 75%) y aquellos con fibrosis pulmonar, de la mínima (algo más del 60%). No se dispone de datos sobre la supervivencia de los receptores lobulares de donantes vivos emparentados.

Elección del receptor: como los pulmones de donantes constituyen el órgano sólido más escaso de todos los que se transplantan, hay que realizar una evaluación muy amplia entre los enfermos con una neumopatía terminal para elegir a los mejores candidatos. En general, se considera buen candidato aquel que padece una enfermedad pulmonar grave y progresiva y cuyas esperanzas de vida son menores de 2 años. Otra cualidad es la de no ser fumador activo; el período de abstinencia del tabaco antes del trasplante varía según los programas, pero suele establecerse en un mínimo de 6 meses.

²⁰² James Armitage; Trasplante de Médula Óseo, pp. 827- 834.

Elección del método de trasplante: Las únicas enfermedades que actualmente obligan a una intervención concreta en países donde se efectúan son:

1. Cardiopatías congénitas irreparables con síndrome de Eisenmenger, que exige un trasplante de corazón y pulmón.
2. La enfermedad pulmonar avanzada con disfunción asociada del ventrículo izquierdo, que también requiere un trasplante de corazón y pulmón.
3. La enfermedad pulmonar séptica (vgr: fibrosis quística), que requiere un trasplante bilateral de pulmón o un trasplante bilobular de un donante vivo emparentado para reducir la probabilidad de una infección diseminada y mortal²⁰³.

TRANSPLANTE RENAL

En los últimos treinta años, la diálisis y trasplante han prolongado la vida de miles de pacientes con insuficiencia renal. El tratamiento de Insuficiencia Renal Aguda es distinto de la Insuficiencia Renal Crónica, debido a la naturaleza irreversible de ésta última.

La Insuficiencia Renal Crónica, es una enfermedad que poco a poco va deteriorando el funcionamiento de los riñones, provocando que estos no cumplan con sus funciones de filtrar y limpiar la sangre, eliminar el exceso de líquidos y toxinas, mantener el equilibrio de las diferentes sustancias que hay en la sangre, contribuyen de manera decisiva a controlar la presión arterial y evitan la anemia²⁰⁴. Al paralizarse la ejecución de estas funciones nuestro organismo inicia un proceso de contaminación y deterioro de nuestra salud, porque es a través de la orina que nuestro organismo elimina líquidos y sustancias tóxicas nocivas para el mismo y al no poder realizarse dicha función nuestro cuerpo presenta síntomas generales como sueño constante, se sufren mareos e inclusive hasta caer en estado de coma, a nivel gastrointestinal el popular mal aliento o aliento uremico, la presencia de sangrados del tubo digestivo, defecar y vomitar sangre y desde el punto de vista respiratorio cansancio o sensación de ahogo²⁰⁵.

Las diálisis son tratamientos sustitutivos para ayudar al organismo a restablecer las funciones perdidas, estas pueden ser: Hemodiálisis y diálisis peritoneal.

La diálisis, es el término médico utilizado para definir el proceso artificial de la filtración de los productos de desecho y eliminación del exceso de líquidos del organismo, en el momento en que los riñones no pueden realizarlo normalmente. En este proceso se pretende conseguir que a través de una membrana

²⁰³ Janet Maurer; *Trasplante Pulmonar*, pp. 1695- 1698, Ob. Cit.

²⁰⁴ Diccionario de la Medicina, Mosby "Insuficiencia Renal Crónica" Pág. 734-735.

²⁰⁵ El Nuevo Diario, "Especialidades" Edición 25 de Febrero del 2001, Pág. 6-7.

semipermeable, tanto las toxinas de la sangre como el exceso de líquido que no se puede desechar por la orina, pasen a incorporarse a un líquido de diálisis que permita la eliminación de los mismos. Así pues, a parte de limpiar la sangre de productos tóxicos (urea, creatinina, ácido úrico, fósforo, exceso de potasio, sodio, etc.) se puede eliminar también el sobrepeso producido por la retención de líquidos.

Hemodiálisis: En la hemodiálisis, las sustancias que se van a intercambiar son, por un lado, las que se tienen que eliminar y que están disueltas en la sangre (sustancias tóxicas) y, por otro, las que se tienen que absorber (sustancias beneficiosas) que están disueltas en el líquido de diálisis.

Los dos líquidos que intervienen son: nuestra sangre y el líquido de diálisis. La membrana a través de la cual se hace el intercambio es artificial y recibe el nombre de dializador. Así, se nos extrae la sangre sucia para ponerla en contacto con el líquido de diálisis a través de un dializador, dicho líquido está preparado para recoger las sustancias tóxicas (urea) y aportar a la sangre otras beneficiosas que nuestro cuerpo necesita (calcio) y que, por padecer una enfermedad renal, no es capaz de por sí solo captarla de los alimentos. En este proceso también se logra, por medio de una ultra filtración programada, la eliminación del exceso de líquido que nuestro cuerpo acumula (generalmente en forma de hinchazones) al no poder expulsarlo naturalmente a través de la orina, bien porque ha desaparecido totalmente o porque ha disminuido en gran medida su volumen. Todo eso se realiza con la ayuda de una máquina llamada riñón artificial.

En Nicaragua esta opción de tratamiento sustitutivo para la insuficiencia renal crónica se inició a ofertar en instituciones privadas como el Hospital Salud Integral quienes las introdujeron en el año 1996, el Centro Médico Americano, S.A. quienes las realizan desde el año 2000 y el Hospital Militar Alejandro Dávila Bolaños en el año 2000 ante la creciente población de pacientes con esta enfermedad el Ministerio de Salud abrió una unidad de Hemodiálisis en el Hospital Regional de Estelí Juan de Dios patrocinada por la Comunidad Internacional, otra en el Hospital Regional de Chinandega y actualmente está en construcción la Unidad de Hemodiálisis en el Hospital Antonio Lenin Fonseca de Managua, centro hospitalario que atiende a nivel nacional a todos los pacientes con Insuficiencia Renal crónica para adultos, y en el 2005 inauguró la primera Unidad de Hemodiálisis pediátrica a nivel nacional en el Hospital Materno Infantil Manuel de Jesús Rivera “La Mascota” donada por el gobierno de Italia.

Diálisis Peritoneal: En realidad, tenemos solo dos riñones, pero, cuando estos dejan de funcionar, hay procedimientos que pueden actuar como un riñón adicional. Uno de estos tratamientos es la diálisis peritoneal, que utiliza la membrana peritoneal, que se encuentra en el interior del abdomen y un líquido

especial. La membrana peritoneal se conoce como peritoneo y el líquido especial se llama dializante. El líquido dializante se introduce en el abdomen, donde atrae el exceso de agua, los desechos y los compuestos químicos que atraviesa el peritoneo y se extrae por drenaje.

Este tipo de Diálisis solo se realiza en nuestro país en el Hospital Antonio Lenin Fonseca desde 1968, es la más utilizada por el sector público por su bajo costo y mayor disponibilidad, casi al 60% de los pacientes se les practica este tipo de diálisis, esto dependerá del estado de salud del paciente, es decir si esta iniciando la enfermedad o esta en etapa avanzada. El INSS en algunos casos cubre este tipo de diálisis las que se realizan en este mismo centro hospitalario

Diálisis peritoneal automatizada (La cicladora): Es la diálisis peritoneal realizada en casa con la ayuda de una maquina llamada cicladora. Esta maquina hace los intercambios (infunde y drena el líquido peritoneal) varias veces de forma automática durante la noche, mientras se duerme. A veces se combina con uno o dos intercambios diarios manualmente durante el día por resultar insuficiente la dosis de diálisis administrada con la máquina.

En países como España este tipo de diálisis se la pueden realizar los pacientes en su propio hogar, debido a que existen centros especializados que proporcionan este tipo de maquinas, las cuales son de fácil manejo y a la menor alteración o desperfecto en el proceso de diálisis se apaga automáticamente. Este tipo de diálisis solo es ofertada en Nicaragua por el Hospital Salud Integral, y se encuentra en proyecto de ejecución por parte del INSS como otra alternativa en el proceso de tratamientos sustitutivos para la insuficiencia renal crónica.

El transplante de riñón humano suele ser el tratamiento más apropiado de la Insuficiencia Renal Crónica avanzada. En todo el mundo se han hecho decenas de miles de estas operaciones. Durante los años 70 y 80 se observó un aumento progresivo del número de transplantes de cadáver que funcionaban al cabo de 1 año. Cuando se introdujo la ciclosporina, a comienzos de los '80, la supervivencia al cabo de un año de los injertos de un donante cadáver era del 70%; a mediados de los '90; estas cifras varían entre el 80 y el 85%. En el primer año, las tasas de mortalidad son inferiores al 5% y luego aún más bajas. A veces, el rechazo agudo irreversible ocurre bastantes meses después de una buena función renal, sobre todo si el enfermo rechaza los medicamentos inmunosupresores.

En términos generales, el transplante mejora la calidad de vida en la mayoría de los enfermos si se compara con la diálisis.

Selección del donante: Las fuentes de donación pueden ser los cadáveres a los donantes voluntarios vivos. Estos últimos suelen ser miembros de la familia

que tienen una compatibilidad, como mínimo parcial, con los antígenos HLA. Los donantes voluntarios vivos deben tener una exploración física normal y el mismo grupo sanguíneo ABO, porque si se cruzan los grupos sanguíneos se perjudica la supervivencia del injerto. No obstante, es posible transplantar un riñón de un donante tipo O a un receptor A, B o AB.

En la actualidad es posible extirpar riñones de un cadáver y mantenerlos durante 48 horas en perfusión fría o simplemente irrigada y enfriada. Esto permite disponer del tiempo necesario para resolver problemas de tipificación, compatibilidad, transporte y selección.

Donantes vivos: si el donante es un familiar de primer grado, la tasa de supervivencia del injerto al cabo de un año es algo mayor que se de trata de un cadáver, con excepción de los donantes con dentidad HLA, porque la supervivencia al cabo de un año se aproxima al 95%²⁰⁶en este caso

²⁰⁶ Charles Carpenter y Michael Lazarus; La Diálisis y el Transplante en el Tratamiento de la Insuficiencia Renal, pp. 1727- 1737, Ob. Cit.

ANEXO 2

EL TESTAMENTO BIOLÓGICO (LIVING WILL) DEL ESTADO DE LOUISIANA
(EEUU)

EMPLEA LA FORMA PRESCRITA POSTERIORMENTE:

De este acto deben dar fe dos testigos mayores de edad y con capacidad mental.

Yo _____ siendo mentalmente capaz, consiente y voluntariamente, hago saber mi deseo que mi agonía no sea artificialmente prolongada... por ello, declaro que:

Si en cualquier momento yo padeciere una lesión incurable, padecimiento o enfermedad terminal e irreversible certificada por dos facultativos, quienes me han examinado; uno de los cuales deberá ser mi médico tratante, y habiendo los facultativos determinado que mi muerte ocurrirá con o sin la ejecución de procedimientos que únicamente servirían para prolongar artificialmente el proceso de agonía, yo dispongo que tales procedimientos sean retenidos o retirados y que me sea permitido morir naturalmente, con sólo la administración de medicamentos o de la ejecución de cualquier procedimiento médico considerado necesario para proveerme los cuidados de confort y bienestar. En ausencia de mi capacidad para instruir sobre tales procedimientos; es mi intención que esta declaración sea honrada por mi familia y por el o los facultativos como la expresión final de mi derecho legal a rehusar los tratamientos médicos o quirúrgicos y acepto las consecuencias que de tal negativa se deriven.

Yo comprendo la importancia de este acto, y soy emocional y mentalmente competente para emitir esta declaración.

firma del declarante

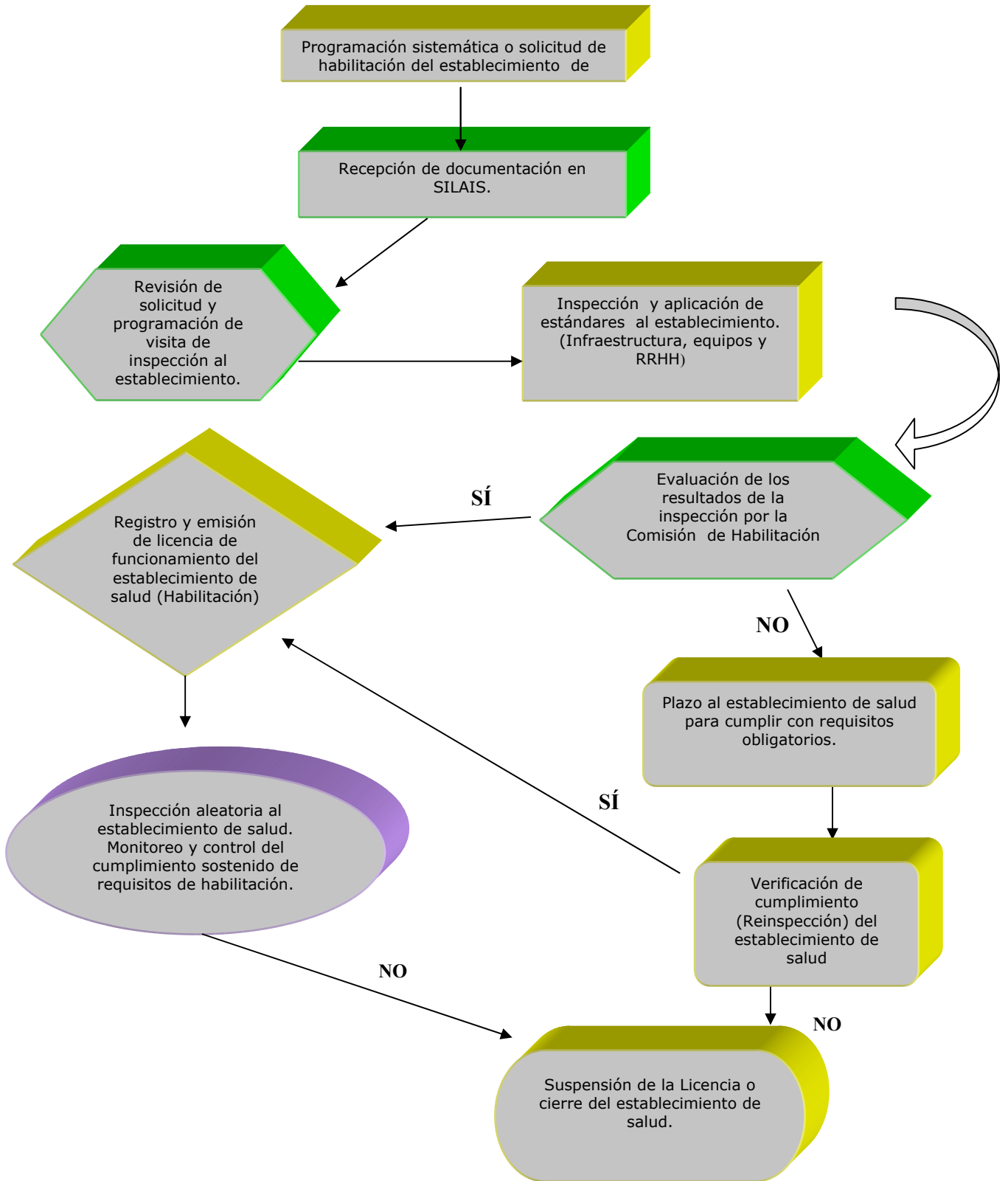
firma de los 2 testigos

ANEXO 3

TABLA NO.1.
CUADRO ECONÓMICO COMPARATIVO

Diálisis		Trasplantes de Órganos.	
1 Sesión	US\$ 110.00	Costo Trasplante (hospitalización, cirugía, recuperación, control por 30 días) US\$ 18,000.00- 23,000.00	
3 Sesiones por semana mínimo	US\$ 330.00		
1 Mes de diálisis y tratamiento	US\$ 1,320.00 + 314.00	Tratamiento mensual US\$ 350.00- 400.00	
Diálisis anual y tratamiento	US\$ 15,840.00 + 3,768.00		
TOTAL ANUAL	US\$ 19,608.00	TRATAMIENTO ANUAL	US\$ 4,200.00- 4,800.00

ANEXO 4 FLUJOGRAMA DE HABILITACIÓN



ANEXO 5

OTRA OPORTUNIDAD PARA VIVIR (Testimonio de paciente trasplantado²⁰⁷)

Rolando estaba acostado en la cama del hospital. Sabía que en cuestión de minutos vendrían a buscarlo...la enfermera lo condujo por un largo corredor, hasta que finalmente se detuvo ante una puerta metálica sobre la que podía leerse..."Sala de Operaciones"...era la primera vez que se encontraba en un quirófano. Le sorprendió cuan limpio y ordenado se hallaba todo, vio la mesa de operaciones en la que debía acostarse, el instrumental quirúrgico con el que iban a operarlo y las máquinas que controlarían sus signos vitales y lo mantendrían anestesiado. Pensó que de ahí no saldría vivo...tres horas después, la operación ha concluido exitosamente. Rolando Flores Guzmán, se ha convertido en el segundo paciente trasplantado en Nicaragua y el primero en recibir un riñón proveniente de un hijo.

Quien le hubiera dicho a Rolando Flores Guzmán que el niño que arrullara en sus brazos casi 20 años antes, le salvaría la vida un día. Quien le hubiera dicho que burlaría a la muerte y no compartiría la suerte de los trescientos nicaragüenses que fallecen cada año a causa de insuficiencia renal crónica.

Hoy Flores Guzmán, de 57 años, se considera muy afortunado y dice que la operación fue ***"como volver a nacer, yo siento que soy un hombre nuevo, puedo caminar, beber toda el agua que quiera, comer, hacer mis mandados, visitar a mi familia y a mis amigos; cosas aparentemente sencillas, pero que antes de la operación no podía hacerlo. Incluso, de vez en cuando me caen algunos trabajitos, y puedo ganar mi dinerito"***

Antes de la intervención, la vida de Flores se había circunscrito a las cuatro paredes de su habitación y a la cama de su cuarto. Su salud era tan precaria, que no tenía fuerzas ni para caminar treinta metros, y a veces transcurrían 12, 14 y hasta 24 horas sin que pudiera levantarse de la cama, situación que le había impedido continuar laborando como ingeniero.

A Flores Guzmán le diagnosticaron insuficiencia renal crónica en estado terminal a los 37 años. Tres años más tarde, apenas podía mantenerse en pie y había perdido 54 libras de peso. ***"como todo lo que bebía y comía lo vomitaba, mi peso disminuyó de 190 libras a 126. Estaba pálido demacrado y ojeroso, y tan desnutrido que no podía reconocermé frente al espejo. En ese entonces yo tenía***

²⁰⁷ Tomado del diario "La Prensa", por L. Rodríguez Rojas, 4 de junio 2006, pág. 8A.

40 años (agrega Flores Guzmán), pero parecía un cadavérico viejito de 85; todos creían que me iba a morir, hasta yo; incluso varios médicos me habían desahuciado" Flores Guzmán tenía que conectarse a una máquina de hemodiálisis que supliera la función de los riñones: "cada sesión de hemodiálisis representaba cuatro horas de suplicio conectado a una máquina, y tenía que retirarla tres veces a la semana. En ocasiones quedaba tan exhausto después de la sesión que ni siquiera podía levantarme de la cama".

El donante del riñón a Flores Guzmán fue su propio hijo Rolando Flores Sánchez, quien agrega *"antes de la operación mi papá se hallaba en las últimas. Estaba tan deteriorado que a veces no podía ni moverse de la cama; era terrible porque me daba cuenta que él se estaba muriendo. Para entonces mi familia y yo sabíamos que un grupo de médicos estaba preparando condiciones para realizar los primeros trasplantes renales en Nicaragua".*

Rolando Flores Guzmán consintió aceptar el órgano de su hijo y someterse al trasplante *"yo no sabía que hacer porque como padre prefería la vida de mi hijo que la mía. Pero entonces pensé que éste debía ser un mensaje de Papachú, que me había puesto este ángel en mi camino para darme un riñón; por eso acepté".*

La cirugía duró tres horas y concluyó con un éxito rotundo. Cinco horas más tarde padre e hijo se encontraron frente a frente...en ese momento Flores Guzmán no pudo contener el llanto y los sollozos le ahogaron la voz. Después de tanto sufrimiento tenía una luz de esperanza, una segunda oportunidad de vivir, que se la había dado uno de los seres que más ama en el mundo: su propio hijo.

ANEXO 6

«CRITERIOS HAVARD» MUERTE CEREBRAL

1. Falta de receptividad y respuesta.
2. Ausencia de movimiento (observado por una hora).
3. Apnea (tres minutos sin el respirador).
4. Ausencia de reflejos (tronco encefálicos y espinales).
5. EEG isoelectrico («gran valor confirmatorio»).
6. Excluir hipotermia (menos de 32,2° C)
7. todos los test deben ser repetidos veinticuatro horas después.

«CRITERIO MINNESOTA» DE MUERTE CEREBRAL

1. Lesión intracraneal conocida e irreparable.
2. Ausencia de movimientos espontáneos.
3. Apnea (cuatro minutos).
4. Ausencia de reflejos tronco encefálico:
 - ◆ Pupilar.
 - ◆ Corneal.
 - ◆ Cilioespinal.
 - ◆ Oculovestibular.
 - ◆ Oculocefálico.
 - ◆ Nauseoso.
5. Hallazgos invariables durante al menos doce horas.
6. EEG no obligatorio.

«CRITERIOS BRITANICOS» PARA EL DIAGNOSTICO DE MUERTE ENCEFALICA

1. precondiciones.

- ◆ Pacientes en coma profundo (excluidas drogas depresoras, hipotermia, trastornos endocrinos y metabólicos).
- ◆ Paciente con ventilador artificial (excluidas drogas).
- ◆ Diagnóstico positivo de la causa del coma (daño estructural irremediable establecido)

2. pruebas diagnosticas.

- ◆ Reflejos tronco encefálicos ausentes.
- ◆ Apnea (estrictamente definida)

3. otras consideraciones.

- ◆ Repetición de pruebas a veces hasta veinticuatro horas.
- ◆ Pueden estar presente reflejos espinales.
- ◆ Pruebas instrumentales tales como EEG o medidas de flujo sanguíneo cerebral no son necesarias.
- ◆ Temperatura no inferior a 35°C.
- ◆ Solo necesario consultar especialistas en casos dudosos, en los demás un consultor y otro medico.

«CRITERIOS AMERICANOS» PARA LA DETERMINACION DE LA MUERTE ENCEFALICA

«Una persona con cese irreversible de todas las funciones del cerebro “entero”, incluyendo el tronco encefálico, esta muerta.»

1. Cese de funciones cerebrales

a) Ausencia de funciones cerebrales.

- ◆ Coma profundo. No respuesta y receptividad.

b) Ausencia de funciones del tronco cerebral.

- ◆ Ausencia de reflejos: pupilar a la luz, corneal, oculocefálico, oculoestibular, orofaríngeo y respiratorio.
- ◆ Apnea probada (hasta presión CO₂, mayor de 60 mm Hg).
- ◆ Pueden existir reflejos medulares salvo posturas decorticadas o descerebradas verdaderas o crisis.

2. Irreversibilidad

- ◆ Causa del coma conocida.
- ◆ Exclusión de posibilidad de recuperación.
- ◆ El cese de las funciones persiste durante un periodo suficiente de observaron (doce horas o mas en situaciones especiales).
- ◆ Es deseable la confirmación EEG o determinación del flujo sanguíneo cerebral (angiografía o gammagrafía cerebral).

3. Condiciones especiales.

- ◆ Intoxicación metabólica y drogas: no es posible determinar la muerte encefálica hasta la corrección metabólica o metabolización de las drogas, a no ser que se demuestre la ausencia de flujos sanguíneo cerebral.
- ◆ Hipotermia: con menos de 32.3 °C de temperatura corporal, no es posible la muerte hasta que se restaure la normotermia.
- ◆ Niños: extremar precauciones en niños menores de cinco años.
- ◆ Shock: ser cautelosos debido a la reducción del flujo cerebral.

ANEXO 7

DECLARACIÓN DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL SOBRE EL TRASPLANTE DE ORGANOS HUMANOS

Adoptada por la 39ª Asamblea Médica Mundial, Madrid, España, octubre 1987.

La Asociación Médica Mundial recomienda las siguientes normas para guiar a los médicos dedicados al trasplante de órganos humanos.

1. La primera preocupación del médico debe ser siempre la salud de sus pacientes. Esta preocupación, así como la lealtad deben ser preservadas en todas las intervenciones médicas incluidas las que impliquen el trasplante de un órgano de una persona a otra. Tanto el donante como el receptor son pacientes y por ello es necesario vigilar para que se protejan los derechos de uno y del otro. Ningún médico puede, por lo tanto, asumir la responsabilidad de un trasplante, si los derechos del donante y del receptor no están protegidos.
2. Un proyecto de trasplante de órgano no justifica de ninguna manera una laxitud de las normas habituales de atención médica. Estas mismas normas deben ser respetadas si el paciente es donante potencial o no.
3. Cuando con vistas a un trasplante, un órgano ha de ser extirpado de un donante después de su muerte, ésta debe haber sido certificada de manera independiente por dos o más médicos que no tengan nada que ver con dicho trasplante. La muerte será determinada por la opinión de cada médico. Para determinarla, cada médico utilizará métodos científicos reconocidos y se basará en criterios conformes con las reglas de ética y las normas profesionales establecidas por la asociación médica nacional y otros organismos médicos competentes.
4. Cada vez que se contemple realizar un procedimiento experimental con un órgano animal o artificial, el médico debe atenerse a las recomendaciones de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial que guían a los médicos en la investigación biomédica en seres humanos.
5. El médico tiene la obligación de discutir con el donante y el receptor o sus familiares responsables respectivos o representantes legales, el procedimiento a seguir y al hacerlo, debe explicar con objetividad el método, los riesgos y peligros que presenta, e indicar las otras soluciones posibles. El médico no debe crear esperanzas que las primeras circunstancias no justifican y su interés en el progreso del conocimiento científico siempre debe ser secundario a su preocupación

principal que es el paciente. Siempre se debe obtener el consentimiento libre e informado.

6. Los trasplantes de órganos deben ser realizados:

(a) solamente por médicos que poseen conocimientos especiales y la debida competencia técnica adquirida en una formación especializada, estudios y práctica, y

(b) en establecimientos médicos que dispongan del equipo adecuado para el trasplante de órganos.

7. El trasplante de órganos debe realizarse sólo después de haberse analizado cuidadosamente la disponibilidad y eficacia de otros tratamientos terapéuticos.

8. Se condena toda compra y venta de órganos humanos para fines de trasplante

ANEXO 8

JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Caso: Dación de un órgano en vida por un incapaz. Sustitución de su consentimiento. Argentina.

Se solicitó ante los tribunales de San Martín la autorización judicial para que pueda suplirse la voluntad de un insano -incapaz absoluto según el artículo 54 del Código Civil argentino- por su representante legal, a fin de que se le efectúe la exéresis de un riñón para donárselo a su hermano que padecía de insuficiencia renal crónica terminal.

La sentencia de primera instancia rechazó la acción instaurada, fundamentalmente, porque el juez no podía suplir la voluntad de un insano en los derechos personalísimos, más aún cuando se trataba de la integridad de su propio cuerpo, que era mucho de lo poco que le quedaba.

Los actores apelaron el fallo referido, basándose en que vulneraba los principios constitucionales de protección al núcleo familiar (arto. 14 de la Constitución argentina), que se privaba al donante de su derecho a preservar a su hermano, quien posiblemente sería su futuro curador al desaparecer los padres de ambos, y que con tal decisión se causaba un profundo daño, puesto que teniendo un hijo con una incapacidad irreversible, se veían privados de la posibilidad de salvarle la vida al otro hijo.

En segunda instancia, a pesar de que el recurso intentado se podía desestimar porque el padre y un tercer hermano del insano, ambos capaces, no se realizaron los estudios correspondientes como para demostrar su incompatibilidad con el receptor, como sí lo habían hecho la madre y una hermana, dado la importancia de la cuestión, igualmente, se estudió la misma.

La Cámara respectiva confirmó el fallo de primera instancia, entre otros considerandos, pues no sólo estaba en juego el derecho a la integridad física del incapaz, sino también aquél más íntimo derecho de hacer la ablación del propio cuerpo.

ANEXO 9

Países	Requisitos referente a la edad legal para ser donante de órganos y tejidos
<p>Argentina (Ley 24.193, de Trasplantes de Órganos y Material Anatómico Humano, sancionado el 24 de marzo de 1993).</p>	<p>Donantes Vivos: <i>Persona capaz mayor de 18 años. Que el receptor sea su pariente consanguíneo, cónyuge, o su pareja de al menos de 3 años, excepto en los casos de médula ósea, cuya donación se podrá hacer sin cumplir el requisito de parentesco. Los menores de 18 años, previa autorización de su representante legal, podrán donar sólo cuando los vincule el parentesco con el receptor.</i></p> <p>Donantes post-mortem: <i>Capaz mayor de 18 años, sea para trasplantes o con fines de estudio o investigación. Con autorización asentada en la Cédula de Identidad del donante, especificando los órganos y los fines de la donación.</i></p>
<p>Costa Rica (Ley No. 7409 Autorización para Trasplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos)</p>	<p>Donantes Vivos: <i>Mayor de 18 años. En pleno goce de sus facultades mentales. En un estado de salud adecuado para la extracción.</i></p> <p><i>En donadores menores de 18 años pero mayores de 15 sin objeción por parte de éstos, la autorización será hecha por sus representantes legales o, en su caso, los organismos judiciales. Que quede constancia del consentimiento informado del donante, debidamente documentada y firmada por él. Que la donación se trate de uno de dos órganos pares o materiales anatómicos, cuya remoción no implique un riesgo razonablemente previsible para el donador.</i></p> <p>Donantes post-mortem: <i>La extracción de órganos u otros materiales anatómicos de fallecidos podrá realizarse, siempre y cuando estos no hayan dejado constancia expresa de su oposición. Cuando se trate de menores de edad o de incapaces fallecidos, quien ostente la patria potestad, la tutela o la representación legal deberá hacer constar su autorización.</i></p>

Bolivia

(Decreto-Ley 15.629, del 18 de julio de 1978 y Reglamento de marzo de 1982)

Donantes Vivos:

Personas mayores de 21 años. En lo referente a las mujeres embarazadas y las personas mentalmente incapaces, les es prohibido ser donantes.

Donantes post-mortem: el consentimiento debe contar por escrito, sea por el causante o por sus parientes legalmente autorizados, exige la determinación de la muerte cerebral, prohíbe la comercialización.

España

(Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos)

Donantes Vivos:

Mayoría de edad del donante. Plenas facultades mentales del donante. Información sobre las consecuencias de la donación. Consentimiento expreso, libre y consciente. Firma del consentimiento. Que el destino del órgano sea para una persona determinada. Que sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse. Que reciba plena información de todos los estudios inmunológicos entre donante y receptor. Que exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante.

Donantes post-mortem: La extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previa comprobación y certificación de la muerte. Debe cersiorarse que la persona fallecida de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado. En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil. Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue,

Cuba
(Ley 41 del 13 de julio de 1983)

Donantes Vivos:

Mayores de 18 años de edad que estén en el pleno uso de sus facultades mentales...y que los menores de 18 años de edad, no incapacitados, podrán donar sus órganos y tejidos con la autorización del padre o la madre, o de su representante legal en ausencia de éstos.

Donantes post-mortem:

Que no exista ningún lucro durante el procedimiento completo del trasplante. Debe determinarse la muerte real por el cuerpo médico del hospital correspondiente y el de muerte encefálica según el caso.

Guatemala
(Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, vol. 108 No. 5 y 6, Mayo-Junio 1990).

Donantes Vivos:

Los mayores de 18 años de edad por consentimiento escrito. No pueden ser dadores los menores de edad, las personas mentalmente incompetentes, los presos y las personas inconscientes.

Donantes post-mortem:

Detectar al donador con muerte cerebral. Obtener autorización familiar. Extraer, preservar y transportar los riñones, y escoger a los receptores según la compatibilidad e implantar el órgano.

Colombia
(Ley 09 de 1979 y Decreto 1172 de 1989)

Donantes Vivos:

Mayor de 18 años y no estar privados de libertad, ni que presenten alteración alguna de sus facultades mentales. La donación de órganos podrá hacerse por instrumento notarial, documento privado autenticado legalmente y por documento privado suscrito ante dos testigos hábiles.

Donantes post-mortem: Que la persona donante o los deudos responsables de la donación, en el momento de expresar su voluntad sean mayores de edad y no estén privados de libertad, exige el diagnóstico de muerte cerebral, la decisión debe ser tomada con plena libertad. Admite el consentimiento presunto.

ANEXO 10

Entrevistas a Especialistas en Transplantología

- 1) Qué criterios médicos se toman en cuenta para realizar un trasplante de riñón?
- 2) Existen riesgos y/o beneficios físicos, sociales y económicos en los pacientes necesitados de un trasplante?
- 3) Cuáles son los procedimientos administrativos y legales que se siguen para los trasplantes de riñones en Nicaragua?
- 4) Cuáles son los costos económicos de efectuar un trasplante de riñón en nuestro país?
- 5) Qué dificultades y obstáculos se han encontrado para la realización de los mismos?
- 6) Qué claves o pautas legales y administrativas se pueden seguir para mejorar y fortalecer esta técnica médica?
- 7) Qué puede hacer el Estado para fomentarlos y abaratar los costos económicos?
- 8) Por qué Nicaragua no impulsó desde tiempos anteriores los trasplantes de órganos y tejidos?