

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE DERECHO

Trabajo de fin de carrera titulado:

LA DACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS:
NEGOCIO JURÍDICO Y ALCANCE DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SUJETOS QUE
INTERVIENEN EN ÉL

Realizado por:

PATRICIA VALERIA CHÁVEZ SARZOSA

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

QUITO, ENERO DE 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo Patricia Valeria Chávez Sarzosa, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....
Patricia Valeria Chávez Sarzosa

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

LA DACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS: NEGOCIO JURIDICO Y ALCANDE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN ÉL.

Realizado por la alumna
PATRICIA VALERIA CHAVEZ SARZOSA
como requisito para la obtención del título de
ABOGADA
ha sido dirigido por el profesor
Dr. GABRIEL GALÁN
quién considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
Director

Los profesores informantes
.....
.....

después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

Dra. CECILIA SALAZAR

Dr. FABRICIO RUBIANES

Quito, enero de 2012

DEDICATORIA

*A mi madre,
cuyo amor, valentía
y dedicación han inspirado
este trabajo y mi Josefo.*

AGRADECIMIENTO

“las palabras nunca alcanzan, cuando lo que hay que decir desborda el alma”

Julio Cortázar

A Dios, por enseñarme a labrar mi propio camino.

A mis padres por estar conmigo en todo momento, al Josefo por los dictados nocturnos.

A mis abuelitos por ser un apoyo incondicional.

A mis tías Chely y Gilma por su confianza depositada en mí.

A Marco Alemán, por todos los permisos y consejos.

Al José por su apoyo, dedicación y empuje de todos los días, sé que caminas junto a mí.

Y gracias a todos los que creyeron en mí.

RESUMEN

La dación de órganos y tejidos humanos para la realización de trasplantes ha sido una de las mayores preocupaciones de la humanidad. Desde épocas bíblicas ya hay los primeros indicios para reemplazar órganos dañados por otros en buen estado; mas, con el avance de la tecnología médica contemporánea, este procedimiento se ha hecho realidad, pero concomitantemente con este logro medico de gran trascendencia, se ha desencadenado una problemática respecto de la obtención de dichos órganos, cuyo acto desde siempre se ha considerado como altruista y voluntario, por lo que no forma parte de un negocio. Es así que ha sido protegido por los distintos ordenamientos jurídicos del mundo.

Así pues, difícilmente se puede considerar un negocio jurídico a la dación de un órgano o tejido humano en tanto no existe el complemento de la segunda voluntad, es decir del receptor para configurarlo jurídicamente como un negocio. En este sentido éste es un acto que no tiene denominación en el derecho civil, pero que adquiere gran incidencia en el objetivo de salvar vidas; razón por la cual no se le puede asignar contraprestación monetaria

De todas formas, es necesario saber que existen diferencias entre la dación y la donación. La segunda de éstas es una figura jurídica del derecho civil en la cual dos voluntades se armonizan y pactan la entrega y la recepción del órgano o tejido humano con el fin de salvar una vida. En este acto si se conoce al receptor, por lo tanto puede crearse un interés particular entre los participantes.

Finalmente, la forma en la que se obtenga el órgano que salvará vidas, puede ser cualquiera de estas dos figuras. Por lo tanto, y para evitar que se comercialice con este acto, nuestro ordenamiento jurídico interno ha creado una ley regulatoria. Sin embargo, y a pesar de que el objetivo es propiciar la voluntariedad de los donantes, incorporar imposiciones en esta ley puede estar provocando el efecto contrario. Obligar a que alguien sea donador causaría molestias, sobre todo si para ordenar su documentación de donante debe acudir hasta el Registro Civil para presentar su oposición a esta imposición.

ABSTRACT

The dation of human organ and tissue, for transplantation, has been one of the principal concerns for the humanity. Since years before Christ, there is data that show us the human necessity of looking different ways to replace organs. Now, with the advance of medical technology, this procedure has been a fact, but at the same time it has generated many discussions about the legal ways to obtain organs, specially when the organs donation is considered as a voluntary act, that doesn't implied a monetary transaction or bussiness. That is why there are different legal orders, in the world, that protect this procedure.

Hardly, the dation of human organ and tissue can be consider a legal business, because there isn't a second will complement for the receptor that give him the legal right to convert this procedure, to a business. In this way, the dation doesn't have a civil right denomination, but it is significant when we are taking about saving lives. For that reason, there can't be a monetary compensation

It is necessary to notice that there are differences between dation and donation. The second, is a legal figure in the civil right, in which two wills are harmonized and agreed the delivery and receipt of the organ or tissue. In this act, the receptor is known for the donator. This can create a particular interest between the parties.

These two ways of obtain organs is valid. But to avoid the merchandising of organs and tissue, the equatorian law has created a legal order that regularized this practice. However, and considering that the objective is to encourage the voluntary donors, incorporate impositions in this law can generate the contrary effect. Obligate someone to be a donor causes discomfort, specially when people that don't want to be a donor, have to express their desire in the Civil Registry.

RESUMEN EJECUTIVO

Si bien el tema sobre trasplantes de órgano resulta nuevo, no es menos cierto que desde hace ya mucho tiempo se lo ha considerado como una solución alternativa a las dolencias de los seres humanos, ya que estos siempre han estado interesados en remplazar partes del cuerpo humano, con la posibilidad de sustituir un órgano enfermo por otro sano.

En este sentido en el año 700 A.C., un documento Indú, el “Susruta Sanhita indica la forma de construir las partes perdidas de un guerrero (en luchas y batallas) mediante tiras de piel del mismo paciente.”¹

Sin embargo, el primer antecedente concreto que se tiene sobre el trasplante de órganos, lo hace Jacobo de la Vorágine en su novela “Leyenda Dorada”, escrita en el siglo XIII donde cuenta de un milagro realizado por “San Cosme y San Damián quienes remplazaron la pierna de un paciente católico de cáncer por la pierna de otro ya fallecido.”²

A pesar de este primer aproximamiento, los casos científicamente comprobados surgen recién en este siglo, acompañados de otros avances médicos que permiten su desarrollo. A inicios del siglo XX, el procedimiento para irrigar los órganos injertados abrió la posibilidad técnica y quirúrgica de realizar un trasplante. Este hecho fijó el punto de partida de la trasplantología moderna y a raíz de este, los trasplantes comenzaron a convertirse en una práctica terapéutica habitual.

Gracias a los avances tecnológicos, científicos y médicos que han existido a lo largo de la historia se ha podido alargar y mejorar la calidad de vida de enfermos con diferentes deficiencias, pasando de un trasplante de órganos y tejidos rudimentarios,

¹Susruta Samitha, Tratado de cirugía Hindú, año 800 a.C.

²Trasplante de Órganos: Su historia y principios aplicables http://www.google.com.ec/catarina.udlap.mx/u_dl, de 14 de noviembre de 2.012.

en donde las distintas ablaciones no tenían éxito seguro, a emplear actualmente la última tecnología en trasplantes y asegurar la vida del paciente durante años.

La dación de órganos en nuestro país se ha convertido en una práctica habitual, actualmente los trasplantes de órganos más comunes son los de córneas, riñón, corazón y pulmón; dando como consecuencia un incremento del interés del tema por parte de la sociedad, lo que ha llevado a una profunda revisión de los aspectos jurídicos que regulan el cuidado de la salud, esto ha generado la promulgación de la nueva Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su reglamento que incorporan normas que regulan el empleo de tejidos y órganos con fines de trasplante.

El 12 de febrero de 2011, se aprobó la “Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células”,³ bajo la presidencia del Ec. Rafael Correa, con esta Ley se garantiza el derecho a la salud en materia de trasplantes, tejidos y células de humanos, además de los productos derivados de ellos, incluyendo la promoción, donación, extracción, preparación, almacenamiento, transporte, distribución y trasplante.

Esta ley tiene por objeto: “garantizar el derecho a la salud en materia de trasplante, a través de la regulación de las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos, tejidos y células humanos, además de los productos derivados de ellos, incluyendo la promoción, donación, extracción, preparación, almacenamiento, transporte, distribución y trasplante;”⁴ además, de promover la actividad trasplantológica en el país, consolidar el Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplantes que fortalezca el sistema público y actúe bajo la rectoría del Estado, a través de la Autoridad Sanitaria Nacional; en este sentido corresponde a la Autoridad Sanitaria Nacional, su rectoría, el emitir políticas públicas relacionadas con la donación y trasplante de órganos, tejidos y células y está basada en principios establecidos en la Constitución y tratados internacionales; se crea el Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplante de Órganos como parte del Sistema Nacional de Salud.

La Ley habla de una lista de espera única nacional, con ello se evita correr el riesgo de tratar a los pacientes como simples estadísticas, ya que todo estaría centralizado, cabe señalar y hacer énfasis de que antes de esta Ley, se hablaba de la carencia de órganos a

³ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, Registro Oficial No 398 de 4 de marzo de 2012.

⁴Ibídem, Artículo 1.

trasplantar; ahora, toda persona es potencial fuente de uso de órganos , ya que la vigente Ley señala que: “todo ecuatoriano/a y extranjero residente en nuestro país que se mayor de 18 años, al fallecer se convertirán en donantes; a menos de que en vida hubieren manifestado, en forma expresa, no estar dispuesto a donar sus órganos y tejidos o células o restringiendo de modo específicos determinados órganos.”⁵ Esta distinción la hacemos en el Registro Civil, Cedulación e Identificación al momento de obtener la cédula de ciudadanía.

En esta Ley se trata de establecer unidades de alta complejidad, lo cual es una buena meta, pero muy difícil de convertir a nuestro país en un Centro de Investigación Científica de nuevas técnicas quirúrgicas y que los pacientes se encuentren tratados de lo mejor, con la atención que amerita su necesidad médica.

Finalmente, en julio del presente año, se aprobó el Reglamento General de a la Ley Orgánica de Donación de Trasplante de Órganos Tejidos y Células, la cual fue publicada en el Registro Oficial No. 356 de 12 de julio de 2012; el mismo que tiene por objeto regular el desarrollo de la actividad de donación y trasplante de órganos, tejidos y células.

Cabe señalar que con la aplicación del mencionado reglamento, se crea el Instituto Nacional de Donación y Trasplante de órganos, tejidos y células en adelante denominado INDOT como entidad adscrita a la Autoridad Sanitaria Nacional con autonomía técnica, administrativa, financiera y de gestión, institución anteriormente conocida como ONTOT, en donde se establecen nuevas atribuciones y facultades, de control, regulación coordinación, planificación y promoción de políticas como de programas a nivel nacional de donación y trasplante de órganos, tejidos y células.

Se ha podido observar en la historia de los trasplantes que éstos han tenido un desarrollo espectacular a lo largo de las cuatro últimas décadas, lo que ha llevado a que el Derecho tome posición sobre esta materia, así pues la participación del Derecho en este campo ha dado lugar a la aparición o modificación de los aspectos legislativos de los diferentes países.

He tomado como estudio a tres países, estos son España, Argentina y México, a continuación presento un resumen de la diferencia primordial respecto del tema central de

⁵ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, Registro Oficial No 398 de 4 de marzo de 2012, Título II, Art, 29 de la donación.

esta investigación, es decir del trasplante de órganos, entre las legislaciones de estos países radica en que:

- En España se trata de darle un ambiente de solidaridad al tema de la donación de órganos, no de imposición, lo que nos lleva en la teoría a que todos seamos donantes, pero en la práctica, son los familiares los que deciden, da igual que poseas un carné de donante, si la familia dice que no, la donación no tiene lugar.
- México “la donación en vida de órganos solamente está permitida entre personas con parentesco consanguíneo, por afinidad o civil”⁶, por lo que la dación no se la puede realizar a un tercero desconocido, como sucede en nuestro país y demás países objeto del presente tema.
- Argentina, en caso de no existir manifestación expresa ni a favor ni en contra, la Ley presume que la persona es donante, en el momento de la muerte el INCUCAI solicita testimonio a la familia sobre la última voluntad del fallecido respecto a la donación de sus órganos y tejidos; con esta Ley en Argentina hay una gran ventaja para las personas que tienen la necesidad de un trasplante de órganos y es, que la ley supone que los argentinos quieren ser donantes, mientras que las leyes anteriores suponía que nadie quería serlo.

Como ya se menciona entre una de las inquietudes que nos asalta dentro de la realización de esta investigación está, el determinar cuáles son los sujetos que participan y constituyen dicho negocio jurídico y los vinculados jurídicos que se producen entre ellos, desentrañando la posible situación judicial y las relaciones establecidas entre ellos, de derechos y obligaciones.

Ahora bien, para hablar de negocio jurídico, debemos necesariamente remitirnos a los antecedentes históricos de esta figura, es así como podemos empezar por citar las fuentes del derecho romano, en donde podemos hallar expresamente las primeras aproximaciones formuladas por la doctrina de aquel tiempo, respecto del negocio jurídico.

Al estudiar la esencia del negocio jurídico observaremos como hace su apareamiento en la palestra jurídica uno de los elementos constitutivos del negocio jurídico, como lo es la voluntad, como instrumento obligatorio para poder crear relaciones jurídicas

⁶Ibídem, artículo 333.

reconocidas por el Derecho, es así que Castán, en el Diccionario Jurídico de Cabanellas, afirma que el negocio jurídico es un:

“acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho Objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”

Del concepto anterior podemos deducir que con el negocio, el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y esta intención determinante es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros con los cuales negociará.

Luego de haber hecho las precisiones jurídicas respecto de la intervención de la voluntad en un negocio o relación jurídica en el ámbito privado, debemos retomar el tema central de esta investigación, en este sentido se ha de mencionar que la última reforma que incluyó la recién posesionada Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en nuestro país, impone u obliga que al fallecer todos somos donantes de órganos y lo hace en el “Artículo 29.- Donación.- Las ecuatorianas, ecuatorianos y extranjeros residentes legales en el país, mayores de dieciocho años, al fallecer se convertirán en donantes, a menos que en vida hubieren manifestado, en forma expresa, su voluntad en contrario.

La dación de órganos en nuestro país, no es un negocio jurídico que consiste en la creación de situaciones jurídicas conscientemente buscadas, sino que, por el contrario da lugar al ejercicio de una correlativa imposición a las personas que conforman el conglomerado social de la República del Ecuador, que produce derechos subjetivos y obligaciones. Parece que los legisladores olvidaron que el negocio jurídico o una relación jurídica nace del acuerdo de las partes que han querido voluntariamente una situación de derecho a la cual habrán de ajustar sus relaciones y sus actos.

Dentro de este procedimiento médico, se crea una relación jurídica entre las personas que intervienen para la realización del trasplante de un órgano o tejido humano. De acuerdo con los profesores Díez – Picasso y Gullón, la relación jurídica puede definirse como: “la situación en que se encuentran dos o más personas, que aparece regulada como una unidad en el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a

determinados principios, y que la considera, además, como un cauce idóneo para la realización de la función de tutela jurídica”

Como podemos observar se trata de un marco de relación en el que derechos, facultades, deberes y obligaciones se incrustan e intercomunican organizándose de conformidad con unos principios y con la función que realizan las partes intervinientes o participantes.

Al mismo tiempo, la relación jurídica se nos presenta como una parte de la vida social que el ordenamiento jurídico regula, con el fin de que los individuos puedan realizar funciones económicas, sociales necesitadas de una especial tutela y protección.

Se puede considerar también como un proceso que tiene naturaleza transitoria ya que se inscribe en el devenir histórico, constituyéndose, para alcanzar un fin, debiéndose extinguir con la consecución de este fin, aunque una vez extinguida conserve, en el pensamiento jurídico, trascendencia como causa o fundamento de las modificaciones que en virtud de ella han sido realizadas.

La dación de órganos para el derecho, es un acto sui – generis, basta recordar que el contrato de donación en nuestra legislación implica una transmisión de derechos generalmente de carácter patrimonial, que debe versar sobre bienes que están dentro del comercio, lo que no ocurre en este caso.

Los órganos, tejidos y células del cuerpo humano, por disposición general del derecho dispositivo expresa que la donación de éstos, se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

Por estas razones, no puede sostenerse válidamente que la donación de órganos se equipare a un contrato típico de la donación, sino que, atendiendo a las diferencias sustanciales entre uno y otro, debe concluirse que se trata de un acuerdo de voluntades de carácter atípico o bien una declaración unilateral de la voluntad, según sea el caso, que escapa al ámbito de lo puramente civil y se inserta en otros ámbitos del derecho a la salud.

Comencemos por señalar que el contrato de dación de órganos es de carácter principal en oposición al accesorio, pues no requiere para su existencia de otro contrato;

unilateral debido a que genera obligaciones para el donante, mismas que se traducen en la entrega del órgano donado, gratuito, en oposición al oneroso.

Estas características derivan en que el consentimiento es unilateral, es decir, que la persona que va a donar no sabe a quién se le va a trasplantar, pero acepta las consecuencias jurídicas de su declaración y se obliga a ella en los términos señalados, es por ello que debemos hablar de una dación de órganos, porque tenemos la figura de las personas que intervienen pero no exactamente se determina a la persona que se va a dar.

Esta circunstancia es una característica que hace única y especial la relación jurídica de la dación de órganos, pues en el contrato civil tradicional de donación, uno de los requisitos esenciales es que el donante conozca que el donatario está de acuerdo en serlo, lo cual, como es claro, no ocurre en este caso.

El órgano o tejido como contenido de la prestación de dar del dador, por la misma naturaleza de la dación, deben ser bienes presentes. Aquí radica, como hemos afirmado, “la imposibilidad de que la dación de órganos se le catalogue como un contrato característico de la donación, es más que exista duda de si en realidad es un contrato existente”, pues la cosa del objeto de contrato, según lo disponen las leyes civiles, debe estar en el comercio, lo que no sucede tratándose de órganos y tejidos.

En este sentido antes de continuar con este estudio, es imperante la necesidad de hacer una distinción resumida de la dación y la donación, así comencemos por sus elementos constitutivos que en la dación pueden ser de tipo unilateral cuando una persona viva decide dar uno de sus órganos o cuando los familiares del fallecido dan sus órganos pero no saben cuál es el destinatario, mientras que la donación es un acto consensual en donde necesariamente intervienen dos voluntades, la del donante y la del receptor.

Por lo tanto en la dación se dice que existen dos sujetos sin embargo solo se conoce al dador mas no el receptor como ocurre en la donación que es real y específico, así también en la dación interviene una sola voluntad la del dador y en la donación dos voluntades que se armonizan para llevar a cabo este acto, en este sentido la forma en que se lleva a cabo la dación es por decisión unilateral del dador vivo o por la decisión de los familiares del fallecido, en cambio en la donación se perfecciona el acto mediante la expresión de la voluntad de las partes que se plasma en documento escrito para que surta el efecto deseado.

En el acto de la dación los derechos del dador son objetivos, es decir reales mientras que los del receptor son subjetivos al no saber con exactitud quien es, en tanto que en la donación los derechos tanto de donante como de receptor son reales u objetivos es decir se debe procurar el bienestar de los dos. En cuanto a las obligaciones en la dación no podría hablarse de estas en específico respecto del dador pues es un acto voluntario de buena fe que beneficiara a alguien en algún momento, en cambio en la donación el donante está en la obligación de entregar el órgano prometido mientras que el receptor en recibirlo.

Finalmente las causas por las que se puede dar una dación no es más que la que emane de la voluntad del dador, mientras que en la donación pueden incidir causas como la de salvar la vida de un ser allegado o de un conocido lo que genere la realización de este acto, en este sentido la dación genera un interés social de salvar vidas sin importar quien sea y la donación se genera por el interés social de salvar a conocidos o allegados mas no se generaría si tuviera que ser para un desconocido.

En la vida social es frecuente que la conducta de unas personas proyecte sus efectos sobre los intereses ajenos, a veces, esa repercusión se manifiesta en la producción de pérdidas, de manera que la acción de unos causa daño a otros. Estos actos perjudiciales, lesivos, son los que turban en mayor grado la armonía de la paz de la sociedad y los actores implicados en ella.

La víctima de una acción perjudicial desea y espera que el causante le indemnice sus pérdidas, pues es el responsable quien debe pagar los daños y perjuicios o por lo menos así lo menciona el Código Civil dela República del Ecuador. Más resulta que una de las principales preocupaciones de la doctrina civil sobre el daño, es la de determinar el momento en el cual se produce el daño y por lo tanto la responsabilidad o no del causante.

Por otro lado es también una de las constantes de esta doctrina saber en qué casos es suficiente una conducta humana dañosa para comprometer a su autor y en qué casos no, establecer el grado de responsabilidad que tienen cada uno de los sujetos que intervienen el acto que provoca el daño puede ayudarnos a establecer en qué forma debe darse el resarcimiento o reparación del mismo, en este sentido es que se ha desarrollado la teoría de la responsabilidad civil para ayudarnos a dilucidar todo este tipo de dudas que nos asaltan al momento de enfrentarnos a casos específicos.

En un principio, la responsabilidad civil como tal deberá entenderse como un presupuesto vinculado a una persona, se trata de un término que refleja la relación de la responsabilidad que existe ante un tercero que resulta afectado, es decir existe un nexo entre el sujeto que ocasiona el daño y aquel que lo ha soportado. “Jurídicamente hablando, el término responsabilidad sugiere la obligación de asumir las consecuencias de un daño, sea este el resultado de un hecho o un acto o una conducta”

En nuestro Derecho, el concepto y la amplitud del daño resarcible han experimentado una importantísima evolución, en gran parte ligada a las decisiones jurisprudenciales y marcada por la protección de la víctima, lo que ha propiciado que el “catálogo” de daños indemnizables se haya ido incrementando, así ha ocurrido con el daño corporal, en general, y con las lesiones no económicas.

Este doble régimen parece limitar a los económicos, el daño emergente y el lucro cesante, las lesiones indemnizables por responsabilidad contractual, y permitir la indemnización de todo daño de origen extracontractual, incluido el daño moral, se trata de reparar no solo los daños materiales, sino también los espirituales, que irroga toda lesión corporal.

ÍNDICE

LA DACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS: NEGOCIO JURÍDICO Y ALCANDE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN ÉL.

CAPÍTULO I

1. Trasplante de órganos y tejidos humanos	1
1.1. Antecedentes y orígenes del trasplante de órganos.....	1
1.2. Evolución histórica de los trasplante de órganos y tejidos humanos.....	3
1.3. Antecedentes legales de los trasplantes de órganos en Ecuador.....	5
1.4. Matriz comparativa de la Ley orgánica de donación y Trasplantes del 2011 y la Ley de Trasplantes de 1994.	10
1.5. Marco jurídico, constitucional y legal del trasplante de órganos y tejidos humanos en Ecuador.....	16
1.6. Dimensión jurídica de los trasplante de órganos en el derecho comparado.....	20

CAPITULO II

2. El trasplante de órgano y tejidos humanos como negocio jurídico.....	24
2.1. Los sujetos de la donación de órganos y trasplante de órganos.....	34
2.2. El objeto de la donación de órganos y trasplante de tejidos	40
2.3. La disposición de órganos y tejidos humanos: principio y valores comprometidos....	50

CAPITULO III

3. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	55
3.1. Responsabilidad de las instituciones médicas y bancos de órganos y componentes anatómicos	61
3.2. Responsabilidad de los médicos tratantes.....	65
3.3. Delitos civiles y cuasidelitos civiles ella dación de órganos y tejidos humanos.....	67
3.4. El resarcimiento: la acción de daños y perjuicios.....	71
Conclusiones.....	79
Recomendaciones.....	81
Bibliografía.....	83

CAPÍTULO I

1. TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

1.1. Antecedentes y orígenes del trasplante de órganos

El trasplante de órganos ha dejado de ser un tema pasivo para convertirse en un tema de interés social; este cambio en la República del Ecuador se ha dado con la reforma a la Ley Orgánica de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, aprobada el 7 de enero de 2011 y publicada en el Registro Oficial No. 398 de 4 de marzo de 2012; la misma que entró en vigencia desde el 4 de marzo de 2012. Esta ley considera a todos los ecuatorianos y ecuatorianas mayores de 18 años dadores de órganos, debiendo las personas que no estén de acuerdo en serlo perfeccionar un formulario en donde indiquen la decisión de no ser dador lo cual se registrará en la cédula de ciudadanía emitida por el Registro Civil.

Ahora bien, sabemos que la dación de órganos se originó como un acto para prolongar y mejorar la calidad de vida de las personas, pero: ¿cuáles fueron sus antecedentes?, ¿cómo evolucionó?, ¿cómo se origina la dación de órganos en nuestro país? En el desarrollo de este capítulo despejaremos estas interrogantes, a fin de establecer el avance y progreso que ha tenido la dación de órganos en nuestro país, hasta llegar a la vigente ley en donde se expresa tácitamente que todos somos dadores de órganos.

El trasplante de órganos existe en la imaginación del hombre mucho antes de que la ciencia médica pueda haberlo plasmado en la realidad. Desde la antigüedad el hombre soñaba con la posibilidad de reemplazar un órgano enfermo con otro sano y de esta forma salvar una vida de quien estuviere padeciendo alguna enfermedad terminal. En ciertos relatos bíblicos en los que se hace relación a la creación del hombre encontramos ejemplos como la “costilla de Adán que fue extraída para dar origen a una nueva vida”⁷.

⁷ Biblia Latinoamérica, Libro del Antiguo Testamento, Génesis 2: 21-23

Si bien el tema sobre trasplantes de órgano resulta nuevo, no es menos cierto que desde hace ya mucho tiempo se lo ha considerado como una solución alternativa a las dolencias de los seres humanos, ya que estos siempre han estado interesados en remplazar partes del cuerpo humano, con la posibilidad de sustituir un órgano enfermo por otro sano.

En este sentido en el año 700 A.C., un documento Indú, el “Susruta Sanhita indica la forma de construir las partes perdidas de un guerrero (en luchas y batallas) mediante tiras de piel del mismo paciente.”⁸

Sin embargo, el primer antecedente concreto que se tiene sobre el trasplante de órganos, lo hace Jacobo de la Vorágine en su novela “Leyenda Dorada”, escrita en el siglo XIII donde cuenta de un milagro realizado por “San Cosme y San Damián quienes remplazaron la pierna de un paciente católico de cáncer por la pierna de otro ya fallecido.”⁹

A pesar de este primer aproximamiento, los casos científicamente comprobados surgen recién en este siglo, acompañados de otros avances médicos que permiten su desarrollo. A inicios del siglo XX, el procedimiento para irrigar los órganos injertados abrió la posibilidad técnica y quirúrgica de realizar un trasplante. Este hecho fijó el punto de partida de la trasplantología moderna y a raíz de este, los trasplantes comenzaron a convertirse en una práctica terapéutica habitual.

El lejano país de África del Sur fue la primera nación que promulgó una ley sobre trasplantes de órganos, en el año de 1.952, la cual autorizaba los trasplantes de órganos de donantes con vida y bajo ciertas circunstancias.¹⁰

En Estados Unidos, “el primer Estado que aprobó el trasplante de órganos fue el Estado de Massachusetts”¹¹, en el cual toda persona mayor de 21 años podía firmar,

⁸Susruta Samitha, Tratado de cirugía Hindú, año 800 a.C.

⁹Trasplante de Órganos: Su historia y principios aplicables http://www.google.com.ec/catarina.udlap.mx/u_dl, de 14 de noviembre de 2.012.

¹⁰ Cfr. CONSIDERACIONES SOBRE TRASPLANTE DE ORGANOS Y DERECHO A LA VIDA Revista de Derecho, Vol. VIII, diciembre 1997, pp. 19-60

¹¹ SHIOMARA VENEGAS GUTIÉRREZ, *Mercado de Trasplante de órganos vitales*, Monografía, Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Ciencias Administrativas y Relaciones Industriales, Escuela de Negocios Internacionales, Curso: Microeconomía, ciclo 2006 – III, pág. 3.

ante tres testigos una declaración por medio de la cual hacía donación de su cadáver y sus órganos, en dicha Ley se prohibió toda comercialización de órganos, componentes y tejidos humanos para evitar una posible creación de un mercado negro de oferta de órganos humanos.

La época de la proliferación, parte de una necesidad apremiante de salvar vidas a través de trasplantes de órganos, la cual se desarrolló a lo largo de este siglo, cuando aumentó la cantidad de los trasplantes gracias al surgimiento de nuevas técnicas quirúrgicas por el adelanto tecnológico del cual nos hemos beneficiado.

A pesar de estos antecedentes, que nos permiten conocer cuáles fueron los orígenes de los trasplantes de órganos y sus primeras legislaciones, en nuestro país desconocemos aún los aspectos jurídicos de estos fenómenos de la medicina y acontecimientos sociales; que debemos suponer han sido llevados a cabo bajo un trámite rudimentario que ha intentado legitimar la actividad realizada, por ello volquemos ahora nuestra atención a este aspecto de la práctica de los trasplantes de órganos, su evolución histórica y su dimensión jurídica.

1.2 Evolución histórica de los trasplantes de órganos y tejidos humanos.

Gracias a los avances tecnológicos, científicos y médicos que han existido a lo largo de la historia se ha podido alargar y mejorar la calidad de vida de enfermos con diferentes deficiencias, pasando de un trasplante de órganos y tejidos rudimentarios, en donde las distintas ablaciones no tenían éxito seguro, a emplear actualmente la última tecnología en trasplantes y asegurar la vida del paciente durante años.

El punto de partida e hito de la medicina relacionado con el trasplante de órganos se da en el año de 1.936, en el continente europeo, con el médico francés Serguei Voronov, quien realizó el primer trasplante renal cadavérico. En Barcelona, en 1.965, se realizó el primer trasplante de riñón con donante cadavérico y tuvo éxito y luego

de la promulgación de la Ley expedida en 1.979, se esperaba la muerte cerebral del paciente para proceder al trasplante.

América Latina no se quedó atrás, y en el año de 1.946 en Colombia, se realizó el primer trasplante de córnea. En Argentina, en 1.957, Lanari realizó el primer trasplante renal en el Instituto de Investigaciones Médicas dependiente de la Universidad de Buenos Aires, en ese mismo año se creó el primer banco de tejidos a través de la Ley 17.041; y en el año de 1.968, Belizzi realizó el primer trasplante cardíaco en la Clínica Modelo de Lanús.

Por su parte, Estados Unidos comenzó a tener un desarrollo en la ciencia médica y empezó a realizar trasplantes desde el año 1.951, en Chicago, se realizó el primer trasplante renal, en donde se extrajo un riñón y se trasplantó otro de cadáver. Años más tarde en 1.954 se realizó un trasplante renal entre gemelos univitelinos y fue un completo éxito.

En el año de 1.956, Thomas Starzl, médico e investigador norteamericano, considerado el padre de los trasplantes de la era moderna, realizó el primer trasplante de médula ósea exitoso con donante vivo relacionado. Así, en el mismo año Thomas Starzl, efectuó el primer trasplante hepático entre humanos a un niño de 3 años; y, Hardy realizó el primer trasplante pulmonar a un hombre de 58 años. Un equipo del Memorial Sloan-Kettering Cáncer Center de Nueva York realizó el primer trasplante de médula ósea con donante no relacionado. El paciente de 5 años padecía un síndrome de inmunodeficiencia severo y el donante fue encontrado en Dinamarca a través de un banco de sangre en Copenhague.

En el continente Africano, específicamente en Sudáfrica, Barnard realizó el primer trasplante cardíaco en el año de 1.967, la donante fue una joven víctima de un accidente automovilístico, el receptor, un hombre de 54 años con una enfermedad cardíaca incurable. Este trasplante fue la piedra inaugural de este tipo de cirugías y en el año siguiente se realizaron cerca de cien trasplantes cardiacos en el mundo.

En la República del Ecuador, específicamente en la ciudad de Quito, en el año de 1.977, en el Hospital Carlos Andrade Marín, se realizó el primer trasplante renal, en

este evento médico - científico participaron varios equipos de especialistas urólogos, nefrólogos, cirujanos vasculares y anestesiistas, la paciente recibió un riñón donado por su hermana con un éxito completo.

Desde que se realizó este trasplante, la dación de órganos en nuestro país se ha convertido en una práctica habitual, actualmente los trasplantes de órganos más comunes son los de córneas, riñón, corazón y pulmón; dando como consecuencia un incremento del interés del tema por parte de la sociedad, lo que ha llevado a una profunda revisión de los aspectos jurídicos que regulan el cuidado de la salud, esto ha generado la promulgación de la nueva Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su reglamento que incorporan normas que regulan el empleo de tejidos y órganos con fines de trasplante.

1.3 Antecedentes legales de los trasplantes de órganos en Ecuador

En la República del Ecuador, lograr que la legislación avanzara a la par de los descubrimientos de la ciencia médica encaminados a favorecer y proporcionar salud al ser humano sin perjudicar a un semejante, es decir, protegiendo tanto al dador como al receptor, ha sido un proceso largo y en cierta medida, complicado. Esta evolución normativa ha tenido que partir de un supuesto: la salud como un derecho fundamental, pues no podría legislarse respecto a una cuestión tan trascendente como el trasplante de órganos si no se partiera de ese supuesto como garantía constitucional.

Es así que, la primera Ley dictada para legislar el trasplante de órganos fue el “Código de Salud”¹², promulgado el 8 de febrero de 1.971, dictado en la administración del Dr. José María Velasco Ibarra, que dedica un capítulo al tema en cuestión, denominándolo “DE LA MUERTE Y DE LOS INJERTOS, *TRASPLANTES DE ORGANOS, TEJIDOS Y PARTES DEL ORGANISMO HUMANO*”.

¹² CÓDIGO DE LA SALUD, Decreto Supremo 188, Registro Oficial 158 de 8 de febrero de 1.971

Resumiendo éste, en aquel entonces, se dispuso que: el profesional de la medicina era el único que certificaba y respondía sobre la declaración de muerte del paciente, y no podía realizar la ablación, salvo que se haya expresado la autorización; los hospitales especializados debían contar con un lugar adecuado para la conservación de cadáveres o de sus partes; los familiares del paciente que había muerto debían expresar por escrito su voluntad para la utilización del cadáver o sus partes; y, la muerte fue considerada como la ausencia de función cerebral y el desaparecimiento de los signos vitales.

El 24 de diciembre de 1.982, en la administración del Dr. Oswaldo Hurtado Larrea, fue promulgada la “Ley Reformatoria al Código de la Salud”¹³, en que expresamente se reformó el título XIII, que trataba de los trasplantes añadiéndole los siguientes aspectos: toda persona legalmente capaz podía dar, entre vivos cediendo una parte de su cuerpo, a título oneroso; se estableció la figura de cesión después de muerto el “dador”; (el muerto ya no recibía ninguna retribución, pero sí sus herederos que podían realizar la cesión a título oneroso y percibir una retribución por la dación de algún órgano del familiar muerto); se determinó que para la dación cadavérica, se debe tener el permiso de los familiares para el uso del cuerpo o partes del cuerpo del fallecido, los familiares debían cumplir obligatoriamente la voluntad del dador si esta era la de donar sus órganos, no pudiendo oponerse a ella.

A mi modo de ver, esta extensión no ayudó mucho, ya que se hace expreso el beneficio oneroso que tantas molestias pudo causar, puesto que es difícil (en la práctica) presumir las buenas intenciones, y en casos como éste, pueden existir personas inescrupulosas, y los familiares de una persona muerta pueden aprovechar esta circunstancia para sacar provecho y recompensa económica.

El 15 de junio de 1.987, en la administración del Ing. León Febres Cordero, fue promulgada una Ley Reformatoria al título XIII en su totalidad denominándose a éste de la siguiente manera: “De La Declaración de Muerte, del Trasplante e Injerto de Partes, Tejidos y Órganos Humanos”¹⁴; los nuevos aspectos que sobresalieron en ella fueron: para certificar la muerte, además del paro irreversible de la función

¹³ Ley Reformatoria al Código de la Salud' R.O. No.396. Ley 114.

¹⁴ Ley Reformatoria al Código de la Salud, publicada en el R.O. No. 707 del 15 de junio de 1987. Ley 58.

cerebral se debía certificar la ausencia de función respiratoria y cardiaca, el trasplante solo podía ser realizado por instituciones autorizadas por la Dirección General de Sanidad (que con posterioridad se denominaría la Dirección General de Salud).

En esta ley se establecieron los requisitos médicos para que una persona pueda entregar en vida un órgano o tejido para trasplante por ejemplo que la persona sea mayor de edad, que esté en goce de sus facultades mentales y con un estado de salud adecuado, que tanto el receptor como el dador hayan sido previamente informados, entre otros; fijó una sanción al médico que procedía al trasplante que altere significativamente la salud del dador, se formalizó el procedimiento para que cualquier persona civilmente capaz, pueda donar tejidos, órganos o partes de su cuerpo, para que sean trasplantados después de su muerte, se autorizó la conservación de cadáveres humanos con el fin de ser utilizados en intervenciones quirúrgicas, se prohibió utilizar cadáveres de personas fallecidas por muerte violenta o súbita sin habersele practicado una autopsia, se derogó la cesión a título oneroso y se estableció una sanción a los familiares que cobraran por el trasplante de órganos. En ese mismo artículo se autorizó la conservación de glándulas, córneas, que como veremos no presentan las mismas dificultades de conservación de otros órganos.

En la presidencia del Dr. Gustavo Noboa Bejarano, con la “Ley No. 58 de Trasplante Órganos y Tejidos¹⁵”, expedida el 20 de julio de 1.994 y promulgada el 27 de julio de 1.994, se ratificó la creación y las actividades del Organismo Nacional de Trasplante de Órganos y Tejidos cuyas siglas son ONTOT, con sede en la ciudad de Quito, adscrito al Ministerio de Salud Pública bajo la dependencia de la Dirección General de Salud, este organismo tenía como objetivo principal el implementar las políticas nacionales de trasplante, el control de los procedimientos para trasplantes de órganos y tejidos y el cumplimiento de las normas bioéticas de los mismos, se normó y orientó las acciones de los trasplantes de órganos y tejidos bajo la estructura que debía establecer la Dirección General de Salud.

Con la presidencia del Dr. Alfredo Palacios se actualizó la “Ley Orgánica de la Salud”¹⁶, el 22 de diciembre del 2.006, donde primó la necesidad de contar con

¹⁵ Ley No. 58 de Trasplante Órganos y Tejidos, Registro Oficial No. 492 de 27 de julio de 1994

¹⁶ Ley Orgánica de la Salud, Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.

disposiciones legales actualizadas que normen las prácticas médicas relacionadas con la obtención, para trasplante de órganos y demás componentes anatómicos humanos que precautelen los derechos de las personas que los den o los recepen, por ello se realizaron los siguientes cambios: se prohibió la comercialización de componentes anatómicos de personas vivas y fallecidas, se dispuso contar con la autorización expresa del donante; la Autoridad Sanitaria Nacional, debía ser la encargada de normar y controlar el funcionamiento de los servicios especializados, sean públicos o privados, de los xenotrasplantes¹⁷ que podrían realizarse únicamente cuando se garanticen condiciones científicas y tecnológicas que aseguren la calidad del procedimiento.

El 12 de febrero de 2.011, se aprobó la “Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células”,¹⁸ bajo la presidencia del Eco. Rafael Correa, con esta Ley se garantiza el derecho a la salud en materia de trasplantes, tejidos y células de humanos, además de los productos derivados de ellos, incluyendo la promoción, donación, extracción, preparación, almacenamiento, transporte, distribución y trasplante.

Esta ley tiene por objeto: “garantizar el derecho a la salud en materia de trasplante, a través de la regulación de las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos, tejidos y células humanos, además de los productos derivados de ellos, incluyendo la promoción, donación, extracción, preparación, almacenamiento, transporte, distribución y trasplante;”¹⁹ además, de promover la actividad trasplantológica en el país, consolidar el Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplantes que fortalezca el sistema público y actúe bajo la rectoría del Estado, a través de la Autoridad Sanitaria Nacional; en este sentido corresponde a la Autoridad Sanitaria Nacional, su rectoría, el emitir políticas públicas relacionadas con la donación y trasplante de órganos, tejidos y células y está basada en principios establecidos en la Constitución y tratados internacionales; se crea el Sistema

¹⁷ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, Definiciones, Xenotrasplante: es el trasplante de órganos, tejidos y células de una especie a otra. Es decir, la utilización de órganos y tejidos o células de animales para su implantación en el ser humano.

¹⁸ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, Registro Oficial No 398 de 4 de marzo de 2012.

¹⁹ *Ibidem*, Artículo 1.

Nacional Integrado de Donación y Trasplante de Órganos como parte del Sistema Nacional de Salud.

La Ley habla de una lista de espera única nacional, con ello se evita correr el riesgo de tratar a los pacientes como simples estadísticas, ya que todo estaría centralizado, cabe señalar y hacer énfasis de que antes de esta Ley, se hablaba de la carencia de órganos a trasplantar; ahora, toda persona es potencial fuente de uso de órganos , ya que la vigente Ley señala que: “todo ecuatoriano/a y extranjero residente en nuestro país que se mayor de 18 años, al fallecer se convertirán en donantes; a menos de que en vida hubieren manifestado, en forma expresa, no estar dispuesto a donar sus órganos y tejidos o células o restringiendo de modo específicos determinados órganos.”²⁰ Esta distinción la hacemos en el Registro Civil, Cedulación e Identificación al momento de obtener la cédula de ciudadanía.

En esta Ley se trata de establecer unidades de alta complejidad, lo cual es una buena meta, pero muy difícil de convertir a nuestro país en un Centro de Investigación Científica de nuevas técnicas quirúrgicas y que los pacientes se encuentren tratados de lo mejor, con la atención que amerita su necesidad médica.

Finalmente, en julio del presente año, se aprobó el Reglamento General de a la Ley Orgánica de Donación de Trasplante de Órganos Tejidos y Células, la cual fue publicada en el Registro Oficial No. 356 de 12 de julio de 2012; el mismo que tiene por objeto regular el desarrollo de la actividad de donación y trasplante de órganos, tejidos y células.

Cabe señalar que con la aplicación del mencionado reglamento, se crea el Instituto Nacional de Donación y Trasplante de órganos, tejidos y células en adelante denominado INDOT como entidad adscrita a la Autoridad Sanitaria Nacional con autonomía técnica, administrativa, financiera y de gestión, institución anteriormente conocida como ONTOT, en donde se establecen nuevas atribuciones y facultades, de control, regulación coordinación, planificación y promoción de políticas como de programas a nivel nacional de donación y trasplante de órganos, tejidos y células.

²⁰ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, Registro Oficial No 398 de 4 de marzo de 2012, Título II, Art, 29 de la donación.

Esta ley se ha basado en garantía al cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República de 2008 y en esta estricta observancia con las disposiciones constantes en los tratados, pactos y demás convenios internacionales vigentes como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada en la sesión de la UNESCO el 19 de octubre de 2.005.

A efecto de esclarecer y determinar de mejor manera los cambios promovidos por la nueva Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos del 2.011 con relación a la ley sobre la misma materia del año de 1.994, anexo al final de este trabajo de investigación como anexo 1 una matriz comparativa detallada.

1.4 Matriz comparativa de la Ley Orgánica de Donación y Trasplantes del 2011 y la Ley de Trasplantes de 1994.

EJE TEMÁTICO	LEY ANTERIOR	LEY ACTUAL
<i>Sobre el Rol de la Autoridad Sanitaria Nacional.</i>	No se encontraba definido en la ley.	Encargada de la emisión de políticas sobre la Donación y Trasplante y su aplicación a través de: la creación y desarrollo del Sistema Integrado Nacional de Donación y Trasplante; La generación de mecanismos para la detección y notificación obligatoria de potenciales donantes; el desarrollo de la actividad trasplantológica (creación de bancos e implementación de unidades de trasplante); el desarrollo de nuevas técnicas del trasplante; la capacitación del personal; la creación de mecanismos de incremento de donantes y la garantía de recursos .
<i>Sobre los Principios de la Donación</i>	No hace referencia	Establece 7 principios: altruismo, voluntariedad, gratuidad, solidaridad, transparencia, interculturalidad y bioética.

<i>Sobre los derechos de los Donantes y Receptores</i>	No se los establece explícitamente, ya que se encuentran implícitos en cada uno de los procesos regulados.	Se definen 8 derechos fundamentales: El derecho a la información, a expresar su consentimiento, a precautelar su identidad, a la confidencialidad sobre sus datos, productos y procesos en la donación y trasplante; derecho a la oportunidad y gratuidad, a la garantía sobre los componentes anatómicos; a un lugar especializado y manutención de la persona que la cuida; y a la medicación necesaria para mantener su trasplante.
<i>Jurisdicción sobre órganos, tejidos y/o células</i>	El Ministerio de Salud Pública llevará un registro Nacional de Órganos y Componentes Anatómicos	Independientemente de su lugar de ablación o extirpación son responsabilidad de la Autoridad Sanitaria Nacional
<i>Entrega de Información</i>	No hace referencia	Establece como una obligación para todos los actores del SNIDYT
<i>Trato preferencial</i>	No hace referencia	Para el receptor y donante
<i>Confidencialidad</i>	No hace referencia	Hace énfasis en la no identificación del donante y/o receptor y el establecimiento de mecanismos para resguardar datos; así como la obligación de mantener información clínica por 30 años bancos de tejidos; y la aprobación de divulgación de información.
<i>Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplante</i>	No hace referencia	Crea dicho sistema el cual va a estar compuesto por las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores relacionados con la actividad trasplantológica, que será coordinada por el INDOT quién ejecutará las políticas de trasplante.
<i>Acreditación</i>	Establece la acreditación de hospitales e instituciones y sus condiciones técnicas de manera general.	Establece la acreditación de cada uno de los miembros del SINDYT, entre los cuales se incluyen los profesionales médicos y equipos médicos. Establece además que no se puede realizar ningún proceso de trasplante sin que la entidad o los

		médicos y equipo se encuentren debidamente acreditados. Definiendo la responsabilidad solidaria frente a las acciones de sus profesionales.
<i>Lista de espera</i>	No hace referencia	Administrada por la Autoridad Sanitaria Nacional, en base a principios y criterios universales y constitucionales (interés superior de las niñas y niños y doble vulnerabilidad) establece que los órganos, tejidos y/o células serán distribuidos respetando la lista de espera única nacional, de acuerdo a escalas técnicas por cada órgano y tejido en particular y reconociendo además el derecho de ecuatorianas y ecuatorianos residentes en el exterior.
<i>Asignación de órganos</i>	Distribución de órganos de acuerdo a un estricto orden de prioridad científica; hay una omisión de delegados.	La Autoridad Sanitaria establecerá mecanismos de designación en base a escalas técnicas
<i>Referencia Obligatoria</i>	No hace referencia	Todo médico que diagnostique una enfermedad de ser tratada mediante un trasplante tiene la obligación de referir l paciente a las unidades de salud correspondientes.
<i>Voluntad</i>	a) Donación previa, b) consentimiento, escrito de los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad, c) consentimiento presunto sin objeción alguna.	Voluntad presunta: “todos somos donantes a menos que hubiésemos manifestado lo contrario, según los mecanismos establecidos por la Ley
<i>Restricción de la Voluntad</i>	Se hará constar, sin formalidad especial en la ficha de ingreso del centro médico o en su historia clínica, siempre y cuando no lo hubiera expresad antes. Esta restricción	La restricción de la voluntad o condicionamiento de la misma se hará constar en la cédula, por lo tanto la Dirección General dl Registro Civil, cedulación e identificación, es el órgano encargado de consultar y registrar

	puede ser total o parcial.	la voluntad.
<i>Autorización de donación de menores de edad.</i>	Ni los padres, ni el representante podrán otorgar el consentimiento para donar con fines de trasplante los componentes de hijos, pupilos y representados. Se exceptúa la donación de médula ósea.	Si se ha diagnosticado la muerte encefálica, los padres y a falta de sus representantes legales podrán autorizar la donación, especificando el alcance de la misma. No se podrá autorizar, la donación en vida de menores de edad, a menos de que sea donación de médula ósea y lo harán sus padres o representantes legales.
<i>Donación en vida</i>	Condiciones del donante: mayor de edad, goce facultades mentales, estado de salud adecuado, debe ser padre, madre, hijo o hermanos, excepcional cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, consentimiento informado del donante y receptor. Condiciones del proceso: el receptor debe ser determinado, no debe provocar incapacidad funcional, temporal o permanente al donante, declaración del consentimiento notariado.	Condiciones del donante: mayor de edad, goce de sus facultades mentales, estado de salud adecuado, compatibilidad biológica, morfológica, y funcional; parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o cónyuge o conviviente en unión libre. Condiciones del proceso: objeto lícito (no tráfico de órganos/no turismo de trasplante, no haya riesgo de incapacidad permanente, receptor determinado). Requisitos formales: certificado de un médico distinto al que efectuase la extracción y el trasplante, consentimiento informado, y notariado, historia clínica, informe psiquiátrico, informe motivado del comité de ética, documento de cesión y autorización de la Autoridad Sanitaria Nacional.
<i>Revocatoria del Consentimiento de la Donación en vida</i>	Se podrá revocar hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica y esto no representará obligación alguna.	Este criterio se mantiene en la nueva ley
<i>Trasplante a extranjeros</i>	No hay ninguna referencia	Prohibición de realizar cualquier acto quirúrgico de donación o trasplante a pacientes extranjeros

		que no sean residentes legales en el país, excepto código cero.
<i>Donación cadavérica</i>	Una vez comprobada la muerte encefálica y determinada la voluntad de donar, se procederá inmediatamente con el proceso de ablación.	Una vez comprobada y certificada la muerte se podrá disponer total o parcialmente de los órganos de acuerdo a lo establecido en el artículo 29
<i>Muerte violenta</i>	Los médicos que hubieren realizado la extracción de materiales anatómicos deberán presentar al juez un informe detallado sobre el estado de material anatómico retirado, este proceso se hará siempre cuando no interfiera en los resultados finales de la autopsia y en presencia del médico legista y de las autoridades legales competentes.	Solo se podrá realizarse cuando no interfiera en los resultados finales de la autopsia, previa notificación al fiscal de turno
<i>Xenotrasplante</i>	No hace referencia	Está permitido en los términos establecidos en el reglamento
<i>Selección</i>	No hace referencia	La selección, evaluación y obtención de órganos, tejidos y células se harán de acuerdo a los requisitos establecidos por la Autoridad Sanitaria Nacional
<i>Extracción</i>	El retiro de los componentes anatómicos se efectuará por los medios que integran el equipo de trasplantes o por profesionales médicos autorizados por este, quienes suscribirán un acta de constancia del estado de los componentes retirados.	Será realizado por profesionales acreditados, quienes se deberán apegar a los protocolos establecidos por la autoridad Sanitaria Nacional. Las entidades generadoras de donantes deberán contar con las unidades de cuidados intensivos.
<i>Bancos de Tejidos y células</i>	El Ministerio de Salud Pública creará o autorizará el funcionamiento de bancos de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos. Podrán ser dependientes al Ministerio o estar vinculados	La Autoridad Sanitaria Nacional los creará, autorizará y regulará, los procedimientos de obtención, procesamiento, transporte, almacenamiento y distribución deben ser documentados en manuales de procedimiento, todo su personal de ser debidamente acreditado, los centros públicos o

	obligatoriamente a un centro de asistencia u hospitalario que hubiesen obtenido la correspondiente licencia de funcionamiento	privados que realicen procesos de implantación de células o tejidos para que tengan acceso a los mismos debes estar previamente registrados.
<i>Células Madre</i>	No hace referencia	La Autoridad Sanitaria Nacional controlará su uso, investigación y aplicación, se realizarán tratamientos con células madre adultas cuya eficacia haya sido debidamente comprobada y hayan sido autorizados por la Autoridad Sanitaria Nacional. Las nuevas terapias deben ser autorizadas por la misma y reconocidas por organismos mundiales de los cuales forma parte el Ecuador
<i>Sobre la autoridad reguladora</i>	No hace referencia	La Autoridad Sanitaria Nacional, designará la entidad o dependencia que normará, regulará y controlará la actividad trasplantológica en el país.
<i>Control actividades compañías de seguro, empresas privadas de salud y medicina prepagada</i>	No hace referencia	Están obligadas a cumplir con las coberturas para trasplantes, que se establezcan en los respectivos contratos o pólizas, así como a cubrir los montos totales para el trasplante y de las complicaciones médicas que se llegaren a presentar. En caso de incumplimiento serán administrativas y civilmente de cooperación.
<i>Campañas de educación e información, promoción y difusión.</i>	Ministerio de Salud Pública realizará, autorizará y coordinará campañas de educación e información para todo nivel de la población.	La Autoridad Sanitaria Nacional a través de las instancias competentes coordinará y ejecutará campañas de educación e información
<i>Procedimientos de la Administración</i>	No hace referencia	Actos administrativos, normativos e impugnación de dichos actos, se regirán por lo dispuesto en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo

		de la función ejecutiva
<i>Competencia Administrativa</i>	No hace referencia	La entidad dependencia designada por la autoridad tendrá competencia administrativa para conocer, aplicar y ejecutar la ley sancionar las infracciones cometidas sobre esta. El ejercicio de la competencia se hará en base a lo establecido en la ERJAFE las autoridades de Salud son las responsables de la aplicación de esta Ley, en caso de incumplimiento serán responsables administrativamente civil y penalmente.
<i>Régimen de infracciones y sanciones</i>	Prohíbese la comercialización de órganos y componentes anatómicos. Quienes violaren esta disposición y ofrecieren o recibieren, directa o indirectamente, beneficios económicos u otros semejantes para la entrega y obtención de órganos u otros materiales anatómicos de personas vivas o fallecidas, serán reprimidas con prisión de uno a tres años	Sanciones: multa, suspensión, temporal o definitiva acreditación, suspensión temporal o definitiva ejercicio profesional, clausura temporal, parcial o definitiva del establecimiento

1.5 Marco jurídico, constitucional y legal del trasplante de órganos y tejidos humanos en Ecuador

Como he manifestado anteriormente la dación y trasplante de órganos se encuentra regulada por distintas instituciones nacionales e internacionales, los cuales se basan en el estricto cumplimiento de la Ley, con el fin de establecer la validez de la norma, capaz de establecer y aplicar sanciones, es por ello que el avance de la ciencia médica seguirá generando situaciones que ni siquiera podemos en este momento imaginar, de ahí la importancia de promover una permanente, ágil y dinámica

revisión de los aspectos éticos, médicos y legales, que inciden sobre los derechos y obligaciones de los seres humanos; entendiendo que si somos una sociedad plural, heterogénea, con individuos de diferentes capacidades físicas e intelectuales, diferentes habilidades y diferente genética para vivir en salud, como sociedad debemos cuidar de que éstas diferencias no desemboquen mañana en injusticia social.

Entre estos instrumentos internacionales tenemos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que vela por la preservación de la salud y al bienestar, manifestando que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas, así recoge en su artículo 25 el derecho a la salud:

“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.²¹

Por su parte la Constitución de la República del Ecuador, asegura que:

“la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenten el buen vivir, en donde el Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción, atención integral de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética con enfoque de género y generacional”²²

Como nos damos cuenta, la vigente Constitución tiene un esquema garantista donde prevalece el derecho del buen vivir y se incluye el acceso universal y gratuito a la salud y educación, la universalización de la seguridad social, la garantía de la soberanía alimentaria, entre otras garantías que obligarán constitucionalmente a la

²¹ <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>

²² Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2.008, Sección Séptima de la salud, Artículo 32.

sociedad al cumplimiento de los derechos, a la vigencia de un Estado Constitucional de derechos y justicia, que tiene como primer deber la garantía del goce efectivo de los derechos de todos los habitantes del Ecuador.

Así, la Constitución dispone que el “sistema nacional de salud, tendrá objetivos claros, los mismos que obedecen especialmente al desarrollo, protección y recuperación de las capacidades para vivir una vida sana, tanto individual como colectivamente, tomando en cuenta siempre la diversidad social y cultural.”²³. La norma constitucional también dispone que el sistema nacional de salud comprende todas las instituciones al desarrollo a la salud.

En cuanto a las diferentes instituciones, en razón de su naturaleza pública o privada, de acuerdo al artículo 361 de la Constitución, no se hace diferenciación alguna más que para especificar lo que comprende el sector público de salud, pero se afirma que será la Autoridad Sanitaria Nacional la que regule y controle todas las actividades relacionadas con el área de la salud y su funcionamiento, advirtiendo de la misma manera que la atención médica se prestará ya sea por entidades estatales o privadas, autónomas o comunitarias, y que estos servicios contarán con seguridad, calidad y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información proporcionada por el paciente.

La Ley Orgánica de la Salud, en el capítulo sobre los derechos y deberes de las personas y del Estado en relación con la salud, establece en su “artículo 7 los derechos de las personas sobre la salud²⁴; estos son: derecho a un acceso universal equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud, su acceso debe ser gratuito, deben ser oportunamente informados sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; derecho a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos, pueden ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud, y procedimientos de diagnóstico y tratamiento.

²³ RAF, Artículo 358

²⁴ Ley Orgánica de la Salud, Capítulo sobre los derechos y deberes de las personas y el Estado en relación con la Salud, Art 7.

En la misma Ley se determina que la “autoridad sanitaria nacional regulará, licenciará y controlará el funcionamiento de los servicios de salud públicos y privados, con y sin fines de lucro, autónomos, comunitarios y de las empresas privadas de salud y medicina pre pagada y otorgará su permiso de funcionamiento”²⁵

A la par de las leyes antes mencionadas, tenemos la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, la cual señala que:

“todo paciente derecho a ser atendido oportunamente en el centro de salud de acuerdo a la dignidad que merece todo ser humano y tratado con respeto, esmero y cortesía, tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento, y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial, se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud, a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimientos a seguirse”.²⁶

En el “Código de Ética Médica del Ecuador”²⁷, el médico que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud; su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo, todo procedimiento clínico o quirúrgico complejo o que entrañe algún peligro para el paciente, podrá efectuarse solamente en centros que posean los elementos técnicos que garanticen la seguridad de dichos procedimientos.

Aunque la Constitución del Ecuador, sus leyes y reglamentos han establecido claramente el derecho a la salud de los ecuatorianos, el problema es el cumplimiento de los preceptos constitucionales, para lo cual la Autoridad Sanitaria Nacional debe exigir los recursos económicos que permitan dar cumplimiento a lo señalado por los Tratados Internacionales y la Carta Magna.

²⁵ Ley Orgánica de la Salud Capítulo I, De los servicios de la salud, art 180.

²⁶ LEY DE DERECHO Y AMPARO DEL PACIENTE, Capítulo II, Derechos del paciente, Artículo 2, Artículo 4, y Artículo 5.

²⁷ CODIGO DE ETICA MÉDICA, Capítulo III, deberes y derechos del médico para con los enfermos.

1.6 Dimensión jurídica de los trasplantes de órganos en el derecho comparado

Se ha podido observar en la historia de los trasplantes que éstos han tenido un desarrollo espectacular a lo largo de las cuatro últimas décadas, lo que ha llevado a que el Derecho tome posición sobre esta materia, así pues la participación del Derecho en este campo ha dado lugar a la aparición o modificación de los aspectos legislativos de los diferentes países.

Debido al incremento en la necesidad de órganos y la inadecuada aplicación legal de varios aspectos relacionados con el proceso de la donación de órganos y trasplantes, ha sido necesario revisar algunos criterios asumidos, y por lo tanto, dar pasó a la modificación de algunas legislaciones. Ahora bien, ¿qué importancia tiene el derecho aplicado en normas que regulan el trasplante de órganos que se practica en diversos países de América Latina y Europa? La forma de regular esta actividad influye de gran manera entre los habitantes de cada país, debido a que se inculca una cultura de generosidad gracias a la buena organización entre gobierno y sectores de la salud.

Es por eso que a continuación se hará un estudio comparativo entre el derecho que se aplica en diversos países, y la manera en que se desarrolla la práctica del trasplante de órganos, ello con la finalidad de comparar y ver qué tipos de modelos y figuras legales se utilizan en otros países.

Iniciaremos con el análisis de las normas aplicables en el “país número uno, según las estadísticas de la Organización Nacional de Trasplantes”²⁸, en cuanto a la donación y trasplante de órganos: España.

El organismo de control es la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), siendo este una institución técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo. Su misión fundamental es la de promocionar, facilitar y coordinar la donación y el trasplante de todo tipo de órganos, tejidos y médula ósea, surgió en el año de 1.989, en respuesta a

²⁸ Organización Nacional de Trasplantes, España alcanza los 100.000 donantes voluntarios, <http://www.ont.es/Paginas/Home.aspx>

las dificultades que había en los programas de trasplantes de órganos sólidos en España.

El lema que ha respaldado su campaña es: “en España, Todos somos donantes”²⁹ ¿Qué significa esto?, ¿Que los españoles no están obligados por la Ley Española a ser donantes de órganos en el momento de su muerte?, ¿su voluntad de donar sus órganos debe hacerla mediante escrito o de manera verbal? En España se aplica el consentimiento presunto, es decir que todos por defecto son donantes porque se supone que han dado su consentimiento, por lo que la única forma de anular éste, es expresar en vida que no quieres ser donante.

Ahora, ¿Qué pasaría en España si una persona muere y se requiere extraer sus órganos pero la familia no quiere? Aunque los familiares estén en contra, el médico puede seguir adelante con la extracción de órganos, ya que la opinión de los familiares no cuenta legalmente por que la manifestación del muerto, en donar sus órganos ya fue expresa; pero habrá médicos quienes sigan adelante y habrá quienes acepten la decisión de la familia, eso ya entra en el terreno de lo ético y no de lo legal. En España, actualmente, la política es la de ir a favor de los deseos de la familia de la persona fallecida.

Tratándose de darle un ambiente de solidaridad al tema de la donación de órganos, no de imposición, lo que nos lleva en la teoría a que todos seamos donantes, pero en la práctica, son los familiares los que deciden, da igual que poseas un carné de donante, si la familia dice que no, la donación no tiene lugar.

La Ley 30/1979³⁰, sobre extracción y trasplante de órganos es una de las más progresistas, en resumen los artículos más relevantes de esta legislación señala: no se percibe compensación alguna por la donación de órganos, en ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado; el Ministerio de Sanidad y Consumo autorizará expresamente los centros sanitarios en los que queda efectuarse la extracción de

²⁹ CFR. En España todos somos donantes, <http://medtempus.com/archives/en-espana-todos-somos-donantes>.

³⁰ Ley Española 30/1979, de 27 de Octubre, Sobre extracción y trasplante de órganos.

órganos humanos; la extracción de órganos o piezas anatómicas podrán hacerse previa la comprobación de la muerte, la misma que podrá hacerse con fines terapéuticos o científicos.

Actualmente, aunque la disciplina está muy avanzada y se han acumulado gran cantidad de datos sobre los aspectos técnicos, clínicos e inmunológicos, el trasplante de órganos es todavía una disciplina sofisticada que requiere entrenamiento específico y experiencia para lograr éxito.

Ahora bien, a continuación haré una aproximación o resumen de las leyes de México y Argentina, países en los cuales también se ha desarrollado este tema de los trasplantes de forma aceptable.

En México hasta mayo de 2.000 los trasplantes eran regulados por las dos posiciones legales establecidas en la Ley General de Salud, existiendo el principio de legalidad que señala que toda personas es disponente de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos. La Ley en su artículo 321 señala que “ la donación consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona, para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplante,”³¹ lo anterior se refiere a la donación de órganos como la manifestación de la voluntad de una persona para disponer en vida o después de su muerte, de todo o una parte de su cuerpo, consistente en un órgano, tejido o células, para su trasplante a otra persona con fines terapéuticos, para preservar la vida y la salud.

El instituto que controla estos procedimientos en México es el Centro Nacional de Trasplantes que, es el organismo de la Secretaría de Salud, responsable de la rectoría del sistema Nacional de Trasplante en dicho país, tiene como principal tarea organizar y fomentar los programas de donación y trasplantes en las instituciones de salud, sus funciones son la emisión de políticas públicas y la supervisión de la distribución y asignación de los órganos y tejidos donados por la población, esta institución tiene a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes como institución

³¹ Ley General de la Salud de México, fracción VI, artículo 321.

responsable de integrar y mantener actualizada la información de los datos de receptores y donadores.

En Argentina, por su parte, la situación actual de la regulación del procedimiento de la donación y el trasplante de órganos y tejidos se rige por la Ley 24.193, que desde el 22 de enero de 2.006 incorpora las modificaciones introducidas por la Ley 26.066, también conocida como Ley del Donante Presunto. Esta señala que el acto de donación de órganos, en cuanto a su naturaleza jurídica consiste en un derecho personalísimo. Expresar la voluntad respecto a la donación de órganos y tejidos es ejercer el derecho que tiene todo ciudadano de manifestar su deseo respecto al destino de sus órganos y tejidos después de su muerte, en todos los casos, el registro expreso de la voluntad de las personas debe efectuarse por escrito, al igual que su revocatoria, de este modo, cada ciudadano puede decidir en vida acerca de la donación de órganos manifestando su voluntad afirmativa o su oposición.

La nueva normativa establece que toda persona capaz y mayor de 18 años pasa a ser donante de órganos y tejidos tras su fallecimiento salvo que haya manifestado su oposición, en tanto la negativa es respetada cualquiera sea la forma en que se haya expresado. De esta manera, el artículo 19bis dice lo siguiente:

“la ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de dieciocho años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en que se hubiese manifestado”³²

En caso de manifestación afirmativa, la persona puede restringir la voluntad a la donación de determinados órganos y tejidos y condicionar la finalidad de la donación, es decir, puede determinar cuáles son los órganos a donar y con qué fines: trasplante o investigación. Cuando se autoriza la donación para investigación, los órganos se destinan a ampliar el conocimiento científico sobre los trasplantes, siempre que exista un estudio en curso, de este modo, la legislación protege la autonomía de las personas, dando primacía a la expresión de voluntad en forma explícita.

³²Ley 26.066 - Trasplante de Órganos y Materiales Anatómico, artículo 5.

Contrario a la forma de donación que existe en Argentina, en México la Ley reconoce dos tipos de donación: aquella que se realiza entre vivos, y, aquella que se obtiene de una persona que se compruebe previamente la pérdida de la vida, cada una en su caso deberá contar con el respectivo consentimiento manifestado de cualquiera de las formas señaladas: consentimiento tácito o consentimiento expreso.

El organismo que reglamenta esta Ley en Argentina, es el INCUCAI, Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante, es el organismo que impulsa, normaliza, coordina y fiscaliza las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células, es un organismo descentralizado que depende de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio.

La diferencia primordial respecto del tema central de esta investigación, es decir del trasplante de órganos, entre las legislaciones de estos países radica en que:

- México “la donación en vida de órganos solamente está permitida entre personas con parentesco consanguíneo, por afinidad o civil”³³, por lo que la dación no se la puede realizar a un tercero desconocido, como sucede en nuestro país y demás países objeto del presente tema.
 - o Argentina, en caso de no existir manifestación expresa ni a favor ni en contra, la Ley presume que la persona es donante, en el momento de la muerte el INCUCAI solicita testimonio a la familia sobre la última voluntad del fallecido respecto a la donación de sus órganos y tejidos; con esta Ley en Argentina hay una gran ventaja para las personas que tienen la necesidad de un trasplante de órganos y es, que la ley supone que los argentinos quieren ser donantes, mientras que las leyes anteriores suponía que nadie quería serlo.

³³Ibídem, artículo 333.

CAPÍTULO II

2. EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS COMO NEGOCIO JURÍDICO

El procedimiento quirúrgico de alta complejidad, llamado trasplante de órganos y tejidos humanos, fruto del afán de salvar vidas de parte de los médicos a nivel mundial, ha sido uno de los adelantos más significativos de nuestros tiempos, el mismo que consiste en la búsqueda y posterior entrega de órganos a otra persona por la razón que fuere y bajo ciertas circunstancias, procedimiento que ha sido denominado por la opinión pública y por aquellos que académicamente y doctrinariamente han estudiado dicho fenómeno, en función de la motivación, como venta, dación o donación de órganos y tejidos humanos.

En este sentido la oposición semántica nos permite distinguir el primer peldaño en la problemática jurídica que ha originado la actual tendencia del antedicho fenómeno social, en el cual como estudiosos del derecho, deberemos comprobar ¿cuál es la naturaleza jurídica de cada uno de los actos que configuran el traspaso de un órgano?, dilucidar la diferencia jurídica entre una compra-venta o una donación y finalmente intentar establecer en el ámbito jurídico si se trata de un acto a título gratuito o se ha convertido en un negocio jurídico de naturaleza particular.

Dentro de este orden de ideas hay que empezar por definir y estudiar jurídicamente la figura de la dación como instituto jurídico que viabiliza en las actuales épocas el obtener órganos humanos que a la postre servirán para salvar vidas, sin embargo hasta llegar a una precisión conceptual a lo largo de este proyecto de investigación los términos dación, donación, y dador, donante, se los utilizará como sinónimos sin que ello llegue a establecer la naturaleza jurídica en el presente trabajo de investigación.

Como ya se menciona entre una de las inquietudes que nos asalta dentro de la realización de esta investigación está, el determinar cuáles son los sujetos que participan y constituyen dicho negocio jurídico y los vinculados jurídicos que se producen entre ellos, desentrañando la posible situación judicial y las relaciones establecidas entre ellos, de derechos y obligaciones.

Ahora bien, para hablar de negocio jurídico, debemos necesariamente remitirnos a los antecedentes históricos de esta figura, es así como podemos empezar por citar las fuentes del derecho romano, en donde podemos hallar expresamente las primeras aproximaciones formuladas por la doctrina de aquel tiempo, respecto del negocio jurídico.

En este sentido hemos de mencionar que, urgidos como estaban los romanos de crear un derecho apto para satisfacer sus múltiples necesidades jurídicas, en un momento histórico en que sojuzgaron al mundo de aquellos tiempos, no podían detenerse a meditar sobre todas las cuestiones que implica un sistema o doctrina general del ordenamiento jurídico privado. Sólo les interesaban a los juristas romanos los aspectos concretos de la vida jurídica.

Al estudiar la esencia del negocio jurídico observaremos como hace su apareamiento en la palestra jurídica uno de los elementos constitutivos del negocio jurídico, como lo es la voluntad, como instrumento obligatorio para poder crear relaciones jurídicas reconocidas por el Derecho, es así que Castán, en el Diccionario Jurídico de Cabanellas, afirma que el negocio jurídico es un:

“acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho Objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”³⁴

Del concepto anterior podemos deducir que con el negocio, el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y esta intención determinante es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros con los cuales negociará.

Con la aparición y desarrollo de los negocios como figura hegemónica del desarrollo de las relaciones de todo tipo entre los habitantes de una sociedad, se incrementó la necesidad

³⁴ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, Año 1986, Tomo V, pág. 535.

de interpretar el negocio jurídico para encontrar el verdadero sentido de la voluntad declarada por las partes constitutivas del mismo.

Debido a la precariedad de las ciencias jurídicas de aquella época, no existieron reglas fijas y la labor interpretativa osciló entre dar prioridad a las palabras (verba) o a la intención (voluntas); haciendo una interpretación literal o subjetiva, respectivamente, sin embargo, es posible dar algunas pautas más o menos generales.

Así, en los actos Inter Vivos parece dominar la interpretación objetiva, la que tiene en cuenta las palabras en su sentido propio según el negocio de que se trata; en los negocios mortis causa, como todo depende de la voluntad unilateral del disponente, la interpretación debe tratar de establecer con precisión esa voluntad. Por tanto, eran importantes las palabras empleadas, pero el elemento decisivo será únicamente la voluntad; la interpretación objetiva deberá ser complementada decisivamente por la subjetiva.

En el derecho Justiniano predominaba la valoración sobre la voluntad de las partes en todo tipo de negocio, aplicándose preferentemente una interpretación subjetiva o individual.

Dejando atrás el análisis del Derecho Romano y entrando en un derecho positivo, la teoría francesa sobre el negocio jurídico nos dice que:

“el negocio jurídico nace limitado al campo de derecho privado y se entiende como tal, un acto jurídico especial que consiste en la declaración de voluntad que se manifiesta libremente, dirigida a realizar efectos jurídicos; pero la voluntad adquirirá el rango de potestad y puede crear normas específicas tan obligatorias para las partes, como las creadas por el legislador.”³⁵

El particular tiene un espacio permitido por la ley para auto regularse a través de su voluntad, para disponer de sí mismo y crear sus propias normas obligatorias. Citando a Eneccerus quien afirma con relación a las normas de orden público: “que existen normas prohibitivas y normas imperativas que son de derecho forzoso, esto es, que no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares; estas normas agregamos nosotros, corresponden a las que se denominan de orden público”³⁶

Por otro lado la teoría del negocio en Alemania en el siglo XIX, afirma que la voluntad del particular, le otorga la potestad de hacer o no el negocio jurídico, de actuar o no actuar potestativamente, entonces, hasta ese momento, el negocio está reservado a los

³⁵ Raúl de la Huerta Valdés, El Negocio Jurídico Procesal, Teoría Francesa Negocio Jurídico, pág. 5.

³⁶Cita, Rafael Rojina Villegas, pág. 258 a 261.

particulares, aclarando que la autoridad no realiza negocios jurídicos, sólo cumple con sus atribuciones.

En tales circunstancias, en apariencia, la dación de órganos y tejidos humanos vendría a ser un negocio jurídico, cuando interviene la voluntad del donante y por otro lado existe un receptor que une su voluntad al primero y concretan una relación jurídica, esta figura se constituyó en una tesis de formación reciente, delineada por los *iusnaturalistas* alemanes del siglo XVIII. Así, ENNENCERUS, uno de los mayores exponentes de la teoría del negocio jurídico, indica que:

“negocio jurídico es aquella declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, deseados por los sujetos intervinientes en dicha declaración, distinguiéndolo de los actos jurídicos que son aquellos actos conforme al derecho o contrarios al derecho, cuando los efectos son determinados por la ley”.³⁷

Al respecto el tratadista KARL LARENZ explica que el concepto de negocio jurídico fue incorporado en el Código Civil alemán de 1.900 como “un acto o una pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sea de una o varias personas, cuyo fin es producir el efecto jurídico en el ámbito del derecho privado, esto es una modificación de las relaciones jurídicas entre los particulares”.³⁸

No obstante, la remisión de la dación de órganos como negocio jurídico es difícil en la complicada diferenciación que puede darse con los meros actos jurídicos. El acto jurídico es una acción u omisión voluntaria consciente y libre, cuyos efectos son vinculados por la ley con independencia de que hayan sido queridos por la ley, como supone la redacción de nuestra actual ley que regula el trasplante de órganos. Al respecto PUIG BRUTAU manifiesta que:

“los efectos están predeterminados por la Ley como consecuencia de la especial valoración que se hace del comportamiento humano (piénsese en el matrimonio, la adopción, etc.) en cambio el negocio jurídico, como acto de autonomía privada, los efectos son determinados por el sujeto o sujetos que intervienen en su celebración por cuanto el ordenamiento jurídico les reconoce la facultad de regular por sí mismos sus propios intereses”.³⁹

³⁷ LUDWING ENNECCERUS, “Tratado de Derecho Civil”, tomo I, Casa Editorial Bosch. Traducido de la 39 edición alemana, 1953 Barcelona, España, pág. 197.

³⁸ LARENZ KAR, citado por Vidal Ramírez Fernando, en Normas Legales septiembre 1998, págs. A-86, A-87.

³⁹ JOSE PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, Editorial Bosch, 1era edición, 1979.

De lo expresado nace la importancia del consentimiento informado (el consentimiento absoluto e integral de lo que se va a realizar) en la dación de órganos que pone de manifiesto la preponderancia del principio de la autonomía de la voluntad, pues contrario, a lo que se supondría de la Ley: el establecimiento de determinados efectos jurídicos, la consecuencia final de entrega de un órgano en particular no se limita sino al interés del dador.

Sin embargo, lo más complicado es que el negocio jurídico *per se* nace limitado al campo del derecho privado y se entiende como tal, un acto jurídico especial que consiste en una declaración de voluntad que se manifiesta libremente, dirigida a realizar efectos jurídicos; pero la voluntad adquirirá el rango de potestad y puede crear normas específicas tan obligatorias para las partes, como las creadas por el legislador.

Es por esta razón que la teoría otorga al particular una competencia que llama dispositiva, frente a la competencia del legislador y del juez a la que domina normativa, la primera de las mencionadas se aprecia tratándose de la dación *post mortem*, de modo que el individuo particular tiene un espacio permitido por la ley para auto regularse, para disponer de sí mismo y crear sus propias normas obligatorias, como un reflejo, como una parte de la potestad de autoridad.

En este punto conviene resaltar que aunque existen diferencias entre las teorías francesa y alemana cuando se refieren al acto y negocio, a pesar de que ambas son formas de presentar el supuesto jurídico como conducta jurídicamente regulada y causa generadora de las consecuencias de derecho como efectos previstos por el legislador, además de que las dos nacen con motivo de su respectivo código civil, la francesa al comentarlo y la alemana al prepararlo.

Es decir el pensamiento francés logra abarcar la noción de negocio jurídico en sentido amplio, con todo el universo del derecho, mientras que la alemana carece de tal pretensión y sólo logra dar una categoría al campo potestativo del particular. Por lo expuesto podemos determinar que es más concreto el pensamiento francés, por ser eminentemente privatista mientras que el alemán aunque nace en este campo privado también, posteriormente penetra en el derecho público.

Por otro lado, el acto contiene requisitos diferentes de existencia y de validez, cuya falta produce la inexistencia y nulidad, en cambio el negocio debe contener requisitos esenciales

que determinan la constitución al proceso formativo del negocio, cuya ausencia produce invalidez y estos son la suma de los requisitos de existencia y de validez del acto, por otra parte los elementos del negocio son los que se refieren a su contenido mismo y cuya falta no necesariamente produce la invalidez.

Al respecto bien podemos analizar lo expresado por el tratadista Julio César Rivera quien define los elementos de la voluntad de la siguiente forma:

- a) **Elemento subjetivo:** comprende dos aspectos.
 - 1. El acto debe ser voluntario, es decir, producto de una decisión. Por eso se afirma que la fuerza física excluye la voluntad.
 - 2. El acto debe ejecutarse o celebrarse con la intención de producir efectos jurídicos. En este sentido el acto simulado no es voluntario.
- b) **Elemento Objetivo:** La voluntad debe comunicarse de algún modo. Es decir la voluntad debe ser manifiesta. De esta manera, los requisitos de la voluntad como requisito de existencia de los actos jurídicos, se resumen en dos:
 - 1. La voluntad debe ser seria, es decir, debe existir una intención de producir efectos jurídicos; y,
 - 2. la voluntad debe ser manifiesta⁴⁰.

En concordancia con lo que manifiesta este tratadista y para efectos de comenzar a aproximar nuestro estudio al ordenamiento jurídico ecuatoriano, hemos de mencionar que también nuestro Código Civil manifiesta lo siguiente respecto a los actos y declaraciones de voluntad:

Artículo 1.461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario

- a) Que sea legalmente capaz.
- b) Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio.
- c) Que recaiga sobre un objeto lícito.
- d) Que tenga una causa lícita.
- e) La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.⁴¹

Como podemos observar los requisitos para que una persona se obligue para con otra por medio de la declaración de su voluntad hace referencia a la capacidad que deben tener los

⁴⁰ RIVERA Julio César, "Instituciones del Derecho Civil Parte General II", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

⁴¹ Código Civil publicado en el Registro Oficial Suplemento No 46, de 19 de mayo de 2011, Artículo 1461, De los actos y declaraciones de voluntad.

participantes, a la inexistencia de vicios al momento de expresarla y al objeto o causa que deben ser sobre aspectos totalmente lícitos y legales, pero esta voluntad de la que se habla, puede tener varias formas de manifestarse como las siguientes:

- a. **Voluntad expresa:** La voluntad es expresa si se manifiesta en forma oral o escrita.
- b. **Voluntad tácita:** Es aquella que se infiere de una determinada conducta. Con todo, esa conducta debe ser concluyente, es decir, debe conducir inequívocamente a la conclusión de que constituye una manifestación de voluntad.
- c. **Voluntad presunta:** Parte de la doctrina admite esta tercera clasificación. Voluntad presunta sería aquella que la ley deduce de ciertos hechos. Sin embargo, es posible afirmar que es una clase de manifestación de voluntad tácita.⁴²

Luego de haber hecho las precisiones jurídicas respecto de la intervención de la voluntad en un negocio o relación jurídica en el ámbito privado, debemos retomar el tema central de esta investigación, en este sentido se ha de mencionar que la última reforma que incluyó la recién posesionada Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en nuestro país, impone u obliga que al fallecer todos somos donantes de órganos y lo hace en el “Artículo 29.- Donación.- Las ecuatorianas, ecuatorianos y extranjeros residentes legales en el país, mayores de dieciocho años, al fallecer se convertirán en donantes, a menos que en vida hubieren manifestado, en forma expresa, su voluntad en contrario [...]”⁴³

Al respecto y para evidenciar el error de nuestros legisladores al imponernos la dación, revisemos lo que el reconocido tratadista Guillermo Cabanellas dice cuando se refiere a: “La donación es una espontánea y suprema manifestación de la autonomía de la voluntad: se da sin deber, y se da sin pedir nada en compensación, salvo ciertas cargas o condiciones algo irregulares”⁴⁴, en este sentido lo preceptuado por el Artículo 29 de la ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células contiene varias contradicciones jurídicas respecto de la voluntad humana en la creación, modificación, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas.

⁴²Latorre Enrique, Ira José, Fabrés Clemente. Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil Chileno, Volumen 1, Editorial Salso, pág. 158

⁴³ LODTOTC, publicado en el Registro Oficial 398 de 4 de marzo de 2011, Título II, Capítulo I, Donación. Artículo 29

⁴⁴ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Dr. Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta, Tomo I, pág. 423.

Como ya se dijo párrafos arriba, existen normas que son permisivas y que abren el gran campo del negocio jurídico, en el cual va a brillar el señorío de la voluntad, su autonomía y su potestad, especialmente en el negocio en él que se dará la autorregulación de los particulares, como una competencia dispositiva, para disponer libremente de su voluntad y en caso de conflicto, podría pedir a la autoridad que se cumpla con lo pactado, más de la revisión de la Ley de Donación de Órganos vigente podemos colegir que en la actualidad esta nace de una imposición de parte del Estado mas no nace de la voluntad del dador.

La dación de órganos en nuestro país, no es un negocio jurídico que consiste en la creación de situaciones jurídicas conscientemente buscadas, sino que, por el contrario da lugar al ejercicio de una correlativa imposición a las personas que conforman el conglomerado social de la República del Ecuador, que produce derechos subjetivos y obligaciones. Parece que los legisladores olvidaron que el negocio jurídico o una relación jurídica nace del acuerdo de las partes que han querido voluntariamente una situación de derecho a la cual habrán de ajustar sus relaciones y sus actos.

Olvidaron también que el elemento esencial en el acto jurídico es la manifestación de la voluntad, y en el negocio jurídico bilateral es la coincidencia misma de manifestación de la voluntad, lo que definitivamente desdibuja la actual donación de órganos y la sumerge en la nulidad desde el punto de vista de la doctrina civil del negocio jurídico, sin contar que esta disposición en la forma que está actualmente, puede llevar al Estado a vulnerar los derechos de los ciudadanos que son analfabetos y que no tienen mucho acceso a los medios de comunicación como en los lugares más inhóspitos de nuestro territorio y que difícilmente saben que tienen que negarse a si es su voluntad a ser cercenados una vez fallecidos.

De lo enunciado anteriormente podemos considerar que a pesar que la actual donación de órganos es un acto que se lleva a cabo entre humanos o personas con capacidad de contraer derechos y obligaciones, no constituye de ninguna manera un acto ni un negocio jurídico, en mi criterio, la dación de órganos es un acto sui generis entre humanos, que no puede ser considerada ilícita, pues requiere de ciertos elementos que permitan la realización plena del acto de modo voluntario y libre, es decir sin imposiciones ni obligaciones ni del Estado peor aún de la Ley.

Del análisis jurídico de la donación de órganos podemos deducir que se intenta cubrir de algún modo, la flagrante violación de los derechos y garantías fundamentales de las

personas hoy obligadas a ser donantes, al mencionar dentro del mismo artículo en el cual imponen este acto lo siguiente:

Artículo 29.- [...] a menos que en vida hubieren manifestado, en forma expresa, su voluntad en contrario en una de las siguientes formas:

Manifestando su negativa a la donación de los órganos, tejidos o células de su cuerpo para posterior implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación; o,

Restringiendo, de un modo específico, su voluntad afirmativa de donación a determinados órganos, tejidos y/o células.⁴⁵

Nótese la doble intención del legislador que primero impone mediante la ley la obligación de ser donante sin ni siquiera hacer referencia alguna a la voluntad, es decir dando a entender claramente que no se trata de un negocio o acto jurídico, pero la segunda parte del texto del mismo artículo 29 si lo es en tanto de forma por demás aberrante cita que la donación no se podrá llevar a cabo a menos que existiere la manifestación de la voluntad del donante en contra.

Entonces debemos entender que la ley es manejada al antojo y conveniencia de los legisladores o bien es redactada por desconocedores del derecho que hoy llenan los curules de la Asamblea Nacional en franca decadencia de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Parece ser que para estos mismos *políticos* (hacedores de leyes) pasaron por alto los efectos jurídicos que acarrea esta ambigüedad con la que redactaron el artículo 29 de la norma vigente respecto del trasplante de órganos, comenzando por la naturaleza unilateral de la supuesta donación, seguido de la maquillada revocabilidad del acto y lo más significativo de este artilugio jurídico al cual los legisladores llaman donación de trasplante de órganos cuando en realidad es una imposición u obligación como lo quieran ver, es que no se detuvieron a pensar que este acto no depende de la aceptación del donatario o receptor exclusivamente, sino de la posibilidad de compatibilidad del órgano con sus características orgánicas, a partir del cual se puede o no pensar en querer iniciar un negocio jurídico de dación y aceptación.

Con los elementos expuestos, que a mi criterio, el donar un órgano es un hecho humano producido por la voluntad consiente y exteriorizada, dirigida a crear efectos jurídicos,

⁴⁵ LODTOTC, publicado en el Registro Oficial 398 de 4 de marzo de 2011, Título II, Capítulo I, Donación. Artículo 29

cuando el acto se produce conforme a las disposiciones del derecho objetivo, es decir la manifestación principal en la donación de órganos es la voluntad que tiene el donador en dar su órgano a otra persona sin tener conocimiento del receptor que recibirá el órgano, y tampoco sin recibir dinero o compensación alguna por realizar este acto, es por ello que se dice que la donación de órganos es un acto voluntario, altruista y solidario.

2.1 Los sujetos de la donación de órganos y trasplante de órganos.

El trasplante de órganos, tejidos y/o células humanas es un tratamiento médico complejo, el cual permite que órganos, tejidos o células de una persona remplacen órganos, tejidos o células enfermas de otra, en algunos casos esta acción sirve para salvarle la vida, en otros para mejorar la calidad vida o ambas cosas.

Dentro de este procedimiento médico, se crea una relación jurídica entre las personas que intervienen para la realización del trasplante de un órgano o tejido humano. De acuerdo con los profesores Díez – Picasso y Gullón, la relación jurídica puede definirse como: “la situación en que se encuentran dos o más personas, que aparece regulada como una unidad en el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a determinados principios, y que la considera, además, como un cauce idóneo para la realización de la función de tutela jurídica”⁴⁶

Como podemos observar se trata de un marco de relación en el que derechos, facultades, deberes y obligaciones se incrustan e intercomunican organizándose de conformidad con unos principios y con la función que realizan las partes intervinientes o participantes.

Al mismo tiempo, la relación jurídica se nos presenta como una parte de la vida social que el ordenamiento jurídico regula, con el fin de que los individuos puedan realizar funciones económicas, sociales necesitadas de una especial tutela y protección.

Se puede considerar también como un proceso que tiene naturaleza transitoria ya que se inscribe en el devenir histórico, constituyéndose, para alcanzar un fin, debiéndose extinguir con la consecución de este fin, aunque una vez extinguida conserve, en el pensamiento

⁴⁶ ARTURO ALESSANDRI, ANTONIO VODANOVIC, MANUEL SOMARRIA, Tratado de Derecho Civil, Editora Jurídica de Chile, pp 294.

jurídico, trascendencia como causa o fundamento de las modificaciones que en virtud de ella han sido realizadas.

Dentro de este contexto bien vale la pena adentrarnos con más profundidad en el estudio de la estructura de la relación jurídica, con el fin de poder diferenciar los elementos que la constituyen y hacer un breve estudio de los mismos, así tenemos que:

“En la estructura de toda relación jurídica es posible diferenciar dos tipos de elementos:

- a) Los sujetos de la relación: son las personas entre las que se establece la relación; por ejemplo: el doctor que va a realizar la operación de trasplante de órganos y el receptor.
- b) El objeto de la relación: lo constituye la materia social que queda afectada por la relación; por ejemplo el dador que dona su órgano”.⁴⁷

De lo expuesto podemos ver que uno de los elementos constitutivos de la relación jurídica son los sujetos que intervienen en ella, de esta forma bien cabe determinar cuáles son los sujetos intervinientes en la donación de órganos y lo hacemos de la siguiente forma:

Donador – Receptor: estos sujetos no tienen ningún tipo de relación social ni jurídica, más que la que nace de la voluntad de dar un órgano y la otra parte de recibir el órgano donado.

Médico Tratante - Donador: el médico tratante en primera instancia, es la persona que debe dar por certificado la muerte del presunto donador o bien la compatibilidad del donante vivo con el receptor.

En un segundo momento el médico tratante, es la persona quién realiza el trasplante de órganos junto a su equipo profesional, cabe recalcar que el profesional de la medicina que certifica la muerte del donador no puede ser el mismo que realice la ablación.

Médico Tratante – Receptor: el profesional es la persona que realiza la ablación al receptor que consta en la lista de espera del órgano, junto con todo el equipo médico.

Sin embargo hay que tener en cuenta que en el contenido de este tipo de relación jurídica es posible diferenciar dos tipos de situaciones que se atribuyen a los sujetos para que pueda lograrse la función social que se persigue y son:

⁴⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Dr Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta, Tomo I, pág. 426.

a) Situación de poder: Existe siempre que el ordenamiento jurídico atribuye a una persona la posibilidad de que exija de otra u otras cierto comportamiento o imponga unas determinadas consecuencias jurídicas. Por ejemplo: El poder organizativo que las normas otorgan a la Autoridad Sanitaria Nacional con respecto a los profesionales en un caso de mala práctica médica.

b) Situación de deber: El deber jurídico es la necesidad en que se encuentra la persona, de adoptar un comportamiento determinado que es previsto como necesario para el orden jurídico. Las obligaciones generales de los profesionales médicos regulan sus conductas que constituyen un ejemplo de este deber.

En este sentido, para la realización y concretización del trasplante de órganos, encontramos en primer lugar dos sujetos que no puedan faltar: el dador y el receptor. El dador será quién provea del órgano o tejido necesario y el receptor será el beneficiario de la donación de órganos.

Sin embargo, el trasplante como un procedimiento complejo, necesita además de un contingente humano muy grande que lo haga realidad. Estos “recursos humanos” incluyen el equipo de médicos, establecimientos médicos, enfermeras, psicólogos y otros.

Cabe destacar que no sólo es importante el potencial humano mencionado, sino que es imprescindible contar con un equipamiento material y técnico adecuado, además que sin procedimientos médicos – quirúrgicos establecidos en forma técnica, científica y ética no sería posible que se lleve a cabo un trasplante de órganos o tejidos humanos con éxito. Pero para que se lleve a cabo este procedimiento brevemente descrito es necesario que se dé previamente un proceso de donación del órgano a ser trasplantado, en este orden de ideas conviene a continuación revisar la definición de los sujetos que intervienen en el mismo, así tenemos:

a) Dador: Persona quien durante su vida o después de su muerte, bien sea por su propia voluntad o la de sus parientes, se le extraen órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otros seres humanos, o con objetivos terapéuticos.

b) **Receptor:** “Es la persona en cuyo cuerpo se implanta un componente anatómico proveniente de otro organismo humano o de otra especie.”⁴⁸Un receptor idóneo será aquel que tenga una mayor afinidad fisiológica con el dador, reduciendo así al máximo la posibilidad de rechazo.

Debido a que el número de enfermos que espera un trasplante supera al número de órganos disponibles, es preciso realizar siempre una selección de receptores entre los que consten en lista de espera. La selección se realiza siguiendo criterios objetivos cuyo fin es lograr que el beneficio del trasplante sea máximo para conseguir mayor supervivencia y un óptimo beneficio para el receptor.

Los criterios de selección son públicos y bien definidos de forma tal que toda elección de un receptor pueda ser verificada por otro médico o por la organización de trasplantes del país, que velan por mantener principios éticos de beneficencia y justicia.

El paciente sometido a trasplante de órganos, tejidos y sin posibilidad de técnicas sustitutivas es consciente de la gran trascendencia que tiene, no sólo el acto quirúrgico sino también el período post operatorio en espera de la aceptación del órgano o tejido trasplantado. Muchos pacientes incluso reciben tratamiento anti estrés por la incertidumbre del rechazo, que se mitiga por el hecho de la supervivencia al trasplante pero conforme pasa el tiempo, aumenta la ansiedad por el posible rechazo.

Luego del proceso quirúrgico, el paciente es trasladado a una unidad de cuidados intensivos donde se vigila intensivamente el estado del paciente así como el buen funcionamiento del órgano trasplantado.

c) **Médico Tratante:** Es el profesional de la medicina o grupo de profesionales que se encargarán de llevar a cabo el proceso de trasplante de conformidad con sus conocimientos y con los cánones de la medicina actual, al respecto el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Trasplante de Órganos y Tejidos, en su Artículo 6 inciso a) dice:

“el grupo médico de trasplante, realizará la evaluación del estado de salud física y mental del donante, la que consistirá en un minucioso examen general y en particular del órgano a extraer, con los procedimientos y tecnologías más adecuados para el caso,..”⁴⁹

⁴⁸ LODTOTC, Registro Oficial No. 398 de 4 de marzo de 2011, Definiciones.

⁴⁹Reglamento a para la aplicación de la Ley Orgánica de Trasplante de Órganos y Tejidos, Suplemento del RO, 356, 8-VII-98

d) Establecimientos Médicos: Son los hospitales, clínicas o centros especializados en procedimientos médicos de trasplante de órganos que deberán estar dotados de la tecnología y del personal médico debidamente capacitado, al respecto en el Artículo 7 del Reglamento a Ley Orgánica de Trasplantes de Órganos y Tejidos, se manifiesta que :

Los trasplantes de órganos y componentes anatómicos se realizarán en hospitales e instituciones de salud que cuenten con la autorización del Ministerio de Salud Pública y se encuentren dotados, por lo menos, de lo siguiente:

- a. Laboratorio de inmunología con capacidad para realizar pruebas de la especialidad, para los controles pre y post-operatorios.
- b. Laboratorio de hematología, bioquímica y microbiología;
- c. Servicio de neurología y electroencefalografía
- d. Servicio de cardiología y medicina general.
- e. Servicio de alergología
- f. Servicio quirúrgico y de anestesia, con equipo completo, inclusive para realizar la circulación extra corpórea entre el donante y el receptor, cuando el tipo de trasplante así lo requiera, para el caso de personas vivas;
- g. Servicio de recuperación especial y exclusivo para trasplantes e injertos, con monitores suficientes y adecuados;
- h. Equipos para la conservación de órganos y componentes anatómicos para el trasplante o injerto, e;
- i. Grupos médicos altamente especializados en trasplantes e injertos y en las diversas ramas de la medicina relacionados con los órganos o componentes anatómicos que fueren a trasplantarse⁵⁰

En nuestro país la institución que reguló la donación de órganos fue el Instituto Nacional de Trasplante de Órganos y Tejidos ONTOT, el mismo que fue creado el 26 de junio de 1.999, bajo la presidencia del Dr., Gustavo Noboa Bejarano, adscrito al Ministerio de Salud Pública, bajo la dependencia de la Dirección General de Salud, como ya se había citado en el capítulo precedente.

El ONTOT tenía como objetivo principal “el implementar las políticas nacionales de trasplante, el control de los procedimientos para trasplantes de órganos y tejidos y el cumplimiento de las normas bioéticas de los mismos.”⁵¹

⁵⁰ Ibídem. Obra cit, Pág. 29.

Esta institución se basó en los principios de la donación de órganos, manifestando que este es un acto altruista y bondadoso de compartir e integrar, un recurso tan escaso como valioso: los órganos y tejidos donados por la población en beneficio de la misma; y, la integración que se refiere al objetivo de optimizar, tanto los recursos humanos, las capacidades científico técnicas y la absoluta colaboración de los integrantes del sector salud, para facilitar el proceso integral del trasplante.

Sin embargo a decir del actual Presidente Rafael Correa, este objetivo no se estaba cumpliendo, razón por la cual ha determinado que los trasplantes de órganos sean una prioridad de las Políticas de Salud del actual gobierno, ya que es un derecho innegable de todos los ecuatorianos.

Por esta razón el ONTOT y el Ministerio de Salud, desde el año pasado rediseñaron el Sistema Nacional de Trasplantes con el objetivo de brindar a la población ecuatoriana de todos los estratos sociales, con seguridad y excelencia el Servicio de Trasplante de Órganos y Tejidos, y, desde la aprobación del Reglamento General a la Ley Orgánica de trasplante de órganos, tejidos y células en julio de 2.012, se creó el Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos INDOT, el mismo que viene a sustituir al ONTOT

El objetivo principal del INDOT es regular el desarrollo y la aplicación de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de órganos, Tejidos y Células, en adelante, así como su reglamento

Las metas y objetivos del INDOT, que es el ente regulador y rector de los procedimientos de trasplantes, apunta hacia el fortalecimiento y expansión de todos los esfuerzos que realizan las instituciones de salud gubernamentales y de la seguridad social, para concretar y desarrollar todas las terapéuticas disponibles de trasplantes de órganos.

El INDOT al ser una institución con más atribuciones y facultades de control regulación, coordinación, planificación y promoción de las políticas como programas a nivel nacional de donación y trasplante de órganos, funciona como una entidad adscrita a la Autoridad Sanitaria Nacional con autonomía técnica, administrativa, financiera y de gestión.

Sin duda esta iniciativa es bastante positiva y responde a la necesidad latente de nuestra población.

⁵¹ Decreto Ejecutivo para la Creación del ONTOT, Decreto No. 2302, R.O. No. 516 de 18 de agosto de 2.002, artículo 2.

2.2 El objeto de la donación de órganos y trasplantes de tejidos

La donación de órganos para trasplantes médico quirúrgicos, constituye antes que todo un acto voluntario y altruista, que permite la realización de una técnica que ha desarrollado la ciencia médica para sustituir la función de múltiples órganos nobles, este proceso es dirigido en beneficio de otro u otros, y con la participación necesaria de diferentes actores sociales que buscan incrementar la tasa de donaciones a nivel nacional.

Los medios de comunicación han incrementado la difusión de la donación de órganos, que llega a todos los sectores de la sociedad, con el fin de crear una conciencia de ayuda para el prójimo, por lo que cada vez es más frecuente la realización de campañas para promover la misma.

Ahora, desde el punto de vista en que la donación de órganos constituye en la realidad un negocio jurídico, debe determinarse también el título por medio del cual se instrumenta dicho negocio. La ley ecuatoriana utiliza la terminología de donación de órganos, al respecto la teoría civilista dice que la donación es un contrato que como tal requiere del consentimiento del donatario y del receptor; sin tal concurso de voluntades no podrá haber donación.

Por otro lado, en una teoría más humana, FEDERICO PUIG PEÑA dice:

Cada institución jurídica desenvuelve en su fondo una faceta del alma humana. Tales como el préstamo usuario que se refleja en la codicia; el comodato que es el sentimiento de amistad y ayuda; la renta vitalicia que es la seguridad de un porvenir, etc. Pero ninguna de las anteriores instituciones se compara con la donación, que descubre el aspecto más puro de nuestros sentimientos como la bondad por la que el hombre se manifiesta en el despojo de las sensaciones nobles y se manifiesta a sus semejantes bajo el propio signo de humanidad.⁵²

Así, la palabra donación viene del latín *Donatis Actio* de donde se destaca el valor de dos elementos singulares: el *animus donandi* (subjetivo) y el desprendimiento patrimonial definitivo del donante, con el enriquecimiento donatario (objetivo).

Por ello, la donación es una acción que consiste en una liberalidad voluntaria entre personas vivas, siendo imprescindible para que exista la participación de dos partes, una

⁵² <http://es.escribd.com/doc/7982454/DONACION-ENTRE-VIVOS>.

que será la que realiza la disposición gratuita de uno varios de los bienes que son de su propiedad o en su defecto de los cuales por cualquier título se encuentra facultado para disponer, el donante; y la otra parte, llamada donatario, que tendrá facultad de aceptar la misma o rechazarla, sin necesidad de entregar ningún tipo de contraprestación, salvo que se aclare que la donación se hace con cargo. En Ecuador, la mencionada acción se encuentra regulada a través de un contrato.

Siempre la donación implicará que el patrimonio del donante se reduzca y por el contrario, el del donatario se acreciente, en tanto, por contrato, el donante puede reservarse el usufructo de lo donado hasta un tiempo estipulado o bien de por vida, entonces, cuando fallece el donante, el donatario recibe la donación en cuestión.

Circunstancias que aparecen ajenas a la disposición de un órgano humano, por cuanto su entrega no es enteramente libre sino que se encuentra limitada al bienestar del dador y al menos a una posibilidad de éxito en salvar o mejorar la vida del receptor y bajo el control, cuidado y dirección de un centro médico autorizado, lo cual le otorga a esta institución unas características propias que la distinguen de la donación concebida en los términos del Código Civil vigente.

Por ello, parecería más acertado establecer una propia definición de la dación de órganos en la que se tome en consideración los caracteres especiales bioéticos connaturales a su ejecución. La dación de órganos es la entrega a título gratuito de uno o más órganos ya sea de parte de una persona viva, que deja asentado ante las autoridades pertinentes que una vez fallecido donará sus órganos vitales o bien de parte de una persona fallecida, en este caso, sus familiares directos deciden donar los órganos de éste para salvar la vida de una persona que necesita del trasplante de algún órgano vital para seguir viviendo.

En tal virtud, el acto jurídico del trasplante de órganos tiene un propio tipo jurídico al que ha de denominarse dación de órganos y no donación de órganos; sin embargo, como en la legislación nacional el uso del término donación es frecuente, a lo largo de este trabajo de investigación seguiremos utilizando dación y donación y sus derivados indistintamente, sin que ello de modo alguno contradiga la especificidad del acto jurídico al que debería denominarse con precisión dación de órganos.

A simple vista, la disposición de órganos o tejidos humanos nace de la declaración de voluntad de un dador o de sus deudos bajo la autorización del primero, dirigida a la

consecución de una finalidad en particular, entregar uno de sus órganos (no puede ser considerado un bien comercial) a título gratuito para que un tercero receptor, quién también manifiesta su voluntad de aceptar dicho órgano, se beneficie de aquel y bajo el control de profesionales expertos en la materia; dicho de otra manera, es una situación jurídica compleja en conjunto sobre las declaraciones de voluntad del dador y receptor dirigidas a producir determinados efectos jurídicos.

Respecto de dilucidar estas dudas, hagamos una aproximación al código civil español que en el artículo 618 dice: “que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente una cosa a favor de otra que la acepta”⁵³

La dación de órganos para el derecho, es un acto sui – generis, basta recordar que el contrato de donación en nuestra legislación implica una transmisión de derechos generalmente de carácter patrimonial, que debe versar sobre bienes que están dentro del comercio, lo que no ocurre en este caso.

Los órganos, tejidos y células del cuerpo humano, por disposición general del derecho dispositivo expresa que la donación de éstos, se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

Por estas razones, no puede sostenerse válidamente que la donación de órganos se equipare a un contrato típico de la donación, sino que, atendiendo a las diferencias sustanciales entre uno y otro, debe concluirse que se trata de un acuerdo de voluntades de carácter atípico o bien una declaración unilateral de la voluntad, según sea el caso, que escapa al ámbito de lo puramente civil y se inserta en otros ámbitos del derecho a la salud.

Comencemos por señalar que el contrato de dación de órganos es de carácter principal en oposición al accesorio, pues no requiere para su existencia de otro contrato; unilateral debido a que genera obligaciones para el donante, mismas que se traducen en la entrega del órgano donado, gratuito, en oposición al oneroso.

Estas características derivan en que el consentimiento es unilateral, es decir, que la persona que va a donar no sabe a quién se le va a trasplantar, pero acepta las consecuencias jurídicas de su declaración y se obliga a ella en los términos señalados, es por ello que

⁵³ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l3t2.html

debemos hablar de un dación de órganos, porque tenemos la figura de las personas que intervienen pero no exactamente se determina a la persona que se va a dar.

Esta circunstancia es una característica que hace única y especial la relación jurídica de la dación de órganos, pues en el contrato civil tradicional de donación, uno de los requisitos esenciales es que el donante conozca que el donatario está de acuerdo en serlo, lo cual, como es claro, no ocurre en este caso.

El órgano o tejido como contenido de la prestación de dar del dador, por la misma naturaleza de la dación, deben ser bienes presentes. Aquí radica, como hemos afirmado, “la imposibilidad de que la dación de órganos se le catalogue como un contrato característico de la donación, es más que exista duda de si en realidad es un contrato existente”,⁵⁴ pues la cosa del objeto de contrato, según lo disponen las leyes civiles, debe estar en el comercio, lo que no sucede tratándose de órganos y tejidos.

En este sentido antes de continuar con este estudio, es imperante la necesidad de hacer una distinción resumida de la dación y la donación, así comencemos por sus elementos constitutivos que en la dación pueden ser de tipo unilateral cuando una persona viva decide dar uno de sus órganos o cuando los familiares del fallecido dan sus órganos pero no saben cuál es el destinatario, mientras que la donación es un acto consensual en donde necesariamente intervienen dos voluntades, la del donante y la del receptor.

Por lo tanto en la dación se dice que existen dos sujetos sin embargo solo se conoce al dador mas no el receptor como ocurre en la donación que es real y específico, así también en la dación interviene una sola voluntad la del dador y en la donación dos voluntades que se armonizan para llevar a cabo este acto, en este sentido la forma en que se lleva a cabo la dación es por decisión unilateral del dador vivo o por la decisión de los familiares del fallecido, en cambio en la donación se perfecciona el acto mediante la expresión de la voluntad de las partes que se plasma en documento escrito para que surta el efecto deseado.

En el acto de la dación los derechos del dador son objetivos, es decir reales mientras que los del receptor son subjetivos al no saber con exactitud quien es, en tanto que en la

⁵⁴ El considerar que no es un contrato parte de atender a la teoría clásica de las obligaciones, punto de vista desde el cual, el contrato de donación de órganos sería inexistente por falta de objeto. En diverso sentido se pronuncia Gutiérrez González (Gutiérrez González, “Derecho Civil”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, página 986) al afirmar no solo que se trata de un contrato (siempre que en él intervenga otra persona más frente al titular de derecho, pues si no fuera así, considerara sería una declaración unilateral de la voluntad) sino que la denominación de este contrato debe ser la de contrato físico somático)

donación los derechos tanto de donante como de receptor son reales u objetivos es decir se deben procurar el bienestar de los dos. En cuanto a las obligaciones en la dación no podría hablarse de estas en específico respecto del dador pues es un acto voluntario de buena fe que beneficiara a alguien en algún momento, en cambio en la donación el donante está en la obligación de entregar el órgano prometido mientras que el receptor en recibirlo.

Finalmente las causas por las que se puede dar una dación no es más que la que emane de la voluntad del dador, mientras que en la donación pueden incidir causas como la de salvar la vida de un ser allegado o de un conocido lo que genere la realización de este acto, en este sentido la dación genera un interés social de salvar vidas sin importar quien sea y la donación se genera por el interés social de salvar a conocidos o allegados mas no se generaría si tuviera que ser para un desconocido.

Siguiendo al margen de lo enunciado y como ya se ha determinado lo que es la dación de órganos y la figura legal que tiene, es objeto de este estudio el saber qué órganos y tejidos podemos donar, es así que, dentro de la formación general del organismo, aparatos y órganos participan con actividades específicas y actividades generales; unas y otras relacionadas entre sí. En toda función vital colaboran, aunque en distinta medida, muchos o todos los elementos de nuestro sistema. Los órganos son aquellas partes claramente delimitadas de nuestro organismo.

Es así que la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos de México dice: “órgano es una entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico”⁵⁵Entonces, claramente podemos deducir que, la agrupación de diversos tejidos, estructurados según fines anatómicos y funcionales peculiares, constituyen un órgano.

Dentro del ámbito del estudio que ha constituido la base de esta investigación, es importante mencionar que existen algunos tipos de trasplantes de órganos que la medicina lleva a cabo en la actualidad, entre los cuales los más comunes son:

- Riñón
- Hígado
- Pulmón

⁵⁵ Ley General de Salud, sanitario de la disposición de órganos tejidos y cadáveres de seres humanos, diario oficial mexicano, 7 de febrero de 1984, México

- Corazón
- Córnea

Por otro lado y luego de haber revisado brevemente la clase de trasplantes de órganos que la ciencia médica puede realizar en la actualidad, conviene ahora hacer un aproximamiento a los tejidos humanos que también pueden ser trasplantados y que son parte de del estudio de este trabajo.

El proceso de ablación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de tejidos con fines terapéuticos y científicos exige cada día nuevas técnicas, reactivos, soluciones de preservación y transporte que deberán ser puestas al servicio de los bancos de tejidos específicos o polivalentes, en la búsqueda de ofrecer cada día mayores garantías de seguridad y mejores resultados a los pacientes.

Los establecimientos de tejidos específicos o de multitejidos, deberán ser autorizados por la autoridad sanitaria competente y los mismos deberán implementar un sistema de calidad para garantizar la vigilancia y la trazabilidad.

Los tejidos vistos desde el ámbito jurídico de la donación de órganos, establecen las prestaciones de las obligaciones producidas por el acto jurídico de dar constituyéndose en un objeto jurídico. En la dación entre vivos son objeto lícito del acto los componentes anatómicos que pueden donarse sin que se afecte a la salud del dador de manera permanente ni pongan en peligro su vida.

La Ley de Trasplantes de Órganos y Tejidos vigente en nuestro país, puede ser catalogada de muy permisiva al respecto, pues en ninguna de sus disposiciones prohíbe la realización de tal o cual trasplante, incluso se permite la ablación de parte del hígado o del páncreas de dador vivo para implantarlos en un receptor, siendo que estos órganos son los que determinan el funcionamiento del organismo humano.

Sobre este mismo tema un poco polémico en nuestro país conviene hacer alusión a lo preceptuado por la Ley colombiana en su artículo 31 en donde establece lo siguiente: “solo se permite la donación de uno de los órganos simétricos o pares, cuyo retiro no ocasione perjuicios o mutilaciones graves para el donante vivo, tenga por objeto un trasplante necesario desde el punto de vista terapéutico y sea indispensable para el receptor.”⁵⁶Es

⁵⁶ Ley 09 de 1979, Procedimientos de Trasplante de Componentes Anatómicos en Seres Humanos, Decreto Nacional 2493 de 2004, Capítulo V de la Donación de Componentes Anatómicos, Artículo 31.

decir si la dación no cumple con estos requisitos, adolecerá de objeto ilícito y se vería afectado por nulidad del acto.

Nótese como de lo descrito por la ley del hermano país de Colombia se protege ante todo la integridad del donante vivo, la misma que al ser afectada por la donación que vaya a realizar tal o cual persona, se convertirá en objeto ilícito dentro del proceso de donación al causarle daños que pueden ser irreversibles.

En este sentido, el objeto ilícito de la donación entre vivos es observado por nuestra legislación constituyéndose en aquel trasplante que pueda ocasionar perjuicios en la salud del donante, así lo menciona el Artículo 3 de la Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos en el literal d) cuando dice: “cualquier persona podrá donar en vida componentes anatómicos cuando se cumplan los siguientes requisitos: d) que la extracción de partes o tejidos o la remoción de órganos no implique para el donante riesgo de incapacidad funcional temporal o permanente”.⁵⁷

Dentro de este contexto en nuestro país no se podría realizar la ablación de órganos vitales tales como el corazón o pulmón en el trasplante inter vivos, por las evidentes consecuencias que significaría para el donante.

En el caso de trasplante mortis causa, ante la existencia de la voluntad de dar expresada en vida o el permiso de los familiares una vez consumado el fallecimiento del posible donante, se debe verificar si la dación versa sobre todos los órganos o sobre alguno en especial. Si la ablación se realiza sobre un órgano en el que pesa prohibición expresa del dador, adolecería del objeto ilícito.

Ahora bien conviene hacer la siguiente aclaración por motivos más bien de carácter ético, en donde la donación sufriría objeto ilícito si versa sobre el cerebro o las glándulas sexuales, por cuanto el trasplante de estos, llegaría a afectar sustancialmente la personalidad del receptor o su capacidad de procreación (por la trasmisión de genes hereditarios distintos a los propios). Además ningún país cuenta aún con la tecnología médica adecuada para la realización de este tipo de trasplantes, especialmente de cerebro.

En otro orden de ideas, existe también la donación de fluidos humanos, dentro de los cuales la más conocida y utilizada es la donación de sangre, la cual revisaremos exponiendo los puntos básicos que la configuran de la siguiente forma.

⁵⁷ LODTOTC, publicado en el Registro Oficial No. 398 de 4 de marzo de 2011, Art 3, literal d.

La donación voluntaria de sangre, es el medio a través del cual se obtiene un suministro de sangre segura, para cubrir los requerimientos de los pacientes, muchos de los cuales requieren hemocomponentes en forma periódica como sucede en varias patologías según la enfermedad o en casos de emergencia.

La Ley Orgánica de la Salud en el Ecuador, en su artículo 78, dice: “la donación voluntaria de sangre requiere la expresa autorización, libre, voluntaria y por escrito del donante”⁵⁸, mas debemos tener en cuenta que las donaciones de sangre tienen el objetivo de contribuir a salvar vidas y mejorar la salud de la personas.

En Ecuador la institución que rige la donación de sangre es la Cruz Roja Ecuatoriana, “institución reconocida legalmente según el decreto legislativo publicado en el Registro Oficial No. 1392, bajo la Presidencia de Eloy Alfaro”⁵⁹, institución que además se encarga de fomentar la donación voluntaria de sangre a través de campañas que incluso en la actualidad se han tomado las calles de las principales ciudades de nuestro territorio.

Sin embargo a pesar de ser un acto voluntario de parte del donante, la misma Cruz Roja amparada en la Ley ha establecido una serie de requisitos que revisaremos a continuación:

- Tener más de 17 años y menos de 65.
- Estar en buen estado de salud
- No tomar medicamentos
- Haber desayunado o almorzado al menos dos horas antes de la donación.
- Pesar más de 50 kilos.
- Presentar un documento de identificación con fotografía: cédula, pasaporte, carné estudiantil u otro.
- No haberse sometido a cirugías mayores
- No haberse realizado tatuajes ni piercings en el último año.

Debemos señalar que la ley en la cual se basa la Cruz Roja para normar la dación de sangre con el objetivo de salvar vidas, es la Ley Orgánica de Salud, la misma que en su artículo 71, menciona los requisitos mínimos que debe observar esta institución en el proceso de recolección de sangre y son:

La autoridad sanitaria nacional dictará las normas relativas a los procesos de donación, transfusión, uso y vigilancia de la calidad de la sangre humana con sus componentes y derivados, con el fin de garantizar el acceso equitativo, eficiente, suficiente, y seguro, la preservación de la salud de los

⁵⁸ LEY ORGANICA DE LA SALUD, Ley 67, R.O. Suplemento 423 d 22 de diciembre del 2006.

⁵⁹ www.cruzroja.org.ec

donantes y la máxima protección de los receptores así como del personal de salud.⁶⁰

De lo expuesto hasta el momento podemos concluir que la donación de sangre es un acto altruista en donde prima la voluntad de las personas al querer donar sangre sin importar el destinatario ni tampoco exigir retribución a cambio, únicamente con la satisfacción de haber contribuido de alguna manera a salvar alguna vida, de esta forma podemos afirmar que la donación se puede dar por tres formas que son:

1. Dación expresamente autorizada por el propio dador en vida.- En este caso, se establece que toda persona mayor de edad puede realizarla expresando su voluntad, mas en la actualidad existe un caso bastante sui generis en nuestro país, al obligarnos a todos los ecuatorianos, ecuatorianas y extranjeros residentes legales en el país, mayores de dieciocho años, a convertirnos en donantes a nuestra muerte, a menos que en vida se hubiere manifestado, en forma expresa, su voluntad en contrario en una de las siguientes formas:

- Manifestando su negativa a la donación de órganos, tejidos o células de su cuerpo para posterior implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación; o,
- Restringiendo de un modo específico, su voluntad afirmativa de donación de determinados órganos, tejidos y/o células⁶¹

Pero volviendo a la dación de órganos en vida, la ley de la materia manifiesta que debemos cumplir con los siguientes requisitos:

- (1) Que él o la donante sea mayor de edad, en goce de plenas facultades mentales, con un estado de salud adecuado para el procedimiento y exista compatibilidad biológica, morfológica y funcional con la o el receptor;
- (2) Que la o el receptor tenga parentesco, hasta el cuarto grado de consanguinidad, con la o el donante, o se trate de su cónyuge o conviviente en unión libre; y, que, siendo el caso, se hubiere comprobado la compatibilidad entre donante y receptor mediante las pruebas médicas correspondientes. La misma regla se aplicará para los casos de filiación por adopción.
- (3) Que la o el donante y la o el receptor hayan sido previamente informados de las posibles consecuencias de su decisión y otorguen su consentimiento escrito y notariado, en forma libre, consciente y voluntaria. Dicho consentimiento deberá ser anexado a las respectivas historias clínicas.

⁶⁰ LEY ORGANICA DE LA SALUD, Ley 67, R.O. Suplemento 423 de 22 de diciembre del 2006

⁶¹LODTOTC, Registro Oficial No. 398 de 4 de marzo de 2011, De la donación, artículo 29.

- (4) Que la o el receptor sea una persona determinada en forma previa, de acuerdo al reglamento a la presente Ley,
- (5) Que la extracción de partes o tejidos o la remoción de órganos no implique para él o la donante riesgo de incapacidad funcional permanente
- (6) Que no existan indicios de prácticas ilegales de turismo para trasplante o tráfico de órganos; y,
- (7) En caso de donación cruzada, no constará la identidad de la o el receptor y será codificada por la Autoridad Sanitaria Nacional⁶²

2. Donación cadavérica.-La pérdida de la vida es cuando se presenta la muerte cerebral o cuando se presentan los siguientes signos: ausencia completa y permanente de conciencia, ausencia permanente de respiración espontánea, ausencia de los reflejos del tallo cerebral; y, paro cardíaco irreversible, “una vez comprobada y certificada la muerte de una persona, se podrá disponer de todos o parte de sus órganos, tejidos y/o células, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de esta ley”⁶³, es decir de la actual ley de Trasplante de Órganos y Tejidos.

Sobre este tema la ley y la práctica médica son muy claras, por lo que garantizan una seguridad absoluta. El equipo médico que atiende a un paciente que muere tiene la obligación ética y legal de informar a la Autoridad Sanitaria Nacional que se encuentra ante un probable donante de órganos. Por ley el diagnóstico de muerte debe ser realizado por un médico especialista neurólogo, mediante una evaluación clínica con pruebas específicas donde se constata la irreversibilidad de la lesión encefálica y certificada por métodos instrumentales.

3. Donación presunta. A falta de disposición expresa de la persona para que después de su muerte se realice la donación, se presumirá que ha otorgado su consentimiento para la donación. La oposición de los familiares a la presunción debe efectuarse por escrito, con la presencia de dos médicos o de dos testigos idóneos, de lo que se dejará constancia en la ficha de ingreso en el servicio de admisión o en la historia clínica, si no se expresó nada al respecto con anterioridad.

Por último, de no presentarse los familiares dentro de las seis horas posteriores a la declaratoria de la muerte, se solicitará al juez competente, quien deberá pronunciar de inmediato, la autorización para ablación, este tipo de donación en nuestro país está

⁶²IBIDEM, de los requisitos de la donación en vida, artículo 33.

⁶³IBIDEM, de la donación cadavérica, artículo 41.

condenada a la desaparición por la imposición de la donación a la muerte de todo ecuatoriano o ecuatoriana, de nada sirve que los familiares del fallecido no estén de acuerdo la ablación, de todas maneras continua.

2.3 La disposición de órganos y tejidos humanos: principios y valores comprometidos.

Dentro de la dación de órganos nos encontramos con algunos problemas morales vinculados al ejercicio de la medicina, que continúan siendo bastante criticados, a pesar del tiempo transcurrido y de los avances logrados en esta materia, en este sentido el proceso médico en los últimos años exige la elaboración de normas de conducta de los profesionales de la medicina.

Entre los desajustes o desviaciones ético morales de los profesionales con conocimientos médico científicos, tenemos las manipulaciones genéticas, el desarrollo de nuevos productos farmacológicos y su experimentación en seres humanos, la alteración del medio ambiente y entre ellos no puede faltar, el empleo de órganos y tejidos, incluyendo los bancos de órganos y tejidos y su secuela de situaciones éticas conflictivas en las cuales intervienen los receptores, donantes, los familiares de éstos, los médicos, etc., en particular la dificultad de llegar a una definición satisfactoria sobre la muerte y la donación de órganos.

Cuando se hace mención al tema de los trasplantes de órganos en seres humanos, brotan de inmediato una serie de inquietudes e interrogantes que encontrarán siempre una respuesta condicionada a la concepción jurídica, cultural y ética que predomine en un determinado medio social. Los mismos que llevados a extremos conllevan al prejuizamiento de conceptos que no permiten un normal desarrollo en el tratamiento de un tema lleno de incógnitas como el que nos ocupa.

Pero el problema no solo radica en tratarlo, sino en asimilarlo y adaptarlo a la decadencia de nuestra actual sociedad, puesto que en el momento que las ciencias humanísticas no mantienen el ritmo evolutivo y creador que aparejan los revolucionarios adelantos de la técnica científica, la sociedad se ve lastrada por prejuicios, atavismos y concepciones intelectuales anacrónicas, que por natural conocimiento, originan desajustes y dificultades

de asimilación y adaptación; puntos que si no se concientizan podría resultar menos que insalvables.

Entonces los principios fundamentales referentes a la conducta moral probablemente no han variado, pero es necesario revisarlos periódicamente y ajustar el código de ética a los conceptos cambiantes y a las nuevas situaciones, sin reducir las exigencias básicas del respeto a la integridad del ser humano.

Con respecto al tema vamos a señalar algunos principios y valores comprometidos en la donación de órganos y tejidos, así empezaremos por:

El principio de dignidad, que si bien se encuentra como valor moral desde los albores de la ética, surge claramente en la modernidad, como sustento de una moral autónoma, reconociendo a la persona como fin en sí misma y no un mero medio.

A través del principio de dignidad se considera a las personas como sujetos morales autónomos, seres únicos e irrepetibles, portadores de dignidad y no de precio. En ese sentido la dignidad se constituye en un valor interno, intrínseco y constitutivo de la especie humana, apunta a sustraer a los seres humanos del campo de los objetos de comercio.⁶⁴

La prohibición, en cualquier orden, de instrumentalizar a la persona humana bajo cualquier motivo o excusa es absoluta e irrenunciable, la persona es sujeto, nunca objeto. La dignidad como valor moral de máximo grado de la persona humana se materializa en la autodeterminación consciente, libre y responsable de la vida de las personas, por sí o por representantes, y al mismo tiempo en la valoración y respeto por los demás como pares.

El principio de dignidad se constituye así claramente como una meta principio del que derivan la inviolabilidad e indisponibilidad de la persona.

Por otro lado está, el principio de solidaridad y justicia, entendiéndose por el primero que “La solidaridad es la dimensión social del principio de dignidad, importa considerar a los demás como personas; compromete el desarrollo de lazos e instrumentos de cooperación social, sin los cuales la vida en comunidad sería impracticable”⁶⁵

En base a este principio y en consideración de la escases de órganos para trasplantes, en el reparto debería considerarse la aplicación de principios de justicia distributiva; para ello

⁶⁴ CALÓ Emanuele, “Bioética, Nuevos derechos y autonomía de la voluntad”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 40.

debería atenderse a un equilibrio equitativo entre las personas, sin establecer distinciones arbitrarias en el reparto de derechos y deberes.

El principio de justicia en salud debe permitir el mayor beneficio de los miembros de una comunidad, estableciendo un trato diferencial solo a favor de aquellos sectores menos aventajados de la sociedad. Para ello es necesario la moderación y el equilibrio, considerando la transparencia, publicidad y el pluralismo como ingredientes necesarios para la toma de decisiones en la distribución de recursos de este tipo.

En materia de trasplantes el principio de justicia se concretaría en: “el establecimiento de condiciones de igualdad para todas las personas que podrían beneficiarse con la dación de órganos y tejidos, tratando con la misma consideración y respeto a todos aquellos que se encuentren en condiciones similares.”⁶⁶

El fin propio en materia trasplantológica debería ser considerado del mismo modo que el fin propio de la medicina, en el sentido de intentar, predecir, prevenir, restablecer y paliar en la libertad del despliegue de las capacidades básicas para el desarrollo integral de la persona, más allá de cualquier intento positivista, promotor de un reduccionismo biologista en la consideración del ser humano.

Refiriéndonos ahora a los que también hacen parte del proceso de donación de órganos, la confianza es el cimiento sobre el que se construyen relaciones sociales; también es constitutiva de relaciones singulares, al confiar en los demás, existe un reconocimiento a la autodeterminación y autonomía, evidenciándose el reconocimiento de la personalidad del otro. La protección de la confianza es fundamental para el desarrollo pacífico de la vida social y la paz jurídica.

Por otro lado también está el consentimiento informado, que constituye un elemento integrador de la confianza que debe reinar en el acto trasplantológico al ser utilizado como herramienta que equilibra la relación entre los equipos de procuración y trasplantes y los pacientes con sus familias.

El consentimiento informado es un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su infinita dignidad; la información debe ser auténtica, humana, en el sentido de acompañarla con el calor debido a algo tan

⁶⁶ CALÓ Emanuele, “Bioética, Nuevos derechos y autonomía de la voluntad”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009.

trascendente como son las decisiones en las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica⁶⁷

Respecto de este tema de los principios, nuestra legislación interna a través de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de órganos, Tejidos y Células manifiesta lo siguiente:

Artículo 4.- Principios.- Además de aquellos establecidos en la Constitución de la República y los tratados internacionales vigentes sobre la materia, la presente Ley se rige por los siguientes principios:

- **Altruismo:** es la conducta humana que refleja una actitud de servicio voluntaria, manifestando preocupación o atención desinteresada por el otro.
- **Voluntariedad:** actitud humana que manifiesta, libre y potestativamente, la intención de participar en un proceso de donación.
- **Gratuidad:** no se podrá ofrecer ni percibir compensación económica o valorable económicamente por la donación de órganos y/o tejidos humanos, por parte del donante o cualquier otra persona natural o jurídica.
- **Solidaridad:** es uno de los principios de la filosofía social y política que determina una relación entre seres humanos, derivada de la justicia, fundamentada en la igualdad, que busca del bien del prójimo.

- **Transparencia:** todos los procesos relacionados con la donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos se realizarán con transparencia de manera que permitan y promuevan el conocimiento, contenidos, trazabilidad y fundamentos para la realización de los mismos;
- **Interculturalidad:** la consideración y garantía de respeto a la diversidad que en relación con la salud y la integridad de la persona tienen las y los miembros de los colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades; así como, el diálogo entre los saberes sobre la salud humana entre las culturas; y,
- **Bioética:** el examen moral, interdisciplinario y ético de las dimensiones de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales.⁶⁸

Como podemos observar la ley menciona con claridad cada uno de los principios en los cuales se debe basar el proceso de donación de órganos en nuestro país, con lo cual no queda duda que el donante debe realizar o actuar en base a su voluntad y no por imposición de nadie ni siquiera de la ley como se pretende en la actualidad con el artículo 29 que habla de la donación.

Al parecer se ha equivocado la forma de acceder a la población y de solicitarle que sean dadores, pues los estudios realizados sobre actitudes de la población sobre dación y trasplante muestran de forma uniforme que una gran mayoría está a favor y que donaría

⁶⁷ GALÁN CORTEZ, Julio César, la responsabilidad médica y el consentimiento informado; <http://smu.org.uy/literatura/rmu/1999v1/art2.htm>

⁶⁸ LODTOTC, R.O. No. 398 de 4 de marzo de 2011, Artículo 4. De los principios.

órganos de su propio cuerpo, de ahí la importancia de que todos nosotros en algún momento de la vida, transmitamos a nuestra familia, a nuestros amigos, el deseo de ser considerados dadores llegado el caso.

Por lo que la fórmula tal vez era la de realizar intensas campañas de concientización para que esa manifestación de voluntad positiva, solidaria con el prójimo se hiciera realidad además de la evidencia y valoración del trabajo que realizan en hospitales enfermeras, médicos y profesionales en cuanto se refiere a los trasplantes de órganos con el solo objetivo de salvar vidas.

La dación de órganos tiene que llegar a ser considerada, una decisión de alta valoración moral y creciente reconocimiento social. Debe ser mirada tanto por los familiares del donante como por la sociedad en general, como un acto tremendamente útil, que cierra el ciclo de una vida pero que al mismo tiempo es fuente de vida. Por ello es necesario el firme compromiso de todos si queremos incrementar los logros alcanzados en tratamientos con trasplantes, dejando de lado la obligatoriedad que bien puede causar el efecto contrario.

CAPITULO III

3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

En la vida social es frecuente que la conducta de unas personas proyecte sus efectos sobre los intereses ajenos, a veces, esa repercusión se manifiesta en la producción de pérdidas, de manera que la acción de unos causa daño a otros. Estos actos perjudiciales, lesivos, son los que turban en mayor grado la armonía de la paz de la sociedad y los actores implicados en ella.

La víctima de una acción perjudicial desea y espera que el causante le indemnice sus pérdidas, pues es el responsable quien debe pagar los daños y perjuicios o por lo menos así lo menciona el Código Civil de la República del Ecuador. Más resulta que una de las principales preocupaciones de la doctrina civil sobre el daño, es la de determinar el momento en el cual se produce el daño y por lo tanto la responsabilidad o no del causante.

Por otro lado es también una de las constantes de esta doctrina saber en qué casos es suficiente una conducta humana dañosa para comprometer a su autor y en qué casos no, establecer el grado de responsabilidad que tienen cada uno de los sujetos que intervienen el acto que provoca el daño puede ayudarnos a establecer en qué forma debe darse el resarcimiento o reparación del mismo, en este sentido es que se ha desarrollado la teoría de la responsabilidad civil para ayudarnos a dilucidar todo este tipo de dudas que nos asaltan al momento de enfrentarnos a casos específicos.

En un principio, la responsabilidad civil como tal deberá entenderse como un presupuesto vinculado a una persona, se trata de un término que refleja la relación de la responsabilidad que existe ante un tercero que resulta afectado, es decir existe un nexo entre el sujeto que ocasiona el daño y aquel que lo ha soportado. “Jurídicamente hablando, el término

responsabilidad sugiere la obligación de asumir las consecuencias de un daño, sea este el resultado de un hecho o un acto o una conducta”⁶⁹

La responsabilidad civil que es la consecuencia del hecho ilícito y consiste en la obligación de reparar los daños y perjuicios causados, se clasifican tradicionalmente en “extracontractual y contractual”⁷⁰

La responsabilidad contractual es la que nace para quien haya incurrido en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones que han sido determinadas en razón de un contrato que suscribieron las partes armonizando sus voluntades.

Las obligaciones contenidas dentro de los contratos para cada una de las partes contratantes, se clasifican habitualmente de medios y de resultados, las mismas que según sea el caso tienen una gran importancia a la hora de determinar la responsabilidad civil contractual, el incumplimiento, que es uno de los requisitos básicos para que la responsabilidad se produzca, dependerá de la clase de obligación.

Cuando una norma o un contrato obligan a una persona a alguna cosa determinada, sea ésta una acción o una abstención (hacer o no hacer algo), esta obligación es considerada de resultado. Tal es el caso de un médico que debe atender a su paciente, aquí la responsabilidad es prácticamente automática, pues la víctima sólo debe probar que el resultado no ha sido alcanzado, no pudiendo entonces el demandado escapar a dicha responsabilidad, excepto si puede probar que el perjuicio proviene de una causa ajena (por ejemplo, que se debe a caso fortuito o de fuerza mayor)

Por otra parte, en aquellos casos en que una norma o un contrato sólo obligan a las partes a actuar con prudencia y diligencia y una de ellas ha incumplido, la obligación es considerada de medios. Este es el caso de la obligación de sanarlo, sino de poner sus mejores oficios y conocimientos al servicio del paciente, es decir de actuar en forma prudente y diligente (aunque hay excepciones, en algunos casos el médico asume una obligación de resultado, como ocurre en la cirugía estética). En estos casos la carga de la prueba le corresponde a la víctima o demandante, quien deberá probar que el agente fue negligente o imprudente al cumplir sus obligaciones.

⁶⁹ RAVE MARTINEZ, Responsabilidad Civil Extracontractual, 10ed., Temis, Bogotá, 1998, pág. 4-5.

⁷⁰ MANUEL BEJARANO SANCHEZ, Obligaciones Civiles, De la responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Ed. Haria 1997, pág. 223.

En el caso de la obligación de medios es más difícil probar la responsabilidad civil, dado que el incumplimiento no depende sólo de no haber logrado el resultado (en el ejemplo anterior, sanar al paciente) sino que habría que demostrar que pudo ser posible haberlo logrado si el obligado hubiese actuado correctamente.

En cambio la responsabilidad extracontractual consiste en la obligación de reparar un daño ocasionado en el patrimonio de otra, pero con la que no existe ningún vínculo contractual, es decir nace de los hechos jurídicos o mejor conocidos como las conductas ilícitas que provocan el deber legal de reparar el daño causado.

La responsabilidad civil extracontractual puede configurarse “cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por una cosa de su propiedad o de que sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido”⁷¹.

Así la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual entendida como institución, es la de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social, cuando, entre causante y víctima, se hace abstracción de cualquier otra relación que no sea la generada por el llamado deber de *neminem laedere* (de no hacer daño a otro), cuyos polos subjetivos están indeterminados, porque el deber que constituye su contenido, al igual que grava a todos los ciudadanos, está concebido a favor de la protección de todos los intereses jurídicamente protegidos de cualquier ciudadano.

Dentro de este contexto la jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que la responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración, en este sentido, la culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto.

Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con inobservancia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Así nuestro Código Civil es fiel seguidor de esta teoría de la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, al consagrar la fórmula: responsabilidad igual a culpabilidad en el artículo 2214 que impone

⁷¹ CODIFICACION AL CODIGO CIVIL, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, codificación de 10 de mayo de 2005.

la obligación de indemnizar al que ha cometido un delito o cuasidelito que ha ocasionado daño a otro.

Pero en este punto bien cabe hacer una diferenciación entre lo que es la responsabilidad penal que resulta personalísima, intransferible y termina con la muerte del presunto responsable, y la responsabilidad civil que se transmite a los herederos ya sean de manera activa por el causante o de manera pasiva por el perjudicado, así bastará entonces la imputabilidad de la responsabilidad a una persona, sea este el agente directo o sus herederos como lo afirma Martínez Rave, cuando dice:

En la responsabilidad civil no es esencial y necesario ese vínculo subjetivo que los partidarios de la culpa exigen como elemento integrante de esa responsabilidad, porque lentamente han venido apareciendo circunstancias que determinan la responsabilidad civil sin que ella se presente o acredite. En el caso de la responsabilidad por hechos de terceros, no existe nexo subjetivo entre el resultado y el responsable a quien se reclama la indemnización.⁷²

Concluyendo la responsabilidad extracontractual, se configura cuando existe una falta a un deber legal, pero también supone la obligación que ha de generarse para el responsable de reparar, por lo que el legislador ecuatoriano además ha diferenciado ya como fuentes de obligaciones a los contratos de los cuasicontratos y delitos y cuasidelitos.

En este sentido Díez – Picazo define la responsabilidad como la “sujeción de una persona que vulnera un daño producido”⁷³. Aunque normalmente la persona que responde es la autora del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor de daño, caso en el que se habla de responsabilidad por hechos ajenos.

En el ordenamiento jurídico interno existen profundos vacíos en cuanto a la responsabilidad civil de los médicos así como en la responsabilidad penal, en la cual ni siquiera se ha tipificado aun la mala práctica médica en el catalogo de delitos del Código Penal, como ya lo han hecho otras legislaciones.

La legislación médica en la República del Ecuador, debe quedar claramente establecida, a fin de que los pacientes sientan la seguridad en la atención médica y que también los médicos trabajen en un ambiente de confianza, que evite la práctica de la medicina defensiva, como sucede, por ejemplo en Estados Unidos, donde el excesivo número de

⁷² G. MARTINEZ RAVE: Responsabilidad Civil Extracontractual.

⁷³ VER MAS: Responsabilidad civil del médico en Ecuador, Marco. R. García, http://www.bioetica.org.ec/articulo_responsabilidad_civil.pdf

demandas a los profesionales, por supuestas malas prácticas médicas ha llevado al retiro de prestigiosos profesionales.

La responsabilidad puede tener su origen en actos de otra persona por la que debemos responder: un padre es responsable de los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad; el Estado puede ser responsable también por errores judiciales, por accidentes causados por el mal estado de las carreteras, etc.

Ahora bien, es indudable que tratándose de una dación, ha de exigirse para su validez la capacidad plena del donante además se debe establecer la responsabilidad de cada una de las partes intervinientes, es así que a continuación determinaremos la responsabilidad de los sujetos que intervienen en la donación de órganos.

Al margen de este capítulo es necesario exponer cuales son las responsabilidades de los sujetos que intervienen en la dación de órganos, cabe resaltar que ya tenemos conocimientos previos de los sujetos intervinientes ya que los definimos en el capítulo anterior.

La condición de dadores que por ley todos los ecuatorianos y residentes tenemos, no es más que la expresión de que están dispuestos a donar en el potencial caso de que sufran un accidente grave y pierdan de manera irreversible las funciones básicas de su cerebro. Esta muerte cerebral o encefálica se determina en las salas de cuidados intensivos o en las áreas de emergencia,

En la actualidad en la República del Ecuador, la manifestación, restricción o condicionamiento de la voluntad para la donación de componentes anatómicos se hará constar en la cédula de ciudadanía y en cualquier otro documento de identificación en el caso de los extranjeros residentes legalmente en el país. La negativa de las personas a ser donantes no generará discriminación alguna y no podrá ser utilizada de modo público por ninguna autoridad, persona o medio de comunicación.

Por lo tanto según la ley, la responsabilidad del dador se enmarca en el siguiente contexto: toda persona podrá ser dador cuando se compruebe el diagnóstico de muerte bien sea ecuatoriano o legalmente residente en el país, pero la excepción de la regla son los menores de dieciocho años de edad que no sean emancipados, solamente sus padres y a falta de éstos su representante legal podrá autorizar, en forma exclusiva, la donación de sus órganos, tejidos y/o células especificando los alcances de la misma; en ausencia de estas

personas, podrán intervenir los jueces de la niñez y adolescencia competentes, para autorizar la donación.

Por otro lado la extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que se prevean grandes posibilidades de éxito del trasplante, que requerirá de la declaración de consentimiento informado de la o el donante, otorgada ante notario público. A esta declaración será incorporado el correspondiente informe psiquiátrico sobre la normalidad de sus facultades mentales, para tal efecto será necesario contar con el informe motivado del Comité de Ética del hospital trasplantador.

El estado de salud físico y mental de la o el donante deberá ser certificado por un médico, distinto de aquellos que vayan a efectuar la extracción y el trasplante. Dicho profesional deberá informar al paciente respecto a los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático y psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional y los beneficios esperados.

El documento de cesión, donde se hace constar la conformidad con la donación, será firmado por la o el dador, el médico que ha de efectuar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse, en forma expresa, a la donación en caso de dudar respecto de la idoneidad del consentimiento de la o el dador lo que será notificado inmediatamente al organismo regulador. Entre la firma del documento de cesión del órgano y de la extracción del mismo, previa la autorización de la Autoridad Sanitaria Nacional, deberán transcurrir por lo menos veinticuatro horas.

El consentimiento informado de la o el dador vivo, no podrá ser sustituido ni complementado. Sin embargo, podrá ser revocado, en forma verbal, hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica, mientras la o el dador conserve la capacidad para expresar su voluntad. Esta revocatoria no generará obligación de ninguna clase ni dará lugar a indemnización alguna por los daños y perjuicios

Al respecto el Reglamento a la Ley Orgánica a la Donación de Órganos, en el artículo 6, establece lo siguiente:

- a) No podrá procederse a la extracción de un órgano o componente anatómico, sin que previamente el donante y receptor hayan sido informados, por el coordinador de trasplantes hospitalario o del servicio de la especialidad comprometida o, a su vez, por quien haga las veces del

- mismo, sobre las posibles consecuencias o secuelas físicas o psicológicas de su decisión y sobre la evolución previsible en uno y otro caso;
- b) La decisión del dador y la comprensión del receptor y de los procedimientos cumplidos, deberán quedar asentados en un formulario que para el efecto elaborará el INDOT, en el que además deberán firmar dos testigos,
 - c) Para el caso en el que el dador sea menor de edad, en lo relativo a la donación de médula ósea, podrá ser autorizada exclusivamente por los padres del menor.
 - d) No podrá extraerse un componente anatómico, si no se ha predestinado el receptor, a quien igualmente se le instruirá de las circunstancias señaladas en el literal anterior.⁷⁴

El receptor es el beneficiario directo de la práctica de trasplantes y muchas de las consideraciones morales, éticas y jurídicas deben estar indudablemente orientadas a favorecer no sólo la realización correcta del procedimiento sino también a garantizar, cuando se trata de un receptor en lista de espera de órganos de cadáver, condiciones de equidad y justicia.

La Ley General de Salud de México enfatiza la gratuidad de la donación y agrega en uno de sus artículos que “los trasplantes podrán llevarse a cabo solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de sus investigaciones realizadas al respecto; agregando los requisitos que los receptores deben cumplir”.⁷⁵

El receptor es el que da su consentimiento para los efectos de la dación, este consentimiento significa aceptar la dación como una proposición concreta y completa, si bien no se sabe el origen del órgano, el receptor al haber manifestado su voluntad, estar debidamente informado y constar en la lista de espera acepta el mismo con el fin de mejorar su salud y optimizar su estilo de vida.

3.1 Responsabilidad de las instituciones médicas y bancos de órganos y componentes anatómicos.

En caso de las instituciones médicas, bancos de órganos y componentes anatómicos, la Autoridad Sanitaria Nacional, en ejercicio de su rectoría creará, autorizará y regulará el funcionamiento de bancos de tejidos, progenitores no embrionarios ni fetales,

⁷⁴REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LA LEY ÓRGANICA DE TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS. Artículo 6. Registro Oficial N° 732 del 26 de junio de 2012.

⁷⁵Reformatoria a la Ley General de Salud de México, DOF-24-04-2006.

hematopoyéticos y células no embrionarias ni fetales. Las obligaciones de estos se establecerán en el reglamento que se dicte para el efecto.

Los centros públicos y privados acreditados, que realizarán la implantación de tejidos y/o célula, para que tengan acceso a los mismos, serán registrados en una base de datos y su entrega se realizará según el reglamento correspondiente.

Los bancos de tejidos y/o células garantizarán que todos los procedimientos asociados con su obtención, procesamiento, transporte, almacenamiento y distribución se encuentran documentados en manuales de procedimientos y se ajusten a las normativas internacionales y requisitos establecidos por la Autoridad Sanitaria Nacional.

Todas las instituciones, entidades y/o profesionales, que formen parte del Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplantes, deberán contar con la acreditación respectiva emitida por la Autoridad Sanitaria Nacional.

Forman parte de Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplantes:

- Los hospitales e instituciones del Sistema Nacional de Salud;
- Los laboratorios clínicos
- Los bancos de tejido y bancos heterólogos
- Los profesionales médicos o equipos médicos especializados en trasplantes;
- Los centros de investigación científica que desarrollan actividades relacionadas con los trasplantes de órganos, tejidos y/o células.
- El Sistema aeroportuario del país dentro del ámbito de su competencia
- La Función Judicial, dentro del ámbito de su competencia; y,
- Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, distritales y municipales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

La Autoridad Sanitaria Nacional, a través de los mecanismos pertinentes, creará y/o fortalecerá unidades de alta complejidad en el sistema público, con la finalidad de generar las capacidades suficientes y necesarias para desarrollar la actividad trasplantológica en el país, las mismas que formarán parte del Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplante, siendo responsables de la supervisión, seguimiento y evaluación en las fases de pre-trasplante, trasplante y post –trasplante; así mismo priorizará la capacitación del personal sanitario y garantizará los recursos humanos suficientes y necesarios para tal fin.

Los trasplantes de órganos, tejidos y/o células solamente podrán realizarse en los hospitales e instituciones de salud que cuenten con la autorización de la Autoridad Sanitaria Nacional, la acreditación será otorgada por la entidad o dependencia designada por la Autoridad Sanitaria Nacional;

Esta misma autoridad tiene la potestad de suspender o retirar de forma inmediata y luego de la correspondiente inspección, la autorización y/o acreditación a los programas de trasplantes a los establecimientos de salud que no realicen estos procedimientos de conformidad con el reglamento correspondiente; y, esta institución será solidariamente responsable por los perjuicios que se deriven de la acreditación de establecimientos y profesionales que no hubieren cumplido con los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento de aplicación.

Es decir las instituciones con las que se desarrolle la actividad trasplantológica en nuestro país y sus equipos de profesionales serán solidariamente responsables por cualquier violación a los preceptos de la Ley Orgánica de Trasplante de Órganos y Tejidos y su reglamento de aplicación.

Pero concomitantemente con esta responsabilidad también se configurará la del Estado que según la Carta Magna vigente establece unas “responsabilidades del Estado sobre la salud”⁷⁶, así mismo, se refiere en general a las “personas o entidades que presten servicios públicos y se hace referencia a la mala práctica en el ejercicio de su profesión, lo que claramente determina que la práctica médica debe atender esta responsabilidad establecida en la Constitución.”⁷⁷

El traslado, la reservación, conservación, manejo, etiquetado, claves de identificación y los costos asociados al manejo de órganos, tejidos y células que se destinen a trasplantes, se ajustaran a lo que establezcan las disposiciones generales aplicables en esta materia y al control efectivo del INDOT.

La institución designada, en este caso el INDOT, tendrá a su cargo el registro nacional de trasplantes, el cual integrará y mantendrá actualizada la información sobre los receptores, donadores, establecimientos y profesionales autorizados y casos de muerte cerebral con el fin de viabilizar de forma justa y equitativa este proceso.

⁷⁶ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, Art 363.

⁷⁷ Ibidem, Artículo 54.

El artículo 361 de la Constitución de la República del Ecuador, describe “la obligación del Estado para ejercer la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional”⁷⁸ se identifica los actores del servicio público y las características fundamentales de seguros de calidad, calidez y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. “Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.”⁷⁹

Sin embargo de todos los beneficios que mencionan las leyes que hacen parte del ordenamiento jurídico interno, la gratuidad y universalidad de los servicios estatales de salud es una realidad sólo en el papel, porque los familiares deben adquirir la mayoría de insumos y medicamentos para la atención de los pacientes en una entidad pública, esto se ratifica a diario cuando vemos en televisión las ayudas económicas que se solicitan para la atención de los pacientes y cuando acudimos tan solo al área de urgencias de cualquier hospital.

La Ley Orgánica de la Salud señala que: “corresponde a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria”⁸⁰.

Este artículo establece no solo la investigación y sanción por parte de la autoridad sanitaria, sino también abre campo para la acción de la justicia ordinaria que dicho sea de paso adolece de múltiples falencias que desdibujan su imagen ante los usuarios o víctimas. De hecho, cada vez con más frecuencia se denuncian supuestos casos de mala práctica médica, que son investigados por la fiscalía y que luego pasan en algunos casos a conocimiento de los hoy mal llamados jueces de garantías quienes aplican figuras tradicionales de otros delitos para juzgar la mala práctica médica que como ya lo mencionamos aún no está tipificada.

Concluyendo es necesario mencionar que es responsabilidad del INDOT, la asignación de órganos y tejidos de donador no vivo tomando en cuenta la gravedad del receptor, la oportunidad del trasplante, los beneficios esperados, la compatibilidad con el receptor y

⁷⁸ Ibidem, Art 361.

⁷⁹ Ibidem, Artículo.362.

⁸⁰ Ley Orgánica de la Salud, R.O. No. 423, de 22 de diciembre de 2006, Artículo 1999.

cuando no exista urgencia o razón médica para asignar preferentemente a listas con los datos de la lista en espera.

3.2 Responsabilidad de los médicos tratantes.

Hoy en día nos encontramos en una situación en donde existe la conciencia de que no deberá existir un perjuicio sin reparación y, especialmente, cuando son las personas las que reciben directamente el daño. Consecuentemente el individuo en la actualidad se encuentra en una posición reacia a aceptar el infortunio o a considerar que existen efectos inevitables de tal manera que busca el porqué de los resultados y la responsabilidad del autor con el fin de obtener una reparación.

En el ámbito de la medicina se ha logrado llegar a la realidad de desarrollar o implementar prácticas que antes eran una utopía, tal vez por eso el riesgo de causar algún daño sea conscientemente o inconscientemente es mayor, así nos deja ver el tratadista Alarcón Fidalgo cuando dice que:

“El desarrollo de la medicina ha elevado, de tal manera que hoy parece casi obvio la posibilidad de realizar lo que ayer era imposible. Paralelamente aumentan también las exigencias de eficacia del médico y la tendencia a atribuir a ésta la culpa, cuando el esperado éxito del tratamiento no se produce”⁸¹

La responsabilidad del médico tratante se puede ver particularizada en la relación que existe en el paciente y el médico y todo lo que esto conlleva, ya que ha pasado de ser una relación *intuitu personae* a una relación totalmente indirecta dado que prevalece la relación que existe entre el médico y el órgano hospitalario con el cual el médico, en la mayoría de los casos mantiene una relación de dependencia.

Adicionalmente, es importante establecer que la práctica médica no es una actividad que se pueda calificar como peligrosa en ningún ámbito, solo que ordinariamente implica sendos riesgos naturales del acto médico que se podrían estimar en mayor o menor medida al momento de ser ejercida dentro de la práctica y por tanto, la sola idea de ver como

⁸¹ ALARCÓN FIDALGO: “el aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias”, Javegraf, Bogotá, 1996, pág. 33.

responsabilidad objetiva resulta totalmente contradictoria con la naturaleza misma del acto médico ya que desconoce su carácter humanístico.

Por otro lado se plantea la equiparación del desarrollo del acto médico a las actividades que sí son consideradas como peligrosas, siendo estas las que constituyen potencialmente un riesgo para las personas. Hecha esta aclaración es demás notorio que no se le podría atribuir esa característica al ejercicio de la práctica médica con el fin y único pretexto de memorar la condición del paciente-víctima en cuanto a la carga de la prueba, presumiéndose la culpa médica.

La norma ecuatoriana establece que el deber del médico es brindar información oportuna y veraz al dador, receptor y su grupo familiar, esta información se basa en que el paciente, como el grupo familiar, comprenda la operación quirúrgica que se va a realizar para que, en definitiva, la decisión que se tome sea el producto de una elaboración mental, serena mediata, reflexiva y no de un impulso emocional y, el previo deber de información pesa sobre los profesionales de los equipos médicos específicos del trasplante a efectuar.

Esta información deberá ser:

- a) **Clara.**- Debe entenderse que la información llegue al receptor, que no esté viciada de tecnicismos impropios para la persona común, es decir debe ser exclamada en lenguaje casero si se quiere.
- b) **Suficiente.**- Debe entenderse, que la misma debe ser global o por lo menos disponible hasta el momento del último diagnóstico o sea en todo momento se proporcionara el máximo de noticias respecto del tratamiento o procedimiento que se está realizando.
- c) **Adaptada a su nivel cultural.**- 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 para no causar malos entendidos que pudieran desembocar en otro tipo de problemas.

Es importante establecer que la responsabilidad del médico es, generalmente, de carácter contractual y sólo de manera excepcional la responsabilidad del médico será consecuencia de una relación extracontractual; incluso se ha considerado algunas veces que el médico

puede llegar a responder en virtud de un cuasicontrato, temas que serán analizados en el desarrollo del punto siguiente.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra el Código de Ética Médica en su capítulo II, que habla sobre los deberes para con la sociedad y menciona lo siguiente:

Cuando sea requerido a cumplir una obligación extraordinaria de beneficio social, tendrá libertad para realizar su cometido en condiciones que no atenten contra su integridad personal.

Se procurará que los riesgos que representen para la salud la contaminación ambiental, colaborando con las instituciones, personas y comunidades en la promoción y realización de actividades destinadas a eliminar tales riesgos. La promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y rehabilitación médica y social son imperativos éticos de la profesión médica.⁸²

Es importante destacar que los profesionales de la medicina que intervengan en la extracción de órganos y tejidos o en trasplantes, deberán contar con el entrenamiento especializado y respectivo en la materia, caso contrario no deben ejercer ni disponerse a realizar procedimientos quirúrgicos de alta complejidad como los trasplantes de órganos.

Finalmente es importante destacar que la legislación penal en el Ecuador no contiene el tipo penal que sancione la mala práctica médica, motivo por el cual a diario se producen casos de mala praxis que arrojan cifras impresionantes de víctimas que han quedado con taras físicas y psíquicas de por vida, además la institución rectora de la salud que es el Ministerio de salud adolece de falencias en cuanto al cumplimiento de su deber cual es el de velar y garantizar que los servicios de salud al igual que los profesionales que intervienen en el, sean de la más alta calidad.

3.3 Delitos civiles y cuasidelitos civiles en la dación de órganos y tejidos humanos.

Las personas dentro de la cotidianidad de sus actos, siempre manifiestan su intención o exteriorizan su voluntad, o bien su accionar puede ser producto del descuido o negligencia, careciendo de la existencia de la voluntad pero de todas maneras haciéndolos responsables por las consecuencias que se deriven de estas aptitudes.

⁸² CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, Acuerdo Ministerial 14660, R.O. No. 5 de 17 de Agosto de 1992, Art 3,4,5

Los daños civiles son hechos ilícitos generados por una persona con la intención de generar un daño a otro, mientras que los cuasidelitos varían del primero por que el individuo no tenía el propósito de generar daño. El análisis de la intencionalidad de la persona al momento de cometer el daño es sumamente importante ya que en virtud de ésta se puede llegar a determinar el nivel de responsabilidad que su accionar le acarrea.

Ahora bien, el error de conducta puede ser intencional, pudo haberse cometido de propósito, en cuyo caso se habla de delitos. También puede ser no intencional al haber sido ejecutado sólo por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, y entonces se dice que hay culpa en sentido estricto lo que se conoce como un cuasidelito.

“El hecho ilícito puede constituir un delito o cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo, que según la definición del artículo 29 del C.C. es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad del otro. Cuasidelito, es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del artículo citado es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Un mismo hecho ilícito puede constituir delito y cuasidelito, de acuerdo con la circunstancia de haber sido cometido con malicia o dolo, o con negligencia o descuido.”⁸³

Para un mejor entendimiento y aproximación de este tema, es necesario definir los conceptos básicos que nos ayudaran a dilucidar algunas dudas y de esta forma evitaremos también confusiones, así tenemos:

- Delito: es el daño causado a otra persona con intención de perjudicarla, esto es con dolo.
- Cuasidelito: es el perjuicio causado a otra persona culposamente, es decir por negligencia, impericia o inobservancia de la ley.

La característica fundamental del delito es el dolo, y del cuasidelito es la culpa, los delitos y cuasidelitos están compuestos de todos los hechos injustos y culpables que luego de ofender el derecho ajeno obligan al autor a indemnizar y resarcir los daños que haya sufrido el ofendido por estos actos.

Dentro del derecho, esta gradualidad de la intención se encuentra en las figuras del dolo y culpa, de esta manera, el dolo es entendido como la voluntad de cometer un acto, mientras

⁸³ Resolución No. 334 de 1999. Publicado en Registro Oficial 257, 18-VII-1999.

que culpa o negligencia es el acto realizado sin voluntad pero que produce daños de todas maneras.

Los preceptos de dolo, culpa o negligencia y su respectiva gradualidad se encuentran determinados en el artículo 29 del Código Civil, en donde la ley distingue tres especies de culpa o descuido que son los siguientes:

- Culpa grave, negligencia grave culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.
- Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.
- Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.
- El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad del otro.⁸⁴

De lo expuesto se puede colegir que existen diferentes tipos de culpa que dependen del grado de descuido o negligencia con la que actuó el sujeto activo de esta infracción. Por otro lado se puede notar a simple vista que la definición del dolo es única y que no está sujeta a ninguna graduación por lo tanto es el elemento que necesariamente tiene que intervenir para la configuración de un delito, así nos deja ver con toda razón el tratadista Alessandri cuando dice: “que delito es el acto ilícito intencional perjudicial y el cuasidelito, el acto ilícito culpable y perjudicial”⁸⁵

Respecto de la culpa podemos decir que es la violación dañosa del derecho ajeno, cometido con libertad pero sin malicia por alguna causa que puede y debe evitarse; y refiriéndome al dolo decimos que es la violación dañosa del derecho ajeno cometida con libertad, pero con malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse; tenemos entonces que las dos situaciones tienen un punto de contacto: la voluntad del autor y lo perjudicial de sus efectos.

Sin embargo también se ha de anotar que estas dos figuras también tienen su diferencia: así el dolo o delito está sancionado por la ley expresamente y los actos cometidos son queridos por el autor con la intención de causar daño, en cambio, la culpa o cuasidelito nace de una acción que al principio es lícita pero no tiene efectos lícitos, esto es, tiene efectos que son

⁸⁴ CODIFICACION DEL CÓDIGO CIVIL, suplemento 46. Codificación 2005-10, de 10 de mayo de 2005. Artículo 29

⁸⁵ ALESSANDRI RODIRGUEZ, Teoría de las obligaciones, imp. El Esfuerzo. Santiago 1934, Chile pág. 16

causados sin intención del autor, no son queridos por él, pero al no poner los medios necesarios para poder evitarlos estando en capacidad de hacerlo llegan a producirse y por lo tanto responde por los daños.

Como dice el tratadista Fernando Vélez en su obra de derecho civil “para que haya delito con culpa que haga civilmente responsable al autor de uno o de lo otro se requiere a) que sean ilícitos, b) que el autor sea responsable, y, c) que causen daño...”⁸⁶, en este sentido el hecho ilícito genera obligaciones, para aquella persona que comete un delito o cuasidelito, y este acto, ya sea intencional o culposo produce un daño que obliga a reparar el perjuicio causado, indemnizando a quien lo haya padecido.

Para poder entender de mejor manera la debida o indebida aplicación del derecho es necesario que nos remitamos a estudiar casos de la vida real, como el siguiente que sucedió en un hospital de Perú:

Según relata Lorena Gutiérrez, antes de que su esposo ingresara al hospital de salud de Calan en Perú, le hicieron firmar un documento de admisión. Luego, a las 2 de la tarde, los médicos certificaron la muerte de esta persona. En este momento que se acercaron los médicos para pedir a Lorena Gutiérrez la autorización de donación de órganos del finado. Ella asegura que dijo que no. Luego fue conducida por tres personas del hospital a un consultorio, donde le hacen firmar un documento para el retiro del cadáver y le sujetan el dedo para que imprima su huella digital, posteriormente, sin que ella lea el documento que había firmado, los médicos se retiran y le refieren que podía retirar el cadáver de su esposo al día siguiente. El cadáver del finado fue llevado a la morgue central y es allí donde el médico legista observa la sustracción de órganos que le practicaron en el hospital. Fue un familiar de la víctima quién denunció que esta práctica se había realizado sin el consentimiento de la familia, responsabilizó en su denuncia al director del Hospital Es salud y los médicos que le operaron, mostraron el documento que la viuda firmó autorizando la donación de órganos a la Unidad de Tejidos y Órganos. Estos fueron trasplantados a pacientes de otros hospitales de Perú, para poder salvar sus vidas, señalaron en una conferencia de prensa. Por su parte el director del hospital indicó que se iniciará una investigación para descartar una posible negligencia médica al no haber actuado inmediatamente frente a un cuadro de traumatismo encéfalo craneano⁸⁷.

Del caso expuesto bien podemos notar como los galenos actuaron con evidente dolo frente al dolor de la viuda, quienes mediante engaños hicieron estampar la firma de la viuda en supuestos documentos para el retiro del cadáver de su esposo, cuando en realidad era una autorización para cercenar los órganos del cadáver de su esposo, si bien es cierto el fin que

⁸⁶ FERNANDO VÉLEZ, Derecho Civil, París – América T IX pág. 2.

⁸⁷ CFR, <http://www.elbuho.com.pe/antiores/web347/regional3M.htm>, órganos de víctima fueron donados en confusas circunstancias, Denuncian Negligencia Médica.

persiguen los galenos es lícito al querer salvar vidas, el medio que utilizaron los lleva a ser acreedores de una sanción tanto administrativa por parte de la Institución médica en la que trabajan, como sanciones civiles por los daños causados y penales por incurrir en un delito al actuar con evidente dolo frente a la viuda de este caso.

3.4 El resarcimiento: la acción civil de daños y perjuicios.

Para tener claro este tema es trascendental dilucidar algunos términos que se utilizan dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina, como la legislación ecuatoriana, utiliza los términos de daños y perjuicios al referirse a la reparación de daños, podríamos pensar que estas dos palabras tienen diferente significado, pero para aclarar estos términos deberemos remitirnos al derecho romano.

Dentro de este derecho que acabamos de citar, se consideraba que dentro de la indemnización de daños y perjuicios habían dos componentes: el daño emergente y el lucro cesante, es decir el daño se lo relacionaba con el daño emergente, en cambio al perjuicio se lo relacionaba con el lucro cesante, entendiendo estas dos figuras como “Daño emergente es la pérdida del objeto propio de la obligación, y lucro cesante como la utilidad o ganancia no obtenida al incumplimiento, mora o cumplimiento parcial del objeto de la obligación”⁸⁸.

En este sentido y luego de ver la concepción romana que fueron los inicios de la doctrina respecto del daño, bien podríamos citar un ejemplo o caso práctico en el cual se pueden dilucidar estas dos figuras, dentro de un procedimiento médico quirúrgico mal hecho, así tenemos:

En Bilbao, la familia de Ibai Uriarte, el niño de 5 años que recibió un trasplante de cinco órganos de un menor que había muerto en Portugal, denunciará y pedirá una indemnización al Hospital de Cruces, por los presuntos fallos cometidos por este centro sanitario y que derivaron en el agravamiento de su hijo y secuelas de por vida, si bien una posterior intervención en el hospital de la Paz en Madrid resultó exitosa, el trastorno está presente, “han convertido a mi hijo de un niño completamente normal a un niño trasplantado de por vida con una minusvalía del 37%, y con todo lo que eso supone”, manifiesta su padre.

Según ha recordado, en el centro hospitalario de Cruces les explicaron que se trataba de una operación sencilla en la que le iban a quitar a Ibai un feto

⁸⁸ C.MEDELLIN, Lecciones De Derecho Romano, Bogotá, Temis 1997, p.18.

parásito de su cuerpo, “el cirujano nos dijo que era una operación sencilla, que había hecho muchas operaciones como esa, y que no había ningún problema. Sin embargo tras acabar la operación, Javier, el padre del menor está convencido de que lo ocurrido con Ibai fue terrible. Le cortaron dos arterias que comunicaban el oxígeno a todos esos órganos y se fueron muriendo poco a poco. Y entonces, el milagro fue que pudo aguantar 25 días a que llegaran esos órganos, porque si no aguanta esos días ahora no estaría aquí. Nos ha cambiado la vida completamente, a toda la familia nos ha causado muchos daños, los daños colaterales son terribles, de todo tipo”⁸⁹.

Respecto de este tema, también la jurisprudencia colombiana del Consejo de Estado, ha dicho que “la palabra daño equivale exactamente a perjuicio.”⁹⁰ Así a diferencia de esta, la corte Suprema de Justicia colombiana, dijo en una sentencia con mayor análisis:

“El daño considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o patrimonio, mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”⁹¹.

Mientras que nuestra jurisprudencia dice que es herencia del derecho romano que se tome a estas palabras con significados diferentes, según esta sentencia de la jurisprudencia colombiana, la palabra daño se utilizaba como la reparación, indemnización o resarcimiento por un perjuicio.

En la actualidad, la doctrina al hablar de estos conceptos, los toma como si fueran sinónimos. El daño viene a ser lo mismo que el perjuicio, una injuria a un interés jurídico protegido; se utiliza estos términos indistintamente. Para efectos de mi tesina voy a remitirme al uso de la palabra daño.

Después de haber realizado una aclaración respecto a los términos daño y perjuicio, debo analizar el concepto de daño moral. No cualquier preocupación o cambio en el ánimo involucra daño moral, la jurisprudencia ecuatoriana dice al respecto lo siguiente:

⁸⁹ <http://www.europapress.es/salud/politica-sanitaria-00666/noticia-pvasco-familia-ibai-uriarte-nino-trasplantado-cinco-organos-demandara-hospital-cruces-20120123163244.html>

⁹⁰ Consejo de Estado de Col, 31 de Julio de 1958, extracto visible en las pp. 167-168 de los Anales del Consejo de Estado T. LVI: p. 167 citado por: J C Henao, El Daño, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 76

⁹¹ Corte Suprema de Justicia Col. SNG, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Galtán, citado por, ibídem pág. 77

En cuanto al daño moral se define como el dolor psico-físico que lesiona o hace sufrir a la víctima. La amplitud de su concepto es inconmensurable, los daños morales afectan a la personalidad física o moral del hombre o ambas a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y sentimientos del alma humana”⁹²

El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material, se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, así la antigua Corte Suprema de Justicia del Ecuador en una de sus sentencias hace el siguiente análisis respecto del daño moral.

“Daño moral es el que lesiona el conjunto de cierta impropiedad, el patrimonio moral del damnificado, ósea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años. Hay una vertiente doctrinaria que caracteriza al daño moral o extra patrimonial partiendo de una definición por exclusión; es decir, el que no puede ser comprendido en el daño patrimonial es el daño moral”⁹³.

Precisa en este fallo la cita doctrinal sobre el daño moral, para cuyo efecto en este considerando se menciona parcialmente la doctrina expuesta por el profesor chileno Arturo Alessandri, en su obra “Responsabilidad Extra Contractual en el Derecho Chileno” que dice:

El daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio de la víctima está intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se le denomine Premium doloris; el daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño.⁹⁴

Por otro lado la jurisprudencia Argentina, ha determinado ciertas características que deben existir para concretarse el daño moral, así tenemos:

⁹² Corte Suprema de Justicia (Ecuador) resolución No. 299-2001, de 31 de marzo de 2001, en el caso No. 229-2001, Simón Adolfo Lauro Rosero contra María Casillo Ubidia, publicado en el Registro Oficial 386 de fecha 19 de agosto de 2011

⁹³ Corte Suprema de Justicia Ecuador, Resolución No. 229-2002, de 29 de octubre de 2002, op cit.

⁹⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad extracontractual en el derecho chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. P. 220.

- a) Normalmente una de las primeras manifestaciones para la existencia del daño moral es el sufrimiento, aunque no es indispensable su existencia, pero normalmente siempre se manifiesta.
- b) El daño moral siempre influye en la capacidad de pensamiento, en los sentimientos y en el lado afectivo también.
- c) Valores fundamentales de la vida de la persona son afectados cuando hay daño moral.
- d) La persona que tiene daño moral padece de afecciones y angustias.
- e) El daño moral tiene que estar separado del daño material y del daño físico de la persona, pero a su vez este está constituido normalmente por una lesión al derecho de integridad física y mental de la persona, que también afecta al derecho a la personalidad.⁹⁵

Apoyándonos en esta revisión de lo que expone la doctrina argentina, podemos decir que el daño moral es autónomo e independiente respecto del daño material, pero a su vez no es excluyente; es decir puede existir el daño, moral y el daño material al tiempo en la mayor parte de casos y así es como sucede en la vida práctica.

Para que el daño moral sea objeto de reparación este debe ser cierto, así también para que se determine la responsabilidad, y por ende para que exista su reparación, estos daños deben ser jurídicos; esto quiere decir que ya estén comprobados. Por este motivo me voy a limitar solamente sobre los daños ciertos, ya efectivamente probados, así como la responsabilidad del actor.

En la República del Ecuador, para que el daño esté probado, se debe probar en efecto al acto u omisión ilícita que lo causó; con excepción de la responsabilidad objetiva donde la carga de la prueba se revierte; y por ende; el demandado tendrá que probar lo contrario. Para entender cómo se repara el daño moral debo referirme, en primer lugar, a los conceptos de reparación, indemnización y resarcimiento, hay que saber si estos vienen o no a ser sinónimos, habrá que precisar cuál es la diferencia exacta entre estos conceptos.

El diccionario de la lengua española indica que indemnizar significa “resarcir un daño o un perjuicio”⁹⁶. Resarcir según el mismo diccionario, significa “indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio”⁹⁷. Reparar, en cambio, significa “desagraviar, satisfacer al ofendido; remediar o precaver un daño o un perjuicio.”⁹⁸. Podemos concluir que estos tres conceptos vienen a ser sinónimos gramaticalmente, pero no son sinónimos

⁹⁵ Rey Rosa y AJ. Rinesi, La Cuantificación del Daño, sus implicaciones” en revista de Derecho de Daños, cuantificación del daño, Buenos Aires, Rubinzal – culzoni Editores, 2001, p 36.

⁹⁶ RAE, “Indemnización”, en Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, Tomo2, Madrid, 2001. P.1266

⁹⁷ RAE, “Resarcir” en Diccionario, op. Cit, p. 1954

⁹⁸ RAE, “Reparar” en Diccionario, op.cit, p. 1946.

en el sentido jurídico ya que son utilizados de diferente manera tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Recurriendo a la doctrina, se puede afirmar que la indemnización es una compensación pecuniaria para realizar el resarcimiento o la reparación por un daño o perjuicio. La diferencia básica entre el resarcimiento y la reparación, según algunos autores, es que el concepto resarcimiento sirve para referirse a daños materiales.

En cambio, el concepto reparación sirve para contemplar a los daños morales, no existen verdaderas disconformidades entre los distintos autores respecto a este tema. La diferencia entre resarcimiento y reparación puede ser mínima pero a su vez no hay uniformidad en cuál es la verdadera diferencia, podría ser que en la práctica se aplique la primera para efectos de daños patrimoniales o materiales y la segunda para daños morales, pero no son criterios exclusivos.

Durante el estudio de este trabajo, utilizaré el término reparación ya que se utiliza mayormente en lo que corresponde al daño moral. La utilización de la palabra reparación, se encuentra en algunos tratados internacionales como en la Convención Americana de Derechos Humanos, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que mencionó al respecto indicando que la obligación de reparar “constituye una norma consuetudinaria, que es, además uno de los pilares fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo ha reconocido esta corte y la jurisprudencia de otros tribunales.”⁹⁹

Existen varias formas de reparación del daño, en primer lugar mencionaré a la reparación in natura o específica, este modo de reparación trata de volver las cosas al estado anterior de que se produjera el daño, como si nunca hubiese ocurrido el daño. Este tipo de reparación no cabe para el daño moral ya que cuando este se produce, no es posible regresar al estado anterior al mismo, una vez sufrido el dolor, no es posible evitarlo, tan solo cabría la posibilidad de amortiguarlo, reducirlo.

Un segundo modo es la reparación por equivalente, que es cuando se compensa el daño otorgando una cantidad monetaria, mediante este modo de reparación, se restaura el equilibrio patrimonial de la víctima tomando en cuenta que el daño representa un valor. La reparación por equivalente cabe para daños materiales como para daños morales, en el

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboete y otras reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993.

primer caso, el valor de la reparación será exacto al valor del daño producido, para los daños morales en cambio, el valor de la reparación será el adecuado para compensar el daño sufrido por la víctima

La reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio, indica que el dolor puede ser reparado, la reparación pecuniaria no trata de dar un precio a este dolor, el dinero no busca remplazar el daño sino más bien se trata de buscar una manera de satisfacer a la víctima, se puede afirmar que es una sustitución.

Es lógico pensar que el daño moral no puede cuantificarse ni que se puede regresar al estado anterior al mismo, no se puede borrar el daño ni sus consecuencias, pero a la vez es natural pensar que la víctima que ha sufrido el daño moral debe ser resarcida de alguna manera, al respecto el tratadista Zannoni indica: “que es difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y, más aun, que ese dolor, o en general, sentimientos que el daño provoca, no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de apreciación pecuniaria.”¹⁰⁰, concluyendo la forma para reparar el daño producido debe ser de alguna manera satisfactoria para la persona que lo ha sufrido.

Se puede decir que la manifestación del dolor no es una condición para que el daño moral sea reparado, sino que se debe demostrar el acto u omisión ilícita que causó el daño. En esta teoría, al buscar la satisfacción de la víctima, se toma en cuenta las circunstancias personales de la misma, se analiza a la víctima antes y después del daño, en los aspectos que han cambiado de su vida, el enfoque al determinar la cuantía de la indemnización va de la mano con un estudio de la víctima y a su vez de su situación socioeconómica, en este sentido la jurisprudencia ecuatoriana ha mencionado lo siguiente:

“la misma ley considera que se trata de una indemnización reparatoria, aunque es claro que en muchos casos los daños causados no son rigurosamente reparables, pero aun en estos casos se trata de compensar económicamente los sufrimientos, la angustia, la ansiedad, las humillaciones padecidas por quien fue víctima del daño.”¹⁰¹

Se puede afirmar que la acción de reparación no se extingue con la muerte del actor ya que esta no es de carácter personal. La acción, dependiendo del caso, se podrá proponer contra los sucesores de la persona responsable del daño, para respaldar lo dicho, la jurisprudencia

¹⁰⁰ E. Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, “da Ed., Buenos aires, Astrea, 1993. P.305, citado por C. Gherzi, Valuación económica del daño moral y psicológico, p. 104.

¹⁰¹ Resolución 127-2002. R. O. 630 de 31 Julio 2002. Juicio ordinario No. 335-2001 por daño moral, seguido por Félix Salame Arzubíaga contra Filanbanco S. A.

ecuatoriana se ha mencionado afirmando al respecto, que si la entidad estatal condenada cambiare de nombre o de entidad, en sí, los sucesores de la misma estarán obligados a cumplir con lo dispuesto en la sentencia.

No se trata, por tanto, ni de encontrar un hecho ilícito ni de castigar una acción culpable, sino de garantizar la indemnidad del perjudicado, de donde debemos ser conscientes de la evolución del Derecho de la responsabilidad al Derecho de daños y su evolución actual al Derecho del resarcimiento.

En sentido amplio, daño es toda lesión, menoscabo o perjuicio que sufre una persona. Esta noción, sin embargo, no es todavía la que interesa al Derecho, que le añade la obligación de repararlo y le convierte, en el concepto esencial e imprescindible de la responsabilidad. El principio ético de la no maleficencia, será precepto jurídico, *alterum non laedere*, (no dañar a otro), cuando se le añada la garantía del resarcimiento del perjudicado. La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

Jurídicamente, el daño se ha ido convirtiendo en la figura central del Derecho de la responsabilidad, construido ya a partir de la idea de garantía de la integridad de la esfera jurídica de la víctima, más que sobre la culpa en la conducta del responsable.

En nuestro Derecho, el concepto y la amplitud del daño resarcible han experimentado una importantísima evolución, en gran parte ligada a las decisiones jurisprudenciales y marcada por la protección de la víctima, lo que ha propiciado que el “catálogo” de daños indemnizables se haya ido incrementando, así ha ocurrido con el daño corporal, en general, y con las lesiones no económicas.

Este doble régimen parece limitar a los económicos, el daño emergente y el lucro cesante, las lesiones indemnizables por responsabilidad contractual, y permitir la indemnización de todo daño de origen extracontractual, incluido el daño moral. Se trata de reparar no solo los daños materiales, sino también los espirituales, que irroga toda lesión corporal.

Finalmente volviendo al tema central que ha constituido este trabajo, el daño moral dentro del proceso de trasplantes de órganos y tejidos se hace presente cuando los familiares del fallecido o bien del donante vivo es víctima de la mala práctica médica o del engaño de los galenos con el fin de apropiarse de los órganos del fallecido, como se evidencio en el caso

expuesto en secciones anteriores, al tener que sufrir el dolor de ver a su ser querido en malas condiciones físicas o a su vez al cadáver totalmente cercenado.

El tema de los trasplantes tiene una serie de factores bastante delicados, que los legisladores debieron tomar en cuenta al momento de redactar la ley de Trasplante de Órganos y Tejidos que se encuentra vigente en nuestro territorio, comenzando por evitar el querer someter un acto altruista como la donación al imperio de la ley, traduciéndolo en una obligación de todos y todas, cuando nos desenvolvemos en un país de derechos y entre ellos uno de los más fundamentales la libertad.

Por otro lado tampoco se tomo en cuenta el dolor de las personas que fungen de familiares directos de un cadáver, quienes en muchos casos se niegan a permitir el cercenamiento de su cuerpo, así también el dolor de los familiares de los donantes vivos también se acrecentara al ver que un acto de altruismo se convierte en una pesadilla por la mala práctica profesional o por el engaño del cual han sido víctimas.

Concluyendo se puede mencionar que este tema debió haber sido socializado con el verdadero soberano de la Nación, el pueblo, a quien debió habersele consultado si quiere o no convertirse en un donante obligado, pero como siempre al parecer imperaron dentro de este tema algunos factores inclusive económicos, pues de muy buenas fuentes se sabe que los malos profesionales médicos, dejan morir pacientes por los cuales pudieron haber hecho algo y luego seccionan los órganos que les interesa para negociarlos con pacientes que están en espera de una esperanza para seguir viviendo.

Una vez más el objetivo de esta ley debió apuntar a tocar la conciencia de los ecuatorianos para convertirlos en donantes voluntarios a través de campañas y no en convertirlos en esclavos que deben obedecer o atenerse a las consecuencias, la solución ahora está en derogar el artículo 29 de la Ley de Trasplante de órganos y tejidos y redactar un nuevo artículo respetuoso de los derechos y garantías constitucionales de todos los ecuatorianos.

CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto en la presente tesina, se pueden deducir las siguientes conclusiones:

- Del análisis comparativo realizado de las distintas leyes en los países mencionados, podemos concluir que las legislaciones y políticas de donación y trasplante de órganos determinan que todos los ciudadanos seamos donantes voluntariamente, quién no esté de acuerdo podrá expresar su oposición a la misma manifestando expresamente en forma verbal o escrita el no ser donador de órganos.
- La evolución histórica de la ley de donaciones de órganos en nuestro país ha dado como resultado actual, el tener una ley progresista, que establece que todos seamos donadores, en donde se trata de inculcar a la sociedad ese espíritu de voluntariedad, altruismo y solidaridad, características esenciales de la dación de órganos.
- Se debe reforzar e impulsar la actividad y labor del INDOT por parte del gobierno central.
- Toda persona puede donar su cuerpo total o parcialmente, la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, se hará con el consentimiento tácito de la persona que en vida después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.
- Podemos determinar que la dación de órganos no es un negocio jurídico, es una relación especial que tiene su propia naturaleza, un acto sui-generis que determina su función particular y que en el derecho civil no se ha determinado una figura legal, en la cual prevalece el mandato legal de solidaridad en lugar del principio de la autonomía de la voluntad.
- La dación de órganos es la entrega a título gratuito, con el acuerdo las voluntades de carácter atípico o bien una declaración unilateral de la voluntad, es decir, que la persona que va a donar no sabe a quién se le va a trasplantar, pero acepta las

consecuencias jurídicas de su declaración y se obliga a ella en los términos señalados, esto se debe a que tenemos las figuras de las personas que intervienen pero no exactamente se determina a la persona que se va a donar.

- Los sujetos que intervienen en la dación de órganos, esto es el dador, receptor y médico tratante, deben cumplir con los principios éticos y bioéticos a los que se comprometen al ser donadores y receptores de órganos y que están determinados en las leyes y principales códigos a los que hace mención este trabajo y que el Estado respalda.
- Podríamos decir que la manifestación principal en la dación de órganos es la voluntad que tiene el dador en dar su órgano a otra persona sin tener conocimiento del receptor que recibirá el órgano, y tampoco sin recibir dinero o compensación alguna por realizar este acto, es por ello que se dice que la donación de órganos es un acto voluntario, altruista y solidario.

RECOMENDACIONES

Para fomentar la práctica de la dación de órganos en todo su contexto, considero que se deben tomar en cuenta las siguientes recomendaciones reales:

- Realizar campañas de concientización y divulgación que existe sobre la importancia de donar órganos para trasplante por los medios de comunicación masiva teniendo conocimiento de programas regionales de publicidad, donde se abordan aspectos concretos, como son: la necesidad de órganos, los buenos resultados del trasplante y la inexistencia de comercialización, llegando incluso a proponer para el futuro la incorporación dentro del contenido didáctico habitual de los escolares el tratar sobre la donación y trasplante de órganos; esto podría hacerse de forma similar al programa de donación de sangre, pues no basta la recogida de forma fría de la disposición de los ciudadanos a donar sus órganos en la cédula de ciudadanía, incentivando y sensibilizando a realizar este acto solidario post mortem dentro de la población en general y particularmente en los hospitales con la creación de pancartas alegóricas a este tema,
- La sociedad debe tener además la infraestructura necesaria para acometer tal tarea y la voluntad política para atender los problemas de salud de su población, con equidad para todos sus miembros, por cuanto debe primar la solidaridad humana y la igualdad de derecho de todos para acceder a los trasplantes de órganos.
- Todos los ecuatorianos y ecuatorianas, al tener una ley que ampara la dación de órganos, deberíamos tener la predisposición para ser dadores voluntarios pues no sabemos cuando nosotros también necesitemos de un trasplante de órganos.
- Elaborar un proyecto de ley que propicie la reforma del artículo 29 de la ley de Trasplantes de Órganos y Tejidos, cuyo principal objetivo, sea el de retirar la ambigüedad de su redacción al empezar imponiendo una obligación para los

ecuatorianos de ser donantes de órganos y posteriormente querer tapar esta aberración con la opción de respetar su voluntad de negarse a ser donantes.

- Constituir un equipo de profesionales médicos, abogados, juristas, doctrinarios, catedráticos del derecho, funcionarios judiciales, funcionarios del Ministerio de Salud, representantes de las víctimas de la mala práctica médica, defensores de los derechos humanos y un grupo que represente al pueblo en general, para que intervengan en la creación del proyecto de ley que reforme el artículo 29 y otros de la Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos en Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Fidalgo, El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias, Ed. Javegraf, Bogotá 1996. Pág., 33.
- Alessandri Arturo, Vodanovic Antonio, Somarria Manuel, Tratado de Derecho Civil, Editora Jurídica de Chile, pág. 294.
- Alessandri – Rodríguez, Teoría de las obligaciones, Ed. El Esfuerzo, Santiago de Chile 1.934, pág. 16.
- Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, De la responsabilidad civil contractual y Extracontractual, Ed. Haria 1997, pág. 223.
- Biblia Latinoamericana, Libro del Antiguo Testamento, génesis 2: 21-23.
- Brutau Jose Puig, Fundamentos de Derecho Civil, Editorial Bosch, Edición 1, 1.979.
- C.MEDELLIN, Lecciones De Derecho Romano, Bogotá, Temis 1997, p.18.
- Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L, Argentina, Año 1986, Tomo V, página 535
- Caló Emanuele, Bioética, Nuevos derechos y autonomía de la voluntad, Editorial. La Rocca, Buenos Aires 2009.
- Cita, Rafael Rojina Villegas, pág. 258 a 261.
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 19 de mayo de 2011.
- Código Civil Español.
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.13t2.html
- Código de Ética Médica, Registro Oficial No. 5, Ley 58.
- Código de la Salud, Decreto Supremo 188, Registro Oficial No. 158.
- Consideraciones sobre trasplante de órganos y derecho a la vida, Revista de Derecho, vol. VIII, diciembre 1997, pp. 19 – 60.
- Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Consejo de Estado de Col, 31 de Julio de 1958, extracto visible en las pp. 167-168 de los Anales del Consejo de Estado T. LVI: p. 167 citado por: J C Henao, El Daño, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 76

- Corte Interamericana de Derechos, Caso Aloeboete y otros reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador) resolución No. 299-2001, de 31 de marzo de 2001, en el caso No. 229-2001, Simón Adolfo Lauro Rosero contra María Casillo Ubidia, publicado en el Registro Oficial 386 de fecha 19 de agosto de 2011
- Corte Suprema de Justicia Col. SNG, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Galtán, citado por, ibídem pág. 77.
- Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, Tomo2, Madrid, 2001. P.1266
- Decreto Ejecutivo para al Creación del ONTOT, Decreto No 2302.
- De la Huerta Valdés Raúl, El Negocio Jurídico Procesal, Teoría Francesa del Negocio Jurídico, pág. 5.
- Galán Cortéz Julio César, La responsabilidad médica y el consentimiento informado.
- Gutiérrez González, Derecho Civil, Editorial Astrea, Buenos Aires 2.000, pagina .986
- Latorre Enrique, Ira José, Fabrés Clemente. Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil Chileno, Volumen 1, Editorial Salso, pagina 158.
- Larenz Kar, citado por Vidal Ramírez Fernando, Normas Legales, septiembre 1.998, pags A-86, A-87.
- Ley 09 de 1.979 Decreto Nacional 2493 de 2.004.
- Ley 26.066, Trasplante de órganos y Materiales Anatómicos.
- Ley de Derecho y Amparo del Paciente, Registro Oficial No. 53, Ley 77.
- Ley Española 30/1979, de 27 de Octubre, Sobre extracción y trasplante de órganos.
- Ley General de la Salud de México, fracción VI, artículo 321
- Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos, Registro Oficial No. 492 Ley 58.
- Ley Orgánica de Donación y trasplante de Órganos, Tejidos y Células, Registro Oficial No. 398.
- Ley Orgánica de la Salud, Registro Oficial No. 423.
- Ley Reformatoria al Código de la Salud, Registro Oficial No396, Ley 114.
- Ley Reformatoria al Código de la Salud Registro Oficial No. 707. Ley 58.
- Ludwig Eneccerus, Tratado de Derecho Civil, tomo I, Casa Editorial Bosch, pág. 197.
- Rave Martínez, Responsabilidad civil Extracontractual, Ed. Temis, Bogotá 1998, pág. 4 – 5.

- Reglamento a la Ley Orgánica de Trasplante de órganos y Tejidos, Registro Oficial No. 356.
- Rey Rosa y Aj Rinesi, La Cuantificación del Daño y sus implicaciones, en revista de Derecho de Daños y cuantificación del daño, buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, editores 2.001, página 36.
- Rivera Julio César, Instituciones del Derecho Civil, Parte General II, Buenos Aires 1.997.
- Susruta Samitha, Tratado de cirugía Hindú, año 800 a.c
- Vélez Fernando, Derecho civil, París – América, Tomo IX, pág. 2.
- Venegas Gutiérrez Shiomara, Mercado de trasplante de órganos vitales, Monografía, Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Ciencias Administrativas y Relaciones Industriales, Escuela de Negocios Internacionales, curso: microeconomía, ciclo 2006- III
- Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, Ed. Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 305. Citado por Carlos Ghersi, Valuación económica del daño moral y psicológico, página 104.

NET WEBGRAFÍA

- Derechos Humanos, De la donación de órganos, <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>
- Donación de órganos entre vivos, <http://es.escribd.com/doc/7982454/DONACION-ENTRE-VIVOS>.
- En España todos somos donantes, <http://medtempus.com/archives/en-espana-todos-somos-donantes>.
- Familia de niño trasplantado cinco órganos demandará a Hospital. <http://www.europapress.es/salud/politica-sanitaria-00666/noticia-pvasco-familia-ibai-uriarte-nino-trasplantado-cinco-organos-demandara-hospital-cruces-20120123163244.html>
- Organización Nacional de Trasplantes, España alcanza los 100.000 donantes voluntarios, <http://www.ont.es/Paginas/Home.aspx>
- Trasplante de órganos: su historia y principio aplicables http://www.google.com.ec/catarina.udlap.mx/u_dl.