

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: CONSENTIMIENTO PRESUNTO EN MATERIA DE TRASPLANTE DE ÓRGANOS

RESUMEN: En el presente informe investigativo, se aborda el tema de los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, desde la perspectiva del consentimiento que debe brindar el donante post mórtem para su donación. De esta forma, se citan los artículos de la Ley 7409, que regulan dicha materia, así como lo establecido tanto por la doctrina internacional como nacional. Finalmente se incluye un extracto jurisprudencial, donde se analiza el consentimiento del derechohabiente desde el punto de vista penal.

Índice de contenido

DESARROLLO:.....	2
1. Doctrina.....	2
a. Disposición de Órganos y Tejidos Humanos después de la Muerte.....	2
b. Revocabilidad del Acto Dispositivo.....	3
c. Lineamientos para Regular los Aspectos Éticos de los Trasplantes de Órganos en Europa.....	3
d. Consentimiento del Disponente.....	4
e. Averiguación de la Voluntad del Individuo.....	5
f. Presunción del Consentimiento en la Legislación.....	6
2. Normativa.....	8
a. Ley que Autoriza Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos Humanos.....	8
3. Jurisprudencia.....	9
a. Consentimiento del Derechohabiente.....	9

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Disposición de Órganos y Tejidos Humanos después de la Muerte

[RODRÍGUEZ ARAYA, Fernando y VARGAS CHACÓN, Orlando]¹

"También le podremos llamar "trasplantes postmórtem". En este tipo de disposición, nos encontramos con que el donador del órgano a trasplantar es una persona que ya ha fallecido.

Bajo este marco, nos encontramos con varios problemas, a saber: el tipo de consentimiento que se requiere del donante o sus familiares; la determinación de la muerte del donante y; los conflictos de interés que pueden aparecer con relación al trasplante.

En cuanto al consentimiento, el primer enfoque que encontramos es el consentimiento afirmativo del donante, pudiendo haber tres posibles situaciones.

Por un lado se puede dar el consentimiento afirmativo vía testamento, hoy día algunos países regidos por el derecho civil como por ejemplo República Dominicana permiten a la persona donar sus órganos por medio de un testamento. Sin embargo, en términos prácticos, el hacer constar la voluntad afirmativa en testamento no es muy seguro, ya que raramente las disposiciones testamentarias se comunican a tiempo para permitir que el trasplante de órganos se realice oportunamente. El procedimiento se demora aún más por la obligación de informar al receptor sobre los detalles del trasplante, de manera que éste se pueda realizar al fallecer el donante. El procedimiento civil en América Latina se ha caracterizado por una falta de agilidad para la tramitación de los asuntos, habría que pensar en la agilización del procedimiento que permita con prontitud la apertura del testamento después del fallecimiento.

Un segundo método utilizado es cuando el consentimiento consta en una tarjeta o documento. Este tipo de procedimiento es practicado en Argentina, Canadá,, Cuba y recientemente y de forma tímida en Costa Rica con la puesta en vigencia de la Nueva Ley de Tránsito.

Actualmente se le considera la mejor forma en la que el consentimiento de la persona se exprese, porque ofrece la ventaja de que el donante siempre lleva la tarjeta o documento consigo. De este modo, el hospital puede buscar la tarjeta y actuar en forma inmediata, en lugar de buscar y preguntar a los familiares sobre el destino de los órganos del posible donante, aumentándose las

posibilidades de llevar a cabo el trasplante.

Como tercer enfoque se encuentra el consentimiento presunto del donador. Según este criterio, los órganos de los cadáveres se extraen habitualmente, a menos de que se hayan formulado objeciones, ya sea por el propio donante antes de su fallecimiento o por sus familiares si el fallecido no había autorizado específicamente la donación. Este criterio evita a la familia afligida la deliberación sobre el posible destino de los órganos ante la insistencia médica.

Mediante este tipo de enfoque se pueden conseguir más órganos que si seguimos el enfoque del consentimiento afirmativo del donante."

b. Revocabilidad del Acto Dispositivo

[ALFREDO SAGARNA, Fernando]²

"El que dispone de su cuerpo o de sus partes para después de la muerte también puede revocar su autorización, por ser el acto dispositivo mortis causa esencialmente revocable. Estamos ante un acto personalismo y no sustituible, por lo que nadie puede después de la muerte del que en vida había optado por la dación, así sea heredero, revocar su voluntad. Se entiende que si un tercero pudiera revocar la decisión dada en vida por el causante, se crearía cierta inseguridad para los médicos, que ante la decisión positiva dada en vida por el occiso y la postura negativa de los causahabientes, dudarán en efectuar la intervención, por un lado tendrán la duda de la posibilidad de padecer eventuales litigios y por el otro la de salvar la vida o mejorar la salud del receptor.

Obsérvese que la ley de trasplantes otorga primacía a la voluntad del causante sobre sus restos mortales, más que a la decisión de los deudos sobre dichos restos. Esta misma posición debiera adoptarse para las hipótesis de controversias en cuanto a la jerarquía de las disposiciones.

En síntesis, la ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos se manifiesta partidaria del principio de la revocabilidad para los trasplantes ínter vivos como así también para la disposición corporal de última voluntad."

c. Lineamientos para Regular los Aspectos Éticos de los Trasplantes de Órganos en Europa

[PONCHNER GELLER, Goldy]³

"En un estudio realizado por los autores Hors, Broyer, Noury, Cabrol y Thayer, se elaboró la siguiente lista de aspectos que puede servir para regular la ética de los trasplantes de órganos en Europa, y la cual es una estupenda guía sobre el tema para los

demás países del mundo:

1. Caso del donador muerto:

1.1. Debe realizarse todo esfuerzo para revisar que la persona fallecida no expresó en vida su oposición a la práctica de extracciones de órganos, así como para chequear la existencia de cualquier otra manifestación que haya expresado en cuanto a este tema.

1.2. Respeto al cuerpo del donador con restitución a su estado físico previo en la medida de lo posible.

1.3. En cuanto a menores e incapaces, se debe otorgar permiso escrito por parte de su familia o por su representante legal.

1.4. Debe efectuarse consulta a la familia por parte de una persona entrenada, con experiencia y designada por un comité de ética.

1.5. La muerte del cerebro debe ser establecida por dos doctores que no estén directamente involucrados con el equipo que realizará la extracción y trasplante del órgano, o subsecuente tratamiento del paciente receptor.

1. Debe llevarse un récord detallado de órganos y tejidos extraídos."

d. Consentimiento del Disponente

[DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo]⁴

"En principio, el disponente es el único facultado para otorgar su consentimiento a fin de que uno de sus órganos, tejidos o productos sean objeto de trasplante. Él es el titular de ese derecho correspondiente inclusive a su personalidad misma.

La manera de expresar dicha autorización es por escrito, ya sea ante notario o ante dos testigos idóneos. Por testigos idóneos entendemos "los que por sus condiciones personales y el conocimiento de los hechos controvertidos, merecen fe a lo que declaran".

Al referirnos a las clases de disponentes, vimos que además de los originarios están los secundarios. Éstos pueden autorizar la separación de algún órgano o tejido del cadáver de una persona con la que en vida guardaron cierta relación. TRUEBA URBINA opina que los parientes no tienen ningún derecho a disponer del cadáver; que el cuerpo humano no es objeto de comercio y por ende no es objeto de herencia. Estima por ello ilícito que se otorgue dicho consentimiento. Hoy en día no nos queda ninguna duda al afirmar que determinadas personas a las que llamamos disponentes secundarios pueden disponer del cadáver de otro ser humano."

e. Averiguación de la Voluntad del Individuo

[ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor]⁵

“6.2. Ello se hacía perfectamente conciliable con las utilidades que tradicionalmente cabía derivar de los restos mortales del ser humano hasta bien entrado el siglo xx. En efecto, relacionadas las mismas con fines científicos, docentes y de investigación, se hacía posible la averiguación de la voluntad del difunto al respecto, la cual se integraba, normalmente, entre las restantes disposiciones de última voluntad, presentando, en consecuencia, la misma fuerza vinculante que éstas .

6.2.1. La adecuación de la voluntad testamentaria se manifestaría, sin embargo, insostenible frente al carácter perentorio y urgente de la intervención extractora de los elementos del cadáver con fines sustitutivos, inmediatez que fundamentaría la excepcional derogación del plazo de veinticuatro horas a partir de la constatación del fallecimiento, en el cual necesariamente había de respetarse la más estricta intangibilidad del cadáver.

6.2.2. La necesidad de conciliar el respeto a la voluntad del finado respecto al destino de su cadáver con la creciente demanda de órganos y tejidos que la cirugía sustitutiva planteaba con el fin de preservar otras vidas llevaría al Derecho a sostener la procedencia de que la carencia de una voluntad expresa por parte del finado no hubiera de ser entendida, en todo caso, como manifestación de signo contrario a cualquier actuación que excediese del destino natural de su cadáver.

6.2.3. Por ello, descartadas otras posibilidades cuya implantación había resultado manifiestamente rechazada, al considerarse gravemente atentatorias a la libertad del individuo para ordenar su destino tras su fallecimiento, aquella necesaria conciliación se proyectó en la autorización de las personas más allegadas al mismo. De este modo, ignorándose su voluntad por no haberse manifestado de forma fehaciente, cabía aún averiguar su sentido a través del testimonio de quienes en mejores condiciones se encontraban de conocerlo.

En última instancia, incluso cuando resultara inviable la averiguación de la misma, por haber permanecido recluida en el ámbito de las convicciones íntimas del finado, o por no haber llegado a formarse voluntad alguna al respecto, la autorización familiar aparecía aconsejada por el respeto a la *pietas* familiar y la necesidad de prevenir los conflictos sociales y jurídicos que pudieran derivar de la reacción de los seres más cercanos al difunto ante el sometimiento de su cadáver a la privación de algunos de sus componentes, la cual seguía configurándose para importantes sectores de la población como atentatoria a su

dignidad e intangibilidad y contraria a su destino natural, salvo en cuanto hubiera sido expresamente autorizada por el propio finado."

f. Presunción del Consentimiento en la Legislación

[ARIAS CÓRDOBA, Fabio]⁶

"Recientemente, el Papa Juan Pablo II recordó que para la donación de órganos es necesario que haya consentimiento del donante en pleno conocimiento de causa, y que la venia familiar se acepte cuando el donante no manifestó su voluntad al respecto (AFP y Reuters, Clonación Humana es inmoral, La Nación, 30 de agosto del 2000, p. 20A).

Importa lo anterior en nuestro sistema jurídico donde reiteradamente se ha señalado por los profesionales que faltan donantes, por lo cual no faltó quien sugirió que se debería dar una retribución económica por órgano donado, con lo cual más bien sería vendido. El problema consiste en que los parientes de la persona que va a morir se niegan a que este dé algunos de sus órganos a otro que lo necesita. Manifestó el Dr. Longino Soto Pacheco que otro de los problemas es que resulta difícil estar al tanto de los posibles donantes que llegan a otros hospitales, para lo cual envían cartas a los encargados de los servicios de emergencias de todos los hospitales (Citado por Brenes, Greivin Mauricio, Urgen donantes de corazón, La República, 10 de noviembre de 1998, p. 6A).

Como se explica en dicho reportaje, antes de hacer un trasplante se cumple con todo un proceso de "protocolo", que consiste en analizar cada uno de los casos, determinar su estado y efectuar varios exámenes antes de hacer la operación. Uno de los aspectos más importantes es la aceptación de los parientes del donante.

Sin embargo, lo anterior no es conforme con la Ley de autorización para trasplantar órganos y materiales anatómicos humanos, que como se indicó fue publicada en La Gaceta No. 102 del 27 de mayo de 1994, y que rige seis meses después de esa fecha, según su artículo 28.

Según dicha ley, artículo 9, "la extracción de órganos u otros materiales anatómicos de fallecidos podrá realizarse, siempre y cuando estos no hayan dejado constancia expresa de su oposición".

Claramente se establece, entonces, una presunción según la cual la persona consiente en la entrega de órganos y materiales anatómicos para después de su muerte, salvo expresa manifestación en contra la que deberá hacerse por escrito a cualquiera de los hospitales del país, los que a su vez deberán remitirla a la Comisión

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

reguladora de trasplantes de órganos y materiales anatómicos humanos, o bien se puede dirigir la oposición directamente por el interesado ante ésta. Agrega el artículo 10 de la ley, que la oposición podrá referirse a todo tipo o clase de órganos o materiales anatómicos o sólo a algunos de ellos. También se puede hacer constar la oposición en formularios especiales en el momento de solicitar o renovar la cédula de identidad, cédula de residencia o licencia de conducir (véase art. 10 párrafo 4, y art. 11).

"Para extraer órganos y otros materiales anatómicos de un fallecido, el médico a quien le corresponda autorizar la intervención, deberá verificar antes la certificación del registro de la Comisión o del centro hospitalario donde se practique la extracción, en la que conste que, por lo menos treinta días hábiles antes de la fecha, el donador no manifestó ninguna oposición" (artículo 12 de la ley).

En cuanto al Reglamento respectivo, el mismo regula en el artículo 12 el contenido del formulario en el que la persona manifiesta su negativa a donar total o parcialmente órganos o materiales, siendo obligación de la Comisión confeccionar el formulario oficial que será enviado al Registro Civil, Dirección General de Migración y Extranjería, Dirección General de Educación Vial y centros hospitalarios.

En nuestro sistema legal, entonces, solamente es necesaria la autorización de los familiares cuando se trate de menores de edad o de incapaces fallecidos, en cuyo caso quien ostente la patria potestad, la tutela o la representación legal, deberá hacer constar su autorización (artículo 10 párrafo 3.).

Empero, como podemos comprender de lo indicado por Soto Pacheco, lo anterior no se aplica. Se podría decir que los principios de la legislación no son ampliamente conocidos ni siquiera por los abogados, lo que por supuesto implica temor en los médicos que no asumirán riesgos legales."

2. Normativa

a. Ley que Autoriza Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos Humanos⁷

Artículo 7.-

La obtención de órganos y materiales anatómicos de un donador vivo, para implantarlos en otra persona, sólo podrá realizarse cuando:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

a) El donador sea mayor de edad, se encuentre en pleno goce de sus facultades mentales y en un estado de salud adecuado para la extracción.

Si se trata de donadores menores de dieciocho años de edad, pero mayores de quince, la autorización la darán sus padres, tutores, representantes o, en su caso, los organismos judiciales correspondientes, si no hay objeción del menor de edad.

b) El donador haya sido informado acerca de los riesgos de la donación, sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes. Del cumplimiento de este requisito y del consentimiento del donador deberá quedar constancia, debidamente documentada y firmada por él, de acuerdo con las normas que se establezcan en el Reglamento de esta Ley.

El donante podrá revocar la manifestación de su voluntad, en cualquier momento, sin que esto genere ninguna responsabilidad de su parte.

c) Se trate de uno de dos órganos pares o de materiales anatómicos, cuya remoción no implique un riesgo razonablemente previsible para el donador.

Artículo 9.-

La extracción de órganos u otros materiales anatómicos de fallecidos podrá realizarse, siempre y cuando estos no hayan dejado constancia expresa de su oposición.

Artículo 11.-

Al solicitar o renovar la cédula de identidad, toda persona deberá llenar un formulario en el que manifieste su consentimiento u oposición para donar, cuando fallezca, sus órganos y materiales anatómicos o parte de ellos.

Igual manifestación deberán efectuar los extranjeros en el momento de solicitar o renovar la cédula de residencia.

El Registro Civil y la Dirección General de Migración y Extranjería deberán adoptar las medidas administrativas, necesarias para que en los documentos referidos conste la manifestación a que se refiere este artículo.

3. Jurisprudencia

a. Consentimiento del Derechohabiente

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁸

"IV.- Ahora bien, pese a los argumentos del defensor recurrente, la pretensión acerca de la existencia del consentimiento como causal de justificación por parte de los ofendidos con derecho a hacerlo prevista en el artículo 26 del Código Penal, debe desestimarse. El recurrente con acierto, aunque sin señalar la respectiva fuente doctrinaria, expresa que "Para que el consentimiento sea eficaz debe reunir tres requisitos: a) La persona que lo otorga debe ser capaz de comprender la situación en la que se da el consentimiento. b) El permiso debe ser anterior a la acción y debe subsistir con la acción misma. c) No debe provenir el consentimiento de error ni debe haber sido obtenido mediante violencia o engaño.". Dicho enfoque doctrinal no sufre variante sustancial con relación a lo que sobre el mismo punto comenta el autor Enrique Bacigalupo, en su obra Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989, y que se extracta así: "2. Requisitos del consentimiento eficaz. ..., la eficacia del consentimiento dependerá de los siguientes requisitos: Capacidad del sujeto pasivo de comprender la situación en la que consiente. El sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. No se requiere la capacidad establecida por el derecho civil para realizar negocios jurídicos. Es suficiente con "capacidad natural de comprender o juzgar" (confr. SCHMID-HAUSER, 273). El consentimiento debe ser anterior a la acción. Un "consentimiento a posteriori solo es perdón. El consentimiento, por otra parte, se debe haber mantenido hasta el momento de la acción, es decir: es retractable. El consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenaza. Solo bajo esta condición el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, solo de esta manera elimina la lesión del bien jurídico. ... El problema del consentimiento presunto. También con fundamento en el derecho consuetudinario (confr. ...) se reconoce el mismo efecto al consentimiento presunto que al consentimiento. Naturalmente ello solo rige en el ámbito del cual el consentimiento es jurídicamente eficaz (supra, cc, 1). El consentimiento es presunto cuando no es expreso, es decir, cuando el titular del bien jurídico no ha podido emitirlo o no es posible recabárselo. Los requisitos de la eficacia del consentimiento presunto son los siguientes: La acción debe haber sido realizada en interés del titular del bien jurídico. Por ejemplo: es preciso que la violación del domicilio en ausencia del titular haya sido para reparar la tubería del agua y evitar una inundación. Por el

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

contrario hay autores que piensan que cuando el consentimiento esperado y el interés pudieran no coincidir, debe darse prioridad al primero (confr. HIRSCH, ...). Además deben concurrir las restantes condiciones del consentimiento (confr. supra, cc. 2). Para la determinación del consentimiento presunto es decisivo que según un juicio objetivo hubiera sido de esperar en el momento de la acción (ex ante). El juicio objetivo se refiere al de un tercero razonable en el lugar del autor (confr. HIRSCH, loc. cit.).". (Páginas 133-134) [...]."

FUENTES CITADAS:

- 1 RODRÍGUEZ ARAYA, Fernando y VARGAS CHACÓN, Orlando. La Voluntad en Algunos Actos de Disposición del Propio Cuerpo. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1994. pp. 159-162.
- 2 ALFREDO SAGARNA, Fernando. Los Trasplantes de Órganos en el Derecho. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1996. pp. 89.
- 3 PONCHNER GELLER, Goldy. Del Concepto Jurídico de Muerte como Elemento Fundamental para Efectos de Trasplantes de Órganos. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1996. pp. 90-91.
- 4 DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos. Editorial Porrúa S.A. México, 1993. pp. 65-66.
- 5 ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. Extracción y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1996. pp. 118-119.
- 6 ARIAS CÓRDOBA, Fabio. Aspectos Legales sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos Humanos. *Revista Ivstitia* (No. 168): pp. 27-28, San José, diciembre 2000.
- 7 Ley Número 7409. Costa Rica, 12 de mayo de 1994.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 111-1993, de las ocho horas con cuarenta minutos del veintiseis de marzo de mil novecientos noventa y tres.