



DH-0276-2018  
San José, 20 de abril de 2018

Señora  
Éricka Ugalde Camacho  
Jefa de Área  
Comisiones Legislativas III  
Comisión Permanente de Gobierno y Administración  
Asamblea Legislativa  
COMISION-GOBIERNO@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Aprovecho la presente para saludarle cordialmente y a la vez manifestarle que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley: expediente 20.715 **"MODIFICACIÓN DE VARIOS ARTÍCULOS DE LA LEY DE DONACIÓN Y TRANSPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS, N° 9222, DE 13 DE MARZO DE 2014 Y DEROGATORIA DE LA LEY 6948 DE 9 DE FEBRERO DE 1984 Y SUS REFORMAS**, me refiero en los siguientes términos:

### Resumen Ejecutivo.

La Defensoría de los Habitantes de la República emite el presente criterio de **conformidad parcial** en relación con el presente proyecto. La intención del proyecto es correcta en términos de la protección de la salud de las personas que requieren un trasplante de córnea y que por tanto se aspira a una intervención directa e inmediata y para ello, los procedimientos previos de obtención de órganos deben de ser céleres y oportunos para el fin que están destinados. No obstante, dado el interés general y de salud pública en esta materia, la propuesta no parece correcta en términos del Principio Rector de Justicia en medicina de trasplantes, al establecer un sistema presuntivo para los tejidos y otro "expreso" para los órganos, no parece conveniente. Es criterio de la Defensoría de los Habitantes que lo conveniente es regresar al sistema presuntivo para cualquier trasplante, sea de órganos o tejidos, por responder a los mejores intereses de la protección del derecho humano a la salud.

### Competencia del mandato DHR.

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de las y los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (**Principios de París**) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos

humanos. Finalmente, es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

### **Antecedentes del proyecto de ley.**

La Clínica Oftalmológica de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) es el centro que tiene el único Banco de Ojos a nivel nacional. Este centro, además de proveer tratamientos no factibles en hospitales clase A, también tiene la responsabilidad de dotar de tejido corneal a todos los servicios de oftalmología que estén autorizados por el Ministerio de Salud para el trasplante de corneas.

Lamentablemente, desde la reforma de la Ley de Trasplantes, Ley N.º 9222, la capacidad de obtención de tejido corneal ha disminuido en forma drástica, incluso pasan varios meses sin obtener tejido del todo o, si acaso, un promedio de entre 2 y 6 tejidos por mes.

Esta Defensoría ha recibido, con anterioridad, varias quejas en este sentido, verificándose que existe evidentemente un obstáculo en la obtención de corneas por cuanto todos los tratamientos dependen de la existencia de donantes, lo cual ocasiona importantes listas de espera para pacientes que requieren un trasplante de córnea.<sup>1</sup>

Antes de la reforma de la ley, es decir antes de 2014, el promedio de obtención de corneas era de unas 30 por mes y la lista de espera llegó a ser de 300 pacientes. En la actualidad, la lista de espera es importante. Se trata 990 pacientes según un reportaje de Canal 7 del pasado 17 de abril de 2018.<sup>2</sup>

Pese a que la CCSS tiene capacidad para la atención y los espacios quirúrgicos, la falta de tejido hace que la lista de espera sea cada vez mayor. Lo agravante de esto es que por año se incorporan 200 nuevos casos y la posibilidad de obtención de tejido corneal por año no asciende a ciento veinte.

La situación de la lista de espera es aún más enmarañada si se toma en consideración que por protocolo se deben dar prioridad a aquellos casos de urgencia por recomendación técnica, tal es la situación de ojos perforados, riesgo de pérdida de volumen ocular, entre otros.

### **Contenidos del Proyecto de Ley.**

La anterior legislación sobre trasplantes, Ley No. 7409 del 12 de mayo de 1994, preveía la regla sobre la presunción del donador, es decir, que si el fallecido no se había manifestado en vida que no deseaba ser donador se extraería el tejido corneal sin solicitar permiso a familiares. De esta forma, la norma regulaba una aspiración humana, del altruismo, solidaridad humana, de desarrollar responsabilidad por los más vulnerables según lo señala la profesora española de Bioética Adela Cortina,<sup>3</sup> cuando señala que es inmoral que una persona que, estando en una mejor condición, no apoye a otra que se encuentra en situación de desventaja, pero también cuando señala que el reconocimiento mutuo de los seres humanos genera obligaciones de cooperación y auxilio inherentes a la preservación de la vida, conocido como

<sup>1</sup> Expediente 258004-2018-SI

<sup>2</sup> <https://www.teletica.com/Multimedia/Videos/948001>

<sup>3</sup> Seminario de Bioderecho. Bilbao. País Vasco, España. Adela Cortina. España. Charla: Ética y Globalización. Noviembre de 2008.

Principio de Solidaridad, ampliamente recogido en innumerables instrumentos de Derechos Humanos como la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 bajo el principio de fraternidad.

**El quid de este asunto es que para tener éxito en un procedimiento médico como éste, la extracción de tejido corneal debe hacerse antes de las 10 horas del fallecimiento.**

De conformidad con la actual legislación, por la dificultad de obtener documentos certeros o un consentimiento expreso, escrito y manifestado por el fallecido como manifestación de su voluntad, se debe solicitar la autorización a los familiares hasta el tercer grado de consanguinidad. Esta última condición desfavorece la obtención de tejido, pues localizar a familiares a veces es imposible antes de las diez horas antes mencionadas o, en la mayoría de los casos, ante el dolor de la pérdida de un ser querido la familia lo rechaza y en otras ocasiones no logra un acuerdo que viabilice la posibilidad de obtención del tejido.

En los casos donde se cuenta con la autorización de familiares para la extracción de tejido ocular estos deben firmar una orden de consentimiento, lo que es una limitante adicional, pues los familiares se presentan a retirar el cuerpo del fallecido en un tiempo mayor de las 10 horas, tiempo que determina la inviabilidad del tejido. Lo mismo sucede en los centros hospitalarios.

La ley vigente se promulgó básicamente para regular el tema de los trasplantes de órganos de donante vivo, o donante en condición de muerte cerebral, lo que permite tiempos para realizar procesos de permisos, pruebas de compatibilidad y programaciones quirúrgicas. La legislación vigente no favorece a los pacientes que esperan tejido corneal, entendiendo este como un tejido y no como un órgano.

Finalmente, este proyecto pretende derogar la Ley N.º 6948, de 9 de febrero de 1984, y sus reformas, ley que declara de interés nacional la creación del Banco de Córneas de la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica, a fin de que los esfuerzos económicos y técnicos de la Caja Costarricense de Seguro Social se dirijan al Ministerio de Salud, para que este los destine al fortalecimiento de la Secretaría Ejecutiva Técnica de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos, a cargo de la Dirección de Servicios de Salud de ese Ministerio.

Por las razones expuestas el presente proyecto de ley intenta modificar algunos artículos de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos, con el propósito fundamental de que el tejido ocular del donante fallecido se pueda extraer como **presunción**, es decir, se presume su consentimiento, lo cual facilitaría la obtención del tejido antes de las diez horas en las que puede ser útil.

### **Normas jurídicas vigentes:**

Ley N.º 6948, de 9 de febrero de 1984

Ley No. 7409 del 12 de mayo de 1994

### **Análisis del contenido del proyecto:**

#### **1. La situación general de los trasplantes**

A través de la historia, la medicina trasfuncional ha atravesado por varios periodos de desafíos.

En la década de los años 60, la escasez de equipos de diálisis para personas con fallo en el funcionamiento de los riñones generó la conformación de comités que tuvieron por fin seleccionar a los pacientes candidatos para recibir un tratamiento de esta naturaleza. En la década de los 80, la escasez de órganos para el trasplante y los problemas para la distribución de los órganos conforme con la capacidad económica de los pacientes obligó a los Estados Unidos y otras naciones a adoptar medidas justas y equitativas para la distribución de órganos entre los pacientes que respondan a criterios de ubicación del paciente en una lista de espera, la afinidad de los factores biológicos coincidentes entre el donante y el receptor y, la severidad de la enfermedad del paciente.

Hoy, los principales problemas de la Medicina de Trasplantes tienen que ver con la escasez de órganos, el tráfico ilegal internacional de niños y órganos y, la ausencia o debilidad de programas estatales de promoción de la donación. Según estudios realizados en los Estados Unidos, el 90% de la población desea que existan suficientes órganos disponibles, pero sólo el 50 % estaría dispuesto a donar, mientras que cerca de un 15% a un 20% de los adultos se opone a la donación para sí mismos o para sus familiares. Situación no muy distinta de la realidad nacional.

Por otra parte, los principios éticos rectores de esta materia son: **Gratuidad, Altruismo, Solidaridad Humana, Distribución Justa, información sobre Riesgos y Beneficios, Seguridad de los Procedimientos y Calificación de los Centros Médicos.**

El respeto a la Dignidad Humana también es medular y debe ser siempre el norte de esta materia tan sensible, como se verá adelante.

Respecto de la reforma que nos ocupa, vale la pena empezar por señalar lo dispuesto en la Resolución de la Organización Mundial de la Salud de mayo 1991 que establece una serie de Principios Rectores en esta materia. Al respecto el Principio No. 3 dispone que:

*"Las donaciones de personas fallecidas deberán desarrollarse hasta alcanzar su máximo potencial terapéutico, pero los adultos vivos podrán donar órganos de conformidad con la reglamentación nacional. En general, los donantes vivos deberán estar relacionados genética, legal o emocionalmente con los receptores."*<sup>4</sup>

El comentario sobre el Principio Rector 3 que hace la misma resolución de la OMS explica que este Principio pone de relieve la importancia de que los órganos para trasplante deben ser preferiblemente aquellos que provengan de personas muertas, con lo cual los países deben adoptar las medidas jurídicas y logísticas necesarias para crear programas de donantes fallecidos allí donde no existan, así como de hacer que los programas existentes sean lo más eficaces y eficientes posible.

Además, si todos estamos de acuerdo de que el derecho a la vida como condición necesaria y determinante de la existencia de la persona humana demanda no sólo la adopción de medidas que permitan su inviolabilidad, sino también una acción positiva del Estado en la atención, protección de la salud, la integridad física y mental, así como la generación de posibilidades técnicas médicas que permitan alternativas para preservarla, entonces deberíamos estar a favor de crear las condiciones más favorables para asegurar la protección de este bien. En este caso, promover la legislación en materia de trasplantes que mejor tutele la vida y la salud.

Por otra parte, el Principio de Solidaridad de mención antes, como principio orientador de la seguridad social involucra la posibilidad de que los seres humanos entiendan su proceso de vida como un proceso de construcción conjunta, en la que tanto el Estado como los demás habitantes tienen una activa participación en el respeto y protección de sus derechos e intereses.

<sup>4</sup> [http://www.who.int/transplantation/Guiding\\_PrinciplesTransplantation\\_WHA63.22sp.pdf?ua=1](http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf?ua=1)

### 3. Del consentimiento presunto al consentimiento expreso. De la donación de órganos a la donación de tejidos. Legislación comparada

#### Tabla comparativa

#### Reforma a la Ley de trasplantes No. Ley N.º 9222

Ley vigente No. Ley N.º 9222	Reforma a la ley
<p><b>ARTÍCULO 23.</b> La obtención de órganos y tejidos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse siempre y cuando la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos y tejidos, haya manifestado su anuencia en vida.</p>	<p><b>Artículo 23-</b> La extracción de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse siempre y cuando la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, haya manifestado su anuencia en vida.</p> <p>Cuando se trate de la extracción de tejidos de fallecidos podrá realizarse siempre y cuando la persona fallecida <b>no haya dejado constancia expresa de su oposición</b>, para lo cual el Ministerio de Salud facilitará el mecanismo legal para que las personas puedan manifestar por escrito su negativa a donar sus tejidos. Este procedimiento se deberá comunicar por escrito a los parientes por <b>consanguinidad hasta el cuarto grado</b>, o por afinidad en primer grado del difunto, de previo a su iniciación. Una vez finalizado, el centro de salud deberá entregar un informe a los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o por afinidad en primer grado del difunto, el detalle de los tejidos que fueron extraídos.</p>
<p><b>ARTÍCULO 24.</b> En caso de que en el expediente del fallecido o en sus documentos o pertenencias personales no se encontrara evidencia de su anuencia en vida de donar sus órganos y tejidos, se procederá a facilitar a sus parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o por afinidad en primer grado del difunto, la información necesaria acerca de la naturaleza e importancia de este procedimiento, a fin de que sean ellos quienes den su consentimiento informado escrito.</p>	<p><b>Artículo 24-</b> En caso de que en el expediente del fallecido o en sus documentos o pertenencias personales no se encontrara evidencia de su anuencia en vida de donar sus órganos, se procederá a facilitar a sus parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o por afinidad en primer grado del difunto, la información necesaria acerca de la naturaleza e importancia de este procedimiento, a fin de que sean ellos quienes den su consentimiento informado escrito.</p>

Básicamente, la diferencia entre la legislación vigente y la propuesta de reforma está en establecer que las corneas son tejidos y no órganos; con lo cual el contraste entre una norma y otra es mantener el sistema de voluntad expresa para el trasplante de órganos e introducir el sistema de voluntad presunta sólo para los tejidos. Costa Rica no es el primer país; Australia reformó su legislación en este mismo sentido en el 2009 para promover la donación y trasplante de corneas.<sup>5</sup>

En esta materia no existe uniformidad regulatoria. Mientras que Italia y Canadá apuestan al modelo de consentimiento expreso; países como Portugal, España, India, Perú y los países escandinavos eligen el sistema de consentimiento presuntivo.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> International approaches to organ donation reform. Organ and Tissue Authority. Canberra, Australia. Noviembre de 2013. [http://www.donatelife.gov.au/sites/default/files/files/OTA\\_Fact\\_Sheets\\_-\\_International\\_approaches\\_to\\_organ\\_donation\\_reform\\_November\\_2013.pdf](http://www.donatelife.gov.au/sites/default/files/files/OTA_Fact_Sheets_-_International_approaches_to_organ_donation_reform_November_2013.pdf)

<sup>6</sup> World Association for Medical Law. Journal on Medical Law.

Particularmente España es un país cuya legislación<sup>7</sup> establece el sistema presuntivo y es además el país con la mayor tasa de donación y trasplante de órganos y tejidos durante 26 años consecutivos hasta la actualidad.<sup>8</sup> El éxito de España no radica solo en el modelo presuntivo, hay que decir que la conciencia de la población es un importante elemento a considerar.

Portugal, por su parte que junto con Croacia ocupan respectivamente el segundo y tercer lugar, son países también cuyo legislación establece el modelo de consentimiento presuntivo.<sup>9</sup>

Existe evidencia del impacto positivo que tiene el modelo de consentimiento presunto en estudios. Por ejemplo *Alberto Abadie* y *Sebastien Gay* publicaron en el 2006 una investigación en la que al tener claro que los Estados Unidos, Gran Bretaña y en muchos otros países, la brecha entre la demanda y el suministro de órganos humanos para trasplantes va en aumento, a pesar de los esfuerzos de los gobiernos y las agencias de salud para promover el registro de donantes, se ocuparon de evaluar el impacto del consentimiento presunto en 22 países en un período de 10 años.

**El hallazgo más significativo fue que si bien las diferencias en otros factores determinantes de la donación de órganos explican gran parte de la variación en las tasas de donación, después de controlar esos determinantes, los países con legislación con consentimiento presunto tienen un efecto positivo y considerable en las tasas de donación de órganos.**<sup>10</sup>

Nuestra legislación incluso pasó de un modelo a otro en el año 2014, con lo cual parece no haber problema en principio en retroceder luego de verificar que el actual modelo no responde al menos para el caso de los tejidos como bien lo señala el profesor español *Víctor Angoitia Gorostiaga* (1956-2008)<sup>11</sup> para quien: *"La adecuación de la voluntad testamentaria se manifestaría, sin embargo, insostenible frente al carácter perentorio y urgente de la intervención extractora con fines sustitutivos."* Es decir, el carácter inminente de preservar la salud y la vida parece en principio, el principio rector en esta materia, el cual como se verá debe armonizarse con las voluntad de los finados y sus familiares.

Por otra parte, al aceptar que el titular hace uso de su propia voluntad y dispone de su cuerpo o parte de él para fines terapéuticos legales debe respetarse siempre y cuando, claro está, existan medios idóneos para su verificación. Es aquí donde, en parte, se presenta el dilema que nos ocupa, toda vez que en muchas ocasiones los familiares no conocían la voluntad del fallecido o no existen medios idóneos para su verificación. No se trata, en definitiva, de que los vivos decidan lo que se hace con los muertos, ni siquiera de dilucidar artificiosamente quién aparece más legitimado para adoptar dicha decisión, sino de articular los cauces jurídicos que posibiliten la averiguación o determinación de la voluntad de quien ha fallecido, en las hipótesis en que la misma no se ha manifestado en modo alguno. Esto es lo que intenta resolver este proyecto de reforma en la segunda parte del artículo 23 al disponer que:

<sup>7</sup> Ley 30/1979 y Real Decreto 426/1980. Y el Real Decreto No. 15715 del 29 de diciembre de 2012.

<sup>8</sup> [https://politica.elpais.com/politica/2018/01/11/actualidad/1515670311\\_907019.html](https://politica.elpais.com/politica/2018/01/11/actualidad/1515670311_907019.html)

<sup>9</sup> International approaches to organ donation reform. Organ and Tissue Authority. Camberra, Australia. Noviembre de 2013. [http://www.donatelife.gov.au/sites/default/files/files/OTA\\_Fact\\_Sheets\\_-\\_International\\_approaches\\_to\\_organ\\_donation\\_reform\\_November\\_2013.pdf](http://www.donatelife.gov.au/sites/default/files/files/OTA_Fact_Sheets_-_International_approaches_to_organ_donation_reform_November_2013.pdf)

<sup>10</sup> Abadie, Alberto y Gay, Sebastien. The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross-country study. *Journal of Health Economics*. Volume 25, Issue 4, July 2006, Pages 599-620

<sup>11</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director: Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011

*"Este procedimiento se deberá comunicar por escrito a los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o por afinidad en primer grado del difunto, de previo a su iniciación. Una vez finalizado, el centro de salud deberá entregar un informe a los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o por afinidad en primer grado del difunto, el detalle de los tejidos que fueron extraídos."*

Ahora bien, no queda claro si el papel de los familiares es ser comunicados para que confirmen la extracción expresando su consentimiento o, simplemente para verificar si existe un documento idóneo del finado con lo cual su papel será solo el de prestar testimonio. Esta diferencia es importante establecerla sobre todo tomando en cuenta que el cadáver suscita actuar de conformidad con el Principio de la Dignidad Humana que citábamos antes, con lo cual las regulaciones que atañen a esta materia deben evitar la cosificación del cuerpo de la persona fallecida.<sup>12</sup>

Esto, como bien continua señalando *Angoitia* es determinante aclarar porque *"No obstante, la necesaria quietud que debe acompañar al proceso de creación de una conciencia social solidaria respecto a la extraordinaria aportación que para la vida y la salud de sus semejantes le es dado llevar a cabo a la persona después de la muerte, aconseja la prevención de los conflictos que, por vincularse a sentimientos y valores profundamente arraigados en el ser humano, son susceptibles de generar una repercusión social contraria a la consecución de aquellos fines."*<sup>13</sup>

La conciliación de los valores y convicciones familiares con la satisfacción de las demandas de la cirugía sustitutiva aparece perfectamente viable mediante el sistema del consentimiento presunto del difunto, en defecto de su expresa manifestación de voluntad, completado por la necesaria averiguación de la que pudo ser su voluntad, a través de otros signos inequívocos o fehacientes, entre los que ocupa lugar preferente el testimonio de los familiares cercanos o allegados del difunto. Ello aconseja la consideración de la validez de dicho testimonio, incluso en aquellos supuestos en que diversos indicios apunten a la posibilidad de que la voluntad atribuida al difunto responda en realidad, exclusivamente, a las convicciones y deseos de sus familiares.

Por esta razón nos tomamos la libertad de transcribir parcialmente la legislación española<sup>14</sup> donde con sumo cuidado se sopesan la autonomía de la voluntad del difunto con los valores y opinión de los familiares:

*"Artículo 9. Requisitos para la obtención de órganos de donante fallecido.*

*1. La obtención de órganos de donantes fallecidos con fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen los requisitos siguientes:*

*a) Que la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y será respetada. (...)*

*b) Siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes, o la persona en quien delegue, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido:*

<sup>12</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Director. Romeo Casabona. Carlos María. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco. España. 2002.

<sup>13</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. Ob. Cit.

<sup>14</sup> Real Decreto No. 15715 del 29 de diciembre de 2012

1.º Investigar si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente.

2.º Examinar la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

*Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria. (...)*

6. Por parte del responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes o persona en quien delegue, según lo determinado en la autorización del centro, se deberá extender un documento en el que se haga constancia expresa de:

a) Que se han realizado las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido, o de las personas que ostenten su representación legal.

b) Que se ha facilitado a los familiares la información necesaria acerca del proceso de obtención, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera.”

Deberá valorar el legislador además, respecto del contacto con familiares del difunto, el criterio de esta Defensoría que ha quedado plasmado en la jurisprudencia constitucional cuando se ha dispuesto que el requisito de ubicar parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad resulta prácticamente imposible o que no se previó un procedimiento específico y excepcional atinente al tema de la extracción de córneas.<sup>15</sup>

Finalmente, para esta Defensoría, dada la convicción que ha expresado a favor del sistema presuntivo por cuanto responde mejor a los intereses de la donación y trasplante de órganos y por ende a la preservación de la vida, esta propuesta de ley debería ocuparse de regresar a dicho sistema no solo respecto de los tejidos, sino también para los órganos. Pero además, existe una argumento más a favor de este modelo y es el de que si bien es cierto en ambos casos se debe contactar a la familia, en el modelo presuntivo todos somos potenciales donantes, mientras que en el expreso lo son solo los que así lo manifestaron.

Sin embargo, el mejor argumento a favor de no generar una distinción entre uno y otro responde a la proporción de los bienes jurídicos que se están tutelando, en un caso al vida, en el otro la salud. Muchos de los órganos que son objeto de un trasplante son determinantes para preservar la vida y no colocarla en riesgo como el caso de pulmones y corazón, mientras que la córnea aunque es vital para el funcionamiento de la vista su ausencia no coloca en riesgo la vida como si ocurre con quien requiere un órgano vital. En otras palabras, no tiene sentido que el sistema de consentimiento expreso se mantenga para la vida y el presunto para la salud. Lo cual con todo respeto, puede sonar irracional y sin el balance adecuado, por mantener un mecanismo menos privilegiado para la protección de un bien jurídico expuesto a mayor riesgo.

Esta postura la ha mantenido esta Defensoría desde el año 2104 cuando en Recurso de Amparo, se manifestó lo siguiente:

<sup>15</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas treinta minutos del veinticinco de noviembre de dos mil catorce. Exp: 14-013069-0007-CORes. Nº 2014019189

*"Ahora bien, sí se denota una agravación en cuanto al tema del consentimiento, ya que se pasó de una presunción positiva (si no constaba manifestación expresa se procedía a realizar la extracción) a una presunción negativa, pues la ley vigente exige que la persona hubiere manifestado en vida su anuencia a la donación de órganos para proceder de conformidad."*<sup>16</sup>

Resalta esta Defensoría que siendo exitosa una propuesta como la planteada, debe estar acompañada de una campaña intensa de divulgación a la población, de tal forma que exista total claridad del concepto e implicaciones del consentimiento presunto tratándose de donación tanto de órganos como de tejidos, y su decisión esté totalmente fundamentada en criterios de solidaridad humana.

Con respecto al resto del articulado de la propuesta de reforma, esta Defensoría encuentra que algunos de los artículos que se pretende reformar, al seguir el mismo patrón de diferenciar entre órganos y tejidos, estaría generando una diferenciación que no parece conveniente en los términos aquí expresados.

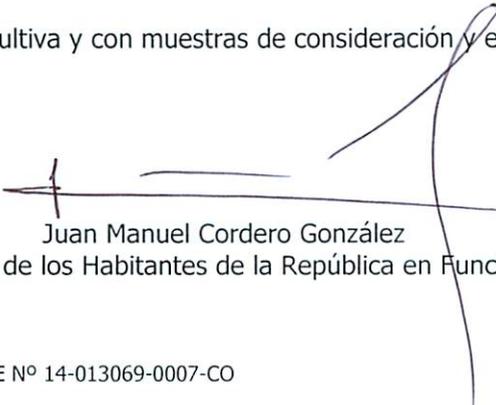
Si resulta necesario proceder, como se hacía en la legislación derogada en el 2014<sup>17</sup> de autorizar a los profesionales de medicina del Poder Judicial de remover córneas. Aspecto que esta Defensoría señaló ante la Sala Constitucional en el Recurso de Amparo aquí mencionado.

Finalmente, esta Defensoría no encuentra problema en la derogación de la Ley N.º 6948, de 9 de febrero de 1984, y sus reformas, que declara de interés nacional la creación del Banco de Córneas de la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica, dado que este banco no funciona, siendo el único oficial en funcionamiento el de la CCSS.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica expresa su **conformidad parcial** con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

En caso de que los señores diputados y señoras diputadas decidan acoger la versión del texto consultado, esta Defensoría no vería objeción, pero si se perdería la oportunidad de uniformar la donación de órganos y tejidos en los términos que lo hemos expresado aquí, dado la imperiosa necesidad de resolver la crisis de faltante de córneas debido a que según lo ha manifestado esta la Defensoría, las listas de espera plantean serios problemas éticos y de protección del derecho a la salud de las y los usuarios de los servicios, toda vez que no puede obviarse que cada usuario que se encuentra en espera, tiene rostro humano: son los pacientes y las familias que esperan recibir atención médica, cuando el sistema se los permita. No obstante, el problema adquiere mayores dimensiones cuando la lista supera el criterio de razonabilidad y la respuesta institucional no llega

Agradecido por la deferencia consultiva y con muestras de consideración y estima,

  
Juan Manuel Cordero González  
Defensor de los Habitantes de la República en Funciones



<sup>16</sup> Sala Constitucional. EXPEDIENTE N° 14-013069-0007-CO

<sup>17</sup> Ley No. 6948 del 27 de febrero de 1984. ( derogada)