

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

**“PLAN EXCEPCIONAL DE TITULACIÓN DE ANTIGUOS
ESTUDIANTES NO GRADUADOS”**



MONOGRAFÍA

**“DERECHOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES
DE LAS PERSONAS FALLECIDAS” (Cadáver)**

POSTULANTE: Albertina Anara Mamani

TUTOR: Dr. Luis Fernando Torrico Tejada

LA PAZ - BOLIVIA

2011

DEDICATORIA

Con todo amor y cariño a mi esposo: Abraham y a mis hijos Josué Caleb y Joel Gerson, quienes han hecho lo posible para comprenderme y brindarme el apoyo en todo momento para la conclusión del presente trabajo.

AGRADECIMIENTO

Mi profundo agradecimiento al Dr. Luis Fernando Torrico Tejada y a mi tribunal por su orientación para concretar este trabajo.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

CAPITULO I

SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD O DERECHOS PERSONALISIMOS.

1.1 Genealogía en el derecho natural y la legislación comparada y boliviana.....	4
1.2 Constitucionalización derechos personalísimos y su relación con los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales sobre las personas fallecidas	6
1.3 La vida y la muerte.....	10
1.4 Distinción fundamental entre muerte y el cadáver.....	17
1.5 Contenido de los actos de disposición sobre el propio cuerpo..	18

CAPITULO II

2.1 Sobre el cadáver.....	19
2.2 El patrimonio	21
2.3 Los herederos	23

CAPITULO III

DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS EN PERSONAS CON MUERTE CEREBRAL.

3.1 Sobre el trasplante de órganos, tejidos y células en personas con muerte cerebral.....	24
3.2 ¿Quién certifica la muerte del posible donante?.....	24
3.3 Aspectos valorativos de la extracción de órganos, tejidos y células.....	25

3.4	Aspectos patrimoniales o extrapatrimoniales de la donación en personas con muerte cerebral.....	25
3.5	Consentimiento de la familia	26
3.6	Legislación boliviana	26
3.7	Legislación comparada referente a la donación de órganos y tejidos y la muerte cerebral.....	29
3.7.1	Legislación en Alemania.....	30
3.7.2	Legislación de España.....	33
3.7.3	La Ley de Trasplantes de Bélgica.....	34
3.7.4	Legislación en los Estados Unidos.....	35
3.7.5	Ley de Trasplantes de Canadá.....	36
3.7.6	Ley de Trasplantes de Colombia.....	36
3.7.7	Ley de Trasplantes de Ecuador.....	37
3.7.8	Ley de Trasplantes de Guatemala.....	38
3.7.9	Legislación en Argentina.....	38

CAPITULO IV

LA DISPOSICION DEL CADÁVER.

4.1	Planteamiento del problema y balance de la situación.....	42
4.2	Sobre el uso de cadáveres como donadores de órganos Legislación en Bolivia	44
4.3	¿Que es el cadáver desde el punto de vista legal?.....	46
4.4	Naturaleza jurídica.....	46
4.5	Destino final del cadáver.....	47

4.6	Los derechos de la personalidad y la disposición del Cadáver..	48
4.7	Fundamentación sobre el derecho de disposición del cadáver..	48
4.8	Momentos en que el ser humano se convierte en cadáver.....	49
4.9	Actos respecto al cadáver o piezas provenientes de él.....	52
	CONCLUSIONES	54
	RECOMENDACIONES	56
	BIBLIOGRAFIA	57
	ANEXOS	

INTRODUCCIÓN.

Esta investigación tiene como objetivo, analizar derechos patrimoniales y no patrimoniales de las personas fallecidas, sin embargo utilizamos los términos personas fallecidas y cadáver como sinónimo, porque en teoría, el manejo y comprensión de este término se encuentra bajo esa situación.

La vida se constituye en la condición fundamental del ejercicio de todos los demás derechos de las personas, marca el inicio de la personalidad y con ella el goce y ejercicio de derechos y el deber del cumplimiento de obligaciones. Por tanto, solo la persona con vida es titular de derechos y obligaciones. La muerte es una sucesión de fases de desestructuración rápida y progresiva del funcionamiento integrado del organismo como unidad biológica. Y esa unidad biológica ocurrida la muerte desde el punto de vista técnico legal se denomina cadáver. Pero ¿qué sucede con los actos de donación de órganos, tejidos y células durante la vida de las personas? o también podríamos preguntarnos ¿solo durante la muerte cerebral de una persona se permiten realizar el trasplante de órganos, tejidos y células?, a su vez ¿quienes poseen derechos patrimoniales o extrapatrimoniales sobre el cadáver? Esto nos induce a plantear un problema de investigación ¿Cuales son las condiciones técnico jurídicos, para establecer un sistema legal de derechos patrimoniales y no patrimoniales sobre las personas fallecidas (cadáver) que permitan su reglamentación?

El momento en que una persona fallece, da comienzo a una muchas consecuencias jurídicas, entre ellas la sucesión y el fin de la personalidad Sin embargo no se tiene claro cuál es la situación de la persona fallecida, quién tiene el derecho de su disposición, cuál será su destino final y quién protege

a esa persona fallecida en el caso de algún robo, hurto o daño que se le pudiera provocar.

Establecemos que el objeto de la presente investigación son los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales sobre la persona fallecida que jurídicamente tiene condición de cadáver y su naturaleza jurídica es ser cosa que no se encuentra dentro del comercio o tal vez con limitaciones.

El desarrollo de la estructura formal comprende el **Capítulo I** sobre los derechos de la personalidad o derechos personalísimos, que contiene la genealogía en el derecho natural y la legislación comparada y boliviana, la constitucionalización derechos personalísimos y su relación con los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales sobre las personas fallecidas, la vida y la muerte, la distinción fundamental entre muerte y el cadáver. **El Capítulo II**, refiere al marco conceptual sobre el cadáver, el patrimonio los herederos. **El Capítulo III**, refiere a la donación y trasplante de órganos, tejidos y células en personas con muerte cerebral, cuyo contenido se ocupa sobre el trasplante de órganos, tejidos y células en personas con muerte cerebral, ¿Quién certifica la muerte del posible donante?, aspectos valorativos de la extracción de órganos, tejidos y células, aspectos patrimoniales o extrapatrimoniales de la donación en personas con muerte cerebral, el consentimiento de la familia, y la legislación comparada referente a la donación de órganos y tejidos y la muerte cerebral (Alemania, España, Estados Unidos, Canadá, Colombia, Ecuador, Guatemala y Argentina). **El Capítulo IV** comprende la disposición del cadáver, cuyo contenido es el planteamiento del problema y balance de la situación, sobre el uso de cadáveres como donadores de órganos, la legislación en Bolivia, ¿Que es el cadáver desde el punto de vista legal?, cual la naturaleza jurídica, el destino final del cadáver, los derechos de la personalidad y la disposición del cadáver, la fundamentación sobre el derecho de disposición del cadáver, momento en que el ser humano se convierte en cadáver, y actos respecto al cadáver o piezas provenientes de él.

El desarrollo de la investigación se recurre a la legislación comparada con el propósito de analizar el concepto de muerte cerebral que nos permite construir y delimitar un conjunto de normas jurídicas de carácter sustantivo y procesal tendientes a exigir la protección y garantía hacia la dignidad humana y a partir de este criterio nos adentramos a ámbito del cadáver.

El diseño de la investigación es no experimental, toda vez que no se han pretendido establecer relaciones causales entre variables. Es de carácter documental debido a que la recolección de los datos se ha realizado fundamentalmente en libros, artículos y páginas de internet. En la estrategia metodológica se ha utilizado los métodos del análisis y síntesis, lógico-histórico y sociológico-jurídico y como técnicas de investigación el fichaje y la observación para la sistematización e interpretación de los resultados.

En el presente trabajo se realizó algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del cadáver, de su régimen jurídico y sobre los derechos de disposición del mismo en relación con los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales del mismo.

CAPITULO I

SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD O DERECHOS PERSONALÍSIMOS.

La persona en su condición de ser humano tiene atributos esenciales que en sus formas de manifestación requieren la protección del Estado. Estos derechos subjetivos esenciales han recibido la denominación de "derechos de la personalidad" o "derechos personalísimos" entendidos como aquellos que corresponden innatamente a toda persona desde su concepción, nacimiento y hasta su muerte, y que le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales para así poder desarrollarse plenamente en su humanidad. Entonces, hasta donde es posible considerar la vigencia y persistencia de los derechos personalísimos: es posible hasta después de la muerte.

1.1. Genealogía en el derecho natural y la legislación comparada y boliviana.

Podemos mencionar que los derechos personalísimos o de la personalidad, tienen su génesis en el derecho natural. **Juan Manuel Navarro Ametller** señala "... el *derecho natural* es aquel ordenamiento que brota y se funda en esa naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad como ocurre con el derecho positivo. Los preceptos del derecho natural no sólo están de acuerdo con la naturaleza humana, puesto que de ella emanan, sino que se encaminan al mejor

desarrollo de sus operaciones propias”¹. Paulatinamente, los derechos naturales de la personalidad se van consolidando en derechos humanos y positivizando en las legislaciones ordinarias hasta lograr su dimensión constitucional.

Se sostiene que una de las primeras leyes civiles que se ocupa de los derechos de la personalidad es el código austríaco de 1811, en su art. 16 señalaba que “Todo hombre tiene derechos innatos, evidentes por la propia razón, y por ello tiene que ser considerado como persona”. En su orden el Código Civil portugués de 1867 reconoce los denominados derechos originarios que resultan de la propia naturaleza y que deben ser protegidos por el hombre. El Código Civil italiano de 1942, disponía solamente la prohibición de disponer del propio cuerpo, el derecho al nombre y la propia imagen. El Código Civil francés, nos revela por su parte los derechos de la personalidad. La legislación española incorpora los derechos de la personalidad en su Código Civil.

Resulta que la doctrina reconoce que en Latinoamérica destaca nuestro Código Civil boliviano (6 de agosto de 1975) que **reconoce como derechos de la personalidad la protección a la vida, los actos de disposición sobre propio cuerpo, el derecho a la libertad personal, el derecho al nombre, apellido del hijo, apellido de mujer casada, la protección del nombre, seudónimo, negativa de examen o tratamiento médico, nulidad de la confesión obtenida por medios lesivos a la personalidad, derecho a la imagen, derecho al honor, derecho a la intimidad, inviolabilidad de las comunicaciones y papeles privados y la igualdad** (art. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, y 22)². El Código Civil peruano de 1984,

1 Navarro Ametller Juan Manuel, *Epistemología del derecho*, Instituto de la Judicatura – UMSFXCH - CEPI, Maestría en Administración de Justicia, segunda versión, Sucre – Bolivia, 2009, pág. 224.

2 BOLIVIA. Código Civil, Gaceta Oficial de Bolivia (1975).

sistematiza los derechos de la personalidad. El Código de Brasil (vigente desde 10 de enero de 2003) es otra muestra de los derechos de la personalidad.

1.2. Constitucionalización derechos personalísimos y su relación con los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales sobre las personas fallecidas.

Los derechos personalísimos inicialmente considerados como parte de la sistemática del derecho civil, adquieren mayor importancia y protección a través de su constitucionalización. Sin embargo, debemos encontrar el nivel de interrelación de los derechos personalísimos en relación a los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales de sobre las personas fallecidas. A nuestro criterio, éstos son el derecho a la privacidad o intimidad, derecho al honor, derecho a la honra, la dignidad humana, a la imagen, protección a la vida y los actos de disposición sobre propio cuerpo.

Según **Humberto Quiroga Lavié** (derecho a la privacidad o intimidad “... tiene como correlato la obligación del Estado de no desconocer, ni interferir en el ámbito de la libertad privada de los habitantes...”³ . En consecuencia, los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales sobre las personas fallecidas ¿están dentro del derecho privado? Es el Estado o no lo es un ente regulador de estas relaciones. Emergente de este derecho, se impide que se divulguen o publiquen por cualquier medio las acciones de las personas en su intimidad, en su familia, en el hogar o fuera de lugares de acceso generalizado sin su consentimiento. El derecho a la intimidad es el ámbito personal no expuesta al conocimiento, difusión o publicación por terceros. La intimidad es aquella

³ **Quiroga Lavié Humberto**, *Derecho Constitucional*, Ediciones Depalma, 3ª edición, Buenos Aires – Argentina. pág. 136.

esfera secreta y reservada de la persona que debe ser protegida contra las intromisiones ajenas.

Pero, ¿cuales son los niveles que protege este derecho? **Marcela I. Basterra** enseña que “Del análisis sistematizado e integrador de la normativa protectora del derecho fundamental a la intimidad, surgen, a nuestro criterio cuatro niveles de protección: 1) La primera esfera de protección: El principio de autonomía personal. 2) Segunda esfera de protección: derecho a la intimidad. 3) Tercera esfera de protección: derecho a la privacidad. 4) Derecho a la autodeterminación informática” 4.

El segundo derecho de la personalidad vinculado es el derecho al honor. El honor es el aprecio y estima que una persona recibe de la sociedad en que vive. Es la estimación, autovaloración, reconocimiento de uno mismo, el prestigio propio, el examen de nuestros valores espirituales que conllevan a la dignidad personal. Honor es un valor propio que de sí mismo tiene la persona. La honra es externa, es una apreciación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno -el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros -honra-. El honor es aquella esfera de inmunidad frente a cualquier trato que ofenda o agrédala condición de la persona humana en su relación con los demás o en su relación con los poderes públicos. Ahora bien, el derecho al honor es un derecho inherente a la personalidad su dignidad y prestigio social, no hay dudas que este merece tutela jurídica, pues a todo individuo se le debe respetar su honor, aún tratándose de personas poco honestas o de mala fama, estos pueden adquirir la calificación de sujetos pasivos cuando se ha tipificado un delito contra el honor. Los actos de disposición de los órganos, tejidos y células de personas

4 **Marcela I. Basterra** “Derechos Humanos y justicia constitucional”. En Germán J. Bidart Campos y Guido Risso (coordinadores). *Los Derechos Humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*. pág. 58 y 59.

con vida o de las fallecidas, en qué medida pueden afectar el honor de las personas. Al parecer existen límites objetivos y subjetivos. Los primeros son aquellos que están amparados por la protección legal y constitucional y segundos, por el efecto que la persona sufre en relación a sentir vulnerado o no vulnerado su derecho al honor y en la facultad del ejercicio o no ejercicio de su derecho.

El tercer derecho es la honra, que es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad.

El cuarto derecho es la dignidad humana, que es aquella condición que hace a todo ser humano por el hecho de serlo, y lo caracteriza de forma permanente y fundamental desde su concepción hasta su muerte. Entonces, los actos de disposición de órganos, tejidos y células de personas fallecidas afectaran o no afectaran la dignidad de las personas. O en su defecto, es posible que en este caso el derecho personalísimo ya no le corresponde al fallecido.

El quinto derecho es el derecho a la imagen. Previamente, debemos expresar que la imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de la persona humana a través de procedimientos técnicos o científicos. El derecho a la imagen, es aquella facultad de producir, reproducir, difundir y publicar su imagen o los caracteres esenciales de su figura o impedir la difusión o publicación del mismo. El derecho a la imagen tiene dos dimensiones: 1) el derecho de la persona a reproducir y publicar su propia imagen y 2) el derecho que se tiene de impedir la reproducción y publicación de su imagen por cualquier medio o mecanismo. El derecho a la propia imagen comprende el derecho de las personas físicas para determinar su propia identidad personal a través de la difusión o reserva de su propia imagen. Ahora bien, el problema se presenta en la difusión de las imágenes de personas fallecidas y que están sujetas a la conservación. ¿Quién es el titular del derecho a la imagen?

En lo referente a la protección a la vida y los actos de disposición sobre propio cuerpo, el mismo se puntualizara a continuación. Por lo que previamente debemos resolver la siguiente pregunta: ¿Cuales son las características de los derechos personalísimos? Son los siguientes:

1. **Derechos innatos e inmanentes**, le corresponde a la persona desde su nacimiento hasta su muerte.
2. **Derechos oponibles a terceros**, son erga omnes, porque pueden hacerse valer frente a terceros.
3. **Derechos extrapatrimoniales**, en principio no se encuentran dentro del comercio, están fuera del comercio. Sin embargo, el desarrollo de estos derechos personalísimos en circunstancias en la cuales han sido vulneradas, en el ámbito de reparación de los daños causados, son generalmente reparados como daños morales, y en último extremo susceptibles de indemnización, es decir, tienen aspectos económicos o patrimoniales en caso de su vulneración o su lesión. En muchos casos la indemnización deja expedita la vía de reparación del daño por derechos patrimoniales en instancias judiciales.
4. **Derechos irrenunciables**, aunque pueden darse disposiciones sobre manifestaciones puntuales, el contenido esencial de los mismos no son susceptibles de su renuncia. Aspecto que en caso de su vulneración, si estos no son reclamados judicialmente o a través de mecanismos de control de constitucionalidad, no significan que se están renunciando a las mismas.
5. **Derechos inembargables**, el ámbito de la limitación de estos derechos a través de medidas cautelares reales, no es susceptible de aplicación.
6. **Derechos Imprescriptibles**, su falta de ejercicio a través del tiempo no trae consigo la extinción de los derechos personalísimos.
7. **Vitalicios**, duran toda la vida de la persona, con algunas excepciones referidas a supuestos que se dan luego del fallecimiento de ellas que se trasladan a los herederos.

8. **Inalienables:** estos derechos están fuera del comercio, no pueden ser objeto de cesión o transferencia. Puede haber derechos renunciables aunque no transmisibles, como algunos patrimoniales llamados intuitu persona. Los personalismos tienen ambas calidades negativas en razón de ser vitalicios, inherentes y necesarios.
9. **Autónomos:** las características propias de estos derechos subjetivos, los constituyen en derechos propios que asumen su naturaleza intrínseca sin necesidad de dependencia de otros derechos.

1.3 La vida y la muerte

En la antigüedad ya se mencionaba sobre las consecuencias que *traía* el fin de la personalidad, así como el patrimonio que venía como consecuencia de la muerte de las personas. Para los romanos el patrimonio era una unidad abstracta, que era inherente a la persona humana y eran muy necesarios para satisfacer las necesidades humanas o aquellas que se presentaran en el momento. El tema que hasta la fecha no ha sido aclarado es sobre la calidad de la persona fallecida, este tema es tan importante porque al no tener una clara enunciación sobre su calidad, se presta para que exista un vacío sobre su protección.

Desde tiempos antiguos se hablaba sobre la persona fallecida y sobre sus consecuencias. Pero en ningún momento fue abordado el tema de la calidad de esa persona fallecida, así como su libre disposición por parte de sus herederos o familiares, es por tal motivo que vale la pena recordar que pensaban en tiempos antiguos sobre el comienzo y fin de la personalidad y sus efectos que producían a los herederos.

En la antigüedad, según indica **Luís Rodolfo Arguello** más propiamente para los romanos “consideraban al patrimonio como un atributo de la personalidad, algo inherente a la persona humana, que constituye una unidad abstracta y

universal de derecho integrada por todos los bienes y derechos susceptibles de apreciación pecuniaria y de las cargas que le están impuestas” 5 .

Esto va relacionado con la calidad de la persona, por que al ser considerado una unidad abstracta, sus efectos pueden continuar con el tiempo. Los mismos romanos, hablan sobre los derechos patrimoniales y mencionan que “Los derechos patrimoniales son aquellos que se reflejan sobre el patrimonio y tienen como característica la de ser aptos para satisfacer necesidades económicas y a la vez valorables, en base a un común denominador de los valores económicos que es el dinero”6 .

En Roma también se les dio un trato preferencial ya que eran consideradas res religiosa, aunque se tratara de un esclavo, y por lo tanto eran res extra commercium, es decir que estaban fuera del comercio. En los primeros años no se les daba tanta importancia religiosa y no sentían ese temor, tal es así que el cadáver del deudor podía embargarse. Los cadáveres podían quemarse fuera de la ciudad y si no se trataba de esclavos, los mismos podían ser embalsamados. Es con la codificación cuando se les otorga el carácter religioso ya mencionado.

Por otro lado el cristianismo fue el encargado de acentuar el carácter religioso de la sepultura y del contacto con los cadáveres. Este respeto proviene del dogma católico de la reencarnación de las almas. Así el Código de Derecho Canónico sostiene que a los difuntos se les debe dar sepultura, mientras que establece la prohibición de cremarlos. Si una persona antes de morir expresa su voluntad de ser quemada la misma es ilícita, y si se encuentra expresada en algún contrato, testamento u otro contrato se la debe tener por no escrita.

5 **Arguello, Luís Rodolfo**, *Manual de Derecho Romano*. Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1996. Pág. 196.

6 *Ibidem*. Pág. 195.

"Se llaman cosas en este código a los objetos materiales susceptibles de tener valor". Cuando el codificador hable de valor se refiere a que la cosa tiene que ser apreciable en dinero, es decir que debe tener un valor pecuniario. En este caso no se podría decir que el cadáver sería cosa porque darle apreciación monetaria iría en contra de la moral y las buenas costumbres. Para algunos autores se trata de un valor amplio que además del sentido económico se le debe dar una interpretación amplia que abarque una función social o humanitaria.

Podemos mencionar las siguientes teorías:

- A)** Teoría de las semipersonas y de la personalidad residual
Para Demogue los muertos pueden ser considerados semipersonas, por eso hay normas que protegen su memoria y que castigan las profanaciones de las tumbas. Esta postura es fuertemente criticada ya que cae en una contradicción lógica al hablar de una semipersonalidad. La cuestión se plantea porque no puede existir una categoría intermedia que acepte la existencia de personas a medias, ya que es persona o no. Esta teoría no parece ser irracional y sin sentido, es preciso mencionar que después del fallecimiento de algunas personas, la honra y el buen nombre es celosamente custodiada por los herederos o sus seguidores.

En nuestra normativa penal, así el art. 248 (OFENSA A LA MEMORIA DE LOS DIFUNTOS) del COD. PENAL señala “El que ofendiere la memoria de un difunto con expresiones difamatorias o con imputaciones calumniosas...”. Al respecto nuestra doctrina penal boliviana, expresada en **Fernando Villamor Lucía** expresaba “En realidad, el titular de este derecho es el heredero. La persona muerta no resulta ser el sujeto pasivo sino los herederos de ésta. En

consecuencia el bien jurídico protegido es el honor, no de la persona muerta, sino de las personas vivas”⁷.

B) Teoría de la res.

Dentro de esta teoría se encuentran los doctrinarios que sostienen que el cadáver es una cosa o res, existiendo una controversia en si esa cosa tiene comercialidad relativa o bien está absolutamente fuera del comercio.

Para De Cupis como la parte separada del cuerpo vivo es cosa, de la misma forma lo es el cadáver. Su teoría tiene fundamento en que con la muerte se produce un cambio completo en la sustancia y en la función del cuerpo entero, el cual es sólo un elemento de la persona. Por otro lado argumenta que con la muerte se extinguen todos los derechos que tenía esa persona, pero a pesar de ello la persona tiene un poder jurídico sobre el futuro cadáver.

Si se reafirma el cadáver es jurídicamente una cosa, pero no cualquier cosa, es una cosa particularísima. Por las siguientes razones:

Si bien es una cosa, es una cosa que anteriormente fue sujeto de derecho y cuando tal pudo signar su manejo y destino de cosa, por disposiciones anticipadas, como donación de órganos y tejidos, autopsia clínica, cremación, embalsamamiento, velatorio más o menos prolongado o no, etc. En otras palabras, quien primero y antes que nadie pudo disponer anticipadamente del futuro cadáver es la propia persona.

Otros ejemplos son: cederse a instituciones científicas o de enseñanza, exigir su futura necropsia o negarse a ella, lo que será

⁷ Villamor Lucía Fernando, *Derecho Penal Boliviano. Parte especial*, Impreso en Inspiración Cards, 2ª edición, La Paz – Bolivia, 2007. Pág. 226.

respetado salvo que la ley y la voluntad del estado obliguen a investigar presunta muerte violenta.

Casi todas las leyes del mundo protegen y promueven el respeto a los cadáveres, con base en eso, no son un bien o vulgar mercancía con la cual se pueda comerciar. Se castiga con penas severas su comercio o tráfico, profanación e irrespeto. Los muertos también tienen derechos y sus cuerpos además también "hablan", según lo confirman los expertos en ciencias forenses.

Si en el sentido más amplio de la palabra, no en el más estricto, que considera que los bienes tienen un contenido patrimonial o económico, por eso no puedes comerciar con los cadáveres o los órganos de los mismos, están fuera del comercio, pero como bienes pueden ser empleados para satisfacer una necesidad de salud (transplantes) pedagógica (escuelas de medicina) o incluso de unidad nacional (exhibición y resguardo de cadáveres de personajes ilustres).

En ese entendido al referirnos a los derechos patrimoniales, está dirigido a satisfacer necesidades económicas, por lo tanto las personas fallecidas no entrarían como derecho patrimonial para los romanos, porque para ellos el cuerpo humano de un fallecido no entra dentro del comercio humano. Los anteriores párrafos van relacionados con las características que tenía que tener un objeto para que sea cosa: “para que un objeto sea cosa en el sentido de derecho, es necesario que sea útil, es decir accesible y deseable para el individuo”⁸.

Antiguamente apareció la figura de los derechos patrimoniales, pero había un derecho que no era susceptible de ponderación económica, como los derechos extra patrimoniales que estos podían integrar la herencia que

⁸ Arguello, Luís Rodolfo, Ob. Cit. Pág. 167.

dejaba el fallecido, en ese entendido los romanos mencionaban: “La herencia podía integrarse con algunos elementos extra patrimoniales accesorios; como el culto familiar a los antepasados (*sacra privata*), el derecho de sepulcro (*ius sepulchri*) y el derecho del patronato sobre los libertos (*iura patronatus*)⁹ .” .

Vale la pena mencionar, que en la antigüedad había como una obligación de los herederos a dar sepultura a sus personas fallecidas, como una parte de sus derechos patrimoniales adquiridos.

Por ejemplo:

En **Egipto** los funerales iban precedidos de un juicio público: si la vida del difunto había sido irreprochable se procedía a los funerales, pero en caso contrario el cadáver era enterrado en una fosa común llamada *Tártaro* no escapando ni los mismos reyes al juicio.

Los **hinduistas** realizaban (y realizan aún hoy) una ceremonia fúnebre con ofrenda de alimentos llamada *antyeṣṭi*, previa a la cremación del cadáver y la posterior disposición de las cenizas en algún río sagrado. Era costumbre (abandonada desde mediados del siglo XX) que las viudas se arrojasen a la pira donde ardían los cadáveres de sus maridos, uso bárbaro que los invasores ingleses se afanaron por hacer desaparecer de la India.

Los **atenienses**, en el cuerpo del difunto, lavado y perfumado era expuesto en el vestíbulo de su casa y se procedía al entierro con gran solemnidad, formando parte de la comitiva tocadores de flauta, los hijos, las mujeres lanzando agudos gritos y mesándose los cabellos, los parientes y los amigos. El cadáver era quemado e inhumado, se pronunciaba el elogio del difunto si

⁹ Ibidem. Pág. 461.

era personaje importante o había muerto por la patria y se terminaban las ceremonias con un banquete.

Los **hebreos** a través de las leyes mosaicas impedían el contacto directo o indirecto con el cadáver porque era algo que lo consideraba impuro. Una vez que se producía una muerte, todo lo que era el mobiliario, los utensilios, y todas aquellas cosas que se encontraban en el lugar en que se produjo la muerte debían ser correctamente purificados. Para ello se las sometía a la aspersión con el " agua lustral". El rito del entierro era muy importante, incluso en la Biblia se lo menciona varias veces con el nombre de qeburah, el cual también se refería al acto y lugar del entierro.

Un capítulo muy importante que se relaciona con la historia, es la sucesión entendiéndola como: Una facultad que da el derecho para la prohibición sobre la disposición de las personas fallecidas, como mencionaban los romanos: “La muerte pone término a la relación o al derecho respecto al sujeto, pero a la vez plantea el problema del destino de los que tengan por titular al difunto. Ciertas relaciones y algunos de esos derechos se extinguen radicalmente, por el carácter que invisten, otros, especialmente de naturaleza patrimonial, mantienen su existencia y pasan a un nuevo titular en sustitución de la persona fallecida”¹⁰ .

Jurídicamente, **el nacimiento con señala el comienzo de la personalidad y se presume el nacimiento con vida**. En cambio, **la muerte pone fin a la personalidad**. Así lo señala el **art. 1 I y 2 I del Código Civil**.

1.4 Distinción fundamental entre muerte y el cadáver.

¹⁰ Ibidem. Pág. 459.

Carlos Rodríguez Martínez “La doctrina sostiene que existe un derecho innato en el ser humano que lo faculta para disponer de su propio cuerpo y de las partes separadas de él, pero con ciertas restricciones derivadas de criterios muy variados.

A. Se deben distinguir múltiples posibilidades:

1. La autolesión con motivos de protección de la salud o de la vida,
2. La autolesión con motivos de esteticidad,
3. La autolesión por motivos ideológicos,
4. La lesión que un tercero realiza sobre el cuerpo de quien así se lo pide con motivos de protección de la salud o de la vida,
5. La lesión que un tercero realiza sobre el cuerpo de quien así se lo pide con motivos de esteticidad.
6. La lesión que un tercero realiza sobre el cuerpo de quien así se lo pide con motivos ideológicos.

B. Respecto a la humanidad del cadáver

Solo los seres humanos son sujetos de derecho, por tanto, si se deja de ser sujeto de derecho, se deja de ser persona, y la supuesta personalidad del cadáver, no existe.

C. Respecto a su destino

Se ha venido sosteniendo en la doctrina, que el destino natural de quien ha dejado de ser sujeto de derechos, es decir, del cadáver, es la sepultura, o en

su caso, la incineración. Pero la misma legislación reconoce que se le puede dar otro destino diferente, aceptando también a estos mencionados 11.

De esto podemos realizar la distinción entre muerte y cadáver. La muerte jurídicamente es el fin de la personalidad y el cuerpo de la persona que ha muerto es el cadáver.

1.5 Contenido de los actos de disposición sobre el propio cuerpo.

En nuestra legislación, los actos de disposición sobre el propio cuerpo están prescritos como un derecho personalísimo. Y señala nuestra legislación civil, **los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo están prohibidos** cuando debiendo ejecutarse en vida del donante, pueden ocasionar una lesión grave o definitiva a su integridad física o son de otra manera contrarios al orden público o a las buenas costumbres. En la donación de órganos que se van a trasplantar en vida del donante, serán necesarios, para la ejecución quirúrgica, el informe previo y el control por una comisión que designará el Colegio Médico. Una persona puede revocar siempre los actos de Disposición sobre su propio cuerpo (art. 7 del Código Civil).

11 **Rodríguez Martínez Carlos** “*Régimen jurídico del cadáver*” Conferencia magistral de 30 de enero de 2009, Colima, Colima. En <http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Regimen%20Juridico%20del%20Cadáver%20%2830enero2009%29.pdf>. Págs. 2 y 3.

CAPITULO II

MARCO CONCEPTUAL.

2.1. Sobre el cadáver.

La palabra cadáver proviene del latín *caedere*, que significa caer. Y en sentido figurado, si agonía, que deriva de *agón*, es lucha, acabada la misma se produce la pérdida de la vida y por ello al cuerpo resultante se le designa como caído o cadáver.

Son sinónimas las expresiones occiso (del latín *occisus*, el que muere violentamente), fallecido (del latín *fallere*, morir), difunto o finado.

Según Oertman, considera que el cadáver de una persona es cosa, pero que por motivos de moralidad pública son limitadas las relaciones jurídicas en que puede entrar como objeto. En la misma línea Enneccerus piensa que con la muerte de una persona el cuerpo se convierte en cosa, aunque no sea propiedad del heredero ni susceptible de apropiación.

Una de las definiciones clásicas, aceptadas por la legislación española, expresa: “Cadáver es el cuerpo humano durante los cinco primeros años siguientes a la muerte real. Ésta se computará desde la fecha y hora que figure en la inscripción de defunción en el Registro Civil”.

Se entiende por cadáver, los restos de persona física en la que se haya comprobado la pérdida de la vida. Los cadáveres no pueden ser objeto de

apropiación y propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración. La comprobación de pérdida de vida se harán ajustándose a esos criterios aquellos occisos deberán persistir durante 24 horas en caso de paro cardíaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de vida.

Según la naturaleza jurídica del cadáver, la doctrina, ha ido inclinándose por la respuesta afirmativa, a la pregunta sobre si luego de acaecida la muerte, el cuerpo se transforma en una cosa. Esto es, luego de muerta una persona, su cadáver pasa a ser una cosa dentro de los términos del art. 2311 Código Civil Argentino, pero se considera que está fuera del comercio, hasta que pase un lapso de tiempo prudencial para transformarse en un cadáver ignoto, en cuyo momento adquiere relevancia para cumplir una tarea social, admitiéndose una cierta comercialidad, para fines de estudio e investigación, etc.

Según la universidad de El Salvador. El cadáver es el cuerpo muerto, es decir que al morir el hombre se convierte en un objeto despojado de los atributos humanos, quedando sólo una materia rígida, insensible, que se descompone hasta desaparecer. El cadáver humano, ya sea de hombre o de mujer, al perder la vida adquiere el derecho a descansar en paz. El destino del cadáver presenta alternativas no sólo de leyes sino también de formas, pues puede ser enterrado en tierra, depositado en bóveda o cremado según dispongan sus familiares más allegados. También determinados tratos que reciben son penados por la ley, como por ejemplo, la profanación, la inhumación, el uso sexual de los cadáveres y usarlo como alimento.

Cifuentes sostiene que con la muerte de la persona se produce una "incomunicación hacia el exterior y con los seres vivos aislándolo, de forma tal que se convierte en un objeto despojado de los más caros atributos humanos, que son aquellos que definen a una persona."

Elena Highton dice que el cadáver es cosa en el sentido físico, aunque no pueda ser considerada cosa en los términos legales. Pero hay una excepción: el cadáver puede considerarse cosa cuando la finalidad inmediata es social o científica, entonces se le pueden atribuir derechos de propiedad. En estos casos no se trata de darle un valor pecuniario sino que su finalidad es científica o humanitaria. También sostiene que como el comercio jurídico puede ser gratuito, entonces los actos de donación de órganos implica que el cadáver o sus partes están en el comercio jurídico.

2.2. El patrimonio

El patrimonio en primera instancia se lo puede entender como el conjunto de bienes que se heredan del padre de la madre, así mismo representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y pueden ser apreciables en dinero.

Para ampliar esta idea hay que especificar lo que se entiende por cosa y bien. La cosa es todo objeto material susceptible de tener un valor, en cambio se llama bienes a los objetos inmateriales susceptibles de valor, así como también las cosas.

La mayoría de los autores trazan el origen de la teoría del patrimonio a la obra de Aubry y Rau. Ellos definen patrimonio como: “el conjunto de relaciones jurídicas valorables en dinero, que son los activos o pasivos de la misma persona y que se considera como constituyendo una universalidad jurídica”. Lo anterior implica varias cosas: Cada persona tiene un patrimonio (es, por decirlo así, una característica o atributo universal de las personas) y ese patrimonio es individual, único, indivisible. Sigue que el patrimonio como tal es diferente a lo que lo constituye (el patrimonio es como una bolsa, cuyo contenido son derechos de propiedad, etc.). Sigue también que no todos los

derechos o bienes de una persona son patrimoniales (solo aquellos capaces de ser evaluados monetariamente). Finalmente, la mayoría de las autoridades que adoptan esta posición entienden los derechos desde el punto de vista subjetivo. Consecuentemente muchos autores se refieren a esta percepción como la concepción subjetiva del patrimonio (a diferencia del patrimonio objetivo)

La teoría del patrimonio considera que el patrimonio es independiente de los bienes que una persona posea. Inclusive, una persona puede no tener ningún bien, y aun así, tiene un patrimonio. Es, en otras palabras, una aptitud para poseer, de tal forma que el patrimonio de una persona también incluye derechos de propiedad futuros. (en el sentido, por ejemplo, que una obligación actual recae sobre cualquier bien (o derecho sobre tal), incluso los adquiridos en el futuro).

Los bienes de la persona forman un todo unitario que responde por las obligaciones que esta haya contraído, es decir, cuando una persona se obliga, obliga a la masa de bienes. El mejor ejemplo del resultado práctico de esta definición de patrimonio es el caso de los acreedores quirografarios. Desde este punto de vista se considera que el acreedor quirografario tiene un derecho personal sobre el patrimonio del deudor, pero no sobre los bienes. El deudor puede enajenar todos sus bienes y sustituirlos por otros totalmente distintos, y el acreedor no puede hacer nada para evitarlo, pero cualquiera sean esos bienes, el acreedor continúa manteniendo su derecho. Así, el acreedor quirografario tiene un derecho personal sobre el patrimonio del deudor, pero no puede disponer sobre sus bienes (salvo un acto simulado con la intención por parte del deudor de perjudicarlo).

2.3. Los herederos

Los herederos son aquellas personas que por testamento o por ley sucede a título universal en todo o en parte de una herencia, con ocasión de la muerte de quién la deja, y está representada por el conjunto de derechos y obligaciones del causante, por lo cual se entiende que el heredero lo substituye en su personalidad.

El cadáver humano se considera al cuerpo de una persona que ha perdido la vida. La expresión tiene importancia jurídica, porque la muerte, la conversión de una persona en cadáver, da origen a diversos derechos y obligaciones, empezando por los de orden sucesorio, incluso los que afectan a quien corresponde el destino que se ha de dar al cuerpo muerto (enterramiento, cremación, lugar en que se ha de efectuar, etc.

En conclusión la mayoría de los doctrinarios acepta que se trata de una cosa pero no comerciable, aunque sobre el mismo se puedan ejercer cierto tipo de disposiciones gratuitas por parte de la persona antes de morir.

CAPITULO III

DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS EN PERSONAS CON MUERTE CEREBRAL.

3.1 Sobre el trasplante de órganos, tejidos y células en personas con muerte cerebral.

El trasplante de órganos, tejidos y células en personas con muerte cerebral, permite que los órganos de una persona fallecida puedan reemplazar órganos enfermos de una persona en peligro de muerte, devolviéndole la salud y por lo tanto salvándole la vida o transformando sustancialmente la calidad de la misma. El trasplante de órganos, tejidos y células es viable únicamente agotados los métodos médicos destinados a revertir las causas que ocasionan la enfermedad y cuando la expectativa de rehabilitación del paciente le asegure grados previsibles de viabilidad (art. 5 de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos).

3.2. ¿Quién certifica la muerte del posible donante?

La primera preocupación que debemos resolver es si la práctica médica, otorga seguridad y garantía. En nuestra normativa, la muerte cerebral es diagnosticada por un equipo médico especializado constituido al menos por un neurólogo o neurocirujano y el médico tratante si hubiere. Los profesionales a cargo de la diagnosticación de la muerte cerebral quedan inhabilitados para practicar el trasplante (art. 11 de la Ley 1716 de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos).

3.3. Aspectos valorativos de la extracción de órganos, tejidos y células.

Una de las interrogantes más usuales de los familiares de las personas con muerte cerebral, radica en que si la extracción de órgano, tejidos y células, desfigura la persona fallecida. Y la experiencia quirúrgica ha demostrado que con los medios científicos y tecnológicos, la extracción de los órganos dejan intacto el cuerpo. Entre los aspectos valorativos podemos mencionar aquellos que proviene: **1)** la ética médica, por el que los especialistas tratan con la máxima consideración y respeto el cuerpo del fallecido é inmediatamente después de la cirugía de extracción de los órganos, el cuerpo es entregado a la familia para el funeral. **2)** los legales, que señalan que la dignidad del cadáver deberá ser preservada evitando en él mutilaciones innecesarias a tiempo de proceder a la obtención de las partes utilizables (art. 14 de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos).

3.4. Aspectos patrimoniales o extrapatrimoniales de la donación en personas con muerte cerebral.

La donación de órganos, tejidos y células, no está sujeto a ningún tipo de retribución. Es un acto solidario de mayor entrega que podemos realizar como seres humanos. Así tenemos la regla que todos los actos de cesión de órganos, con fines terapéuticos en vida o después de la muerte serán realizados de manera gratuita. La infracción a este principio acarreará responsabilidad civil, penal y administrativa en contra de todos los transgresores (art. 14 de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos).

Debemos también señalar que la familia del donante fallecido no debe realizar ningún gasto adicional en el acto de la donación. Los gastos relacionados con

el Trasplante generalmente están a cargo de instituciones de beneficencia o están a cargo del beneficiario.

3.5. Consentimiento de la familia

La autorización de de la familia de la persona con muerte cerebral debe ser solicitada con respecto y al margen de cualquier vicio del consentimiento, dolo, error y violencia. Sin embargo, diagnosticada la muerte cerebral del posible donante, los órganos comienzan a sufrir un proceso de deterioro que los puede volver inútiles para el trasplante. Los equipos médicos dependen del consentimiento familiar para poder poner en marcha el proceso que culmine en el trasplante de los órganos, que den vida y salud a los pacientes terminales.

El contrato de donación de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos se constituye por un acto expreso entre vivos, únicamente. Tendrá por objeto otorgar a los facultativos del área de trasplantes expresamente autorizados para esta práctica, facultades plenas para proceder a la ablación del órgano donado en beneficio de un tercero que requiera Trasplante, para la reposición de órganos afectados por patologías no reversibles.

3.6. Legislación boliviana

No existe una normativa clara sobre quién tiene la libre disposición de la persona fallecida, si el 05 de noviembre de 1996, se dicto la ley 1716 “Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y tejidos”, la cual en sus artículos más sobresalientes nos menciona 12, que, para que exista una donación,

12 ARTICULO 1°.- Se establece que con preferencia deberán ser utilizados órganos provenientes de cadáveres, teniéndose como factores habilitantes los siguientes:

a) Que el donante haya donado en vida sus órganos y tejidos para ser usados después de su muerte, O;
b) Que exista a autorización expresa de Los familiares legalmente habilitados. Si el difunto fuera menor de edad, La autorización para las ablaciones deberá ser dada por escrito por quien haya sido su tutor legal o la persona encargada de su custodia en caso de no tener familiares.

debe haber un requisito indispensable es que el donante haya aceptado o dado su conformidad en vida sobre sus partes del cuerpo a donar (Art. 10). Porque este consentimiento sólo puede hacerse inter vivos o no por parte de la familia cuando la persona haya fallecido.

En Bolivia, La ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y tejidos, en su artículo dos menciona que el contrato de donación debe hacerse entre vivos únicamente. Esta idea con la finalidad de que la persona puede hacer la libre disposición de su propio cuerpo sólo cuando está con vida y sin ir contra su propia integridad física¹³.

“En cuanto a los trasplantes Inter vivos pueden tomar la decisión de donar un órgano sólo las personas mayores de edad y mentalmente competentes. Los presos sólo pueden donar a parientes.

Para el supuesto de trasplantes post mortem, además de la disposición que se puede efectuar 'sobre el cadáver propio, también podrán prestar ese consentimiento por escrito los parientes legalmente autorizados. El cadáver de una persona podrá ser utilizado para trasplantes si se halla en estado de abandono. Por la reglamentación se determina que dicha autorización podrá ser conferida por el Director de Hospital.

La muerte de una persona se determinará teniendo en cuenta, según la reglamentación, el cese de la función cerebral. Los médicos que efectuarán dicha evaluación estarán debidamente habilitados y no podrán intervenir en la operación de trasplante.

La comercialización de órganos está prohibida excepto en aquellos casos que se autorice con fines de beneficencia.

13 ARTICULO 2°.- El contrato de donación de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos se constituye por un acto expreso entre vivos, únicamente. Tendré por objeto otorgar a los facultativos del área de trasplantes expresamente autorizados para esta práctica, facultades plenas para proceder a la ablación del órgano donado en beneficio de un tercero que requiera del trasplante, para la reposición de órganos afectados por patologías no reversibles..*Ley de donación y transplante de órganos de Bolivia.

En este caso la persona está ejerciendo un poder jurídico en vida para después de su muerte. Cualquiera sea la voluntad que haya expresado la persona antes de morir va a tener que cumplirse a menos que la misma sea contraria a la moral y las buenas costumbres.

Para el Código Civil Boliviano los bienes son consideradas aquellas cosas materiales e inmateriales que pueden ser objeto de derechos (Art. 74 CC), este concepto está muy referido a la idea de propiedad, puesto que al fallecer una persona se considera que pasa a propiedad de otra persona en este caso los herederos, para el Código Civil Boliviano la propiedad es un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa y debe ejercerse en forma compatible con el interés colectivo, dentro de los límites y con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico.

En el concepto técnico del Derecho, las cosas para ser consideradas jurídicamente bienes, han de prestar utilidad, han de ser susceptibles de apropiación y no estar excluidas del comercio humano. La doctrina corriente distingue, por eso, la cosa del bien, porque se dan cosas que no son bienes como la luz, el aire, el agua del mar, no susceptibles de constituir objeto de derechos.

En lo referido a una tipificación clara sobre las personas fallecidas, hay que tomar en cuenta que nuestro código penal no existe una tipificación exacta sobre la protección de la persona fallecida.

El artículo que menciona muy vagamente a la persona fallecida es el art. 284 (Ofensa a la memoria de un difunto) *“El que ofendiere la memoria de un difunto con expresiones difamatorias o con imputaciones calumniosas, incurrirá en las mismas penas de los dos artículos anteriores”*, en este delito se lesiona la memoria del muerto, lo que directa o indirectamente recae sobre sus herederos y parientes.

En caso de que en algún cementerio se produjere la sustracción de una persona fallecida, no habría el tipo penal adecuado para su adecuación puesto que los delitos de hurto y robo, una de las características principales para que se encuadre la conducta a este tipo penal, es que la persona se haya apoderado ilegítimamente de una cosa mueble, en ese sentido la persona fallecida no es una cosa mueble porque es posible su ponderación económica. (Morales Guillén Carlos, 2004: 241).

La profanación de tumbas y el tráfico de cadáveres no son delitos establecidos en el código penal. Al morir, el cadáver de una persona pasarla a ser una cosa, que ingresaría mas al campo de las normas civiles, la profanación seria un robo; y en este caso la analogía no está permitida en materia penal por que debe existir un delito específico para ser regulado y sancionado.

Así mismo la exhumación no autorizada de un cadáver puede ser vista como un allanamiento de domicilio si se diere en la esfera privada, ósea que cometería un licito civil o penal. Esto lleva a establecer una falta de tipificación en la legislación.

En relación con lo que posteriormente sucede a la muerte es muy necesario mencionar lo que nos dice el Código Civil:

Para el Código Civil Boliviano la sucesión de una persona se abre con su muerte real o presunta (Art. 1000), entendiendo a la sucesión como la transmisión de derechos activos y pasivos de una persona muerta a favor de otra llamada heredero, así como al conjunto o universalidad de bienes activos o pasivos que deja el difunto y que pasan al heredero.

3.7. Legislación comparada referente a la donación de órganos y tejidos y la muerte cerebral.

3.7.1. Legislación en Alemania.

Para donar órganos se debe certificar la muerte cerebral. La legislación alemana define a este tipo de muerte como un estado irreversible de la función global y extinción del cerebro, cerebelo y tronco cerebral; por lo cual, es la muerte individual del hombre la cual puede ser preservada a través de: la respiración controlada, las funciones del corazón así como las circulatorias se mantienen artificialmente. Las condiciones que se deben presentar para determinar la muerte cerebral son: pérdida de conciencia, ausencia de reflejos del tronco cerebral así como nula respuesta a estímulos ambientales. El médico debe realizar estudios para determinar muerte cerebral. El diagnóstico de muerte cerebral se debe realizar por dos médicos independientes; se deben ejecutar pruebas, los resultados se anotan en el protocolo de muerte cerebral. Los estudios que se realizan son: respuesta al dolor (se examina la respuesta del paciente ante este estímulo); prueba ocular (se comprueba si hay respuesta a los reflejos, en caso de muerte cerebral puede existir contacto con el ojo pero sin parpadeo); nula reacción de las pupilas ante la luz entrante (el ojo no sigue una dirección del movimiento); en cuanto al reflejo de tos, el médico debe mover el tubo endotraqueal; finalmente se hacen pruebas para auto-respiración (se apaga el respirador). Sin embargo estos estudios no son concluyentes para diagnosticar muerte cerebral, estos estudios deben repetirse e doce horas después. La Ley de Extracción de órganos establece el criterio de concordancia con los conocimientos de la ciencia médica, la donación es inadmisibles cuando el donador, en caso de no ser subsanable la función principal del cerebro, del cerebelo y del tronco cerebral, de acuerdo a los procedimientos que estén en relación

con los conocimientos de la ciencia médica. Para la legislación alemana la muerte cerebral es una condición necesaria para donar órganos y es reconocido en todo el mundo por el conocimiento médico es un signo seguro de la muerte de un hombre. La muerte cerebral debe ser determinada por dos médicos independientes que no están involucrados en la extracción de órganos y el trasplante en sí. Una donación de vivo renal es posible bajo las condiciones definidas en la ley, siempre y cuando la salud del donante no está en peligro. Legalmente esta legislación establece que para definir entre el umbral de la vida y la muerte del hombre son de acuerdo con la medicina. Por lo que según los criterios médicos en Alemania se debe proceder de acuerdo, con independencia del concepto del hombre o de acuerdo con el concepto entre vida y muerte. Se deja un amplio espacio para actuar en el caso de extracción de órganos vitales a los doctores; debido a que el legislador aún no ha establecido un procedimiento adecuado para regularlo.

Conceptualmente para la legislación Alemana existe el debate sobre si es lo mismo muerte cerebral que muerte total de la persona. Dicha cuestión se presenta bajo tres preguntas: en primer lugar, sobre la definición de muerte cerebral automáticamente y la muerte total de la persona; en segundo lugar, en el momento en que se ofrece la intervención para extraer órganos el fin de técnicas médicas; y finalmente en qué momento las intervenciones en el cuerpo humano, son con el propósito de extracción de órganos, legales y éticamente justificables. La Ley alemana de Trasplante fue aprobada en diciembre de 1997.

En 1987 se reguló el trasplante mediante: el código del ámbito médico, los principios médicos y jurídicos y éticos de los trasplantes. Sin embargo, mediante la adopción de esta ley se obtuvo seguridad jurídica

en relación con la donación y transferencia de órganos. La ley en cuestión establece que la muerte cerebral es el requisito básico para extirpar órganos en seres humanos y describe la forma y los requisitos de consentimiento para donar los órganos del paciente. Hay una delgada línea entre el mejor tratamiento posible para el paciente y la protección del donante la cual esta tutelada por esta ley. El objetivo de la Ley de Trasplantes era crear seguridad jurídica para todas las partes implicadas en el trasplante. Otros objetivos fundamentales de la Ley son: la creación de la transparencia; prevenir el tráfico de órganos y su comercialización; aumento de la voluntad de donación de órganos en la población; equidad en la obtención de órganos con la igualdad de oportunidades para los pacientes. Por otra parte la ley garantiza la protección del donante vivo y la garantía de la libertad de elección (autonomía).

La Ley de Trasplantes está dividida en diferentes secciones las cuales están divididas en: disposiciones generales las cuales regulan la extracción de órganos procedentes de donantes de órganos fallecidos; la donación de órganos vivos; el proceso de recolección, traslado y transmisión de las instituciones; establece los requisitos para un centro de trasplantes; define la coordinación de Fundación Alemana para el Trasplante de Órganos y las normas de obtención de órganos, establece plazos y el principio de privacidad que deben regir en el estado de los conocimientos médicos; finalmente prohíbe el tráfico de órganos mediante sanciones penales y multas. Todos los arreglos en la ley de trasplantes tratan de otorgar: protección de los donantes y receptores. En Alemania, la venta de órganos está prohibida y se sanciona penalmente. Tanto la donación de órganos como el trasplante se deben realizar sobre la base de la Ley de Trasplantes. En el caso de extirpar un órgano, esta se permite si una persona fallecida consintió antes de fallecer, mediante escrito o de forma verbal.

3.7.2. Legislación de España

El concepto legal de muerte apareció cuando se promulgó el Real Decreto del 22 de febrero de 1980 sobre extracción y trasplante de órganos; hacía referencia a la muerte cerebral en varios cuerpos legales sin definirla. A falta de definición se equiparaba la muerte a la parada cardiorrespiratoria. A partir de la década de los 60's gracias a los avances médicos se descubrió que la actividad circulatoria y respiratoria pueden ser asistidas y mantenidas durante un tiempo mediante procedimientos artificiales; en cambio el cerebro puede sufrir lesiones irreversibles e incompatibles con la vida. Ante esta ausencia de definición en la legislación sobre muerte encefálica, surgió la necesidad de crear un marco normativo sobre: extracción y trasplante de órganos.

La Ley 30 de 1979 sobre trasplante y extracción de órganos, en el art. 5 establece que es necesario comprobar la muerte en el caso de extracción de órganos, piezas anatómicas de fallecidos. Para comprobar la muerte, es necesario que existan daños cerebrales irreversibles y que el certificado sea el de defunción; el cual esté suscrito por tres médicos: entre los que deberán figurar, un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente, ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano a efectuar el trasplante. La extracción de órganos o piezas anatómicas de fallecidos pueden ser realizadas con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. Finalmente establece que las personas que falleciesen en un accidente y que presumiblemente fueran sanas serán consideradas

como donantes siempre y cuando no exista disposición expresa del fallecido para no donar.

El procedimiento para determinar muerte cerebral se encuentra reglamentado en el artículo 10 del Reglamento de Trasplantes el cual fue aprobado el 22 de febrero de 1980. Este precepto establece que los órganos viables para trasplante y que vayan a ser extraídos de una persona que ha fallecido es necesario comprobar la muerte cerebral; que los signos sean constatados y concurrieran durante treinta minutos al menos; la persistencia de seis horas de los signos de: ausencia de respiración espontánea; ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis, en ocasiones en posición intermedia y no total; encefalograma plano en el cual se demuestre inactividad bioeléctrica cerebral.

3.7.3. La Ley de Trasplantes de Bélgica.

En Bélgica rige la ley del 12 de junio de 1986, con la modificación posterior introducida por la ley del 17 de febrero de 1987 al artículo 10 de la ley originaria. Esta norma es aplicable a las extracciones de órganos o de tejido del cuerpo de una persona donante, con fines terapéuticos en el cuerpo de otra persona, denominada receptor. El rey fija las reglas e impone las condiciones para la extracción, conservación, preparación, importación, transporte, distribución y concesión de órganos y tejidos. Esa indemnización cubre a la vez los gastos y la pérdida de los ingresos que son la consecuencia directa de la cesión de órganos.

En los trasplantes inter vivos, la extracción de órganos y de tejidos de una persona viva requiere la edad de 18 años. En los trasplantes post mortem, los órganos y tejidos destinados al trasplante pueden ser extraídos de los cuerpos de toda persona inscrita en el registro de la población o desde más de seis meses en el registro de los extranjeros,

excepto que se haya establecido una oposición contra la ablación. Esto es la regulación por ley del consentimiento presunto en Bélgica para los trasplantes post mortem. Para las personas que no estén registradas se exige expresamente, que manifiesten su acuerdo para la ablación.

3.7.4. Legislación en los Estados Unidos.

La Escuela de Medicina de Harvard publicó un informe en 1968 para definir el criterio de irreversibles comas; este criterio ganó consenso hacia lo que ahora se conoce como muerte cerebral. Esta definición reemplazó el concepto socio-biológico el cual se basaba en la que todas las funciones somáticas o biológicas del cuerpo humano cesaban. Este informe fue la base para crear en 1978 la *Uniform Brain Death Act*, esta ley fue derogada en 1980 mediante la *Determination of Dead Act*. La ley actual en los Estados Unidos autoriza a los médicos para diagnosticar la muerte cerebral mediante la aplicación de criterios generalmente aceptados neurológicamente para determinar la pérdida de la función de todo el cerebro. Estos requisitos son: .evaluar el daño irreversible y las causas potenciales del coma; notificar a los familiares; realizar la primera evaluación clínica de reflejos del tronco cerebral; durante el periodo de espera se deben descartar cualquier inconsistencia clínica para el diagnóstico de muerte cerebral; realizar una segunda evaluación clínica de reflejos del tronco cerebral; realizar y documentar el test de apnea; efectuar pruebas de confirmación, si está indicado; en caso de oposición religiosa o moral a la norma la muerte cerebral se deben poner en práctica las políticas del hospital de ajustes razonables; certificar muerte cerebral y retiro de aparatos cardio respiratorios y si es el caso, realizar los trámites relativos para donar órganos.

3.7.5. Ley de Trasplantes de Canadá.

En Canadá rige el Human Tissue Gift Act de los Revised Statutes of Ontario de 1980, con las enmiendas del art. 19 de 1986. Se divide en tres partes: la primera parte se refiere a los trasplantes Inter vivos, la segunda parte a los trasplantes post mortem y la tercera parte a las consideraciones generales de la ley. En los trasplantes inter vivos, cualquier persona que haya alcanzado los dieciséis años de edad, sea mentalmente competente para consentir, y sea capaz de dar una libre e informada decisión puede, por documento firmado por ella, consentir para la remoción en el acto de su cuerpo del tejido especificado en el consentimiento y su implantación en el cuerpo de otra persona viva. En los trasplantes post mortem, cualquier persona que haya alcanzado la edad de dieciséis años puede consentir: a) en un documento firmado por ella en cualquier momento, u b) oralmente en presencia de al menos dos testigos durante su última enfermedad, que su cuerpo o la parte o, las partes especificadas en el consentimiento podrán ser utilizadas después de su muerte para fines terapéuticos, educación médica o investigación científica.

3.7.6. Ley de Trasplantes de Colombia.

La República de Colombia mediante Ley 9 de 1979 regula los trasplantes y la disposición de órganos. Norma modificada por la Ley 73 de 1988. Para la donación de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos por parte de una persona o sus deudos, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

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

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

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

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

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

La normativa colombiana hace hincapié en los análisis infecto-contagiosos por VIH. Además contiene normas prohibiendo la exportación de órganos o componentes anatómicos salvo que se hayan abastecido las necesidades nacionales. Asombra el criterio que emplea la reglamentación de la ley de Colombia para captar donantes de órganos y componentes anatómicos, esto es determinar una clasificación en cuanto a la cantidad de material donado y según ella conceder beneficios en futuras intervenciones.

3.7.7. Ley de trasplantes de Ecuador.

La ley ecuatoriana de trasplantes norma que para que el consentimiento para trasplantes entre personas sea válido, debe ser dado por personas legalmente competentes. Los receptores de órganos provenientes de personas vivas se determinarán según la necesidad médica y la compatibilidad. Para el supuesto de disponer sobre el propio cadáver, basta con que el consentimiento también sea dado por persona legalmente competente. Si la persona en vida no resolvió sobre sus restos mortales, su cónyuge, o los hijos, o los padres, o los hermanos,

están facultados para decidir sobre aquellos. La muerte, para la ley de Ecuador, consiste en la ausencia de las funciones cardíaca, respiratoria y cerebral. Se prohíbe la comercialización de órganos la que se sanciona con multa. Los actos o contratos con fines de lucro son nulos y sin valor.

3.7.8. Ley de trasplantes de Guatemala.

En Guatemala, pueden disponer de sus órganos los mayores de 18 años de edad por consentimiento escrito. No pueden ser dadores los menores de edad, las personas mentalmente incompetentes, los presos y las personas inconscientes. Los receptores se seleccionan según la necesidad médica, la compatibilidad y la edad (preferentemente menores de 55 años de edad). Para la hipótesis de trasplante post mortem basta con el consentimiento dado por el donante en vida. Si éste en vida no manifiesta su voluntad, sus parientes pueden disponer de él, sino, se puede usar libremente el cadáver si ha sido abandonado. Los centros asistenciales pueden emprender y ejercer actividades trasplantológicas pueden ser tanto públicos como privados, pero deben funcionar conforme a la reglamentación. La muerte del dador será determinada por tres médicos cirujanos, Por la reglamentación se prohíbe la comercialización de órganos.

3.7.9. Legislación en Argentina.

La primera ley en regular los trasplantes de órganos fue la 21.541, la cual fue derogada mediante la ley derogada por 24.193, se promulgó el 19 de abril de 1993; finalmente, fue modificada por la ley 26.066, la cual se publicó el 21 de diciembre de 2005 e incorpora nuevas definiciones a la ley anterior. La ley 26.066 establece que el ámbito de aplicación territorial es en todo el territorio argentino; que la ablación de órganos y material genético para ser implantados de cadáveres

humanos a seres humanos. Se exceptúan los tejidos que sean naturalmente renovables y que se puedan separar del cuerpo humano; en cuanto a las células progenitoras hematopoyéticas también quedan comprendidos se rigen por esta ley. Tanto la ablación e implante de órganos puede efectuarse cuando los medios y recursos disponibles se hayan agotado, sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente.

En cuanto a los actos médicos en relación con los trasplantes de esta ley, únicamente pueden efectuarse por médicos o equipos médicos registrados y que se encuentren habilitados. Dicha autorización la otorga la autoridad de contralor jurisdiccional, la cual será responsable solidario de los perjuicios de inscripción, la inscripción está sujeta a que el establecimiento acredite que cuenta con la adecuada infraestructura física e instrumental; con el personal calificado necesario en la especialidad, con el número mínimo de médicos inscriptos en el registro. Cabe mencionar que la inscripción tiene vigencia por un plazo de dos años, los cuales serán renovables.

Esta ley obliga a los médicos el informar a los donantes vivos y a los receptores; y en caso de que el receptor sea incapaz se debe informar a su representante legal o persona que detente su guarda, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante; de las secuelas físicas y psíquicas ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor. El médico tratante debe de asegurarse de que la información sea comprendida por los sujetos destinados y no interferirán en la decisión que adopten los dadores y receptores. El lapso entre la recepción de la información y la operación que se llegara a efectuar no puede ser inferior a cuarenta y ocho horas.

Esta ley establece que en el caso de extraer órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante entre personas se permite sólo cuando se estime que no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor. Se permite la ablación de órganos materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona mayor de dieciocho años que sea capaz; siempre y cuando se trate de un pariente o que tenga relación con el receptor. En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco. Los costos que estén en relación con el implante corren a cargo del receptor, de las entidades encargadas de la cobertura social o sanitaria del receptor.

El art. 23 enuncia las circunstancias que deberán verificarse para considerar la muerte, se deben presentar: signos que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; desaparición de respiración espontánea; nula presencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; inactividad encefálica corroborada por medios técnicos o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas; no serán necesario que se comprueben los signos enunciados en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible. Para certificar la muerte cerebral; se debe efectuar por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano, y ninguno podrá ser el profesionalista que integrará vaya efectuar ablaciones o implantes de órganos del fallecido.

Los médicos después de comprobar la muerte cerebral deben denunciar el hecho al director del nosocomio y notificarlo de inmediato a la autoridad.

Esta ley establece cuando debe determinarse la hora del deceso y las obligaciones del centro que vaya a efectuar el trasplante de órganos.

Prohíbe que se efectúen oblaciones cuando no se cumplan los requisitos que establece la ley; no exista consentimiento expreso para autorizar la donación de órganos, prohíbe que se realice trasplantes cuando se trate de cadáveres de pacientes que se encontraran en institutos neuropsiquiátricos. En el caso del cadáver de una mujer en edad gestacional, sin que se hubiere verificado previamente la inexistencia de embarazo en curso; queda prohibido la contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos. Esta ley establece sanciones penales y administrativas.

CAPITULO IV

LA DISPOSICION DEL CADÁVER

4.1. Planteamiento del problema y balance de la situación.

La vida y la salud han sido constantes que han estado en función de los avances tecnológicos, científicos y médicos, permitiendo en su caso prolongar y mejorar las condiciones de vida de los enfermos con diferentes deficiencias. Sin embargo, muchas enfermedades o accidentes se han mostrado irreparables debido a la pérdida de órganos, tejidos o células, situación que ha planteado una serie de dificultades al derecho. Y ha sido a través de la donación de órganos que las personas han podido y pueden tener la posibilidad de prolongar su vida y en su defecto reparar una disfuncionalidad en su salud. Paulatinamente, los órganos y tejidos que se pueden donar son: córnea, piel, hígado, hueso, riñón, corazón y pulmón.

La vida y la salud es un derecho humano y fundamental que el Estado debe proporcionarnos. Sin embargo, la donación de órganos y tejidos tanto en personas vivas como en personas fallecidas, ha traído como efectos colaterales: 1) que algunas personas y médicos con total falta de ética se ponga a negociar con los mismos, 2) el tráfico es de órganos, tejidos y/o células de seres humanos.

Para el Código Civil Boliviano los bienes son consideradas aquellas cosas materiales e inmateriales que pueden ser objeto de derechos (Art. 74 CC), este concepto está muy referido a la idea de propiedad, puesto que al fallecer

una persona se considera que pasa a propiedad de otra persona en este caso los herederos, para el Código Civil Boliviano la propiedad es un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa y debe ejercerse en forma compatible con el interés colectivo, dentro de los límites y con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico.

En el concepto técnico del Derecho, las cosas para ser consideradas jurídicamente bienes, han de prestar utilidad, han de ser susceptibles de apropiación y no estar excluidas del comercio humano. La doctrina corriente distingue, por eso, la cosa del bien, porque se dan cosas que no son bienes como la luz, el aire, el agua del mar, no susceptibles de constituir objeto de derechos.

En lo referido a una tipificación clara sobre las personas fallecidas, hay que tomar en cuenta que nuestro código penal no existe una tipificación exacta sobre la protección de la persona fallecida.

El artículo que menciona muy vagamente a la persona fallecida es el art. 284 (Ofensa a la memoria de un difunto) *“El que ofendiere la memoria de un difunto con expresiones difamatorias o con imputaciones calumniosas, incurrirá en las mismas penas de los dos edículos anteriores”*, en este delito se lesiona la memoria del muerto, lo que directa o indirectamente recae sobre sus herederos y parientes.

En caso de que en algún cementerio se produjere la sustracción de una persona fallecida, no habría el tipo penal adecuado, puesto que los delitos de hurto y robo, una de las características principales para que se encuadre la conducta a este tipo penal, es que la persona se haya apoderado

ilegítimamente de una cosa mueble, en ese sentido la persona fallecida no es una cosa mueble porque es posible su ponderación económica¹⁴ .

La profanación de tumbas y el tráfico de cadáveres no son delitos establecidos en el código penal. Al morir, el cadáver de una persona pasarla a ser una cosa, que ingresaría mas al campo de las normas civiles, la profanación sería un robo; y en este caso la analogía no está permitida en materia penal por que debe existir un delito específico para ser regulado y sancionado.

Así mismo la exhumación no autorizada de un cadáver puede ser vista como un allanamiento de domicilio si se diere en la esfera privada, ósea que cometería un licito civil o penal. Esto lleva a establecer una falta de tipificación en la legislación. En relación con lo que posteriormente sucede a la muerte es muy necesario mencionar lo que nos dice el Código Civil:

Para el Código Civil Boliviano la sucesión de una persona se abre con su muerte real o presunta (Art. 1000), entendiendo a la sucesión como la transmisión de derechos activos y pasivos de una persona muerta a favor de otra llamada heredero, así como al conjunto o universalidad de bienes activos o pasivos que deja el difunto y que pasan al heredero.

4.2 Sobre el uso de cadáveres como donadores de órganos. Legislación en Bolivia

El denominado proceso de trasplantes en Bolivia se inició en 1948 con el primer trasplante de córnea efectuado por oftalmólogo el Dr. Javier Pescador. Posteriormente tenemos el primer trasplante de riñón de un cadáver en el

¹⁴ Cfr. **Morales Guillen, Carlos**, *Código Penal Comentado y Concordado*. Imprenta Don Bosco, La Paz - Bolivia, 2004. Pág. 241.

Hospital Obrero No. 1 de La Paz, en noviembre de 1979, por el equipo del Dr. Néstor Orihuela Montero. El primer trasplante de hígado - parcial - proveniente de donante vivo, fue realizado en la Clínica Incor de Santa Cruz por el Dr. Stephen Dunn de Philadelphia y el Grupo del Dr. Herland Vaca Diez, en octubre de 1996. El primer trasplante de corazón fue realizado en el Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga de Cochabamba por el Dr. Juan Pablo Barrenechea y su equipo en febrero de 1998.

En Bolivia tenemos la Ley 1716 de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos de 5 de noviembre de 1996 que establece en su art. 2 El contrato de donación de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos se constituye por un acto expreso entre vivos, únicamente. Tendrá por objeto otorgar a los facultativos del área de trasplantes expresamente autorizados para esta práctica, facultades plenas para proceder a la ablación del órgano donado en beneficio de un tercero que requiera del trasplante, para la reposición de órganos afectados por patologías no reversibles. En su art. 10 Se establece que **con preferencia deberán ser utilizados órganos provenientes de cadáveres**, teniéndose como factores habilitantes los siguientes:

a) Que el donante haya donado en vida sus órganos y tejidos para ser usados después de su muerte, o;

b) Que exista la autorización expresa de los familiares legalmente habilitados. Si el difunto fuera menor de edad, la autorización para las ablaciones deberá ser dada por escrito por quien haya sido su tutor legal o la persona encargada de su custodia en caso de no tener familiares. Prosiguiendo, señala el art. 11 El parámetro que habilita la disposición de los órganos de cadáveres será la muerte cerebral diagnosticada por un equipo médico especializado constituido al menos por un neurólogo o neurocirujano y el médico tratante si hubiere. Los profesionales a cargo de diagnosticar la muerte del donador quedan inhabilitados para intervenir en el trasplante.

En lo referente a su reglamentación, el Decreto Supremo 24671 de 21 de junio de 1997 Reglamenta la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, señala el art. 6 Los siguientes son órganos que pueden ser donados por personas vivas:

- a) Riñón, uréter y vasos sanguíneos
- b) Piel
- c) Elementos del sistema osteoarticular
- d) Órganos dentarios
- e) Lóbulo hepático
- f) Médula ósea

Sin embargo, no hace referencia de forma específica al cadáver sino simplemente a persona que tenga muerte cerebral.

4.3 ¿Que es el cadáver desde el punto de vista legal?

El cadáver en este aspecto, es el cuerpo humano privado de vida, o también el cuerpo de la persona luego del fin de su existencia.

4.4 Naturaleza jurídica

Encontramos la naturaleza jurídica del cadáver en dos orientaciones:

1. Respecto de la naturaleza jurídica del cadáver, la doctrina ha resuelto la pregunta sobre si luego de acaecida la muerte, el cuerpo se transforma en una cosa. Esto es, luego de muerta una persona, su cadáver pasa a ser una cosa que se encuentra fuera del comercio hasta que transcurra un tiempo determinado admitiéndose posteriormente cierta comercialidad solamente con fines de estudio e investigación.

2. La naturaleza jurídica del cadáver como cosa, puede destinarse al cumplimiento de fines terapéuticos de extraordinaria importancia en lo referente al trasplante de órganos cadavéricos.

4.5 Destino final del cadáver

Se considera destino final de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, los siguientes:

1. La inhumación, es sepultar el cadáver.
2. La cremación, el proceso de incineración de un cadáver, de restos humanos o de restos humanos áridos.
3. La inclusión en acrílico y otras sustancias plásticas;
4. La conservación permanente mediante tratamiento a base de parafinas. Se consideran procedimientos aceptados para la conservación de cadáveres:
 - a) La refrigeración en cámaras cerradas a temperaturas menores de cero grados centígrados.
 - b) El embalsamamiento mediante la inyección intravascular de soluciones antisépticas.
 - c) La inmersión total del cadáver en recipientes cerrados que contengan soluciones antisépticas.
5. La conservación permanente de esqueletos con fines de docencia
6. El embalsamamiento permanente con fines análogos a los de la fracción anterior;
7. La conservación permanente de órganos y tejidos mediante sustancias fijadoras para fines de docencia, y
8. Los demás que tengan como fin la conservación permanente o desintegración en condiciones sanitarias.

4.6 Los derechos de la personalidad y la disposición del cadáver

A partir de la exclusión del cuerpo como cosa, y que igual suerte corren las partes renovables de este, en tanto no se hayan desprendido. Con la excepción de la sangre, esas partes luego de su separación, pasan a ser cosas, susceptibles de ser objetos lícitos de negocios jurídicos, ergo, de obligaciones validas y exigibles por parte de los respectivos sujetos activos de la relación personal. Las partes renovables del cuerpo son admitidas como licitas para ser objeto del negocio jurídico de que se trata, el obligado puede revocar su consentimiento pero deberá resarcir los daños causados.

4.7 Fundamentación sobre el derecho de disposición del cadáver

Las hipótesis que planteamos son las siguientes:

1. Es la voluntad del causante que fundamenta la legitimidad de las personas para disponer sobre su propio cadáver inclusive por encima de las creencias religiosas de los herederos o sucesores.
2. En caso de que la persona fallecida no hubiere dejado su voluntad final sobre el destino de su cadáver, serán sus parientes, en orden o grado o sucesión, respetando en lo posible las creencias del muerto y a los usos y costumbres en general.
3. Por último, de no haberse materializado las anteriores hipótesis, corresponderá al Estado definir su situación considerando a nuestro criterio los siguientes parámetros:
 - a) Fines de estudio e investigación.
 - b) Fines de Trasplante de órganos.

4.8 Momento en que el ser humano se convierte en cadáver

El derecho explícitamente no protege al cadáver, porque hasta ahora no se ha podido definir qué carácter tiene el cadáver, si es parte del patrimonio o no, porque al no ser parte del patrimonio todo derecho que se tenga sobre el cadáver se desvanecería como se desvanece la personalidad al momento de la muerte.

El fallecimiento es el fin de la existencia de la persona física la muerte. Interesa al derecho por cuanto produce una serie de consecuencias jurídicas, de las cuales es la fundamental la sucesión en los derechos y obligaciones del fallecido. Con el fallecimiento, el ser humano o la persona cambia de situación incluso en el nombre, porque desde ese momento es considerado como cadáver humano y es cuando una persona ha perdido la vida, La expresión tiene importancia jurídica, porque la muerte, la conversión de una persona en cadáver, da origen a diversos derechos y obligaciones, empezando por los de orden sucesorio, incluso los que afectan a quién corresponde el destino que se ha de hacer al cuerpo muerto (enterramiento, cremación, lugar en que se ha de efectuar, etc.).

Un concepto muy importante es saber qué pasa cuando una persona muere y esto lo refleja el autor **José Manuel Lete del Río** de la siguiente manera: “Con la muerte de la persona todas sus relaciones personales (derechos personalísimos) o de duración vitalicia se extinguen, y las patrimoniales, susceptibles de transmisión, pasan a los herederos. La muerte, en cambio, es condición para la eficacia de algunos negocios jurídicos, como por ejemplo, el testamento, el seguro en caso de muerte, etc.” 15.

Se podría entender que dentro de esos negocios jurídicos estaría la libre disposición del cadáver, pero no es posible esta suposición por que los restos

15 **Lete del Río, José Manuel**, *Derecho de la Persona*. Editorial Tecnos S.A. Madrid - España, 1996. Pág. 46.

humanos están fuera del comercio humano y por ende no susceptibles de valoración económica.

El fin de la personalidad termina con la muerte, en ese entendido Marcel Planiol nos habla sobre la muerte de la siguiente manera: “La muerte que destruye la personalidad, no impide que la personalidad que existió, continúe produciendo efectos. De ahí que el derecho a testar se prolonga más allá de la muerte y la voluntad de la persona humana. De ahí también el respeto debido al cadáver que representaba antes una persona y que esto ordena atenerse, respecto los funerales y la sepultura, a las intenciones, expresas o tácitas del difunto. Lo que también se quiere decir es que después de la muerte se adquieran derechos que correspondan a los herederos”¹⁶.

Los herederos están ligados íntimamente con lo que es la herencia, la cual es entendida como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que al morir deja el causante para su transmisión a la persona o personas que han de recibirlos, ya sea a título universal de herederos o a título singular de legatarios.

Lo más conveniente es que la persona fallecida haya manifestado en vida su voluntad de que su cadáver sea inhumado o incinerado y en el primer caso, que haya especificado el lugar donde desea, llegado el día, ser sepultado (facultad que se llama *ius eligendi sepulchri*). No obstante el carácter esencialmente personal de esta decisión, la ausencia de voluntad expresada por el fallecido tendrá que ser suplida por sus familiares más directos, quienes decidirán sobre el destino final del cadáver.

¹⁶ **Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge**, *Tratado de Derecho Civil Francés*. Editor Juan Buxo, Habana - Cuba, 1927. Pág. 7 y 8.

La mayoría de la doctrina le reconoce al hombre un derecho subjetivo sobre el cuerpo, que se extiende hasta después de la muerte, en todo lo referente a la disposición del cadáver, de su destino, cremación y lugar de entierro. Edmundo Gatti sostiene que la facultad de las personas para disponer en vida sobre la ablación de sus órganos o sobre las partes de su cuerpo hace a los derechos personalísimos

Como ya se ha mencionado que con la muerte termina la personalidad y en ese entendido dan la facultad que ese derecho de personalidad sea transmitido a sus herederos, para que en caso de que haya una exhumación no autorizada, los familiares puedan actuar por el daño moral que les hubiera podido ocasionar.

Dentro de los principios que los tratadistas mencionan sobre el cuerpo humano después de la muerte se encuentra Messineo, el cual tiene una consideración sobre cómo se considera al cadáver:

El cadáver se considera “cosa” ya que con la muerte, el cuerpo deja de ser persona y se convierte en objeto; de ahí su comerciabilidad. Sin embargo, se considera por la mayoría que, del cadáver (o de sus partes), puede disponer (se entiende con efecto futuro y a los solo fines científicos o didácticos, permitidos por la legislación sanitaria) la persona, pero no su heredero, puesto que el cadáver no es objeto de derechos patrimoniales de la persona misma y, por consiguiente, no corresponde al heredero” (Messineo, 1979: 19 y 21).

Ampliando el concepto, se puede decir que el cadáver no es parte del patrimonio de la persona misma por no ser ponderable económicamente y en tal sentido no habría una sucesión a los herederos.

Sin embargo, siendo cosa no está en el tráfico de los hombres, como civilmente lo están las cosas, y evade entonces la definición civil del uso de las cosas. Históricamente, a partir del principio incontestado de la no comercialidad del cuerpo humano y su inalienabilidad, se afirma en forma categórica que está además excluido, tanto el cuerpo íntegro como sus partes del patentamiento.

Tampoco resulta el cadáver cualquier cosa en la medida que el lugar en que yace convoca al recuerdo de la persona en diferentes ocasiones, incluso en días especialmente destinados a la recordación (“día de difuntos”) y puede concebirse entonces el cadáver como un referente, incluso aún sin poner de ejemplo en esta consideración, tumbas reverenciadas, veneradas y visitadas por multitudes, sino simplemente lugares adonde se dirigen los deudos.

4.9. Actos respecto al cadáver o piezas provenientes de él.

María Lucrecia Rovalletti ilustra “Mientras la medicina despoja al cuerpo de la persona fallecida de todo valor existencial, para los ojos de los seres queridos éste jamás será puramente cadáver. Sin embargo contra esta “metafísica”, contra este “más allá” de la humanidad del cadáver, el anatomista opone la “física” de los elementos orgánicos que lo componen. Así disuelve los lazos del hombre con su cuerpo al que dota de una última “utilidad” para que al menos ese remanente insignificante no se pierda con la muerte sino que sirva para dar vida a otro o dar vida a la ciencia. Si para el hombre común, la ablación constituye una acción intolerable y a veces casi una violación, para el médico ocurre todo lo contrario puesto que no es un hombre común ya que su trabajo le exige un comercio constante con la muerte. A pesar de ello, algunos médicos se han animado a relatar que en sus sueños se viven como

ladrones que despojan al otro de sus órganos, y otras experiencias similares”
17.

CONCLUSIONES.

17 **Rovaletti María Lucrecia**, “Entre la reificación y la identidad: del órgano-cosa al órgano-soporte de la identidad”, *Perspectivas Bioéticas* (FLACSO), año 8, N°.16, segundo semestre de 2003, pp. 62-75. REF. ISSN: 1575-8443. Pág. 4.

Existen tres momentos fundamentales sobre los actos de disposición del propio cuerpo: el primero en vida del donante, el segundo cuando la persona se encuentra diagnosticada con muerte cerebral y la tercera cuando la persona fallecida jurídicamente pasa a ser un cadáver. En los dos primeros momentos, la legislación nacional y la legislación comparada no tienen muchas dificultades en la legislación. En el tercer caso, el cadáver de una persona se constituye en una cosa.

1. La literatura médica como la jurídica es amplia en lo referente a la muerte cerebral de una persona, los indicadores no son los mismos, así podemos mencionar de forma genérica como signos la ausencia de respiración espontánea; ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis, en ocasiones en posición intermedia y no total; encefalograma plano en el cual se demuestre inactividad bioeléctrica cerebral. Aun cuando se cumplan estos presupuestos la medicina no es nada exacto en la determinación de la muerte cerebral.

2. El cuerpo de una persona fallecida inmediatamente se convierte en cadáver, y su naturaleza jurídica es una cosa que inicialmente la misma no se encuentra dentro del comercio o lo es con limitaciones. Las finalidades usuales de la disposición del cadáver, tiene contextos normativos patrimoniales y extrapatrimoniales siguiendo las siguientes reglas por lo menos doctrinalmente. Los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo están prohibidos cuando debiendo ejecutarse en vida del donante, pueden ocasionar una lesión grave o definitiva a su integridad física o son de otra manera contrarios al orden público o a las buenas costumbres. En la donación de órganos que se van a trasplantar en vida del donante, serán necesarios, para la ejecución quirúrgica, el informe previo y el control por una comisión que designará el Colegio Médico. Una persona puede revocar

siempre los actos de Disposición sobre su propio cuerpo (art. 7 del Código Civil).

3. La autorización de la familia de la persona con muerte cerebral debe ser solicitada con respeto y al margen de cualquier vicio del consentimiento, dolo, error y violencia. Sin embargo, diagnosticada la muerte cerebral del posible donante, los órganos comienzan a sufrir un proceso de deterioro que los puede volver inútiles para el trasplante. Los equipos médicos dependen del consentimiento familiar para poder poner en marcha el proceso que culmine en el trasplante de los órganos, que den vida y salud a los pacientes terminales. El contrato de donación de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos se constituye por un acto expreso entre vivos, únicamente. Tendrá por objeto otorgar a los facultativos del área de trasplantes expresamente autorizados para esta práctica, facultades plenas para proceder a la ablación del órgano donado en beneficio de un tercero que requiera Trasplante, para la reposición de órganos afectados por patologías no reversibles.

4. Es necesario contar con una normativa que resuelva de forma concreta los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales de las personas fallecidas, que establezca en lo fundamental la naturaleza jurídica de la persona fallecida, los actos de disposición o indisposición sobre la misma, los alcances del asentimiento de los familiares y otros.

5. Mediante el estudio de derecho comparado se debe buscar la construcción y delimitación de un conjunto de normas jurídicas de carácter sustantivo como adjetivo que tiendan a exigir la protección y garantía hacia la dignidad humana; que sean flexibles con el fin de enfrentar los constantes cambios de esta era tecnológica y científica.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario establecer en el ámbito de la normativa nacional de donación y trasplante de órganos, tejidos y células los contenidos patrimoniales y extrapatrimoniales sobre el cadáver.
2. Se debe realizar el seguimiento de los centros hospitalarios autorizados.
3. Se debe hacer un seguimiento sistematizado sobre el Registro de donantes y receptores.
4. Se muestra la necesidad de una mayor difusión normativa y médica de los trasplantes de órganos, tejidos y células realizadas en vida, durante la muerte cerebral o cuando una persona se constituye en cadáver.
5. Se necesita una mejor legislación sobre los bancos de órganos, tejidos y células.

BIBLIOGRAFIA

Arguello, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano. Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1996.

Basterra Marcela I. “Derechos Humanos y justicia constitucional”. En Germán J. Bidart Campos y Guido Risso (coordinadores). *Los Derechos Humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa.*

Lete del Río, José Manuel, Derecho de la Persona. Editorial Tecnos S.A. Madrid - España, 1996

Planiol, Marcelo, Tratado de Derecho Civil Francés. Editor Juan Buxo, Habana - Cuba, 1927

Ripert, Jorge, Tratado de Derecho Civil Francés. Editor Juan Buxo, Habana - Cuba, 1927

Messineo, Francisco, Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires - Argentina, 1979

Morales Guillen, Carlos, Código Penal Comentado y Concordado. Imprenta Don Bosco, La Paz - Bolivia, 2004

Navarro Ametller Juan Manuel, *Epistemología del derecho*, Instituto de la Judicatura – UMSFXCH - CEPI, Maestría en Administración de Justicia, segunda versión, Sucre – Bolivia, 2009.

Quiroga Lavié Humberto, *Derecho Constitucional*, Ediciones Depalma, 3ª edición, Buenos Aires – Argentina.

Rodríguez Martínez Carlos “Règimen jurídico del cadáver” Conferencia magistral de 30 de enero de 2009, Colima, Colima. En <http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Regimen%20Juridico%20del%20Cadáver%20%2830enero2009%29.pdf>.

Sessarego Fernández. Carlos, El Derecho de las Personas en el Umbral del Siglo XXI. Ediciones Juridica, Lima - Perú, 2002

Siles, H. Código Civil Concordado. Ediciones Lourdes, Santiago 1910

Sandoval, H.S. Código Civil Boliviano; recopilado y concordado. Ediciones Universitarias. Sucre - Bolivia, 1970

Sagarna, Fernando Alfredo, Los trasplantes de, órganos en el derecho. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia. Legislación y derechos comparados. Ediciones Depalma, Bs. As., 1996.

I.N.C.U.C.A.I. :Ramsay 2250, (1428), Cap. Fed. - teléfono: 4788-8300

Páginas web.

<http://www.monografías.com/trabajos16/derechos-humanos-salud/derechos-humanos-salud.html>

[http //www.medicos-municipales.org.ar/prax070.htm](http://www.medicos-municipales.org.ar/prax070.htm)