



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE MANABÍ
COORDINACIÓN DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TRABAJO DE TITULACIÓN

LA DONACIÓN DE ÓRGANOS *POST MORTEM* Y SU INCIDENCIA EN LOS
DERECHOS DE LIBERTAD

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN
DERECHOS FUNDAMENTALES

SUBLÍNEA DE INVESTIGACIÓN
DERECHOS DE LIBERTAD

PREVIO AL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTOR

MARÍA JOHANA VACA BUSTILLOS

TUTOR

MGS. JENY ELIZABETH VARGAS YANGUA

PORTOVIEJO, NOVIEMBRE 2023

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Sede Manabí
Coordinación de Posgrado
Maestría en Derecho Constitucional

“La donación de órganos *post mortem* y su incidencia en los derechos de libertad”

Trabajo de Titulación presentado por: María Johana Vaca Bustillos

Titulación: Magíster en Derecho Constitucional

Director/a: Mgs. Jeny Elizabeth Vargas Yangua

Ciudad: Portoviejo, Manabí, Ecuador

Noviembre 2023

Firmado por:

María Johana Vaca Bustillos

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

CERTIFICO:

En mi calidad de tutor del trabajo de titulación, certifico haber revisado el presente manuscrito de investigación, el cual que se ajusta a las normas vigentes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí, cumpliendo la Normativa del Trabajo de Titulación de posgrados; en consecuencia, es apto para su publicación y su difusión.

Portoviejo, noviembre 2023

Atentamente,

Mgs. Jeny Elizabeth Vargas Yangua

ACTA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

La Comisión Académica de la Maestría en Derecho Constitucional aprueba el presente trabajo de titulación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Este manuscrito no contiene ningún tipo de material que ha sido aceptado para la obtención de un título universitario en otra institución, excepto en forma de información de soporte que ha sido debidamente citada. Este trabajo es de total responsabilidad del autor, quien declara bajo juramento que ninguna sección de este trabajo de titulación infringe los derechos de otros autores.

Portoviejo, noviembre 2023

María Johana Vaca Bustillos

DECLARACIÓN SOBRE DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a distribuir este manuscrito de investigación en medios físicos y electrónicos con el fin de promover la divulgación de mis resultados a la comunidad científica y a la sociedad en general. Adicionalmente, autorizo en uso de los contenidos de esta investigación como bibliografía para fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, citando como fuente al autor de este trabajo.

Portoviejo, noviembre 2023

María Johana Vaca Bustillos

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA PÚBLICA

Los miembros del Tribunal designados por el honorable Comité Académico dan por aprobado el Trabajo de Titulación “La donación de órganos *post mortem* y su incidencia en los derechos de libertad”.

AGRADECIMIENTO

Al creador de todas las cosas, el que me ha dado la fortaleza para continuar a pesar de los momentos difíciles por los que he tenido que atravesar durante el estudio de esta maestría; por ello, con toda la humildad que mi corazón puede emanar, dedico primeramente mi trabajo a Dios.

De igual forma, agradezco a mis hijos por ser el pilar fundamental, la razón y motivo para seguir adelante y superarme; a mis padres, quienes siempre han estado a mi lado dándome ánimos para no desmayar, brindándome su ayuda, consejos y el mejor ejemplo de lucha y perseverancia. A la familia que la vida me regaló, mis amigas hermanas, que nunca me dejaron sola y me impulsaron para continuar cada día.

A mi familia en general, porque me han brindado su apoyo incondicional y por compartir conmigo momentos que hicieron de esta experiencia una de las más especiales.

María Johana Vaca Bustillos

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por ser mi guía, mi refugio en momentos difíciles y permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mis hijos a quienes amo con todo mi ser, siendo el pilar más importante y el impulso de lucha y superación, por ellos y para ellos mi formación personal y profesional. A mi esposo y a mis padres que siempre me demostraron su cariño y apoyo incondicional, porque me enseñaron a luchar y salir adelante por mi familia.

María Johana Vaca Bustillos

RESUMEN

La investigación está enfocada en estudiar la donación de órganos *post mortem* y su incidencia en los derechos de libertad, dentro de la legislación ecuatoriana. Su objetivo general se dirige a fundamentar las variables antes mencionadas. Para su desarrollo se realiza un marco teórico acerca de la donación universal de órganos luego de la muerte, se analiza la muerte desde su definición, derivaciones, el espectro jurídico, la perspectiva de la cosmovisión andina al respecto, el derecho a la libertad, la salud, etcétera. Se examina este tipo de donación, a partir de la figura del probable donante, desde la liberalidad consensuada. Este estudio es exegético, basado en la doctrina y la regulación jurídica mediante la revisión de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. Igualmente, se desarrolla un derecho comparado con países como México, Argentina y Colombia al igual que se plasman entrevistas piloto a personeros del Registro Civil y a médicos, para conocer sus opiniones y su mirada desde sus actividades diarias sobre el tema. Finalmente se concluye que, desde el derecho comparado, la donación de órganos *post mortem* en el país, no está desarrollada normativamente, ni existe infraestructura e instituciones para el efecto. Además, existen derechos constitucionales que se contraponen al Art. 29 de la LODTC como el derecho a la vida y la salud, entre otros.

Palabras clave: derechos de libertad, donación de órganos, la muerte en el derecho, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, *post mortem*.

ABSTRACT

The research is focused on studying post-mortem organ donation and its impact on the rights of freedom, within Ecuadorian legislation. Its general objective is aimed at substantiating the aforementioned variables. For its development, a theoretical framework is made about the universal donation of organs after death, death is analyzed from its definition, derivations, the legal spectrum, the perspective of the Andean worldview in this regard, the right to freedom, the health, etc. This type of donation is examined, starting from the figure of the probable donor, from the consensual liberality. This study is exegetical, based on doctrine and legal regulation through the review of the Organic Law on Donation and Transplantation of Organs, Tissues and Cells. Likewise, a law is developed compared to countries such as Mexico, Argentina, and Colombia, as well as pilot interviews with Civil Registry officials and doctors, to know their opinions and their perspective from their daily activities on the subject. Finally, it is concluded that, from comparative law, post-mortem organ donation in the country is not developed normatively, nor does there exist infrastructure and institutions for this purpose. In addition, there are constitutional rights that contradict Art. 29 of the LODTC such as the right to life and health, among others.

Keywords: rights of freedom, organ donation, death in law, Organic Law on Donation and Transplantation of Organs, Tissues and Cells, post mortem.

ÍNDICE

Introducción	1
Objetivos	4
Objetivo General.....	4
Objetivos Específicos.....	5
Aportes y valor de la investigación	5
Capítulo 1 Marco Teórico	6
1.1. La donación universal de órganos <i>post mortem</i>	6
1.2. Noción teórica de la donación de órganos <i>post mortem</i>	7
1.2.1. Concepto de muerte y sus derivaciones jurídicas.....	7
1.2.2. La muerte en el espectro jurídico ecuatoriano	9
1.2.3. La muerte desde la cosmovisión andina.....	13
1.2.4. La muerte desde la perspectiva de libertad de culto y costumbres	15
1.3. La donación de órganos <i>post mortem</i>	16
Capítulo 2 Metodología.....	19
Capítulo 3 : Resultados de la investigación	21
3.1 Análisis doctrinal desde lo conceptual a lo jurídico.....	21
3.1.1 Conceptos elementales del proceso de donación de órganos.....	21
3.1.2 La Ley de Donación, naturaleza y registro de donantes	27
3.2 Entrevistas	32
3.2.1 Entrevistas piloto en Registro Civil	32
3.2.2 Entrevistas piloto a médicos	34
3.3 Derecho comparado.....	37
3.3.1 La donación de órganos <i>post mortem</i> en la legislación mexicana	37
3.3.2 La donación de órganos <i>post mortem</i> en Argentina.....	38
3.3.3 La donación de órganos <i>post mortem</i> en Colombia.....	40
3.3.4 Análisis complementario del derecho comparado	41
Conclusiones	45
Bibliografía.....	48

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 <i>Análisis comparado de legislaciones constitucionales en temas como la muerte dentro del espectro jurídico.</i>	11
Tabla 2. <i>Análisis del derecho comparado sobre donación y trasplante de órganos post mortem</i>	41

Introducción

A lo largo de la historia de la humanidad han surgido varios tipos de enfermedades en los humanos, algunas con efectos directos a determinados órganos del cuerpo, los cuales dejan de ser eficientes o simplemente dejan de funcionar. De la misma forma, la ciencia médica en constante avance ha logrado reemplazar dichos órganos deficientes por otros sanos que se extraen de otro ser humano, que, dependiendo del órgano a necesitarse, pueden ser extraídos de personas vivas o declaradas en muerte, encefálica o cerebral.¹

El trasplante de órganos inició en Boston, Estados Unidos en 1954, con el riñón como la primera estructura anatómica trasplantada con éxito. Luego, a este gran acontecimiento, le siguieron los trasplantes de órganos fundamentales como el corazón, el hígado y páncreas, los cuales fueron satisfactorios y se realizaron a finales de la década de 1960. Posteriormente, en la década de 1980 se trasplantaron el pulmón y algunos órganos intestinales.²

Desde mediados de la década de 1950 hasta principios de 1970, los hospitales de trasplantes individuales y las organizaciones de obtención de órganos, gestionaron todos los aspectos de la recuperación y el trasplante con los inconvenientes de que, si un órgano no podía usarse en los hospitales locales del donante, no existía ningún sistema para encontrar candidatos compatibles en otro lugar. Muchas estructuras anatómicas, no pudieron usarse simplemente, porque los equipos de trasplante no pudieron localizar a tiempo un receptor compatible.³

La donación de órganos se define como la entrega de uno o parte de un órgano para ser trasplantado a otra persona. Esta suele ser la única opción para salvar vidas en pacientes afectados por fallas orgánicas terminales y mejorar su calidad de vida. Sin embargo, existe una disparidad entre la oferta y la demanda de órganos donados, que conduce a la pérdida de muchas vidas ya que el número de trasplantes de órganos ha aumentado gradualmente en las últimas dos décadas porque brinda excelentes resultados en niños y adultos jóvenes y es un desafío por la creciente proporción de pacientes ancianos trasplantados con comorbilidad. Los resultados

¹ Alberto Mayorga y Dalila Ayala. Las razones para redefinir la muerte y su crítica, *Revista Latinoamericana de Bioética*, volumen 21, n.o 1 (2020): 61-76, <https://www.redalyc.org/journal/1270/127068845005/127068845005.pdf>.

² Infomed. “Historia del trasplante: breves reseñas”, 21 de julio 2013, accedido 12 de junio de 2023, párr. 7, <https://temas.sld.cu/trasplante/historia-del-trasplante-breves-resenas/>.

³ María Paula Castellanos Rojas, “Historia y evolución del trasplante de órganos y la importancia del rol de enfermería en la actualidad” (tesis de maestría, Universidad de Ciencias de la Salud, 2018), <https://repository.udca.edu.co/bitstream/handle/11158/1182/Historia%20y%20evoluci%F3n%20del%20trasplante%20de%20organos%20y%20la%20importancia%20del%20rol%20de%20enfermer%EDa%20en%20la%20actua.pdf;jsessionid=7808BB8809EDC25EA595205A47AA7FCA?sequence=1>

del trasplante de órganos continúan mejorando, como consecuencia de las innovaciones y mejoras en el manejo perioperatorio.⁴

El proceso de obtención de órganos para donación y trasplante depende puramente de los recursos de los servicios de salud y de la actuación de los profesionales sanitarios en tareas de identificación y gestión de potenciales donantes. Sin embargo, de acuerdo con la legislación ecuatoriana vigente, está sujeta principalmente, a una decisión personal o familiar, fuertemente mediada por procesos psicosociales. Por lo tanto, es necesario enfatizar y abordar la necesidad de analizar e intervenir, tanto en las prácticas de los profesionales involucrados en el proceso de generación de órganos como en las actitudes de la población en general.⁵

En esa línea, el trasplante de órganos implica la implantación quirúrgica de un órgano o una sección de este en una persona cuyo propio órgano está fallando. La estructura anatómica del donante puede provenir, tanto de una persona fallecida como de un individuo vivo. El aspecto psicológico y conductual del paciente, así como su respuesta emocional, de salud mental y la adherencia al régimen médico, deben evaluarse antes y después del trasplante de órganos. La respuesta psicológica del donante vivo hacia la donación es un aspecto importante para considerar en el proceso de trasplante.⁶

A pesar de la probada rentabilidad de los trasplantes para el tratamiento de enfermedades renales, reemplazos de córnea y trasplantes hepáticos, estos procedimientos aún no son accesibles para toda la población que los necesita. Ello porque la oferta y disponibilidad de células, tejidos y especialmente, órganos de donantes vivos y fallecidos en los últimos años, están muy por debajo de la demanda. Además, los países carecen de programas integrales con un talento humano competente para direccionar estas actividades de salud, aparte del alto costo de los trasplantes aunado a todo el tratamiento posterior y la poca adecuada cobertura por parte de los seguros o créditos del sistema financiero, se constituyen como grandes impedimentos para un acceso equitativo a las donaciones.⁷

⁴ María Luisa Pfeiffer, “El trasplante de órganos: Valores y derechos humanos”, *Revista Persona y Bioética*, volumen 10, n.º 2, (2006): 8 – 25, <https://www.redalyc.org/pdf/832/83210202.pdf>.

⁵ José Manuel Dueñas Jurado, “Protocolos clínicos de actuación ante el proceso de donación y extracción de órganos y tejidos para trasplante en donación en muerte encefálica”, *Cuadernos de Medicina Forense*, volumen 21, n.º 2 (2015): 34 – 42, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062015000100005.

⁶ Clínica Mayo, “*Trasplante de donante vivo*”, 25 de abril 2022, párr. 8, accedido 1 de julio de 2023, <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/living-donor-transplant/about/pac-20384787>.

⁷ OPS, “Donación y trasplantes”, 14 de julio de 2022, párr. 5, accedido 3 de julio 2023, <https://www.paho.org/es/temas/donacion-trasplantes>.

Pocas personas mueren en circunstancias que les permitan convertirse en donantes de órganos ya que esta solo es posible en los casos en que un paciente esté en una unidad de cuidados intensivos y muere debido al cese irreversible de todas las funciones cerebrales; mientras que su función cardíaca y pulmonar, se mantienen artificialmente. La donación de órganos después de la muerte determinada por el cese irremediable de la circulación (también conocida como donación sin latidos del corazón) era la fuente predominante de órganos, antes de que se desarrollara el criterio de función cerebral para la certificación de la muerte. Aunque el proceso se ha modificado y evolucionado, desde entonces, este tipo de donación está resurgiendo en varios países, junto con estándares para garantizar que se apoye la práctica ética y la aceptación de órganos.⁸

Actualmente, hay personas que requieren de un órgano sano para continuar con su vida y el medio ordinario para obtenerlo es a través de la donación de estos que proviene de otra persona después de la muerte (*post mortem*). Ello se basa, principalmente en el consentimiento presunto establecido en el Art. 41 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su reglamento de aplicación.⁹

El legislador ecuatoriano estableció la presunción legal de donación de órganos *post mortem* sin ser la única para alcanzar el objetivo propuesto, igualmente, no es la que menos sacrifica los otros derechos implicados, pues no se maximizan, sino que se anulan. Sin embargo, tomando en cuenta que, los derechos no son absolutos, en el conjunto o entre los derechos que prevé la Constitución y los tratados internacionales hay que buscar una constante armonización de estos y que su ejercicio se potencie.

Por lo antes expuesto, existe un papel protagónico de los derechos que son de igual jerarquía y que el órgano legislativo, obligatoriamente, debe proteger previo a dictar una norma. Por ello habría que comprender el alcance de lo que significa un Estado de derechos y justicia y proponer un análisis práctico y útil con respecto a las herramientas jurídicas a aplicarse en caso de colisión de derechos y deberes.

⁸ Euclides Eslava Gómez, “Muerte encefálica y trasplantes”, (tesis de maestría, Universidad de Navarra, 2000), <https://www.unav.edu/documents/18304422/19109437/muerte-encefalica-y-trasplantes.pdf>.

⁹ Juan Carlos Araujo Cuauero, “Aspectos éticos y jurídicos de la donación y el trasplante de órganos y tejidos en Venezuela”, *Revista Colombia Forense*, volumen 5, n.º 1, (2018): 71-88, https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/891143/Aspectos_eticos_juridicos_donacion_organos.pdf.

De aquí que la intencionalidad del estudio es determinar si la presunción legal de que todos los habitantes del Ecuador a partir de los dieciocho años de edad, al momento de su muerte son donantes de órganos salvo oposición expresa, guarda o no armonía con los derechos de libertad (consentimiento informado, religión o culto, pluriculturalidad entre otros) para garantizar el ejercicio de otros derechos como son el derecho a la salud o a la vida.

Durante la investigación se analiza el artículo 29 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, respecto a la presunción de que toda persona mayor de edad al momento de la muerte consiente, automáticamente, la donación de sus órganos que, si bien fue establecido por el legislativo para hacer frente a los requerimientos de salud por falta de órganos para trasplantes, también evita con ello un consentimiento expreso y garantiza derechos como la salud y el buen vivir.

Este trabajo de investigación fue elegido para exponer los términos constitucionales del trasplante de órganos *post mortem* como acto jurídico en el sentido estricto en todo su proceso y cadena de acontecimientos, cada uno de ellos con su particular eficacia jurídica, dando así el conocimiento al profesional del derecho que se involucren en este tema, como al lector del documento que conozca la amplitud del procedimiento dentro de los términos legales.

De la misma manera, se establecerá si está violentando los derechos de libertad en la donación de órganos, muy a pesar de saber que dicha donación puede salvar vidas o mejorar calidad de vida de enfermos, pero el análisis servirá para tener un criterio claro, sobre si existe una violación a los derechos de libertad o la tutela del derecho a la libertad o si se sustenta en la necesidad de salvar vidas, como un derecho fundamental a vivir.

Es así como la investigación es viable, porque se cuenta con la colaboración de los actores como expertos en derechos constitucionales, así como del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos para abordar desde diferentes aspectos la temática planteada, de tal manera que se obtenga una investigación equilibrada con aporte directo hacia el derecho nacional y el enriquecimiento de la biblioteca de la Universidad Católica del Ecuador.

Objetivos

Objetivo General

Fundamentar un estudio sobre la donación de órganos *post mortem* y su incidencia en los derechos de libertad, en la legislación ecuatoriana.

Objetivos Específicos

- Realizar una aproximación teórica sobre donación de órganos en el derecho constitucional de libertad, salud, identidad cultural y el principio de solidaridad.
- Plantear un estudio comparativo entre la legislación ecuatoriana y las legislaciones argentina, colombiana y mexicana respecto al tema de estudio.
- Establecer una interpretación sobre el artículo 29 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su Reglamento utilizando el principio de proporcionalidad.

Aportes y valor de la investigación

La investigación pretende realizar una revisión teórica documental sobre los trasplantes de órganos *post mortem* y su relación desde el punto de vista del Derecho Constitucional ecuatoriano, fundamentado desde los principios internacionales de los derechos humanos, así como en las leyes que rigen el sistema nacional de trasplantes, dando luz a los profesionales del derecho, así a los pacientes que requieren un trasplante, sobre los procesos que conllevan esta actividad y cómo se encuentran plasmada en el ordenamiento jurídico, que podría presentar un punto álgido debido al impositivo consentimiento de los parientes de la persona fallecida que donará sus órganos.

Basado en el estudio constitucional ecuatoriano, se analizarán también los articulados de otras constituciones como la de Argentina, Colombia y México, para así entender cómo la normativa suprema del país concuerda con otras en cuanto al derecho a la vida y la autodeterminación. Además, para examinar, si requiere de mejoras para la defensa del ciudadano que necesita un trasplante, con un enfoque en el principio de proporcionalidad plasmado en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su Reglamento.

Capítulo 1 Marco Teórico

1.1. La donación universal de órganos *post mortem*

En los últimos tiempos, el paulatino avance tecnológico y médico ha generado nuevos conceptos y elementos que no han sido debidamente abordados por el ámbito jurídico o en su defecto, han sido abordados de manera deficiente. Los progresos de la medicina, el crecimiento de la esperanza de vida, así como el mejoramiento de los sistemas e infraestructuras de salud han propiciado que los trasplantes de órganos, tejidos y/o células sean una realidad en nuestro país. Estos han permitido mejorar la calidad de vida de personas con padecimientos degenerativos derivados de la insuficiencia de algún órgano por la afección de distintas enfermedades.

Dentro del contexto global, el trasplante de órganos y tejidos constituye una práctica que data de 1954, fecha en la cual, se procedió con el primer trasplante de riñón entre una pareja de gemelos en la ciudad de Boston, Estados Unidos. A partir de entonces, esta práctica en órganos y tejidos ha tenido un desarrollo exponencial.¹⁰

Como consecuencia del progresivo desarrollo de los resultados en el campo de los trasplantes de órganos, los Estados han procedido a regular dicha práctica de forma heterogénea principalmente en el ámbito relativo a la donación de los órganos y/o tejidos; en algunos casos se ha propiciado un aumento en la donación legal de trasplante de órganos y tejidos después de la muerte en países como México, Ecuador y Brasil. Por su lado, en el otro extremo, existen países como Irán que han aceptado incluso la donación recompensada de riñones en vida entre no parientes.¹¹

Sin lugar a duda, el ámbito del trasplante de órganos, así como los mecanismos para el acceso a estos, ya sea por compraventa, donación o comercio ilícito, constituyen un importante debate no solamente dentro de la esfera médica o científica, sino también desde el plano jurídico. Lo planteado se revisa, durante la investigación donde se analizan los componentes del sistema de acceso a órganos y/o tejidos (donación) de Ecuador, así como las principales implicaciones y

¹⁰ María Paula Castellanos Rojas, “Historia y evolución del trasplante de órganos y la importancia del rol de enfermería en la actualidad” (tesis de maestría, Universidad de Ciencias de la Salud, 2018), <https://repository.udca.edu.co/bitstream/handle/11158/1182/Historia%20y%20evoluci%F3n%20del%20trasplante%20de%20organos%20y%20la%20importancia%20del%20rol%20de%20enfermer%EDa%20en%20la%20actua.pdf;jsessionid=7808BB8809EDC25EA595205A47AA7FCA?sequence=1>.

¹¹ Lucas Costa de Oliveira, “Mercado regulado de órganos: el caso de Irán”, *Revista de Bioética y Derecho*, n° 44 (2018): 73–88, <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n44/1886-5887-bioetica-44-00073.pdf>.

protagonistas de la estructura dispuesta tanto en la Constitución como en la ley. Ello con la finalidad de garantizar el derecho a la salud, así como el respeto de los sujetos y/u objetos jurídicamente protegidos que intervienen en el trasplante de órganos, con especial énfasis en los donadores cadavéricos.

Por otra parte, se suma el derecho comparado que permitirá establecer una comparación con las normativas de otros países a fin de debatir sobre la donación de órganos presunta *post mortem*. Igualmente permite determinar los deberes y derechos constitucionales que poseen los seres humanos como ciudadanos sujetos de derecho.

1.2. Noción teórica de la donación de órganos *post mortem*

A fin de proceder con el debate que se ha propuesto en la investigación y al tratarse de un tema estrictamente médico - científico es competente proceder a establecer las categorías pertinentes que engloban la temática de la donación de órganos *post mortem*. De igual forma, las principales implicaciones que se derivan para el sistema jurídico ecuatoriano con relación a la referida donación.

La disertación expuesta permite establecer un catálogo oportuno de términos y definiciones que buscan constituirse en una guía o herramienta científica para abordar, en ulterior instancia, la constitucionalidad o no de la donación presunta, objeto esencial de la investigación.

1.2.1. Concepto de muerte y sus derivaciones jurídicas

A modo de antecedente, es importante dejar sentado que, el pretender establecer una definición terminante o concluyente de la muerte constituye una tarea compleja. Este acto involucra un sinnúmero de campos que permiten encausar el espectro jurídico, filosófico, médico, religioso y psicológico, que, en muchos de ellos, los conceptos que giran en torno a la muerte pueden colisionar entre sí.

Para Patitó¹², la principal característica a tomar en cuenta cuando se discute sobre la muerte es su elemento de irreversibilidad. Esta la define como “el cese definitivo e irreversible de las funciones vitales, respiratorias, cardiovasculares y nerviosas, conocido también bajo la denominación de trípole de Bichat”.

¹² José Ángel Patitó, *Medicina Legal*, (Buenos Aires: Ediciones Centro Norte, 2000), 158.

Así, los profesionales del derecho cuestionan si la muerte debe ser definida en las normas. Por otro lado, los médicos debaten cuáles son los signos que den certeza de la cesación definitiva de la vida. Igualmente, los filósofos perfilan teorías entre la vida y existencia, los teólogos buscan establecer el momento de la salida del alma del cuerpo y los psicólogos consideran los efectos de los cercados de aceptar el deceso de la persona que aún respira.¹³

Por ende y desde el ámbito jurídico se ha guardado especial relevancia a la definición de la muerte, en base a los efectos que se derivan de ella, más que en relación con sus características biológicas. Años atrás, era contundente, indudable y no se requerían médicos para certificarla. En aquel momento, no existían trasplantes, ni tecnología capaz de mantener en funcionamiento artificial un cuerpo cuyas funciones cerebrales hubiesen cesado. Sin embargo, desde la década de los 50, fecha en la que se logró por primera vez con éxitos el trasplante de un órgano proveniente de un cadáver, dio lugar a la necesidad de zanjar nuevas realidades desde el orbe del derecho.¹⁴

Actualmente, y con el paulatino desarrollo de las tecnologías médicas en asistencia y/o prolongación de la vida, nuevas interrogantes abordan el campo legal en relación con la definición de muerte. Así, por ejemplo, la persona sin actividad cerebral, con respiración asistida y cuyo corazón late se discurre la cuestión de que, si está vivo o muerto. Es por ello por lo que, dicha inquietud, desde el ámbito doctrinario y científico posee explicaciones que durante el desarrollo del presente trabajo se responderá.¹⁵

En consecuencia, derivado del ordenamiento jurídico, este último no puede resolver de forma legal y por sus propias vías la determinación de cuándo ocurre la vida y cuándo aparece la muerte. Es por ello, que el jurista como presentador de la legalidad se vuelve hacia otras aristas con el fin de codificar y establecer fórmulas imperativas que le permitan discernir entre la ocurrencia de la vida y la muerte de forma jurídica. Al respecto, no es el legista quien define la existencia de un ser vivo o quien determine si está muerto, lo máximo hasta dónde llega el derecho en este aspecto, es elegir una de las disímiles réplicas sobre el inicio o fin de la vida,

¹³ Comité para la defensa de la vida, “La Eutanasia. 100 cuestiones y respuestas” (tesis de maestría, Universidad de Navarra, 2022), <https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica/material-de-bioetica/la-eutanasia-100-cuestiones-y-respuestas>.

¹⁴ Marco Salz Peñuelas, “Fenomenología y enfermedad: Aproximación de la experiencia patológica” (tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2017), <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/405302/msp1de1.pdf?sequence=1>.

¹⁵ Kenneth Maieses, “Muerte cerebral”, mayo de 2022, párr.4, accedido 5 de julio de 2023, <https://www.msmanuals.com/es-ec/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/coma-y-alteraci%C3%B3n-de-la-consciencia/muerte-cerebral>.

para así encausar las trascendencias jurídicas que se introducen en el sistema de las relaciones sociales.¹⁶

1.2.2. La muerte en el espectro jurídico ecuatoriano

De forma genérica, es necesario el compromiso de la sociedad ante el hecho de evitar el abuso y transgresión de los derechos humanos, específicamente aquellos que atenten contra la vida. Al respecto, tal y como se expuso con anterioridad, la vida es un derecho otorgado a todas las personas, así como lo es la muerte, en especial la muerte digna. Igualmente, las derivaciones del referido derecho como el derecho a decidir o no sobre la donación de órganos. Esta práctica está desprotegida legalmente debido a su envergadura, por este motivo se precisa la implementación de amparos jurídico elaborado democráticamente.

Teniendo en cuenta que Ecuador es un Estado constitucional de derecho y de justicia, se ha forjado una nueva estructuración en el ámbito social, político y jurídico que involucra un proceso en el que, el ordenamiento jurídico, se vuelca hacia la tutela de los derechos de las personas como eje central ante el Estado, la ley y las normas derivadas de estas.¹⁷ Asimismo, el marco constitucional nacional no define la muerte, donación presunta o el trasplante de órganos *post mortem*. Sin embargo, en su contexto general, establece la norma suprema en el artículo 3, el deber del Estado de garantizar la salud de sus habitantes. También, en relación con el derecho a la salud la norma suprema lo reconoce en el artículo 32 como un derecho del buen vivir. Al respecto, se regula que los servicios de salud serán observados por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. Además, los artículos 358 y 359 respectivamente refieren de forma universal el sistema nacional de salud y todo lo que en él se engloba.¹⁸

Por su parte, el Código Civil tampoco refiere los términos o elementos médicos-científicos que guardan relación con la conceptualización del hecho jurídico de la muerte. Este sólo menciona dentro del artículo 64 que la persona deja de existir con la muerte; razón por la que se argumenta

¹⁶ Sergio García, “Una reflexión jurídica sobre la muerte”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, volumen 37, n° 111 (2004): 861–918, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3806>.

¹⁷ Diego Geovanny Piedra Sánchez, “El derecho a la muerte digna como fundamento contenido en la dignidad humana dentro del Estado constitucional ecuatoriano” (tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020), <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7312/1/T3185-MDC-Piedra-El%20derecho.pdf>.

¹⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008. *Registro Oficial No 449*, arts.3, 32, 358 y 359.

que el ordenamiento jurídico nacional posee lagunas con respecto al concepto de muerte en el espectro jurídico.¹⁹

La importancia de que la legislación provea criterios respecto de la presencia o existencia de la muerte, no solo estriba en el reconocimiento de derechos de índole hereditaria o de paternidad, sino que su importancia también se acentúa en el tema de la donación de órganos y tejidos. A partir de ello se analizará a detalle, que la muerte constituye, uno de los presupuestos esenciales para proceder con la extracción de órganos, de ahí la importancia de definir o dar un concepto a la muerte aplicable en todos los ámbitos del derecho.²⁰

Otras de las normas a mencionar en cuanto a la concepción de la muerte en el ámbito jurídico, es la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos y Células. En ella, específicamente en su parte final, sin articulado se contemplan algunas definiciones dentro de las cuales se hallan los términos relacionados a la presente investigación, sin muchas especificidades que otorguen la información o proceder necesario para evitar un quebrantamiento de norma o de derechos, a saber:

Muerte. - Para fines de esta Ley, es el “cese permanente de la función del organismo como un todo. Esta definición implica que el mantenimiento por medios artificiales de la función cardiovascular y ventilatoria se reduce al funcionamiento de “subsistemas” independientes y que la función del organismo “como un todo” se ha perdido; teniendo en cuenta que el encéfalo es el responsable de la función del organismo como un todo” se considera que la “muerte encefálica” es equivalente a muerte.²¹

Es evidente que el concepto antes mencionado recoge criterios actuales en relación con los parámetros para el diagnóstico de la muerte. En él se otorga prioridad a la muerte encefálica como elemento condicionante para determinar la ocurrencia o no del fallecimiento. Ante ello, surge la interrogante sobre la utilidad de esta norma en el régimen jurídico civil a fin de dar solución a la inconstitucionalidad que muchas personas sufren con el deceso de su familiar debido a una presunta donación *post mortem*.

¹⁹ Ecuador, Código Civil de 24 de junio de 2005, *Registro Oficial 46, Suplemento*.

²⁰ Marta Reguera Cabe, “Aspectos éticos y legales de los test de portadores de mutaciones recesivas en tratamientos de reproducción humana asistida con gametos donados”, *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 51 (2021): 243 – 259, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872021000100015.

²¹ Ecuador, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 4 de marzo de 2011, *Registro Oficial 398*.

En ese mismo orden de ideas, es procedente, desde el derecho comparado analizar las diferencias y semejanzas entre las legislaciones más desarrolladas en el área de América Latina. Con ello se busca establecer criterios de comparación, para entender de mejor manera la definición integral de muerte y de donación de órganos en países de la región. En la parte de la Región Andina se ha elegido a Colombia, en la parte sur del continente a Argentina y al norte de Latinoamérica, a México que, como naturista del *civil law* poseen criterios divergentes sobre estos temas.

En esa línea, la utilidad del derecho comparado está dada en que permite conocer las instituciones constitucionales, para aproximarse al nivel normativo con la finalidad evidenciar avance normativo constitucional diferente al sistema constitucional ecuatoriano. Los países de estudio poseen un alto reconocimiento del derecho internacional el que posee jerarquía ante las normas internas.²²

En tal contexto, el derecho comparado permite optimizar el *milieu* holísticamente dado que, en el transcurso de los años, los países europeos y de la región latinoamericana han tomado y extraen motivación para conocer y aprender sobre la temática de estudio con el fin de realizar una unión internacional y de la región.²³ Es por ello que se expone en la siguiente tabla una comparativa a los efectos de demostrar las semejanzas y diferencias de las normativas en cuanto a la muerte desde el orbe del derecho.

Tabla 1

Análisis comparado de legislaciones constitucionales en temas como la muerte dentro del espectro jurídico.

Países	Semejanzas con Ecuador	Diferencias con Ecuador
Argentina	Establece parámetros que determinan la existencia de la muerte mediante presupuestos o signos, proporcionando a la población una mejor seguridad jurídica y forma de proceder en observancia a Derecho, así como la tranquilidad conminada a los médicos con respecto a su responsabilidad. ²⁴	Señala que una persona se declara fallecida cuando se verifiquen los signos como: ausencia invariable de respuesta cerebral, aunado a la pérdida absoluta del juicio; carencia de la respiración espontánea; desaparición de reflejos cefálicos y corroboración de pupilas fijas no reactivas; paralización encefálica

²² Lucio Pegoraro, "Derecho constitucional y método comparativo". *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*, 2005, volumen 31, n.o 6, 2005:69-99, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1793/6.pdf>.

²³ *Ibíd.* 70.

²⁴ Argentina, Ley 24.193 Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos, *Boletín Oficial*, 24 de marzo de 1993.

		refrendada por medios técnicos y/o instrumentales clínicos. ²⁵
Colombia	Art 15. Los menores de edad podrán ser donantes de órganos y tejidos, siempre y cuando sus representantes legales expresen su consentimiento informado para la donación de órganos y/o tejidos dentro de las ocho (8) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral.²⁶ Art. 540. Parágrafo 1. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación. Se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento. La voluntad de donación expresada en vida por una persona solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares.²⁷	El Instituto Nacional de Salud (INS) asume a partir de la presente ley funciones de máxima autoridad administrativa frente a la estructura y organización de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos. El Registro Nacional de Donantes estará a cargo del Instituto Nacional de Salud (INS), que deberá mantenerlo actualizado y abierto a la consulta ' de todas las instituciones médicas de manera instantánea para constatar la calidad de donante de la persona. La consulta del Registro Nacional de Donantes, previo a cualquier acción para la donación, es obligatoria para la entidad médica. La reglamentación fijará las sanciones a esta infracción.²⁸
México	Ley General de Salud, en la que señala sobre la pérdida de la vida que esta se suscita cuando se existe la muerte encefálica y/o el paro cardíaco irreversible.²⁹ Art. 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida	Art. 324. Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el

²⁵ Ibid.

²⁶ Colombia, Decreto No. 2493 de 5 de agosto de 2004, *Diario Oficial No. 45.631*.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ México, Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2009, art. 183.

o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.³⁰

adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

Cuando una persona fallece y con la autorización de la familia, se pueden donar los órganos que se encuentren en condiciones de ser trasplantados.³¹

Elaboración propia.

1.2.3. La muerte desde la cosmovisión andina

Los miembros de las naciones y pueblos indígenas en Ecuador constituyen un componente esencial en la idiosincrasia del país debido a su cultura, tradiciones y elemento espiritual. Para estos grupos sus creencias, prácticas y rituales, son sagradas conforme a su comisión heredada de generación en generación³². Dicha cosmovisión, debe ser valorada y respetada por el Estado y con mayor fuerza en uno de tipo plurinacional e intercultural como está reconocido en el país.

Ecuador, tal y como lo expresa su Constitución es un país pluricultural, por lo que existen diferentes concepciones de muerte observadas desde sus diversas culturas. La muerte en cada una de sus cosmovisiones es comprendida de diferentes formas, pero unidas en la necesidad de su importancia como ciclo de vida y parte de esta. De ahí que la cosmovisión andina no se queda exenta de esa visión ancestral que liga tanto a la vida como a la muerte en la propia existencia del hombre, pues avizoran al mundo de los muertos como un elemento presente en la vida diaria de todos los seres humanos³³.

La cultura más ejemplificativa del país es el kichwa Otavalo, para quienes la muerte no es el fin de la persona, pues la cosmovisión andina advierte que la muerte es extrapolarse a un mundo espiritual que radica en el cielo junto a los astros como medio de ubicación y de rituales que teniendo en cuenta su luminosa presencia los pueblos de los andes veían la manifestación visible de la conectividad entre la vida y la muerte³⁴.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Silverio Chisaguano, *La población indígena del Ecuador. Análisis de estadísticas socio-demográficas* (Quito: INEC, 2016).

³³ Víctor Bascopé, El sentido de la muerte en la cosmovisión andina; el caso de los valles andinos de Cochabamba, *Chungará*, volumen 33, n.2, (2001): 27-36, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-73562001000200012.

³⁴ Ibid.

En ese sentido, para la cosmovisión andina, la muerte es la visualización del occiso y su la relación con los familiares. Se considera la conexión que existe para ellos cuando el alma ha tenido el privilegio de la salvación, acredita que sus parientes acudan a la necrópolis para solicitar la intercesión ante el Dios del alma bendita. Su fin es purificar el alma y solicitar su pronta salvación³⁵.

La identidad cultural de muchos pueblos y nacionalidades originarias han experimentado cambios, influencias e imposiciones de valores culturales hegemónicas, que debilitan y amenazan nuestra riqueza cultural y espiritual. Sin embargo, ello no ha podido modificar la cosmovisión sobre la muerte para la comunidad indígena. Para ellos, el deceso no constituye el final del ser, sino que representa la continuidad del individuo dentro del universo. Asimismo, el fallecimiento se percibe como una creencia variada y compleja donde las percepciones asociadas a la muerte no están del todo descubiertas por lo que se precisa profundizar más en esta cultura, específicamente en su percepción sobre la donación de órganos y el sentido espiritual que representa para la existencia del ser humano.³⁶

Por otro lado, la religión ha estado presente en los movimientos indígenas. La rápida expansión de los evangélicos entre las comunidades andinas, ha encauzado una gran rivalidad y dicotomía de criterios devenida de la colonización. No obstante, se observa que todas estas problemáticas, no han influido considerablemente en el incremento del respeto por las tradiciones religiosas indígenas hereditarias, por lo que, la intensa actividad misionera de las diversas iglesias, ha contribuido al surgimiento de nuevos líderes indígenas, y los rituales chamánicos. Por ello estos últimos funcionan como un poderoso medio de reafirmación de la identidad étnica.³⁷

Por último, en la lucha por recuperar las costumbres y tradiciones indígenas hereditarias, la cosmovisión representa un causante que hace de la adquisición un carácter sagrado y enraizado en las generaciones actuales. La lucha étnica que han tenido que librar las comunidades indígenas para que sus creencias sean respetadas, tienen como principal objetivo el reconocimiento de los derechos indígenas, la reivindicación de la especificidad como personas

³⁵ Ministerio de Cultura Argentina, “*Qhapaq Ñan: memoria ancestral de los pueblos andinos*”, 10 de diciembre de 2020, accedido 25 de julio de 2023, <https://www.cultura.gob.ar/qhapaq-nan-memoria-ancestral-de-los-pueblos-andinos-9891>.

³⁶ María Luisa Pfeiffer, “El trasplante de órganos: Valores y derechos humanos”, *Revista Persona y Bioética*, volumen 10, n.º 7, (2006): 8 – 25, <https://bioetica.uft.cl/revista-altus/edicion-no-8-transplantes/la-donacion-de-organos-y-el-magisterio-de-la-iglesia-catolica/>.

³⁷ Cristián Parker Gumucio, “La religión y el despertar de los pueblos indígenas en América Latina”, *Alteridades*, volumen 16, n.º 32 (2006): 81–90, <http://www.scielo.org.mx/pdf/alte/v16n32/2448-850X-alte-16-32-81.pdf>.

pertenecientes a esas comunidades, a fin de asegurar sus expresiones culturales. Las creencias religiosas no son uniformes en los medios indígenas, pero no hay duda de que la religión forma parte de la recuperación de la identidad étnica, aunque últimamente esté bajo la amenaza de la globalización.³⁸

1.2.4. La muerte desde la perspectiva de libertad de culto y costumbres

En Ecuador existen diversos grupos de religiones donde prima que el 80% de la población pertenece a la religión católica, el 11,3% a la evangélica, el 1,29% a los Testigos de Jehová y el restante 6,96% a otras religiones, según datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).³⁹

En ese sentido, los ecuatorianos que profesan la religión católica consideran que la muerte forma parte de la vida; no es pensada como una desunión o desvinculación especialmente importante. Ellos confían en Jesús pues creen que, como dio su vida por ellos para que tuvieran vida eterna, los va a resucitar también. Con relación a la donación de órganos, con expresa voluntad, la iglesia católica permite tal acto. Ello a partir de que el trasplante de órganos se considera conforme a la ley moral, siempre que, los daños, riesgos físicos y psíquicos que pudiese padecer el donante, son proporcionados al bien que se busca para el destinatario.⁴⁰

En otro orden de ideas, para los evangelistas (segundo grupo con más alto índice de religiosos) en medio del dilema de la muerte y de la inmortalidad, el cristiano posee la convicción de que Dios le ha dado la vida creándolo a su imagen y semejanza. Ello con un propósito y por la voluntad del supremo, por lo que sabe tiene la convicción de que, cuando experimente la angustia de la muerte, Cristo actúa en él, convirtiendo sus penas y su deceso en fuerza redimida. Es así como el hombre cristiano supera con creces la muerte, pues se abre paso a la óptica perpetua de Dios y a la resurrección del cuerpo al final de los tiempos, cuando todas las cosas se hayan cumplido en su señor.⁴¹

Con respecto a la donación *post mortem* y en vida, el evangelismo la fomenta, puesto que plantea que, como el hombre fue creado a imagen y semejanza, así como para la gloria de Dios,

³⁸ Ibid.

³⁹ Ecuador Instituto Nacional de Estadística y Censos, “*Filiación Religiosa*”, 29 de septiembre de 2021, párr. 1, accedido 25 de julio de 2023, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/filiacion-religiosa/>.

⁴⁰ Isidora Suárez, "La donación de órganos y el magisterio de la iglesia católica", *Revista Altus*, volumen 9, (2014): 35-47, párr. 12, <http://bioetica.uft.cl/index.php/ediciones/edicion-n-8-trasplantes/item/la-donacion-de-organos-y-el-magisterio-de-la-iglesia-catolica>.

⁴¹ Ibid.

tal discípulo, debe profesar su amor a este. Todo esto quedó plasmado en una Resolución de 1985, instaurada por la Asamblea General, donde se incita, a los miembros de la Iglesia, a registrarse como donantes de órganos y apoyar mediante la oración a aquellos que han recibido un trasplante.⁴²

Finalmente, como se ha observado a lo largo de este tema, disímiles son las perspectivas o cosmovisiones de cada persona o grupo de seres humanos que pertenecen a una misma cultura y religión. Dicha ambigüedad, da lugar a que cada persona estructure su propia opinión y elabore su particular visión de la realidad social desde su punto de vista y vivencia personal. Empero, la inclusión del individuo en diversas categorías sociales y su adscripción a diversos grupos inciden en la elaboración individual de la realidad social, lo que ocasiona apreciaciones compartidas entre otros de su realidad.

1.3. La donación de órganos *post mortem*

La donación de órganos después de la muerte constituye una perístasis poco abordada, debido a su vulnerabilidad y delicadeza al ser tratado por la sociedad, en donde los criterios son divergentes y dicotómicos tanto desde el orbe científico-médico como el jurídico. Además, cada Estado regula en su normativa, desde su óptica. Ello conduce a diferentes normas, propuestas, variantes y soluciones que de forma sintética se abordarán en el estudio. En primera instancia, se argumenta que la donación es “aquel acto de liberalidad consensuada por el cual una persona entrega gratuitamente algo a otra que lo acepta”.⁴³

De esta manera, se contextualiza el significado de donación desde un estado general y enmarcado en una condición genérica a razón de la necesidad del ser humano. Se debe, acotar, que, como condición necesaria, se precisa la autorización voluntaria y facultativa derivada de la conciencia o raciocinio tanto del donante como del donatario. Por ello, no se debe presumir una donación sin antes estar seguro de lo que se quiere, es decir, sólo se está en presencia de

⁴² Ana Krystal Cruz, Andrea Anaíd Herrera y María Fernanda Isunza, “Religión y donación de órganos” (tesis de pregrado, Colegio Anglo Mexicano de Coyoacán, Sede México, 2016), 18, <http://vinculacion.dgire.unam.mx/vinculacion-1/Memoria-Congreso-2016/trabajos-ciencias-sociales/sociologia/4.pdf>.

⁴³ Esperanza Vélez, “Donación de órganos, una perspectiva antropológica”, *Revista de la Sociedad Española de Enfermería Nefrológica*, n.º 10 (2017): 179 - 185, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-13752007000300004.

una donación cuando ambos sujetos involucrados están conscientes del acto que van a formalizar, en su defecto, no se debe presumir tal hecho.⁴⁴

En otro orden de ideas, se ha logrado establecer a la donación como una prerrogativa propia de cada persona, la que se encuentra integrada en una percepción internacional. Por lo anterior, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha establecido principios de cumplimiento para la donación, específicamente la de órganos y demás células y tejidos. Estos son la autonomía, la gratitud, accesibilidad, confidencialidad y consentimiento, los que destacan por ser los más importantes.⁴⁵ En ese sentido, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, tejidos y Células en Ecuador recoge estos principios en su artículo 4, como garantía del derecho a la salud en materia de trasplante.⁴⁶

Al respecto, en México la donación en materia de órganos se encuentra regulada por el artículo 321 de la Ley General de Salud. Se define como 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 trasplantes.⁴⁷

De igual forma, para la legislación colombiana, la donación es la extracción de órganos y tejidos con fines de trasplante de una persona que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad, autorizó su donación. Es un acto voluntario por el cual no existe remuneración o retribución para la familia del donante.⁴⁸

Todos estos criterios coinciden en que la donación conforma una figura jurídica que goza de ciertos elementos comunes, independientemente de la legislación que se estudie. Por tal razón, el órgano internacional oficial en materia de trasplante de órganos, células y/o tejidos ha establecido pautas con el objetivo de que no se vulnere el derecho de las personas, aún después de muerta, amén de que esta por su condición de occisa pierde todos los derechos de anuencia.

Por otra parte, la accesibilidad posee ciertas restricciones en referencia a la connotación del receptor, pues no todos tienen la posibilidad de conseguir una donación. En este particular, el

⁴⁴ Karla Martínez, “Algunos aspectos éticos de la donación y el trasplante”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, n.º 29 (2019): 15-24, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272006000400003.

⁴⁵ Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Resolución WHA63 de mayo 2010. Principios Rectores sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos, 22.

⁴⁶ Ecuador, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 4 marzo de 2011, *Registro Oficial* 398, art. 4.

⁴⁷ México, Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2009, art. 321.

⁴⁸ Colombia, Decreto N° 24934 de agosto de 2004, *Diario Oficial* n.º. 45, art. 10.

Estado debe permitir, en el menor tiempo posible y con criterios de equidad y necesidad la confección de las listas de espera. Igualmente, garantizar el debido acceso a los servicios generales de trasplantes sin importar el estatus o condición social y migratoria que ostente la persona necesitada de la donación.⁴⁹

Finalmente, se discurre la necesidad de que exista el consentimiento como elemento clave para el desarrollo de la donación puesto que, sin este, no es posible ponerla en práctica. Tal elemento, es un condicionante definido por la OMS. Se considera el principio rector en el proceso de trasplante, salvo las excepciones dispuestas por cada país y el ordenamiento jurídico nacional.⁵⁰

Teniendo en cuenta que Ecuador es el principal país de estudio, el consentimiento constituye un derecho específico de los donantes y receptores. Por ello es necesario que, dicha aceptación, conste por escrito. En el supuesto de ser sujetos vivos, debe ser otorgada ante notario público; en cambio de ser un cadáver y no hubiere manifestado expresamente su voluntad en contrario, se presume su consentimiento.⁵¹

⁴⁹ Suyen Mercedes Palacios, Scarleth Lucia Torrez y Karina del Carmen Vélchez, “Regulación jurídica de la donación y trasplante de órganos, tejidos y células para seres humanos en Nicaragua y derecho comparado con Guatemala, Costa Rica y Panamá” (tesis maestría, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 2015), 141, <http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/handle/123456789/4080>.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Leonardo Pérez Gallardo, “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, *Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, volumen 9, n.º 36 (2015): 178 – 202, <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293244044008.pdf>.

Capítulo 2 Metodología

La investigación es cualitativa de acuerdo con Lerma⁵², a partir de que se sustenta en su carácter sistemático y claramente interpretativo. Este enfoque se implementa con el fin de ayudar a justificar un argumento, a través de un marco teórico y el estudio de un fenómeno en concreto, por lo tanto, su carácter particularista se centra en el estudio de un solo fenómeno, hecho o situación. Por lo expuesto, resulta especialmente viable en la investigación de problemas jurídicos, cuestiones de jurisprudencia, entre otros.

El método que se utilizó en la presente investigación es el teórico que sirve para develar las relaciones esenciales del objeto investigado y no observables de forma directa en aspectos como los fenómenos que lo componen. Igualmente, los procesos que lo integran y los preceptos que los definen.⁵³

También se utilizó el método analítico – sintético, que descompone al objeto estudiado en sus diversos elementos para luego volverlo a construir con base al estudio de cada uno de los preceptos que lo componen y que han sido estudiados. En la ciencia jurídica este proceso resulta indispensable, porque permite estudiar leyes, instituciones, conceptos o procedimientos de forma integral, a través de la descomposición, caracterización y/o jerarquización.⁵⁴

Por otro lado, se aplica el método exegético, a partir de que se da una explicación a un texto jurídico determinado en el presente caso como la Constitución, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su Reglamento, entre otros. Con el método mencionado se efectúa una explicación detallada de las normas jurídicas, artículo por artículo, palabra por palabra.⁵⁵

De igual forma, la presente investigación es de carácter exploratoria, ya que se utiliza cuando el tema a abordar resulta desconocido, ya sea para la investigadora como para la comunidad científica.⁵⁶ En este punto, es preciso mencionar que, a pesar de la abundante literatura existente, la comunidad científica no encuentra estudios sobre la naturaleza y el alcance del derecho sobre la donación de órganos. De igual manera, no son abundantes las investigaciones

⁵² Héctor Lerma, *Metodología de la investigación* (Colombia: EcoE Ediciones, 2012).

⁵³ Javier Murillo Torrecilla, *Metodología de Investigación Avanzada*, (Colombia: Público Académico, 2018).

⁵⁴ Roberto Hernández, Carlos Fernández y María Baptista, *Metodología de investigación*, (México: McGraw Hill, 2010).

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

en torno a la vinculación de la tutela del derecho a la libertad, con las garantías jurisdiccionales o acciones de amparo, especialmente si se habla de la garantía a favor de personas fallecidas.

La presente investigación, también tiene el carácter descriptivo. Ello se sustenta en que se orienta al conocimiento de una realidad concebida desde una situación espacio-temporal determinada. En esta el investigador pretende dar a conocer las características del fenómeno estudiado a través de la descripción de una realidad, su evolución, las causas y las consecuencias de las diversas cualidades presentes en dicha realidad.⁵⁷

Finalmente, la investigación es cualitativa y ella busca la comprensión profunda de un fenómeno a través de su análisis. Para cumplir con este propósito se ha optado por la implementación de la técnica de estudio comparado; dicha técnica permite conocer un fenómeno en particular de forma detallada a través de argumentos escogidos por la investigadora que permitan ilustrar su propuesta. Además, identificar similitudes y diferencias en las diferentes legislaciones.⁵⁸

⁵⁷ Javier Murillo Torrecilla, *Metodología de Investigación Avanzada*, (Colombia: Público Académico, 2018).

⁵⁸ Roberto Hernández, Carlos Fernández y María Baptista, *Metodología de investigación*, (México: McGraw Hill, 2010).

Capítulo 3 : Resultados de la investigación

3.1 Análisis doctrinal desde lo conceptual a lo jurídico

En el presente apartado se desarrollan, primeramente, los conceptos elementales que se incluyen en el proceso de donación de órganos, para continuar con el análisis de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y llegar hasta un análisis en el derecho comparado, con lo que se complementará el trabajo de investigación.

3.1.1 Conceptos elementales del proceso de donación de órganos

3.1.1.1 El consentimiento expreso

En materia de donación, Zúñiga⁵⁹ afirma que se discurren diferentes sistemas jurídicos de donación divididos en: sistema básico de consentimiento presunto y el conocimiento expreso; sobre estos dos matices se ha desarrollado un sinnúmero de variantes y requisitos que teniendo en cuenta el tipo de legislación nacional, por ello, es entonces, el tipo de consentimiento que se conjetura.

Con relación a lo anterior, Álvarez⁶⁰ dice que el modelo de consentimiento expreso posee tonalidades muy similares en los países que lo aplican. Este expone, a breves rasgos, la necesidad por parte de los ciudadanos de manifestar de forma expresa, en vida, si desean o no convertirse en donantes al momento de su muerte.

En el caso hipotético de que, la persona falleciese sin haberse pronunciado a favor o en contra de la donación de órganos, la legislación mayoritaria se inclina a determinar que no cabría, en dicho escenario la donación, aún inclusive cuando los parientes estuvieren de acuerdo con la donación. Sin embargo, en Ecuador teniendo en cuenta lo estipulado por la legislación de la materia, que expresa en el artículo 29 que, los ecuatorianos, al fallecer se convierten en donantes, a menos que en vida hubieren manifestado lo contrario⁶¹. No obstante, en este apartado sale a la luz una laguna para aquellas personas que, por circunstancias eximentes a su voluntad, no hayan podido elegir y atente en contra de sus principios, ya sean de tipo religioso

⁵⁹ Alejandra Zúñiga, “El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismos para aumentar la donación de órganos”, *Revista Médica de Chile*, volumen 143, n.º 10, (2015): 1331 – 1336, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872015001000012.

⁶⁰ Hugo Álvarez, “Consentimiento presunto y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes: un análisis ético”, *Revista Chilena de Cirugía*, volumen 59, n.º 3, (2017): 244 – 249, <https://www.scielo.cl/pdf/rchcir/v59n3/art13.pdf>.

⁶¹ Ecuador, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 4 marzo de 2011, *Registro Oficial* 398, art. 29.

o por la cultura a la que pertenecen. Este aspecto constituye una discordante que más adelante se debatirá con los argumentos doctrinarios y legales precisos.

Finalmente, el modelo del consentimiento expreso que se observa en la legislación donataria de órganos de Ecuador se limita únicamente al caso en que una persona en vida pretenda donar algún componente anatómico, siempre que la extracción de la misma no implique una incapacidad funcional permanente. Esta será otorgada ante notario público con el correspondiente informe psiquiátrico que demuestre la plena capacidad del donante⁶². Por ende, en caso de donación después de la muerte, se sujeta al modelo de consentimiento presunto.

El consentimiento tácito o presunto, es aplicado por la mayoría de los países de la región europea, pues sus legislaciones manifiestan que, durante el transcurso de la vida del donante, este expresó su voluntad como tal. Por ello, después de ocurrida su muerte, se presume que el mismo es un donador de órganos y/o tejidos debido a que no se demostró lo contrario, aún y cuando sus familiares se opongan a tal acto, es por ello el motivo por el que se precisa ventilar la aceptación o no, antes de fallecer. De manera similar se encuentra la legislación ecuatoriana en lo referente a la donación de un órgano, ya que se considera que existe un conflicto entre el deber y el derecho de elegir o no ser donante.

Desde otra perspectiva, Álvarez⁶³ menciona que el consentimiento presunto aborda la idea de solidaridad y donación universal a fin de que se puedan salvar la mayor cantidad de vidas mediante la donación de órganos de personas mayores de edad fallecidas. Específicamente, aquellos que no hayan dejado de forma tácita su anuencia o no sobre la donación de sus partes anatómicas. Aunado a ello, se precisa esclarecer la importancia que advierte el principio de solidaridad en este ámbito, pues para el autor referido:

El ser humano tiene el deber de hacer el bien. Este es uno de los principios invocados por los defensores del modelo de consentimiento presunto. [...] es un deber ayudar a una persona que requiere de un órgano una vez que este no nos sea útil, al estar en muerte cerebral⁶⁴.

Por último, el modelo de consentimiento presunto, al que Ecuador se ha acogido en su legislación, constituye un modelo que no se encuentra exento de críticas, ya que se justifica en

⁶² Ibid.

⁶³ Hugo Álvarez, “Consentimiento presunto y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes: un análisis ético”, *Revista Chilena de Cirugía*, volumen 59, n.o 3, (2017): 244 – 249, <https://www.scielo.cl/pdf/rchcir/v59n3/art13.pdf>.

⁶⁴ Ibid., 246

principios como la solidaridad, justicia, colaboración o inclusive comunidad para establecer una regla general claramente marcada a un ámbito utilitarista de los cadáveres y sus componentes anatómicos frente a otros principios también vigentes como la autonomía de la voluntad, el consentimiento, diversidad, pluriculturalidad, ideales, entre otros.

3.1.1.2 Ablación y trasplante de órganos post mortem

Con relación al tema de observación, plurales son los bosquejos realizados que contemplan a la ablación y al trasplante como elementos relacionados al contexto sociocultural de una nación, los que, de forma holística son necesarios para la salvación de una vida, pero que dependiendo de la óptica de la sociedad se deriva así su importancia. En pocas palabras, el contexto sociocultural de una nación prepondera a sus miembros para tratar de divergir en cierta medida sobre cómo troquelar aquellos moldes o ideales por lo que se pretenden construir una sociedad sin discriminación, solidaria y equitativa.⁶⁵

De esta manera, se continuará abordando en este apartado sobre la donación y su trascendencia para el ser humano, pues la ablación (extirpación) y el trasplante de órganos *post mortem*. Ambas prácticas, constituyen mecanismos inminentes de la donación de órganos necesarios para la subsistencia del hombre que, debido a las acciones que se realizan en aquellos cadáveres los familiares no aceptan tales hechos debido al poco desprendimiento que poseen. Ello constituye un factor crucial en el proceso decisonal de la autorización de la ablación y uno de sus aspectos más problemático.

En ese sentido, la ablación que se efectúa en un cuerpo muerto ha de tratarse como si fuera un cuerpo vivo, principalmente en la asepsia, hasta que sea completa la extracción del órgano que estará destinado a continuar su vida en otro cuerpo. No hay duda, de que cuando un familiar conoce sobre la autorización de la donación de un órgano le resulta difícil comprender la decisión pues para él, la otra persona aún está presente y, en el sentir imaginario de los familiares está vivo y aun sintiendo.⁶⁶ Es por eso que, la extirpación o el retiro de uno o varios órganos, es percibido como una nueva embestida hacia la persona que ha fallecido, considerando que es una persona muy querida y amada.

⁶⁵ René Guerra, “Donación de órganos: comprensión y significado”, (tesis de pregrado, Universidad de Chile, 2005), 233, http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/guerra_r/sources/guerra_r.pdf.

⁶⁶ María Purificación Gironés Guillem, “Impacto de la donación de órganos en familiares que han vivido la experiencia: Estudio fenomenológico”, (tesis doctoral, Universitat d’Alacant, 2020), https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/58967/1/tesis_girones_guillem.pdf.

De ahí los cuestionamientos religiosos, culturales y filosóficos que se han advertido respecto del modelo de muerte cerebral. Ello abre la oportunidad del trasplante de organismos vivos de personas cuyo cerebro ha cesado irreversiblemente en sus funciones ordinarias.⁶⁷

Estos cuestionamientos se tornan oportunos de ser analizados ya que la presente investigación ha podido conocer a detalle los modelos por los cuales se diagnostica la muerte de una persona (muerte cardiopulmonar, muerte encefálica), los mismos que, no han logrado zanjar en debida forma el problema ético-médico planteado como objeto del problema (donación de órganos *post mortem*).

De allí que los modelos previamente comentados, poseen efectos totalmente disyuntivos entre sí, debido a que el concepto de muerte trae consigo diferencias por el momento en que se podría declarar el deceso de una persona para proceder a la extracción de sus órganos. Estas estructuras anatómicas, en muchos casos, aún se mantienen activos cumpliendo plenamente sus funciones orgánicas. Ello conduce a la situación ideal que permite la pertinencia para que pueda implantarse el órgano y/o tejido en otro ser humano.⁶⁸

3.1.1.3 Los sujetos en el proceso de donación de órganos post mortem

En breves rasgos, se reconoce como sujetos intervinientes en el proceso de donación de órganos y/o tejidos humanos a las personas físicas, claramente conocidas como el donante y el receptor. Sin embargo, también existen otros sujetos no necesariamente físicos, como por ejemplo las instituciones o bancos de órganos y/o tejidos para trasplante, así como la infraestructura y el equipo humano que interviene en esta compleja relación.⁶⁹

Por lo expuesto se puede colegir que, los sujetos implicados en el proceso de trasplante de órganos no se limitan únicamente al donante y el beneficiario, sino que existen otros sujetos que deben tomarse en cuenta como el personal médico interviene (también llamado el equipo médico), los familiares, en caso de que la legislación los requiriese para alguna validación posterior y las fundaciones y/o instituciones encargadas del control en el proceso de trasplante. A continuación, una descripción de cada sujeto

⁶⁷ Jorge Olvera et al., *El final de la vida y las voluntades anticipadas*, (México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2017).

⁶⁸ María Purificación Gironés Guillem, “Impacto de la donación de órganos en familiares que han vivido la experiencia: Estudio fenomenológico”, (tesis doctoral, Universitat d’Alacant, 2020), https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/58967/1/tesis_girones_guillem.pdf.

⁶⁹ Pablo Marina Riopérez, *El trasplante de órganos y tejidos humanos: un reto jurídico y ético para el siglo XXI* (Tesis de maestría, Universidad de Navarra, 2005) 374-7, <https://dadun.unav.edu/handle/10171/18792>.

- Donante

El principal protagonista, es el donante que, para la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su Reglamento, lo conforma todo ser humano vivo o muerto que done sus órganos, tejidos y/o células en buen estado funcional, para trasplantarlos en otra persona o utilizarlos con fines terapéuticos o de investigación.⁷⁰

En ese sentido, el donante en la legislación colombiana es definido como:

La persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante o implante en otra persona, con objetivos terapéuticos.⁷¹

Siguiendo con la revisión de este concepto, en México la Ley General de Salud define al donador o disponente, al que tácita o expresamente, consiente la disposición en vida o para después de su muerte, de su cuerpo, o de sus órganos, tejidos y células, conforme a lo dispuesto por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.⁷²

Como se puede advertir, las legislaciones concuerdan en señalar que el donante es todo ser humano con las limitaciones establecidas en la ley y, que, si se habla de donante cadavérico, es aquel en el que se ha verificado de conformidad a los signos establecidos por cada legislación, es decir, la pérdida de la vida.

En resumen, el donante es aquel sujeto vivo o muerto, quienes por ley o por su propia iniciativa expresa, han consentido de forma libre y voluntaria, proceder y luego de haber sido informados sobre el tema, bajo el principio de solidaridad, acepta que se extraigan en todo o en parte sus componentes anatómicos en los parámetros y procesos dispuestos en la ley y los protocolos médicos, cuyas consecuencias serán irreversibles dentro su organismo o potencialmente regenerativos.

- Receptor

La teoría médica, al analizar las características del receptor de componentes anatómicos, ha señalado como característica principal que debe cumplir cualquier persona para ser considerado receptor, es la necesidad de la operación de trasplante derivado la insuficiencia irreversible de

⁷⁰ Ecuador, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 4 de marzo de 2011, *Registro Oficial* 398.

⁷¹ Colombia, Decreto N° 2493 de 4 de agosto de 2004, *Diario Oficial* n°. 45631.

⁷² México, Ley General de Salud de 20 de agosto de 2009, *Diario Oficial de la Federación*, art. 5.

un órgano crítico. Así, solamente puede calificarse bajo esta categoría a aquel individuo que se encuentre limitado por la cesación o inminente cesación de un órgano crítico para su plena supervivencia.⁷³

En atención con los elementos expuestos anteriormente, se arguye que el receptor es aquella persona que requiere urgentemente el trasplante de un órgano o componente anatómico. Por ende, es quien recibe o en el que se le implantan órganos y/o tejidos de otro ser humano vivo o muerto y quien debe ser puesto en conocimiento claro y preciso de la cirugía a realizarse, así como las potenciales implicaciones derivadas de la misma.

- Equipo médico

Otro de los sujetos que intervienen en el proceso de donación de órganos *post mortem* es el personal médico responsable de la operación o del paciente como también se le conoce. Dichos sujetos deben cumplir una serie de protocolos científicos a fin de que se cumpla a cabalidad con el propósito de la donación. Ello a partir de que, poseen obligaciones como profesionales de la salud dirigidas a extraer y conservar cada órgano puesto bajo su tutela.⁷⁴

En el caso del Ecuador, la Ley de Donación crea el Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplante de Órganos. Este tiene entre sus competencias crear las políticas, programas y capacitaciones necesarias para que el personal médico que intervenga en las operaciones, pueda realizarla con base a los protocolos médicos pertinentes. Con ello se asegura un mayor grado de eficiencia, tanto en la extracción como en la sustitución de aquellos componentes anatómicos que han dejado de funcionar.⁷⁵

De igual manera, es necesario que se cumplan todos los protocolos de protección al personal médico y se les otorgue todos los insumos necesarios para que estos desarrollen su trabajo de la manera más correcta. Lo anterior implica que no se debe obviar, el imperante requerimiento de una mayor protección jurídica respecto de las actividades de riesgo que realizan, al estar expuestos a varias responsabilidades de índole administrativa, civiles e inclusive penales, razón

⁷³ Yolanda M. Guerra y Álvaro Márquez, “Bioética, trasplante de órganos y derecho penal en Colombia”, *Prolegómenos* volumen 14, nº 28 (2011): 45–59, https://Bioetica_trasplante_de_organos_y_Derecho_Penal_en_.pdf.

⁷⁴ J. Elizalde y M. Lorente, “Coordinación y donación”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, volumen 29, nº2 (2006): 35–43, <https://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v29s2/original4.pdf>.

⁷⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 4 de marzo de 2011, *Registro Oficial* 398..

por la cual, es obligación del Estado su permanente capacitación y dotación de tecnologías para el desarrollo efectivo y eficiente de sus actividades.

3.1.2 La Ley de Donación, naturaleza y registro de donantes

De forma introductoria al tema relacionado con la donación de órganos *post mortem* dentro de la medicina ecuatoriana no es de reciente data. Sin embargo, en el espectro jurídico, no fue hasta inicios del siglo XXI que se razonó sobre ello, lo que condujo a la necesidad de una norma para su regulación. En ese sentido, se crea la Ley Orgánica de Trasplantes de Órganos y Tejidos, manteniéndose así muchas operaciones al margen de la ley.⁷⁶

Pese a la existencia de una ley que regula la donación y el trasplante de órganos y tejidos luego de la muerte, desde el plano constitucional actual, no existe referencia alguna respecto a la donación de órganos y/o tejidos, ni a los trasplantes. En ese sentido, se discurre en el artículo 32 de la Constitución, que preceptúa el acceso a la salud como un derecho para toda la población ecuatoriana. Igualmente exige que en su ejercicio se deben disfrutar de todas las garantías establecidas para su protección, así como para su goce sustentando en el buen vivir; dichas garantías, también son aludidas en la ley.⁷⁷

En consecuencia, la Ley Orgánica de Trasplantes de Órganos y Tejidos no cubrió del todo las inseguridades jurídicas en un ámbito que, efectivamente requiere la intervención del derecho adecuado a su plena ejecución. Por esta razón, resulta oportuno analizar la norma específica referente al tema expuesto previamente.

3.1.2.1 La Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y su reglamento de aplicación

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el tema de trasplantes de órganos y tejidos, a pesar de haberse practicado por muchos años desde la década de los setenta, no fue oportunamente regulado jurídicamente. Por ende, lo anterior, perjudicó la actividad profesional y científica de aquellos galenos al igual que de otros sujetos que realizaban el acto de donar y trasplantar un órgano de un cuerpo hacia otro. Específicamente, no fue hasta inicio del presente siglo, que dicha responsabilidad se fue aliviando a razón de la norma emitida por el legislador ecuatoriano.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008. *Registro Oficial No 449*, art. 32.

Es así como el Ecuador, carecía de criterios legales adecuados, no solamente para proceder con la extracción y la determinación de responsabilidades, derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes en este delicado procedimiento médico, sino que, adicionalmente, existe constancia de la precaria regulación del diagnóstico de la muerte, quedando, en muchas ocasiones a criterio de los mismos médicos.⁷⁸

Con la promulgación de la Constitución del Ecuador del 2008, resultó necesario reformar la legislación infraconstitucional a fin de armonizar los preceptos garantistas relacionados a los derechos a la salud, salud reproductiva, integridad genética y todas aquellas relacionados a los sistemas generales de la red pública de salud.

Como resultado de la revolución jurídica ocurrida en Ecuador en los último 15 años, se promulgó la Ley Orgánica de Salud que fue reformada en fecha 24 de enero del 2012, al igual que su Reglamento General de Aplicación. Ello refleja una innovación en el campo de las prácticas médicas y tecnológicas en lo referente a la donación. No obstante, posee ciertos vacíos sustanciales que aún persisten y resulta necesario subsanar a fin de lograr un verdadero Estado de derecho en el país.

Por otro lado, la Ley Orgánica de la Salud, reconoce en el artículo 6 numeral 31, la pertinencia de los trasplantes de componentes anatómicos *post mortem*. Adicionalmente, se procede a delegar al Ministerio de Salud Pública, la responsabilidad en la regulación, control y la vigilancia de los procesos de donación y trasplante de órganos, tejidos y componentes anatómicos humanos. Igualmente, se establecieron los mecanismos que promueven la donación de forma voluntaria.⁷⁹

En resumen, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, tiene como objetivo normar la actividad, incluyendo la terapia celular y todos los procedimientos que tengan como finalidad un trasplante. Para su posterior reforma se tuvieron en cuenta varias consideraciones a fin de responsabilizar la actividad de encargo y propensión de la actividad al Instituto Nacional de donación de Órganos, tejidos y Células (INDOT). Este es el organismo

⁷⁸ Sofía Alejandra Estrella y Valeria Carolina Maldonado, “Promoción de la donación de órganos, tejidos y células a través de la comunicación en el núcleo familiar” (tesis pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2018), 138, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/7516>.

⁷⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Salud de 23 de octubre 2012, *Registro Oficial No. 253*, art. 6, numeral 31.

rector de la red de donación, atribuyéndole además autonomía técnica, administrativa y financiera.⁸⁰

Asimismo, la presunción establecida en el artículo de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos, Células, que no se ha salvado de críticas y reproches tanto a nivel jurídico, bioético y religioso las que se han podido leer, escuchar y mirar en los diferentes medios de comunicación. Por esto, requiere ser analizada en un apartado apropiado a fin de determinar los efectos derivados de la donación con consentimiento presunto y cómo el mismo, se conjuga dentro del sistema garantista de promoción de derechos implementado con ocasión de la aprobación de la Constitución del Ecuador.

3.1.2.2 Naturaleza jurídica de la figura de acuerdo con la ley

Como se afirmó previamente, el nuevo modelo instaurado con ocasión de la promulgación de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos es el conocido como el sistema del consentimiento presunto, mismo que ha sido observado desde diferentes puntos de vista. De ahí que, los doctrinarios de la materia aseveren que, la presunción en estos casos es declarada inconstitucional en virtud de la libertad de culto y religión, además de que atenta contra la cosmovisión cultural del país.⁸¹ En ese sentido, el artículo 29 regula la regla de la donación presunta, así como aquellos similares que lo complementan y que, por su importancia, se transcribe a continuación:

Art. 29.- 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 en una de las siguientes formas: a) 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, b) Restringiendo, de un modo específico, su voluntad afirmativa de donación a determinados órganos, tejidos y /o células.⁸²

Teniendo en cuenta lo antes citado, se denota que la norma expone un modelo de consentimiento presunto. Sin embargo, la primera crítica que se realiza es la idea de la creciente pérdida de carácter humano que se pretende dar a los componentes anatómicos del hombre. En tal sentido, desde la óptica del sistema civil, se ha dejado claro que el ser humano no puede ser negociable, ni en todo, ni en parte. Por esta razón, si un sujeto no deja expreso sus deseos de

⁸⁰ Sofia Alejandra Estrella y Valeria Carolina Maldonado, “Promoción de la donación de órganos, tejidos y células a través de la comunicación en el núcleo familiar” (tesis pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2018), 138, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/7516>, 35.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ecuador, Ley Orgánica de Salud de 23 de octubre 2012, *Registro Oficial No. 253*, art. 29.

establecer la donación de sus órganos luego de haber fallecido, no hay razón por la cual presumir tal actividad.

En otro orden de ideas, la figura de la donación que establece el Código Civil ecuatoriano se contrapone con la establecida en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos, Células, al respecto se regula:

La manifestación, restricción o condicionamiento de la voluntad para la donación de componentes anatómicos se hará constar en la cédula de ciudadanía en el caso de las y los ciudadanos ecuatorianos 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.⁸³

Aunado, el Código Civil dicta en el artículo 1428 que: “mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, este podrá revocarla a su arbitrio”⁸⁴. Esta regulación indica que nunca se producirá dicha notificación en vida del donante, por cuanto se conoce que, por aplicación del principio de confidencialidad esta figura, nunca conocerá al receptor, lo que potencialmente podría invalidar el acto de la donación.

Por otra parte, se encuentra el tema de la religiosidad que, en ocasiones, debido a las creencias de esta naturaleza, la persona es libre de decidir, sin coacción alguna sobre sus particularidades. Sin embargo, dado la manera en que se dicta la norma y la obligatoriedad de esta, atenta contra sus convicciones. Lo expuesto tiene lugar, a partir de que la ley no establece ninguna salvedad para ese tipo de casos, ya que el poder civil del Estado debe velar porque la igualdad jurídica de los ciudadanos jamás lesione la libertad que la Constitución advierte sobre los derechos que disfrutan.⁸⁵

En ese orden, la donación de órganos constituye una figura totalmente disímil a la donación clásica dispuesta dentro del régimen civil ecuatoriano. En virtud de lo mencionado, existe una dicotomía entre la Constitución, el Código Civil y Ley Orgánica de Donación, debido a que la donación de órganos, no representa un tipo de negocio o contrato jurídico, amén de que se necesite el consentimiento y el acuerdo bilateral de ambas partes. Lo anterior porque, lo que se dona, son componentes anatómicos que son elementos necesarios para la vida del hombre. Por

⁸³ Ecuador, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 4 de marzo de 2011, *Registro Oficial* 398, art. 30.

⁸⁴ Ecuador, Código Civil de 24 de junio de 2005, *Registro Oficial* 46, art. 1428.

⁸⁵ Claudia Martínez y Maritza Andrea Fuentes, “Análisis, estudio y sistematización de las sentencias de la Corte Constitucional en materia de libertad religiosa”, (tesis maestría, Universidad de la Sabana, 2013), <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5346>, 130.

ello, es primordial tener presente los derechos y deberes para que no se vulneren el bien máspreciado del ser humano.

Desde otra perspectiva, se podría señalar que la donación de órganos y tejidos se asimilaría a la sucesión testamentaria, ya que este acto, constituye una declaración de voluntad vista por el ordenamiento jurídico como algo presunto, al no existir un documento que lo avale con anuencia o desestimación de la persona. Ahora bien, en caso de que exista un testamento, este tendría validez al momento de la muerte del donante. En ese sentido, como consecuencia de dicho acto jurídico, el receptor recibiría una porción de sus bienes, ya que, para el derecho, el cuerpo es un objeto protegido. Empero, la principal crítica de la teoría expuesta radica en que, la declaración de voluntad del donante no forma parte de un testamento ni de un legado, debido a que no se asigna a título singular toda vez que, se desconoce el beneficiario de dicho bien por llamarlo de alguna manera. Por ello, en caso de que se interprete como tal, se estaría inobservando lo dispuesto por los artículos 995 y 996 del Código Civil que prevé:

Art. 995.- Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en los bienes de ésta. Con la palabra asignaciones se significan en este Libro las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley. Asignatario es la persona a quien se hace la asignación. Art. 996.- Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario.⁸⁶

Además, luego de la ablación una vez obtenidos los órganos, tejidos y células en virtud de la ley en materia de donación, estos últimos son responsabilidad de la Autoridad Sanitaria Nacional, incluyendo su adecuado uso.⁸⁷

Bajo estos análisis, la pregunta sería ¿cuál es la naturaleza jurídica de la donación de órganos y tejidos *post mortem*? Hasta ahora se ha podido advertir, que esta, no encaja en los parámetros de la donación entre vivos o ni siquiera en un legado o sucesión testamentaria. También cabría la pregunta si es una figura que forma parte o no del Derecho Civil.

Al respecto, tal manifestación se percibe como un caso *sui generis* dentro del derecho civil ecuatoriano; el mismo que si bien se denomina donación de órganos *post mortem*, no posee las características clásicas de la donación dispuestas en el Código Civil regulada por principios tales como: el altruismo, la confidencialidad, la gratuidad, la solidaridad y la voluntariedad.

⁸⁶ Ecuador, Código Civil de 24 de junio de 2005, *Registro Oficial* 46, arts. 995 y 996.

⁸⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 4 de marzo de 2011, *Registro Oficial* 398.

3.1.2.3 El registro de donantes conforme a la ley

Toda vez que se ha abordado sobre la naturaleza y alcance de la figura de donación de órganos *post mortem*, es necesario hacer alusión al proceso de registro de los donantes. En primer lugar, se prevé en el artículo 10 del Reglamento a la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos que se delega al Instituto de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células INDOT la obligación de informar y proteger el derecho de la población a decidir, entre otros. Si embargo, poco o nada se ha realizado en la práctica o en la realidad por parte de esta institución. Esto evidencia anarquía en cuanto a la organización, fiscalización y seguimiento del cumplimiento objetivo de la institución, presenciándose cierto feudalismo en la misma.⁸⁸

En ese mismo orden, el artículo 11 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células, responsabiliza a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación para que desarrolle los mecanismos necesarios de constancia sobre la consulta y registro de voluntad dentro de la base de datos nacional. En ese orden debe hacerse constar en el documento de identificación. Aunado, el propio apartado dispone el procedimiento a seguir por la dirección de dicho, en caso de existir la negativa a ser donante o ser donante parcial, que, únicamente, consiste en la entrega de un formulario que deberá ser obligatoriamente suscrito por el titular o su representante legal según sea el caso.⁸⁹

3.2 Entrevistas

3.2.1 Entrevistas piloto en Registro Civil

Tanto la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación como el INDOT, son las instituciones encargadas de dirigirse a la población con respecto a la donación y trasplante de órganos *post mortem*. Sin embargo, en entrevista realizada a diez ciudadanos (mayores de edad, cuya identificación queda en estado anónimo) en la Oficina del Registro Civil en el centro del Distrito Metropolitano de Quito, que se vieron en la obligación de cambiar su cédula y/o realizar una nueva por motivos de extravío y otras causas, , específicamente cinco de ellos, que el personal del Registro Civil que les atendió, en ningún momento le preguntaron sobre su consentimiento para ser donantes en caso de fallecimiento. Igualmente, no conocían del tema y

⁸⁸ Ecuador, Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células – Entidad adscrita al Ministerio de Salud Pública, responsable de ejecutar las políticas públicas de donación y trasplante de órganos, tejidos y células, mediante la regulación, control, vigilancia y evaluación de la actividad transplantológica en el Ecuador, (accedido el 9 de octubre de 2021) h, <http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/>.

⁸⁹ Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica De Donación y Trasplante de Órganos de 4 de marzo de 2011, *Registro Oficial* 398, art. 11.

tampoco se preocuparon por pronunciarse a favor, ni en contra al respecto. En este particular, resulta importante destacar que, en el proceso de la entrevista y la explicación dada sobre la importancia de la donación para la salud de muchos ecuatorianos, los cinco entrevistados alegaron estar de acuerdo con este noble gesto humano de solidaridad para con otros.

De la misma manera, tres de los ciudadanos objeto de entrevista, alegaron que fue iniciativa propia de ellos el comunicar su anuencia o no, sobre la donación de órganos. En cambio, los dos restantes se negaron de forma rotunda, motivos por los que, el funcionario les indicó completar un formulario de registro de negativa a constituirse como donante de órganos después de su muerte. Cabe agregar que estas personas, no conocían, ni tenían, la menor idea, sobre cómo completar los apartados de la planilla, puesto que acababan de conocer acerca del referido documento y la importancia de reflejar su consentimiento en un soporte escrito. No terminado esto, uno de los dos usuarios en cuestión, no entregó el formulario al funcionario, ni este último, se lo solicitó. Por ello, queda un vacío en la ficha del ciudadano “X” que, si no subsana este error en algún momento de su vida, puede ser un presunto donador *post mortem* en observancia a la normativa ecuatoriana.

Concluida la entrevista, se puede observar la incapacidad por parte de muchos funcionarios del Registro Civil que atienden el área de cedulação, sobre la importancia de establecer la anuencia por parte de los ciudadanos que acuden a las instalaciones. Ello refleja que se adolece de conocimientos previos sobre la importancia de la donación para la salud de los ecuatorianos. En ese sentido, es importante que, en todas las instalaciones de los Registros Civiles, cuenten con personal de salud capacitado para aclarar las dudas existentes sobre el tema, o en su defecto, que exista más propaganda sobre la relevancia de consentir o no la donación al igual que sobre el beneficio que esta proporciona para muchos. Se debe destacar que, según las estadísticas del INDOT, 17 personas mueren cada día esperando un trasplante de órganos en el Ecuador y cada 9 minutos una persona se suma a la lista de espera de trasplante.⁹⁰

Como se indicó con anterioridad, la donación presunta, es de naturaleza médica y bioética y por tanto una rama diferente, separada del registro de datos. Surge entonces el cuestionamiento respecto a que si la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulação, puede proteger durante su actividad el consentimiento informado y la libertad de un habiente que acude a obtener su documento de identificación. Específicamente, con respecto a la ablación de

⁹⁰ Ecuador, Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, “*Lista de espera única nacional*”, 9 de octubre de 2021, accedido 2 de agosto de 2023, <http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/>

órganos, donación presunta, a todos y cada uno de los usuarios que requieren de su cédula de ciudadanía o identidad con urgencia para poder desarrollar sus actividades: ejercer derechos y cumplir obligaciones.

En virtud de lo expuesto, proporcionar una información clara, cierta y completa respecto a este tema, implica que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación cuente como mínimo de personal especializado sobre ello (medicina y bioética). Con ello se pretende que se cumpla con el consentimiento informado, sin embargo, al no contarse con personal capacitado al respecto, puede surgir el hecho de que no se consulte al usuario en relación con su voluntad de ser o no donante, por no ser el giro de la institución.

En ese sentido, a partir de la importancia de que, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, cuente con un mínimo de personal especializado en el tema (medicina y bioética) y la capacidad del personal médico de salud, se realizaron cuatro entrevistas a galenos de diversas áreas, cuyas opiniones se muestran a continuación.

3.2.2 Entrevistas piloto a médicos

El doctor Luis G. Espín, médico tratante y Jefe de Servicio en la sala de Traumatología del Hospital Baca Ortiz con 30 años de experiencia considera que, la muerte encefálica, es un cuadro clínico donde puede ser suscitada la donación de órganos bajos los parámetros establecidos, tanto por la normativa como por la anuencia del presunto donador. De igual manera, analiza que el diagnóstico de muerte encefálica debe realizarse por tres facultativos expertos ajenos al proceso de donación de órganos/trasplante debido al conflicto de intereses que pueda existir en ello⁹¹.

Desde otro ángulo, cree necesario que en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación exista un mínimo de personal especializado en el tema de donación de órganos (medicina y bioética) y que se deben capacitar, a todos aquellos que desconozcan sobre el tema. En consecuencia, el doctor Luis G. refirió que, toda vez diagnosticada la muerte encefálica, se procede a realizar extracciones de órganos para trasplantes, previo consentimiento personal siempre y cuando el fallecido cumpla con los criterios de donante. En su defecto, se procede a retirar los soportes vitales y entregar el cadáver a los familiares cuando no se autorice la extracción de órganos para trasplante. De no existir consentimiento alguno, por cuestiones

⁹¹ Luis G. Espín, (médico tratante y Jefe de Servicio en la sala de Traumatología del Hospital Baca Ortiz) entrevistado por Johana Vaca, 12 de julio de 2023.

legales se presume que el occiso es donante. Por último, corrobora que los pacientes con muerte encefálica que sean candidatos a donantes de órganos se mantendrán bajo tratamiento intensivo con soporte vital para conservar viables los órganos hasta el momento de la donación.

Por otro lado, se entrevistó al doctor Harold Álvarez, Nefrólogo en el Hospital IESS Quito Sur con 10 años de experiencia. Este transmitió su experiencia y criterio referente a la muerte encefálica y la necesidad de que la población conozca sobre la importancia de la donación y su consentimiento para muchos. Así, el referido doctor, emitió su criterio en cuanto a que, si la muerte encefálica es un cuadro clínico dentro del cual se puede suscitar la donación. Al respectó, contestó que, para ello, es necesario realizar otros análisis y diagnósticos para determinarlo⁹².

Asimismo, el Doctor Álvarez, considera que, la actividad de trasplante deber ser generada por expertos ajenos al proceso de donación de órganos/trasplante por el hecho del conflicto de interés, aunque considera que un médico debe ser objetivo e imparcial en sus acciones. También, reflexiona acerca de que, la muerte encefálica, es un cuadro donde el paciente se halla médicamente fallecido, porque si les retira los soportes médicos que lo mantienen respirando, es decir, con vida, este muere. Por ello, concluye que la persona enferma, que presenta muerte encefálica está médicamente fallecido, ya que dependen de los equipos.

De este modo, el procedimiento dado para el traslado de órganos y posterior trasplante, según el Dr. Harold Álvarez, se sustenta en que, una vez, que se declara la muerte encefálica, se alista al paciente para la procuración de órganos. A partir de ello, se les retiran todos los soportes y por ley, todos son donantes, al no ser que se demuestre fehacientemente lo contrario. Si la persona, dejó claro que no quiere ser donante, pues se procede a la desconexión y se declara la hora del fallecimiento.

Por otro lado, no es ético, jurídico, ni resulta procedente, que, por falta de la negativa de ser donante después de la muerte, el Estado presuma su consentimiento y por tanto quede autorizado para disponer de dicho cadáver y realizar la extracción de órganos. Ello porque esta decisión entra en la esfera de los derechos de libertad, culto, religión o cosmovisiones, ya sean individuales o colectivas.

⁹² Harold Álvarez, (Doctor, Nefrólogo en el Hospital IESS Quito Sur), entrevistado por Johana Vaca, 22 de julio de 2023.

La tercera entrevistada es la Dra. Doris Almeida, especialista en el área de Nefrología y Directora médica en el CLINEF NORTE con 20 años de experiencias. Esta, desde su punto de vista refiere que es necesario que, todos los ciudadanos, conozcan que cuándo ocurre una muerte encefálica, ante este cuadro clínico, para proceder a la donación es necesaria, la anuencia del fallecido y no por presunta disposición. Además, considera que los médicos deben ser ajenos al proceso de donación de órganos, el que se realiza bajo el consentimiento del paciente o presunción, en caso de que no exista un consentimiento negativo previo al deceso, por lo que, no se procede a la extracción de órganos⁹³.

También se realizó una entrevista al doctor tratante de terapia intensiva del Hospital San Vicente de Paul, con una experiencia de 20 años en el área. Este expresa que el diagnóstico de muerte encefálica no exclusivamente es considerado como un cuadro clínico, sino que también debe existir los auxiliares diagnósticos. De la misma manera, aclara que, para poder actuar conforme a la donación, se debe mantener al paciente en los cuidados intensivos pertinentes a fin de poder realizar el trasplante de ser el caso. Si el paciente no ha dado su consentimiento previo de ser donante, entonces se procede a retirar el soporte y a declararlo fallecido. Esto último, se realiza con el consentimiento de los familiares⁹⁴.

Por otro lado, el mencionado galeno considera que toda la población de forma genérica, debe conocer a cabalidad sobre la importancia de la donación como gesto noble y solidario para con los demás. Apunta que, muchos niegan su consentimiento porque desconocen del tema y otros porque los mismos funcionarios radicados en la Dirección del Registro Civil, desconocen o adolecen de esa pericia al preguntar, al no estar capacitados para dar una explicación breve, concisa y necesaria sobre la valía de la donación. Asimismo, alude estar de acuerdo con la donación expresa, más no con la donación presunta que dispone la ley, debido a la poca información que posee la población ecuatoriana al respecto. Por ello considera que, hasta cierto punto, se vulneran algunos derechos o creencias propias del individuo.

En ese sentido, se considera que, designar a una institución administrativa, con una función específica como es el Registro Civil, con poco o ningún conocimiento y material informativo médico, bioético y de la diversidad de culturas ecuatorianas, como la encargada para registrar

⁹³Doris Almeida, (Doctora especialista en el área de Nefrología y Directora médica en el CLINEF NORTE) entrevistada por Johana Vaca, 22 de julio de 2023.

⁹⁴ Doctor tratante de terapia intensiva del Hospital San Vicente de Paul, entrevistado por Johana Vaca, 23 de julio de 2023.

donantes de órganos o tejidos *post mortem*, saca a la luz, que no es la institución más adecuada para respetar todos los derechos establecidos en la Constitución.

Con lo expuesto, es necesario proceder a estudiar con detenimiento, las excepciones deducidas en la ley a fin de determinar cómo se procede con la inscripción de la negativa de convertirse en donantes por parte de los interesados, y las principales implicaciones jurídicas.

3.3 Derecho comparado

3.3.1 La donación de órganos post mortem en la legislación mexicana

En materia de órganos tejidos y células dentro del sistema mexicano, está vigente la Ley General de Población que establece que la donación consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que en vida o después de la muerte y que su cuerpo o lo que se encuentre en su interior, serán utilizados para trasplantes. En tal sentido, la legislación mexicana adopta un sistema de donación presunta condicionado para la donación de órganos *post mortem*.⁹⁵

La donación tácita únicamente para fines de trasplantes surge, cuando el posible donador no manifestó en un documento público o privado la negativa para que después de su muerte. Por ello, sus órganos serán utilizados para trasplante, siempre y cuando se obtenga el consentimiento de las siguientes personas: cónyuge, concubina(o), descendientes, ascendientes, hermanos, el adoptado o adoptante. Si están presentes más de uno, se realizará una prelación de acuerdo con el nivel parentesco.⁹⁶

Por otro lado, la donación expresa, es aquella que se manifiesta por escrito, en vida o después de la muerte. Esta se considera una donación amplia, cuando atañe la disposición total del cuerpo. Por su parte, será limitada cuando solo se otorgue respecto a determinados componentes. Así, también, podrá señalarse que sea a favor de determinadas personas o instituciones y/o condicionar la donación como modo, lugar y tiempo y no podrá ser revocada por terceros, pero si por el propio donante.⁹⁷

El ente encargado para el registro de donantes en México es el Centro Nacional de Trasplantes, que cuenta con el “Documento Oficial de la Donación”, denominado Formato oficial, para manifestar el consentimiento expreso para donar órganos, tejidos y células después de la muerte

⁹⁵ México, Ley General de Población de México de 7 de enero de 1974, *Diario Oficial* 22, art. 23.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

para que éstos sean utilizados en trasplantes. En el citado documento se plasma la voluntad de las personas después de la vida, o sea donar sus órganos y/o tejidos para utilizarse con fines terapéuticos. Esta declaración se expide por la autoridad sanitaria competente facultada para el efecto.⁹⁸

La ley referida, reconoce el derecho de un ciudadano a no ser donador. Es decir, el camino está abierto para tomar cualquiera de las dos decisiones. En ese orden, el artículo 324 de la Ley General de Salud, permite que, mediante escrito público o privado, la persona manifieste su negativa a ser donador u en otra clase de documento público que determine la Secretaría de Salud.⁹⁹

Como se observa, la ley mexicana para el registro del consentimiento ya sea afirmativo o negativo, ha establecido un proceso sencillo, a pesar de que ha adoptado un modelo de donación presunta no total. Lo anterior, deja en cierto margen el consentimiento del donador y la libertad de decisión de los familiares, cuando no existe registro alguno de aceptación o negativa a ser donante de órganos luego del deceso.

3.3.2 La donación de órganos post mortem en Argentina

Respecto de la donación de órganos después de la muerte en Argentina, se aprobó el 24 de marzo de 1993, la Ley 24.193, pionera dentro de la región respecto a esta temática, la que está vigente en la actualidad. En el artículo 19 dispone que toda persona, de forma expresa podrá:

Manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la ablación de los órganos o tejidos de su propio cuerpo. Restringir de un modo específico su voluntad afirmativa de ablación a determinados órganos y tejidos. Condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa de ablación a alguno o algunos de los fines previos en esta ley – implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación. La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.¹⁰⁰

⁹⁸ Joysi Alarcón, et al., “Legislación entre México y Perú en materia de donación y trasplante de órganos, tejidos y células” (tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2017), https://www.academia.edu/36745641/SEMINARIOS_DE_MEDICINA_LEGAL_Y_PSIQUIATRIA_FORENSE_UNPRG_FACULTAD_DE_DERECHO_2018.

⁹⁹ México, Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2009, art. 324.

¹⁰⁰ Argentina, Ley 24.193 Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos, *Boletín Oficial*, 24 de marzo de 1993, art. 19.

En este contexto, de no existir manifestación expresa, la Ley de Trasplante presume que la persona es donante. En esos casos, el organismo responsable solicita a la familia su testimonio sobre la última voluntad del fallecido. Como el acto de donar es libre y voluntario, la expresión afirmativa o negativa puede ser revocada en cualquier momento por el manifestante, pero no puede ser cambiada por ninguna persona después de su muerte.¹⁰¹

Por otra parte, la manifestación de voluntad por los medios establecidos queda asentada en el Registro Nacional de Expresiones de Voluntad (Nómina que abarca los registros de las personas que expresan su voluntad afirmativa a la donación y de aquellas que manifiestan su oposición. Su actualización permanente está a cargo del INCUCAI a través del Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina SINTRA), en donde se puede corroborar sobre la decisión. Tal y como se presenta este registro, existe una amplia gama de posibilidades para dejar constancia la voluntad positiva o negativa de donar, el acceso es fácil y las instituciones encargadas cuentan con el personal necesario para informar de forma clara y precisa acerca del tema. Asimismo, la Ley no utiliza el verbo promover, sino que deja a libertad de la población su derecho a expresarse.

La presunción legal solo se activa en el caso de que, el posible donante, no acuda a algún medio previsto para el caso, sin embargo, de aquello se toma en cuenta el testimonio de sus familiares respecto de su última voluntad. Esto demuestra que se protege el derecho a la familia al igual que los cultos, religiones o convicciones ideológicas del fallecido, su círculo social y familiar.

Con relación a lo anterior, es importante destacar que, el Poder Ejecutivo en Argentina, tiene el deber de informar y crear conciencia en la población mediante campañas educativas y de información, con la colaboración de los medios audiovisuales o *mass media*, acerca de la donación. Dicho esto, se concibe a la información como un instrumento medular para el caso específico de la ablación de órganos cadavéricos. De esta forma, se trata de comunicar y educar correctamente a la población ordinaria utilizando a los medios como dimensión relevante para el tema, de manera que no exista desconocimiento al respecto, y a que impide, en el futuro la procuración de órganos cadavéricos¹⁰².

¹⁰¹ Argentina, Ministerio de Salud. Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante INCUCAI, 29 de octubre de 2021, accedido el 4 de agosto de 2023, <https://www.argentina.gob.ar/salud/incuca>.

¹⁰² Greysi Andrea Pagani, “El Trasplante de Órganos En La Argentina” (tesis pregrado, Universidad Siglo 21, , 2016), 130, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/10456>.

Como corolario a lo antes mencionada, en Argentina el silencio se interpreta de manera positiva al igual que en Ecuador. Sin embargo, el proceso de donación objeto de estudio, se lleva a cabo con más información, bajo el respeto y la contención a la familia del potencial donante. Esto, claramente determina su sesgo más proteccionista de la voluntad personal por encima de la imposición legal.

Con base a lo revisado, al comparar la legislación ecuatoriana con la de Argentina en términos de donación de órganos, tejidos y células, esta última establece que, es el mismo Juez, que en su momento conoció sobre la causa, el que dirima el proceso de donación. Asimismo, no existe ninguna norma que regule este acto en etapa terminal, en personas con discapacidad, de la tercera edad o privadas de la libertad.

3.3.3 La donación de órganos post mortem en Colombia

En el caso colombiano, el proceso de donación y trasplante es controlado por entidades estatales, específicamente, por el Instituto Nacional de Salud y el Ministerio de la Protección Social. Estos son los órganos rectores en la materia, lo que, deben aprobar y poner en práctica la política sectorial al respecto.

El sistema colombiano adopta el modelo de consentimiento presunto. Por lo que, cualquier colombiano que en vida no haya expresado por escrito su negativa a donar órganos es, por ende, un potencial donador, según lo establece la Ley 1805 del 2016; similar expresión dada por la legislación ecuatoriana en materia. Esta norma descarta la decisión de los familiares en cuanto a decidir, de no existir documento expreso sobre la voluntad del presunto donante, lo que contradice lo dispuesto por la Corte Constitucional Colombiana.¹⁰³

Con las modificaciones realizadas a esta ley, se ha elaborado la regla sustentada en que, si la persona no deja constancia de no ser donante, los familiares no podrán oponerse a la utilización de los órganos o los tejidos, excepto para el caso de los niñas o niños. Esto atenta los derechos que poseen los familiares para con sus parientes, además de que no se respeta en dolor ajeno de la pérdida de un familiar querido.

¹⁰³ Colombia, Ley 1805 de 2016, *Registro Oficial del 4 de agosto de 2016*.

3.3.4 Análisis complementario del derecho comparado

A continuación, se desarrolla un análisis de las legislaciones en materia de donación y trasplante de órganos post mortem de México, Colombia, Ecuador y Argentina las que se ilustran en la siguiente tabla:

Tabla 2

Análisis del derecho comparado sobre donación y trasplante de órganos post mortem

	MÉXICO	COLOMBIA	ECUADOR	ARGENTINA
AUTONOMÍA				
	Art. 322, Ley General de Salud	Ley 1805 de 2016		Art. 19, BisLey 24193
Respeto a la voluntad.	La donación expresa no podrá ser revocada por terceros	Art. 2 Cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación. La voluntad del donante prevalecerá sobre la de sus deudos (elemento del Art. 17 D. 2493 2004 y Res. 3200 de 1998 vigente a la elaboración de la tesis)		Se respeta la decisión de la persona fallecida, sin importar en que forma lo hubiere manifestado
	Art. 320, Ley General de Salud		Art.29, Ley 2012	Art. 19 Ley 24193
Restricciones a la voluntad.	Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente		Las ecuatorianas, los 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 o de donar ciertos órganos, tejidos y/o células	Toda persona podrá en forma expresa:1. Manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la ablación total o parcial y/o condicionar la finalidad implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación.
	Art. 324, Ley General de Salud		Art. 30 Ley 2011	Art.20 Ley 24193

Forma y registro del consentimiento o negativa	Documento para ser donante: privado o público. Negativa expresa documentos públicos determinados. CENATRA	Notario público o en el Instituto Nacional de Salud (INS); y, expresando negativa al afiliarse a una EPS. Información que debe ser remitida al INS.	La condición ser o no ser donante se hace constar al momento de obtener la cédula de ciudadanía o identidad.	Documento nacional de identidad e Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante
	Art. 324, Ley General de Salud	Art. 3	Art. 29, Ley 2012	Art. 19, Bis Ley 24193
Tipo de consentimiento.	Tácito: No existe negativa manifiesta para trasplante y con el consentimiento del o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, los adoptado o el adoptante en ese orden.	Presunto a falta de negativa expresa para donar. Los familiares no podrán oponerse, excepto para el caso de los niños. Art. 4. En caso de duda o inconsistencia en la documentación, el médico tratante consultará al Registro Nacional de Donantes, para verificar.	Consentimiento presunto por falta de manifestación expresa en el formulario que confiere el Registro Civil.	La ablación podrá efectuarse persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de oposición en cualquier forma.
	Art. 14, Reglamento	Art. 15	Art. 32, Ley 2012	Art. 19, Ter Ley 24193 de 1993
Menores de edad y jurídicamente incapaces.	Los disponentes secundarios podrán otorgar su consentimiento para la disposición.	Son donantes si sus representantes expresan su consentimiento informado dentro de las ocho (8) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral. El médico responsable deberá informarles sus derechos y los beneficios de la donación.	Comprobada la muerte cerebral, solamente sus padres y a falta su representante legal podrá autorizar, la donación. En ausencia podrán intervenir jueces de la niñez y adolescencia competentes.	No emancipados, sus padres o sus representantes legales, exclusivamente, podrán autorizar. La falta de consentimiento elimina la posibilidad de la ablación. En ausencia interviene Ministerio Popular.
	Arts. 343 y 344, Ley General de Salud	Art. 8	Arts. 41-42, Ley 2012	Arts. 24-25, Ley 24193 de 1993
Signos de muerte para donación.	Muerte cerebral: Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales.	Las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) de Nivel 11 con Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) y las Instituciones	La ley ni el reglamento señala los signos de la muerte encefálica o cerebral.	Verificados de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible

Ausencia de automatismo respiratorio, y evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por irreflexiva pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos. No corre signos producto de intoxicación por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.	Prestadoras de Salud (IPS) de Nivel III y IV, deberán contar con los recursos humanos y técnicos idóneos para el diagnóstico de la muerte encefálica, así como para el mantenimiento del donante hasta el momento del rescate.	de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales. Certificación por dos (2) médicos uno neurólogo o neurocirujano. Ninguno el médico integrará el equipo de ablación. La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos anteriormente.
--	--	--

		Art. 5	Arts. 31-59 a 62, Ley 2012	Art. 20, Ley 24193 de 1993
Promoción.	CENATRA, Centros Estatales de Trasplantes, promoción de la cultura de la donación, información y registro.	Ministerio de Salud y Protección Social, información s sobre la existencia de la presunción legal de donación. las implicaciones de la ablación de órganos o tejidos; derecho de oposición a la presunción legal de donación y los mecanismos para manifestarlo. Instituciones médicas de trasplantes y entidades territoriales, coadyuvarán en las campañas para difundir información y promover en los ciudadanos la voluntad de ser donante	Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación registro. Autoridad Sanitaria campañas de educación e información para promover una conciencia solidaria en la población y explicar objetivamente los beneficios de los trasplantes. Coordinación con la autoridad educativa y los profesionales de la salud. Además, garantiza el derecho de la población a no ser donante.	Todo funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas estará obligado a recabar de las personas capaces, mayores de dieciocho años que concurren ante dicho organismo a realizar cualquier trámite, la manifestación de su voluntad positiva o negativa o su negativa a expresar dicha voluntad.

Elaboración propia.

A modo de resumen, se debe plantear que la donación de órganos a nivel mundial es considerada un acto voluntario, así exista o no una ley de voluntad presunta. Las personas toman la decisión de ser donantes o no como derecho intrínseco del ser humano. Además, se considera un acto altruista, bajo el hecho de que, se realiza sin recibir nada a cambio. Asimismo, tiene un carácter personalísimo, de libre elección y de generosidad que, cada uno asume por sí mismo compartiéndolo si así lo desea, con su familia. En ese mismo orden, la donación no puede manejarse como un acto de imposición, obligado, exigido o manipulado por otros, ya que se sustenta en el consentimiento, en la adhesión libre y voluntaria, mas no presunto.

Conclusiones

El diagnóstico y certificación de la muerte constituye una determinación difícil de establecer. En la actualidad se ha generalizado dos tipos de muerte: cardíaca y encefálica. Sobre esta última, algunos países, han sido meticulosos en establecer signos para determinarla, pues aún quedan dudas de cuando la vida termina. En Ecuador, solo se la ha definido en la ley de la materia, sin mayor desarrollo, a pesar de que la población se encuentra conformada por diversas culturas y concepciones sobre la vida y la muerte.

Ecuador, mediante la Ley Orgánica de Donación de Órganos, Tejidos y Células, establece la donación universal de órganos *post mortem* para incrementar el número de órganos a disposición para trasplantes. Para ello se aplica la figura de la presunción legal que implica que, la voluntad del individuo que no asumió la carga de oponerse a la disposición de manera expresa se encuentra validada. Todo ello basado en el derecho a la salud y los beneficio que tal disfrute genera para la vida del ser humano.

Según el estudio comparado de legislaciones de la región, en países como Colombia y Argentina, también incluyen a la donación presunta, aclarando que incluyen otros matices. Por ejemplo: presentarse libremente como donante por medios de registro más accesibles. Por su parte, México, establece un sistema mixto, pues al mismo tiempo se reconoce de forma tácita, pero la propia ley y sus instituciones, impulsan la expresión de la voluntad de las personas donde prevalece la opinión de familiares, en caso de no existir registro.

A diferencia de otros países, la donación presunta de órganos *post mortem* en Ecuador, no está desarrollada adecuadamente en la normativa, infraestructura e instituciones para el efecto. El concepto de muerte y signos son limitados, la institución encargada de su registro no tiene relación con la salud, el formulario para expresar la negativa resulta simple comparado con otras legislaciones.

Desde otra perspectiva, la Constitución ecuatoriana se caracteriza por contener un catálogo amplio de derechos de igual valor y jerarquía, por tanto, la aprobación de cualquier ley requiere un análisis integral para que ningún derecho se vulnere. Con este estudio se ha determinado que los derechos contrapuestos por el establecimiento del artículo 29 de la LODTC son el derecho a la vida y a la salud frente a los derechos de libertad, pluriculturalidad y religión que implican de una u otra forma la autodeterminación de las personas.

De igual manera, los derechos antes mencionados se ven afectados por la falta del consentimiento informado sobre la donación de órganos luego de la muerte, para trasplante e investigación. Ello con ase a la diversidad poblacional, la opción de negarse expresamente a donar que implica la divulgación de una convicción personal, la eliminación de tradiciones culturales. Ello desfigura a la donación en sí como acto personalismo y lo transforma en utilitario. Lo anterior exige un desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional del Ecuador al respecto, de forma tal que guíe sobre todo el alcance de los derechos que verdaderamente deben ser protegidos.

Sometida la norma al test de proporcionalidad se evidencia que los derechos de libertad y demás relaciones contenidas en el artículo 66 en sus numerales 6,8,11,19,28 de la Constitución, garantizan la no intromisión de terceros ni del propio Estado en las decisiones de las personas.

Asimismo, se incluyó a la donación presunta en el sistema jurídico bajo el criterio de una sociedad uniforme, sin tomar en cuenta la gran diversidad cultural existente. Por tanto, en la forma cómo se establece la donación de órganos *post mortem*, en Ecuador, es inconstitucional. Esto se fundamenta en que afecta los derechos de libertad en mayor proporción que la satisfacción que se obtiene para el ejercicio de los derechos a la salud y a la libertad, al existir otros medios adecuados e idóneos con los que se puede cumplir con el fin propuesto, sin afectar otros derechos.

Es obligación del Estado ecuatoriano, a través de acertadas políticas públicas que se aprovechen los recursos económicos, humanos y tecnológicos con las que se cuenta, para implementar un sistema de información y difusión de los derechos de libertad, la donación de órganos, su procedimiento, los sujetos, sus fines, la infraestructura y personal capacitado para ello. El artículo 29 de la LODTC, es inconstitucional, por lo que debe eliminarse y se sugiere establecer que, este acto, sea a través de la declaración del consentimiento afirmativo o negativo expreso por formularios privados, a través de la red de salud. Además, debe quedar claro, que el Ministerio de Salud, el organismo encargado de recoger un consentimiento informado y cuyo registro constará en el documento de identificación de las personas, así como en su historia de salud. Igualmente, que, en caso de que no exista expresión alguna de voluntad, sean los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primer grado de afinidad los que decidan sobre la donación o no de los órganos.

Como reflexión última o cuestión de actualidad, se deja las siguientes interrogantes abiertas para futuras investigaciones relacionadas con la presente: ¿El enfermo en coma tiene los mismos derechos legales y éticos que cualquier otro? Los familiares de las personas cuyos

cuerpos desaparecidos por el COVID-19, ¿tienen derecho a que les sean entregados los cadáveres?

Bibliografía

- Alarcón, Joysi, et al. “Legislación entre México y Perú en materia de donación y trasplante de órganos, tejidos y células”. Tesis de maestría. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. 2017.
https://www.academia.edu/36745641/Seminarios_de_Medicina_Legal_y_Psiquiatria_Forense_Unprg_Facultad_De_Derecho_2018.
- Álvarez, Hugo. “Consentimiento presunto y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes: un análisis ético”. *Revista Chilena de Cirugía* volumen 59 n.o 3, (2017): 244 – 249. <https://www.scielo.cl/pdf/rchcir/v59n3/art13.pdf>.
- Araujo Cuauero, Juan Carlos. “Aspectos éticos y jurídicos de la donación y el trasplante de órganos y tejidos en Venezuela”. *Revista Colombia Forense* volumen 5 n.o 1 (2018): 71-88.
https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/891143/Aspectos_eticos_juridicos_donacion_organos.pdf.
- Argentina. Ley 24.193 Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos. *Boletín Oficial*, 24 de marzo de 1993.
- Argentina. Ministerio de Salud. Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante INCUCAI de 29 de octubre de 2021. Accedido el 4 de agosto de 2023.
<https://www.argentina.gob.ar/salud/incuca>.
- Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Resolución WHA63 de mayo 2010. Principios Rectores sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos.
- Víctor Bascopé. El sentido de la muerte en la cosmovisión andina; el caso de los valles andinos de Cochabamba. *Chungará*, volumen 33 n.2 (2001): 27-36,
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-73562001000200012.
- Castellanos Rojas, María Paula. “Historia y evolución del trasplante de órganos y la importancia del rol de enfermería en la actualidad”. Tesis de maestría. Universidad de Ciencias de la Salud, 2018.
<https://repository.udca.edu.co/bitstream/handle/11158/1182/Historia%20y%20evolucion%20del%20trasplante%20de%20organos%20y%20la%20importancia%20del%20rol%20de%20enfermeria%20en%20la%20actualidad.pdf;jsessionid=7808BB8809EDC25EA595205A47AA7FCA?sequence=1>.

- Comité para la defensa de la vida, “La Eutanasia. 100 cuestiones y respuestas”. Tesis de maestría. Universidad de Navarra, 2022. <https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica/material-de-bioetica/la-eutanasia-100-cuestiones-y-respuestas>.
- Colombia. Decreto No. 24934 de 5 de agosto de 2004. *Diario Oficial No. 45.631*.
- Colombia. Ley 1805 de 2016. *Registro Oficial del 4 de agosto de 2016*.
- Costa de Oliveira, Lucas. “Mercado regulado de órganos: el caso de Irán”, *Revista de Bioética y Derecho* n° 44, (2018): 73–88. <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n44/1886-5887-bioetica-44-00073.pdf>.
- Clínica Mayo. “*Trasplante de donante vivo*” de 25 de abril 2022, párr. 8. Accedido 1 de julio de 2023. <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/living-donor-transplant/about/pac-20384787>.
- Cruz, Ana Krystal , Andrea Anaid Herrera y María Fernanda Isunza, “Religión y donación de órganos” . Tesis de pregrado.Colegio Anglo Mexicano de Coyoacán. Sede México, 2016. <http://vinculacion.dgire.unam.mx/vinculacion-1/Memoria-Congreso-2016/trabajos-ciencias-sociales/sociologia/4.pdf>.
- Chisaguano, Silverio. *La población indígena del Ecuador. Análisis de estadísticas socio-demográficas*. Quito: INEC, 2016.
- Dueñas Jurado, José Manuel. “Protocolos clínicos de actuación ante el proceso de donación y extracción de órganos y tejidos para trasplante en donación en muerte encefálica”. *Cuadernos de Medicina Forense*, volumen 21, n.º 2 (2015): 34 – 42. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062015000100005.
- Ecuador. Código Civil de 24 de junio de 2005. *Registro Oficial 46, Suplemento*.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008. *Registro Oficial No 449*.
- Ecuador. Instituto Nacional de Estadística y Censos. “*Filiación Religiosa*” de 29 de septiembre de 2021.Accedido 25 de julio de 2023. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/filiacion-religiosa/>.
- Ecuador. Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. “*Lista de espera única nacional*” 9 de octubre de 2021. Accedido 2 de agosto de 2023. <http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/>

- Ecuador. Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 4 de marzo de 2011. *Registro Oficial* 398.
- Ecuador. Ley Orgánica de Salud de 23 de octubre 2012. *Registro Oficial* No. 253.
- Elizalde, J. y M. Lorente. “Coordinación y donación”. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra volumen* 29 n°2 (2006): 35–43. <https://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v29s2/original4.pdf>.
- Eslava Gómez, Euclides. “*Muerte encefálica y trasplantes*”. Tesis de maestría, Universidad de Navarra, 2000. <https://www.unav.edu/documents/18304422/19109437/muerte-encefalica-y-trasplantes.pdf>.
- Estrella, Sofía Alejandra y Valeria Carolina Maldonado, “Promoción de la donación de órganos, tejidos y células a través de la comunicación en el núcleo familiar”. Tesis pregrado. Universidad San Francisco de Quito, 2018. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/7516>.
- García, Sergio. “Una reflexión jurídica sobre la muerte”. *Boletín mexicano de derecho comparado volumen* 37, n° 111 (2004): 861–918. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3806>.
- Gironés Guillem, María Purificación. “Impacto de la donación de órganos en familiares que han vivido la experiencia: Estudio fenomenológico”. Tesis doctoral. Universitat d’Alacant, 2020. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/58967/1/tesis_girones_guillem.pdf.
- Guerra, René. “Donación de órganos: comprensión y significado”. Tesis de pregrado. Universidad de Chile, 2005. http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/guerra_r/sources/guerra_r.pdf.
- Guerra, Yolanda M. y Álvaro Márquez. “Bioética, trasplante de órganos y derecho penal en Colombia”. *Prolegómenos volumen* 14 n° 28 (2011): 45–59. https://Bioetica_trasplante_de_organos_y_Derecho_Penal_en_.pdf.
- Hernández, Roberto, Carlos Fernández y María Baptista. *Metodología de investigación*. México: McGraw Hill, 2010.
- Infomed. “*Historia del trasplante: breves reseñas*” 21 de julio 2013. Accedido 12 de junio de 2023, párr. 7. <https://temas.sld.cu/trasplante/historia-del-trasplante-breves-resenas/>.
- Lerma, Héctor. *Metodología de la investigación*. Colombia: EcoE Ediciones, 2012.

- Maieses, Kenneth. “*Muerte cerebral*” de mayo de 2022, párr.4. Accedido 5 de julio de 2023.
<https://www.msmanuals.com/es-ec/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/coma-y-alteraci%C3%B3n-de-la-consciencia/muerte-cerebral>.
- Marina Riopérez, Pablo. "El trasplante de órganos y tejidos humanos: un reto jurídico y ético para el siglo XXI". Tesis de maestría. Universidad de Navarra. 2005.
<https://dadun.unav.edu/handle/10171/18792>.
- Martínez Claudia y Maritza Andrea Fuentes. “Análisis, estudio y sistematización de las sentencias de la Corte Constitucional en materia de libertad religiosa”. Tesis maestría, Universidad de la Sabana, 2013.
<https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5346>.
- Martínez, Karla. “Algunos aspectos éticos de la donación y el trasplante”. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* n.º 29 (2019): 15-24.
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272006000400003.
- Mayorga Alberto y Dalila Ayala. “Las razones para redefinir la muerte y su crítica”. *Revista Latinoamericana de Bioética* volumen 21 n.o 1 (2020): 61-76.
<https://www.redalyc.org/journal/1270/127068845005/127068845005.pdf>.
- México. Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2009.
- México. Ley General de Población de México de 7 de enero de 1974, *Diario Oficial* 22.
- Ministerio de Cultura Argentina. “*Qhapaq Ñan: memoria ancestral de los pueblos andinos* “de 10 de diciembre de 2020. Accedido 25 de julio de 2023.
<https://www.cultura.gob.ar/qhapaq-nan-memoria-ancestral-de-los-pueblos-andinos-9891>.
- Murillo Torrecilla, Javier. *Metodología de Investigación Avanzada*. Colombia: Público Académico, 2018.
- Olvera, Jorge, et al. *El final de la vida y las voluntades anticipadas*. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2017.
- OPS. “*Donación y trasplantes*” de 14 de julio de 2022, párr. 5. Accedido 3 de julio 2023,
<https://www.paho.org/es/temas/donacion-trasplantes>.
- Pagani, Greysi Andrea. “El Trasplante de Órganos En La Argentina”. Tesis pregrado. Universidad Siglo 21. 2016). <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/10456>.
- Palacios Suyen Mercedes, Scarleth Lucia Torrez y Karina del Carmen Vílchez. “Regulación jurídica de la donación y trasplante de órganos, tejidos y células para seres humanos en Nicaragua y derecho comparado con Guatemala, Costa Rica y Panamá”. Tesis maestría,

- Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. 2015.
<http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/handle/123456789/4080>.
- Parker Gumucio, Cristián. “La religión y el despertar de los pueblos indígenas en América Latina”. *Alteridades* volumen 16 n.o 32 (2006): 81–90.
<http://www.scielo.org.mx/pdf/alte/v16n32/2448-850X-alte-16-32-81.pdf>.
- Patitó, José Ángel. *Medicina Legal*. Buenos Aires: Ediciones Centro Norte, 2000.
- Pegoraro, Lucio. "Derecho constitucional y método comparativo". *Revista Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*, volumen 31, n.o 6, 2005: 69-99. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1793/6.pdf>.
- Pérez Gallardo, Leonardo. “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”. *Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* volumen 9 n.º 36, (2015): 178 – 202. [/https://www.redalyc.org/pdf/2932/293244044008.pdf](https://www.redalyc.org/pdf/2932/293244044008.pdf).
- Piedra Sánchez, Diego Geovanny. “El derecho a la muerte digna como fundamento contenido en la dignidad humana dentro del Estado constitucional ecuatoriano” . Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador, 2020.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7312/1/T3185-MDC-Piedra-El%20derecho.pdf>.
- Pfeiffer, María Luisa. “El trasplante de órganos: Valores y derechos humanos”. *Revista Persona y Bioética*, volumen 10, n.º 2, (2006): 8 – 25.
<https://www.redalyc.org/pdf/832/83210202.pdf>.
- Reguera Cabe, Marta. “Aspectos éticos y legales de los test de portadores de mutaciones recesivas en tratamientos de reproducción humana asistida con gametos donados”, *Revista de Bioética y Derecho* n.o 51 (2021): 243-259.
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872021000100015.
- Salz Peñuelas, Marco. “Fenomenología y enfermedad: Aproximación de la experiencia patológica”. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/405302/msp1de1.pdf?sequence=1>.
- Suárez, Isidora. "La donación de órganos y el magisterio de la iglesia católica", *Revista Altus* volumen 9. 2014:35-47. <http://bioetica.uft.cl/index.php/ediciones/edicion-n-8-trasplantes/item/la-donacion-de-organos-y-el-magisterio-de-la-iglesia-catolica>.
- Vélez, Esperanza. “Donación de órganos, una perspectiva antropológica”. *Revista de la Sociedad Española de Enfermería Nefrológica*, n.º 10 (2017): 179 – 185.
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-13752007000300004.

Zúñiga, Alejandra. “El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismos para aumentar la donación de órganos”. *Revista Médica de Chile* volumen 143 n.º 10, (2015):1331-1336. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872015001000012.

