

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO
DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS Y EL DERECHO A
LA SALUD DE PACIENTES EN ESPERA EN EL PERÚ**

PRESENTADA POR:

BR. AODOMAR PRISYLA PAREDES
HUAMANI

PARA OPTAR AL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR:

MGT. MARCO ANTONIO MARROQUIN
MUÑIZ

CUSCO - PERÚ

2024

INFORME DE ORIGINALIDAD

(Aprobado por Resolución Nro.CU-303-2020-UNSAAC)

El que suscribe, **Asesor** del trabajo de investigación/tesis titulada: ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS Y EL DERECHO A LA SALUD DE PACIENTES EN ESPERA EN EL PERÚ

presentado por: Asdumar Pisylla Paredes Huamani con DNI Nro.: 48247694 presentado por: con DNI Nro.: para optar el título profesional/grado académico de ABOGADO

Informo que el trabajo de investigación ha sido sometido a revisión por 2 veces, mediante el Software Antiplagio, conforme al Art. 6° del **Reglamento para Uso de Sistema Antiplagio de la UNSAAC** y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de 10%.

Evaluación y acciones del reporte de coincidencia para trabajos de investigación conducentes a grado académico o título profesional, tesis

Porcentaje	Evaluación y Acciones	Marque con una (X)
Del 1 al 10%	No se considera plagio.	X
Del 11 al 30 %	Devolver al usuario para las correcciones.	
Mayor a 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes. Sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	

Por tanto, en mi condición de asesor, firmo el presente informe en señal de conformidad y **adjunto** la primera página del reporte del Sistema Antiplagio.

Cusco, 10 de Junio de 2024



Firma

Post firma Mst. Marco Antonio Marroquín Morúa

Nro. de DNI 23858849

ORCID del Asesor 0000-0002-4994-3128

Se adjunta:

1. Reporte generado por el Sistema Antiplagio.
2. Enlace del Reporte Generado por el Sistema Antiplagio: **oid:** 27259:359549323

NOMBRE DEL TRABAJO

TESIS.AODOMAR.PAREDES.FINAL.docx

AUTOR

AODOMAR PAREDES

RECUENTO DE PALABRAS

32757 Words

RECUENTO DE CARACTERES

181057 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

150 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

612.2KB

FECHA DE ENTREGA

Jun 6, 2024 8:08 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Jun 6, 2024 8:11 AM GMT-5

● 10% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 8% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 8% Base de datos de trabajos entregados
- 3% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)
- Bloques de texto excluidos manualmente



DEDICATORIA

Dedicado para mis padres Carlos y Victoria por su inefable esfuerzo y apoyo, a ellos por ser mi mayor motivación, mi fortaleza e inspiración, a mis familiares y amigos.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a mi alma mater la Universidad Nacional de San Antonio Abad de Cusco, a mi asesor por brindarme la confianza y oportunidad de lograr una gran meta, y a todas las personas que han contribuido en mi formación personal y académica, que ha permitido la materialización de un gran sueño.

RESUMEN

La presente investigación, intitulada “ADOPCION DE LA TEORIA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS Y EL DERECHO A LA SALUD DE PACIENTES EN ESPERA EN EL PERU”, se realiza a propósito de la experiencia académica adquirida durante la formación profesional en las aulas universitarias; donde se ha tomado conocimiento de la situación que atraviesan los pacientes en espera de órganos y tejidos, así como del marco legal que sustenta la legislación de la materia; ello, ha permitido la revisión bibliográfica, tener acercamiento con profesionales del Derecho y Médicos de especialidad y realizar un estudio de Derecho Comparado; todo ello, ha permitido tener un panorama integra del tema investigado.

El objetivo de la investigación ha sido, explicar porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú; para su realización se ha recurrido al enfoque cualitativo, tipo de investigación socio jurídica propositiva; al abordar un tema social desde una óptica jurídica, con la intención de alcanzar una propuesta normativa; de nivel básico, porque se orienta a contribuir con el desarrollo teórico del conocimiento existente.

Palabras clave: Teoría del Consentimiento Presunto, Donación de órganos y tejidos, Derecho a la Salud, Pacientes en espera.

ABSTRACT

The present investigation, entitled "ADOPTION OF THE THEORY OF PRESUMED CONSENT OF THE DONATION OF ORGANS AND TISSUES AND THE RIGHT TO HEALTH OF WAITING PATIENTS IN PERU", is carried out regarding the academic experience acquired during professional training in the university classrooms; where the situation faced by patients waiting for organs and tissues has been learned, as well as the legal framework that supports the legislation on the matter; This has allowed the bibliographic review, to have an approach with law professionals and specialty doctors and to carry out a study of Comparative Law; all this has allowed to have a comprehensive overview of the subject under investigation.

The objective of the investigation has been to explain why the adoption of the presumed consent theory of organ and tissue donation guarantees the right to health of waiting patients in Peru; For its realization, the qualitative approach has been used, a type of propositional socio-legal research; when addressing a social issue from a legal perspective, with the intention of reaching a normative proposal; basic level, because it is aimed at contributing to the theoretical development of existing knowledge.

Keywords: Presumed Consent Theory, Organ and Tissue Donation, Right to Health, Waiting Patients

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, comprende el estudio de la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos y el Derecho a la salud de pacientes en espera en el Perú; atendiendo a la situación y necesidad de los pacientes en espera y como es que el Derecho incide en ello a través del marco legal, el cual, actualmente se sustenta en la teoría del consentimiento explícito para la donación de órganos y tejidos, la cual, no es que sea negativa, pero resulta inadecuada frente a la situación de los pacientes en espera.

Para el desarrollo la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos frente al Derecho a la salud de los pacientes en espera, se ha tenido en consideración la legislación comparada de países como España, Chile y Colombia, en la que su regulación se sustenta en la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos; complementariamente se ha tomado en cuenta la opinión de Abogados y Médicos de especialidad.

El desarrollo de la investigación se ha estructurado en V capítulos.

En el Primer Capítulo, se puede apreciar el planteamiento del problema, que comprende la situación problemática, formulación de problemas, la justificación y los objetivos de la investigación.

En el Segundo Capítulo, se aborda el marco conceptual, los antecedentes de investigación y las Bases teóricas, ésta última, se divide en tres sub capítulos, el primero, referido a la Teoría del Consentimiento Presunto de la Donación de órganos y Tejidos; el segundo sub capítulo, referido al Derecho a la Salud de los pacientes en espera de órganos

y tejidos; y el tercer sub capítulo, sobre la Donación de órganos y tejidos y el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú.

El Tercer Capítulo, está referido a la Hipótesis y Categorías de Estudio.

El Cuarto Capítulo, está referido a la Metodología, que comprende el enfoque tipo y nivel de investigación; así como, las técnicas e instrumentos utilizados en la investigación.

El Quinto Capítulo, en el que se dan a conocer los resultados de la investigación; y que comprende una parte de los resultados, donde se realiza un estudio de legislación comparada de países como España, Chile y Colombia; se dan a conocer las entrevistas realizadas a profesionales del Derecho y a Médicos de especialidad. Para luego, en la parte de la presentación de resultados dar respuesta a cada una de las interrogantes formuladas.

Finalmente, se dan a conocer las conclusiones a las que se arribaron en la investigación, y las recomendaciones, siendo la principal recomendación -lege ferenda- al Congreso de la República del Perú por ser un tema de orden legislativo.

INDICE

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN.....	iii
ABSTRACT	iv
INTRODUCCIÓN	v
INDICE DE TABLAS	xii
CAPÍTULO I.....	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Situación problemática.....	1
1.2. Formulación del problema.....	5
1.2.1. Problema general.....	5
1.2.2. Problemas Específicos.....	5
1.3. Justificación.....	5
1.4. Formulación de Objetivos	7
1.4.1. Objetivo General	7
1.4.2. Objetivos Específicos	7
CAPÍTULO II	8
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	8
2.1. Marco Conceptual	8
2.1.2. Donación. –	8
2.1.3. Donación de órganos. -.....	8
2.1.4. Consentimiento presunto de la Donación.....	9
2.1.5. Derechos fundamentales.....	9
2.1.6. Derecho a la salud	9

2.1.7. Pacientes en espera.....	10
2.1.8. Órganos y tejidos.....	11
2.1.9. Políticas legislativas	11
2.1.10. Ablación	12
2.1.11. Proceso de los trasplantes.....	12
2.2. Antecedentes de la Investigación	13
2.2.2. Tesis.....	13
2.3. Bases Teóricas	19
SUB CAPÍTULO I.....	20
2.3.1. Teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos	20
2.3.1.1. Aspectos preliminares asociados a la Bioética	20
2.3.1.1.1. Biomedicina, biotecnología y genética.....	21
2.3.1.2. Conceptos Preliminares	22
2.3.1.2.1. Ser humano.....	22
2.3.1.2.2. Persona	22
2.3.1.2.3. Dignidad Humana	23
2.3.1.2.4. Manifestación de Voluntad	23
2.3.1.2.5. Consentimiento presunto.....	24
2.3.1.2.6. Principio de Solidaridad	24
2.3.1.3. Sistemas de Donación.....	26
2.3.1.3.1. Sistema de manifestación de voluntad o consentimiento directo.....	26
2.3.1.3.2. Sistema de Consentimiento Expreso ampliado	29
2.3.1.3.3. Sistema de Consentimiento Indirecto o Presunto.....	30
2.3.1.3.4. Sistema de Consentimiento Presunto, con oposición de los parientes	31
2.3.1.3.5. Sistema de la Extracción Informada.....	31

2.3.1.4.	El Consentimiento Presunto de la Donación de Órganos y Tejidos.....	32
2.3.1.4.1.	Antecedentes de la Teoría del Consentimiento Presunto de la Donación de órganos y Tejidos	32
2.3.1.4.2.	Conceptualización del consentimiento presunto	34
2.3.1.4.3.	Disposición sobre el Cuerpo Humano.....	36
2.3.1.4.4.	El cadáver.....	39
2.3.1.4.5.	Principios que justifican la Donación Presunta de Órganos y Tejidos	42
2.3.1.4.6.	El comercio de órganos, como consecuencia ante la falta de donantes	43
SUB CAPÍTULO II.....		48
2.3.2.	Derecho a la Salud de los pacientes en espera	48
2.3.2.1.	Conceptos previos.....	48
2.3.2.1.1.	Salud.....	48
2.3.2.1.2.	Paciente	48
2.3.2.1.3.	Paciente en espera	49
2.2.2.1.	Derecho a la Salud.....	49
2.2.2.1.2.	Derecho a la salud según la Corte interamericana de Derechos Humanos	53
2.2.2.1.3.	Derecho a la salud según el Tribunal Constitucional.....	54
2.2.2.2.	Derecho a la Salud de los pacientes en espera.....	58
SUB CAPÍTULO III		61
2.2.3.	Donación de órganos y tejidos y el derecho a la salud de los pacientes en espera en Perú.....	61
2.2.3.1.	Situación de la donación de órganos y tejidos en el Perú.....	61
2.2.3.2.	Mitos en torno a la donación de órganos y tejidos.....	65
2.2.3.3.	Rol del Ministerio de Salud y ESSALUD de Perú	66
2.2.3.4.	El Rol del Estado en la atención de pacientes n espera de órganos y tejidos	67

2.2.3.4.1. Lista de pacientes en espera de órganos y tejidos a cargo de la Gerencia de Procura y Trasplante ESSALUD	68
2.2.3.4.2. Criterios para asignar los órganos donados	69
2.2.3.5. Problemática de los Pacientes en Espera en el Perú	70
2.2.3.6. Marco Doctrinario Jurisprudencial de donación de órganos y pacientes en espera	71
2.2.3.7. Marco Normativo de donación de órganos y tejidos.....	72
2.2.3.7.1. Normativa general y específica	72
2.2.3.7.2. Entidades vinculadas a la donación de órganos y tejidos.....	75
CAPÍTULO III	77
HIPOTESIS Y CATEGORIAS DE ESTUDIO	77
2.3. Hipótesis.....	77
2.3.2. Categorías de Estudio.....	77
CAPÍTULO IV	78
METODOLOGÍA	78
4.1. Tipo y Nivel de Investigación. -	78
4.1.1. Enfoque de Investigación. –	78
4.1.2. Tipo de investigación. –	78
4.1.3. Nivel de Investigación. –.....	78
4.1.4. Método de investigación. –	78
4.2. Técnicas e instrumentos de recolección de información.....	79
4.2.1. Técnicas de recolección de información	79
4.2.2. Instrumentos para la recolección de información.....	79
CAPITULO V	81
RESULTADOS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	81
5.1. Análisis cualitativo	81

5.1.1. Definición de trabajo	81
5.1.2. Técnica e Instrumento empleados	81
5.1.3. Legislación Comparada	82
5.1.3.1. España.....	82
5.1.3.2. Chile.....	83
5.1.3.3. Colombia	85
5.1.4. Entrevistas	88
5.1.5. Procesamiento de resultados cualitativos	99
5.2. Presentación de Resultados	102
5.2.1. Regulación de la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos	104
5.2.2. Principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos	106
5.2.3. Insuficiencia de la teoría del consentimiento explícito de órganos y tejidos adoptada por la legislación de donación de órganos y tejidos para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú	107
5.2.4. Adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú.	110
CONCLUSIONES	112
RECOMENDACIONES	114
PROPUESTA NORMATIVA	116
BIBLIOGRAFÍA.....	124
ANEXOS.....	132
a. Matriz de Consistencia	132
b. Entrevistas	134

INDICE DE TABLAS

Tabla 1 Tasa de Donantes	64
Tabla 2 Trasplantes en EsSalud y en MINSA	66
Tabla 3 Categorías de estudio	77
Tabla 4 Legislación Española	82
Tabla 5 Legislación chilena	83
Tabla 6 Legislación colombiana	85
Tabla 7 Legislación de España, Chile, Colombia y Argentina	87
Tabla 8 Entrevistas.....	99

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

La donación de órganos es una institución jurídica propia del Derecho Civil, que ha sido inicialmente considerada para la disposición de bienes patrimoniales, incluso desde el Derecho Romano. Pero también forma parte del Derecho a la Salud y Derecho Sanitario; esta institución jurídica, asociada a la ciencia médica ha permitido la práctica de la donación de órganos y tejidos; una práctica que inicialmente al margen de la ley, llegó a ser legal cuando fue regulada en la legislación, siendo España uno de los países pioneros en su regulación, al regular la donación de órganos mediante la ley N° 30/1979, en la que hace referencia al “donante”, ésta ley precisaba que, en todas las extracciones renales para trasplante procedente de cadáveres se debía esperar a la asistolia de los familiares del donante.

La necesidad de recurrir a la regulación de la donación de órganos y tejidos humanos, obedece en primer lugar a la compatibilidad de caracteres biológicos existente entre los seres humanos y a la escasa posibilidad contar con resultados favorables al recurrir a órganos y tejidos de animales. En la actualidad, la donación de órganos y tejidos humanos tiene como finalidad legal y principal atender a la salud de los seres humanos, es por ello, que para su realización se recurre al trasplante de órganos.

En las últimas décadas, la práctica de trasplante de órganos y tejidos ha tenido mayor presencia, llegando a considerarse como un tratamiento médico; esto es gracias al desarrollo o avance científico en este rubro. Ciertamente hay mayor cantidad de trasplantes y que con

ello se permite salvar vidas y en otros casos mejorar la calidad de vida de las personas; motivo por el cual la donación de órganos resulta de vital importancia.

Como menciona (Neciosup, 2018, p.7) “La donación de órganos ha conseguido un amplio margen frente a otros tratamientos médicos, como una práctica médica confiable, pero la donación de órganos necesita como requisito fundamental, la participación y el compromiso de la sociedad como agente pasivo (donadores)”.

La realidad peruana no es ajena a esta situación, es por ello que, a partir de la Ley N° 26842 “Ley General de Salud”, que en su artículo 1 prescribe: “Toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud (...)”, se crea legislación orientada a la donación de órganos, como la Ley N° 28189 “Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, la Ley N° 29471 “Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos y tejidos humanos”, la misma que fue modificada por ley 30747 (modifica los artículos 2,3 y 4 de la Ley N° 29471).

Mediante Ley N° 28189 “Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos” reglamentada por D.S. N° 014-2005-SA (con ciertas modificaciones), crea la Organización Nacional de Donación y Trasplante (ONDT).

La ONDT, depende del Ministerio de Salud, siendo responsable de la rectoría, promoción, coordinación, supervisión y control de todo lo relacionado a la donación y trasplante de órganos y tejidos en el país, además de, proponer políticas públicas en el sector salud que promuevan las donación y trasplante de órganos y tejidos.

Aun cuando el Estado, ha adoptado la legislación necesaria y a través de la ONDT (reemplazo de órganos o tejidos que no funcionan por otro que esté sano y provenga de un donante) ha

realizado las acciones correspondiente, en la actualidad aún persiste el problema de escasos de órganos y tejidos y escasos de donantes; los cuales no han podido ser solucionados, y aun es un problema tangible desde una perspectiva legislativa, aun cuando el Congreso de la Republica tiene en agenda varias propuestas legislativas sobre la materia que no han sido tomadas en cuenta hasta la fecha del presente trabajo de investigación.

Los problemas antes señalados obedecen a: 1.- Las medidas establecidas por el Estado para fomentar actos solidarios entre las personas no han generado el impacto favorable esperado, porque aún existe desconfianza y desconocimientos sobre el procedimiento de extracción y trasplante de órganos; un pensamiento que se ve influenciado por el arraigo cultural y religioso; hecho que genera que Perú en comparación a otros países sudamericanos sea un país en el que existe menor cantidad de donantes y con alto porcentaje de familias con postura negativa. Por su parte (NECIOSUP 2018, p.16), señala que “las cifras internacionales proporcionadas por el Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplantes, muestran que la tasa de donantes por millón de habitantes de nuestro país (1.6) se encuentra lejos de Uruguay (18.9), Brasil (16.3), Argentina (13.4), Colombia (8.9) y más lejos aún que los países de Europa como España (47)”.

2.- Ahora bien, la aplicación de la Ley de trasplante de órganos y tejidos (Ley 23415) modificado por Ley 24703, y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo 014-89-SA) prevé que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es la entidad encargada de consignar la declaración del titular de ceder órganos y tejidos o su negativa al trasplante de órganos y tejidos para después de su muerte, en el Documento Nacional de Identidad.

o negarse a ello, para fines de trasplante o injerto, después de su muerte (desde esa fecha, la declaración solo se podría realizar cuando el ciudadano obtenía o renovaba su documento de identidad).

Todo ello, viene repercutiendo en la salud de los pacientes en espera de órganos y tejidos, que ante la ausencia de la solidaridad y reciprocidad se agudiza el resquebrajamiento de su salud, el cual incide en el derecho a la salud que tienen los pacientes, reconocido tanto a nivel de tratados internacionales como a nivel constitucional. Se hace más complicada su situación, porque además de verse resquebrajada su salud, ello incide en el aspecto emocional, psicológico, económico y el soporte familiar.

De no asumir las medidas legislativas necesarias, los problemas antes referidos se agudizarán aún más, generando mayor demanda de órganos y tejidos por parte de pacientes enfermos, la salud de los pacientes se verá cada vez más resquebrajada, el presupuesto desinado por el Estado al tratamiento de los pacientes resultará insuficiente, el comercio ilícito de órganos tendría mayores posibilidades de incrementarse, entre otros; todo ello incide en la sociedad, más aún cuanto todos somos potenciales receptores de órganos.

A fin de evitar la agudización de problemas y la generación de otros problemas asociados, es que se propone adoptar la Teoría de consentimiento presunto de la donación de órganos en nuestra legislación, de manera que con ello se garantice el derecho a la salud de los pacientes en espera de órganos y tejidos.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Por qué la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú?

1.2.2. Problemas Específicos

1. ¿Cómo se regula la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos?
2. ¿Cuáles son los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos?
3. ¿Por qué la actual legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú?

1.3. Justificación

Como nos indica el profesor (Hernández 2012, p.40) “La relevancia de la investigación, indica el porqué de las investigaciones exponiendo sus razones y teniendo en cuenta los criterios para evaluar esa importancia potencial de una investigación”.

- a) **Criterio de Conveniencia:** Porque la investigación nos permitirá identificar situaciones de afectación del derecho a la salud de pacientes que requieren de órganos y tejidos para el restablecimiento o mejora en su salud, que si bien, ha venido siendo abordada por el Estado a partir de políticas públicas, como la adopción de la teoría del consentimiento

explícito en la legislación sobre donación de órganos y pese a las modificaciones legislativas realizadas, en la actualidad dicho problema aún se mantiene, principalmente por la escasez de donantes. Ante tal situación, corresponde brindar alternativas de solución decisivas, que pasarían principalmente por establecer una legislación sobre donación de órganos y tejidos que adopte la teoría de la donación presunta.

Es por ello, que resulta conveniente realizar la presente investigación.

- b) **Relevancia Social:** Adoptar la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos en nuestro país, representa una posibilidad fiable para garantizar la vida de las personas -pacientes en espera- quienes serían los principales beneficiados. Y con ello toda la población en su conjunto, debido a la trascendencia que tiene que un paciente restablezca y mejore su salud, tanto en su entorno personal, familiar y social.
- c) **Valor Teórico:** La presente investigación se orienta al estudio y conocimiento teórico de la donación de órganos, sus teorías y a partir de ello conocer los factores que identifican la actitud hacia la donación de órganos y tejidos en nuestro país.
- d) **Utilidad metodológica.** - El diseño de investigación metodológico, las técnicas e instrumentos con los que se obtiene resultados servirán para futuras investigaciones sobre el mismo tema.
- e) **Originalidad.** - Realizada la revisión exhaustiva, no existe otra tesis de pre-grado en Derecho que aborde el tema con los mismos objetivos y metodología.

1.4. Formulación de Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Explicar porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú.

1.4.2. Objetivos Específicos

1. Analizar la regulación de la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos.
2. Identificar los principales problemas de salud que atraviesa los pacientes en espera de órganos y tejidos.
3. Explicar porque la actual legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

El Marco Teórico del presente trabajo de investigación comprende el desarrollo de, el Marco Conceptual, los Antecedentes de la Investigación o Estado del Arte y las Bases Teóricas.

2.1. Marco Conceptual

2.1.2. Donación. –

El contrato de donación es aquel por el cual una de las partes, a quien se le denomina donante, se obliga a transferir de forma gratuita la propiedad de un bien a la otra, a quien se le conoce como donatario. (Avendaño, 2013, pág. 67)

2.1.3. Donación de órganos. -

La donación de órganos va aparejado al trasplante o injerto médico, esto es, al traslado de órganos, tejidos o células de una persona a otra. De manera que, el órgano que es trasplantado reemplaza y asume funciones; claro está, orientado a conservar la vida en mejor condiciones -calidad de vida-. (Avendaño, 2013, pág. 173)

Desde un punto de vista literal, no resulta adecuado utilizar la palabra donación, para referirse a los trasplantes de órganos, debido a que la palabra donación comprende la realización de un contrato referido a la transferencia de propiedad de un bien a título gratuito, por ende, se trataría de un bien valorizable económicamente; lo cual, cuando se refiere al cuerpo humano, no encuadra, en tanto no es posible atribuirle un sentido patrimonial toda vez que el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y, por lo tanto, no es valorizable en dinero. (Avendaño, 2013, pág. 173)

2.1.4. Consentimiento presunto de la Donación

Producido ante el acuerdo de voluntades y con un fin específico, es presunto debido a que se presupone que de algún modo o bajo determinadas condiciones se ha expresado un consentimiento. Condiciones o circunstancias que varían y que a nivel jurídico reciben protección legal en razón a la tutela de bienes u objetos de relevancia jurídica.

Al referimos a la donación de órganos y tejidos, encontramos dos teorías que explican la forma legal del consentimiento, estas son:

i) La teoría del consentimiento expreso y, ii) La teoría de consentimiento tácito o presunto, según este último, el “sistema presume que hay consentimiento para procurar los órganos y tejidos de toda persona en muerte cerebral a no ser que exista un registro expreso de su rechazo a ser donante (Álvarez, 2007, pág. 245)

2.1.5. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, son aquellos inherentes a cada persona por el sólo hecho de ser persona, y que han merecido atención y tutela por el ordenamiento jurídico, principalmente a nivel constitucional. Alude a los derechos más importantes reconocidos en un ordenamiento jurídico. (Bastos; et al, 2012, p. 195)

2.1.6. Derecho a la salud

Este concepto comprende elementos físicos y psicológicos.

En el caso de los elementos físicos y psíquicos, es obvio que las afecciones sufridas en el cuerpo o soma pueden incidir en el normal funcionamiento del aparato psíquico, así como los problemas y trastornos mentales pueden influir en la salud física y ser causa también de algunas enfermedades orgánicas; por lo que, su interdependencia en la atención de salud es un elemento fundamental de una visión integral del derecho (...). (Bastos; et al, 2012, p. 145)

2.1.7. Pacientes en espera

La conceptualización de pacientes en espera, comprende dos tipos:

i) Los pacientes en espera estructural; ii) Los pacientes en espera no estructural. Los primeros; vienen a ser “aquellos pacientes que, en un momento dado, están pendientes de ser intervenidos quirúrgicamente, y cuya espera es atribuible a la organización y recursos disponibles”. Por su parte, los pacientes en espera no estructural, comprende a “los pacientes que, en un momento dado, se encuentran pendientes de intervención quirúrgica, pero cuya espera no es atribuible a la organización y a los recursos disponibles”. (Sacyl, 2018)

De los tipos de pacientes en espera, detallados previamente, los pacientes en espera a los que se hace mención en el presente trabajo de investigación viene a ser el primero, es decir, a los pacientes en espera estructural, pues aquellos pacientes que está pendientes de ser intervenidos quirúrgicamente para que se les realice el trasplante de algún órgano o tejido; debido a la falta de recursos disponibles, esto es, debido a la falta de órganos y tejidos disponibles.

Los pacientes en espera, se encuentran comprendidos en un alista de espera, la misma que es definida por la (Dirección de Donaciones y Transplantes del Ministerio de Salud, 2018) como: Registro que integra a todos los pacientes a nivel nacional, y que contiene información como la indicación del tipo de trasplante, cuanto es el tiempo que demora el trasplante, sobre la compatibilidad entre donante y receptor, e información sobre la disponibilidad de órganos.

2.1.8. Órganos y tejidos

Órgano, es la parte diferenciada y vital del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura vascular y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante. (Instituto Nacional Central Único Cordnador de Ablación e Implante deI Ministerio de Salud de Argentina, 2009)

Tejido, es el grupo o conjunto de células similares que realizan una función en particular. (Boyd, 2013, pág. 704)

2.1.9. Políticas legislativas

Se trata de adoptar decisiones de contenido jurídico orientadas a regular legalmente determinados problemas que requieren ser abordados con la dación de leyes. “La política legislativa, se instala más bien en la esfera de la justicia material que tiene que ver con las razones justificatorias de aquello que el Derecho manda, prohíbe o permite.” (Prieto, 2012, pág. 404)

La política legislativa se refiere a una necesidad de actuación normativa, esto es, legislar en ciertas materias atendiendo la urgencia, necesidad de abordar algún problema social y que requiere atención normativa.

2.1.10. Ablación

Viene a ser: “la extracción de manera quirúrgica de los órganos y tejidos para realizar el trasplante, y puede ser multiorgánica, cuando se extraen varios órganos; y monorgánica cuando se extrae un solo órgano” (Carrión, 2001).

2.1.11. Proceso de los trasplantes

Es la tarea del equipo de trabajo consecutiva a la detección de la muerte de una persona bajo criterios neurológicos que incluye la certificación de muerte, la selección y mantenimiento del donante, la verificación en los registros de manifestación afirmativa o negativa, la extracción si correspondiere y la distribución de los órganos y/o tejidos. (Osorio, 2005)

2.2. Antecedentes de la Investigación

2.2.2. Tesis

Internacional

1^{ro}

Antonacci (2020) presenta la tesis intitulada “ANÁLISIS SOBRE MERCADOS DE DONACIÓN DE ÓRGANOS”, para optar al grado de Maestra en Derecho y Economía, en la Universidad Torcuato Di Tella de Argentina, 2020.

Siendo sus principal conclusión:

- i. Es cierto que el consentimiento presunto (opt-out) minimiza los costos de transacción en comparación con el consentimiento expreso (opt-in), en tanto no exige ningún acto positivo por parte de los potenciales donantes, esto es, no deben tomar ningún tipo de acción para ser legalmente considerados como donantes.

2^{do}

(Jasso, 2019) presenta la tesis intitulada “DESARROLLO DE UNA ESCALA DE ACTITUDES HACIA LA DONACIÓN DE ÓRGANOS POSTMORTEM.”, quien presento dicha investigación para optar al grado de Doctora en Psicología en la Universidad Veracruzana de México, 2019.

Siendo su principal conclusión:

- i. Es importante y necesario conocer las actitudes de los profesionales de la salud hacia la donación postmortem, al ser ellos los primeros en establecer la relación con la familia del donador potencial; de manera que, sus actitudes resultan siendo esenciales para promover un ambiente de respeto e influencia positiva por la donación de órganos.

3^{ro}

(Rusique Y Castro, 2018) presentan la tesis intitulada “LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO COMO MECANISMO PARA EL SUMINISTRO OPORTUNO DE ÓRGANOS Y COMPONENTES ANATÓMICOS A PACIENTES EN ESPERA DE TRASPLANTE EN COLOMBIA”, para optar al título de Abogado en la Facultad de Derecho, en la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia 2018.

Siendo sus principales conclusiones:

- i. El consentimiento presunto es un instrumento jurídico que permite contribuir en el desarrollo de programas médicos relacionados con el trasplante de órganos, tejidos o componentes humanos, que beneficia principalmente a los pacientes en espera, pacientes con necesidades terapéuticas, o que requieran algún tratamiento. El consentimiento presunto está vinculado a cuestiones éticas, sobre todo con la entrada en vigencia de la Ley 1805-2016 (Rusique & Castro, 2018).

4^{to}

Purificación (2016) presenta la tesis intitulada “IMPACTO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN FAMILIARES QUE HAN VIVIDO LA EXPERIENCIA; ESTUDIO

FENOMENOLÓGICO”, para optar al grado académico de Doctora, en la Universidad Alicante de España, 2016.

Siendo las principales conclusiones:

- i. El acercamiento a los significados de las experiencias vividas por las familias puede ayudar a descubrir unos argumentos (esencias) a tener en cuenta en el momento de acercarnos a ellas para abordar la donación de órganos (Purificación, 2016).
- ii. Las familias coinciden en hablar sobre la donación, el duelo, la muerte, el consuelo que les produce la donación y la importancia del apoyo recibido. Manifiestan sus sentimientos y necesidades (Purificación, 2016).

Nacionales. -

5^{to}

Cueva (2021) presenta la tesis intitulada “EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y CONSENTIMIENTO EXPLÍCITO INFORMADO RESPECTO A LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN EL PERÚ”, para optar al título de Abogada en la Universidad Cesar Vallejo, 2021.

Siendo la principal conclusión:

- i) El consentimiento presunto, tácito o *opt out* es un mecanismo jurídico imprescindible donde se considera como supuestos donantes de órganos y tejidos humanos a todos los ciudadanos de un determinado país (Cueva, 2021).

6^{to}

(Peralta, 2018) presentó la tesis intitulada “FACTORES RELACIONADOS A LA ACTITUD FRENTE A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN FAMILIARES DE PACIENTES HOSPITALIZADOS. HOSPITAL GOYENECHÉ”, para optar al grado de Maestría en Ciencias: Salud Pública con mención en: Epidemiología y Demografía en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Escuela de Post grado, 2018.

Siendo su principal conclusión:

- i. Se advierte que los familiares de pacientes que se encuentran hospitalizados en el Hospital Goyeneche, muestran actitud favorable y aceptables a la donación de órganos.

7^{mo}

(Tello, 2017) presentó la tesis intitulada “CONOCIMIENTOS Y ACTITUDES HACIA LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN INTERNOS DE ENFERMERÍA DE DOS UNIVERSIDADES PRIVADAS DE LIMA NORTE”, para optar el título de Licenciada en Enfermería en la Universidad Católica Sedes Sapientiae, 2017.

Siendo sus principales conclusiones:

- i. Un sistema de atención de salud que no conoce los factores que influyen en la donación y trasplante de órganos y tejidos fracasará en el desarrollo de buenas políticas y estrategias para la donación y trasplante de órganos y tejidos (Tello, 2017).

Preciado (2019) presenta la tesis intitulada “JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA APROBACIÓN DE LA DONACIÓN SOLIDARIA DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS EN EL PERÚ” para optar al título de Abogada en la Universidad Cesar Vallejo de Piura, 2019.

Siendo su principal conclusión:

- i) La adopción del sistema del consentimiento presunto tiene por finalidad combatir el déficit de donantes en nuestro país (Preciado, 2019).

Artículo de especialidad

(Gil, 2015) presentó es el intitulado “LA IMPORTANCIA DE LA ACTUACIÓN MÉDICO-LEGAL EN LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS” presentado por M. Alonso Gil, en la revista denominada Cuaderno de Medicina Forense, Málaga España, en el año 2015, pág. 6-11.

Para quien es importante:

- i. Resaltar el importante apoyo o colaboración realizada por los jueces y forenses; al posibilitar la donación de órganos y tejidos, en tanto se trata de un proceso asistencial que permite generar más años de vida. Se ha evidenciado que el 23% de los donantes requieren contar con autorización judicial para poder realizar la extracción de órganos y tejidos. Si bien el porcentaje es importante, se deben mantener los esfuerzos por incrementar el porcentaje, pues como trabajadores o

servidores públicos los profesionales mencionados realizan un trabajo del cual se sienten orgullosos. (Gil, 2015)

- ii. Aun cuando es importante el trabajo desarrollado no se encuentran satisfechos, debido al fallecimiento de los pacientes que cada año es de 5% a 10%, sobre todo porque el órgano o tejido no llega a tiempo. De manera que, la postura es que el porcentaje de rechazo a la donación sea mínimo por parte de la ciudadanía. En el caso de las personas fallecidas, en estos tiempos se encuentran debidamente estudiadas y analizadas, y representan un sector importante para la donación de órganos, esto se puede determinar debido a los adelantos científicos que han permitido conocer más sobre las causas de muerte; puesto que, se trata de un potencial donante que permite salvar vidas humanas; objetivo que de seguro coincide con el deseo de los jueces y forenses, a quienes se le expresa gratitud por que contribuyen a salvar vidas. (Gil, 2015)

2.3. Bases Teóricas

Las Bases Teóricas, comprende tres sub capítulos:

- El primero, en el numeral 2.3.1. intitulado “Teoría del Consentimiento Presunto”, referido a nuestra primera categoría de estudio.
- El segundo, en el numeral 2.3.2. intitulado “Derecho a la Salud de Pacientes en Espera”, referido a nuestra segunda categoría de estudio, y
- El tercer, en el numeral 2.3.3. intitulado “Donación de órganos y tejidos y el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú”

SUB CAPÍTULO I

2.3.1. Teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos

2.3.1.1. Aspectos preliminares asociados a la Bioética

El desarrollo de la presente investigación se enmarca dentro de las consideraciones expuestas por la bioética; en ese sentido hemos de precisar el contenido de esta institución.

En 1970, gracias al científico y oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter se dio inicio al estudio de la bioética, que según (Varsi R. E., 2015, pág. 55), en su libro de Derecho Genético “Es una disciplina que estudia las relaciones entre la ética y la vida (...) reflexiona sobre las prácticas de los bioprofesionales, promoviendo y fomentando el respeto por la vida, la integridad de las personas, la salud y protección de la humanidad” (Varsi R. E., 2015).

Por su parte, (Casado, 2015, pág. 47), de manera más precisa refiere que, “la bioética es una disciplina que aparece como puente entre las ciencias y las humanidades”.

Del texto citado, se advierte que al referirnos sobre la Bioética, nos encontramos frente a un comportamiento asociado a la vida y a procedimientos y políticas orientados a su protección, donde el Derecho tiene un rol preponderante porque se encarga del desarrollo y estudio de normas orientadas a tutelar la vida y a regular los actos médicos; es por tal motivo, que algunos autores propusieron denominarle Bioderecho, y otros optan por denominarle “juridificación de la bioética” (Atienza, 2010, pág. 65).

2.3.1.1.1. Biomedicina, biotecnología y genética

En los últimos años la tecnología médica ha ido avanzando de manera importante en diferentes áreas del conocimiento, que ha motivado el desarrollo de disciplinas del conocimiento como la biotecnología, la genética y la biomedicina, sin dejar de prestar atención a la bioética.

La Biotecnología, es entendida como, “Toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos” (Convención on Biological Diversity de la Organización de Naciones Unidas, 1992). Por su parte, la Genética, según (Varsi R. E., 2007, pág. 5): “Es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación”. Finalmente, y no menos importante, la Biomedicina, según Walter Bradford Cannon, citado por (Echaiz, 2012, pág. 34) en el libro referido a las patentes de las células madres refiere:

Esta rama de las ciencias biológicas se ocupa de aumentar los conocimientos relacionados con la medicina (...), incluye todas aquellas ramas de la biología que están (o pudieran estar) relacionadas con la enfermedad. (...) permite la inclusión de casi toda la biología y otras ciencias, como la Física y la Química (Echaiz, 2012).

La vinculación entre la Biotecnología, la Genética y la Biomedicina, se exhibe cuando se realizan diferentes estudios científicos entre los que se encuentran, el código genético del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), el Ácido Ribonucleico (ARN) mensajero, las TERAS (las técnicas de reproducción asistida), la clonación, el diagnóstico prenatal, el trasplante de órganos, la Eutanasia, la adecuación al sexo, la Criogenia, la Partogénesis, la maternidad subrogada, las células madres, entre otras.

Como se puede advertir, el desarrollo de la Biotecnología permite un estudio más detallado de la genética y la biomedicina, trayendo consigo importantes avances; sin embargo, este desarrollo también genera preocupación y tensión ante la aplicación de nuevas tecnologías; tal situación hace necesario regular las prácticas que pudieran poner en peligro la dignidad e integridad de los seres vivos, esto incluye al ser humano.

Es así que después de arduos debates en Comités Institucionales de Ética se empieza a regular los denominados principios de la bioética; siendo estos, “el de autonomía o respeto a las demás personas, beneficencia, justicia, no maleficiencia” (Atienza, 2010, pág. 42). Estos principios son considerados como punto de partida sobre cualquier discusión de problemas bioéticos, los cuales deben guiar y limitar toda clase de investigación o ensayo en seres humanos.

De los temas señalados y en atención al tema materia de investigación, abordaremos el tema de trasplante de órganos.

2.3.1.2. Conceptos Preliminares

2.3.1.2.1. Ser humano

Según el (Diccionario de la Lengua Española, 2019): Que tiene naturaleza de hombre; para referirse al conjunto de los hombres.

2.3.1.2.2. Persona

Persona Humana o simplemente de persona para referirse al ser humano, añade algo a “persona” pero también a “humano”. La palabra persona se contrapone a la de animal o cosa

y se vincula con la de individuo, pero, en estricto, no se identifica con él. (Diccionario de la Lengua Española, 2019)

Se aproxima al término *ser humano*, pero estrictamente tampoco se le superpone; no solo porque la palabra *persona* es usada para designar también otras entidades (como las personas divinas en el ámbito religioso) sino porque lo califica de manera especial cuando se refiere a él. (Bustamante, 2020, p. 5)

2.3.1.2.3. Dignidad Humana

La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana. (Resolución N° 2273-2005-PHC/TC, 2006)

De manera que la dignidad humana, dota de valor a las personas por el solo hecho de serla y la ubica por sobre cualquier otro ser natural y frente a otras de carácter artificial o también denominada transpersonal.

2.3.1.2.4. Manifestación de Voluntad

El término manifestación de voluntad, se remite al proceso interno de formación mental que se materializa cuando ésta queda exteriorizada mediante la manifestación. En palabras de Díez Picazo, la manifestación de voluntad es definida como una intención revelada por la conducta del declarante, la que en principio es relevante para la teoría del acto jurídico y

constituye el fundamento de hecho del concepto jurídico de la declaración de voluntad.
(Amado V, s/f)

2.3.1.2.5. Consentimiento presunto

De acuerdo a la definición expuesta por el diccionario de la (Diccionario de la Lengua Española, 2019) es: “El consentimiento prestado mediante actos reiterados del titular de los datos que revelan que, efectivamente, ha otorgado dicho consentimiento”.

Desde una perspectiva jurídica, el consentimiento presunto se genera en los supuestos en los que el titular del bien jurídico se ve imposibilitado de consentir (manifestar su voluntad), presumiéndose su consentimiento en la hipótesis o ficción de que él habría consentido, en caso de conocer el hecho y tener la ocasión para hacerlo. (Chang, 2017, pág. 260)

2.3.1.2.6. Principio de Solidaridad

La existencia de un nexo ético y común, es el fundamento del principio de solidaridad, debido a que se orienta a la promoción de deberes tales como, la retribución, el bien común, redistribución adecuada de beneficios sociales, porque la vivencia en sociedad es consustancial a la existencia de la humanidad. En esta línea de pensamiento se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, “(...), la finalidad de este principio es que en las relaciones entre los miembros de la comunidad exista un nexo ético y común, (...). Fundamento 15 de la Sentencia en (Expediente N° 2016-2004-AA/TC, 2005)

La vocación comunitaria de la persona conduce al valor de la solidaridad, el cual se encuentra íntimamente vinculado con el de la fraternidad, que permite recordar la trilogía de la Revolución Francesa, que se sustentaba en postulados sobre el desarrollo de las

personas, el progreso de la comunidad, cuidado y protección de la naturaleza, es decir, que aceptaba los valores comunes que permitían la vida comunitaria.

Características del valor solidaridad:

1. Parte de reconocer la realidad que tiene la otra persona, así como la consideración de las circunstancias o problemas que atraviesa, a fin de motivar su solución, sea con intervención pública o de terceras personas.
2. Uno de sus objetivos es construir una sociedad que promueva la consideración entre ellos, y poder resolver dentro de ella las necesidades personales asociadas a la vocación moral como seres libres y autónomos.
3. Permite la generación de cauces de comunicación social, esto es, un dialogo entre personas a fin de encontrar criterios morales de carácter comunitario y que superen al subjetivismo o individualismo; esto quiere decir, que se trata de un proyecto moral que busca ser universalizado.
4. Motiva el reparto de deberes y derechos, tanto por parte de los poderes público, como por los particulares, de manera que se contribuye al desarrollo social e integral de las personas y de su entorno.

La solidaridad, viene a ser un concepto trascendental en la interpretación y aplicación de derechos fundamentales. Pues muestra un lado opuesto al egoísmo (no solidario) y a la idea de que los derechos son absolutos -ilimitados- o que su ejercicio se realice sin importar los daños que pueda generar -abuso de derecho-. De manera que, exige un ejercicio solidario de los derechos, respetando el derecho de los demás y evitar cualquier perjuicio que se pueda causar.

2.3.1.3. Sistemas de Donación

2.3.1.3.1. Sistema de manifestación de voluntad o consentimiento directo

Antes de referirnos al sistema de manifestación de voluntad o consentimiento directo, corresponde realizar un preámbulo en relación a la manifestación de voluntad.

La manifestación de voluntad encuentra sustento en el acto jurídico, pues éste, tiene como elementos los siguientes:

- Partes
- Objeto
- Manifestación de voluntad
- Causa.

Elementos que se desprenden del significado de acto jurídico contemplado en el artículo 140 del Código Civil “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez requiere: 1. Agente Capaz; 2 Objeto física y jurídicamente posible; 3. Fin licito, observancia prescrita bajo sanción de nulidad” (Código Civil , 1984).

Desde su concepción clásica, el acto jurídico “Ha sido descrito como aquel acto voluntario y lícito que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas; crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos como reza el artículo 944° del Código Civil Argentino; pero este acto voluntario y lícito debe provenir de una expresión de voluntad”. (Lohman, 1986, pág. 27)

De manera contemporánea podemos citar a Taboada (2002), quien advierte la diferencia entre la concepción clásica francesa del acto jurídico y alemana del negocio jurídico, desde una perspectiva alemana señala que, “El negocio jurídico constituye un supuesto de hecho, al cual la ley le atribuye efectos jurídicos en concordancia con los efectos prácticos buscados por las partes o por el declarante”. (Taboada, 2002, pág. 148)

Desde tal perspectiva, la declaración de voluntad resulta ser el elemento fundamental, respecto del cual Taboada precisa que:

Se exige como requisito que la voluntad exteriorizada haya sido formada libremente, sin vicios de voluntad... Al estudiar este elemento la doctrina considera que la declaración de voluntad constituye toda conducta a través de la cual el sujeto exterioriza la voluntad de producir un efecto práctico amparado por ley. En otras palabras, se entiende por declaración de voluntad la conducta que exterioriza la voluntad y la propia voluntad declarada a través de dicha conducta declaratoria; de forma tal que tanto la declaración como la voluntad declarada constituyen dos aspectos de un mismo concepto, íntimamente vinculado entre sí, por cuanto la voluntad es declarada a través de una conducta y esa conducta exterioriza una voluntad. (Taboada, 2002, págs. 149-150)

La declaración de voluntad, tendrá una doble función, por un lado, su realización produce efectos jurídicos; y por el otro, se orienta a ser conocida por la otra parte:

Implica la cúspide del recorrer todo un *iter*; que va desde las desideratas psicológicas del sujeto de derecho hasta su comunicación con otro... Entonces, habría que avenir con la explicación de Larenz, cuando sostiene que en la

declaración de voluntad se da una doble función: De una parte, es como acto determinante, un medio de autodeterminación, una realización de la voluntad del declarante dirigido a producir un efecto jurídico. Pero al propio tiempo es, como manifestación destinada a ser conocida por otros, un acto de comunicación social, interpersonal. (Nuñez, 2014, págs. 590-591)

Ahora bien, desde una perspectiva legislativa, la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita; así el artículo 141 del Código Civil prescribe:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaraciones en contrario. (Código Civil , 1984)

De acuerdo a lo previsto por el texto normativo antes citado, la manifestación de voluntad puede ser tácita; en el segundo párrafo se precisa que no puede considerarse que existe manifestación tácita, cuando la ley exige declaración expresa. Aspecto que es importante tener en consideración, en tanto, refleja la postura adoptada por la legislación civil peruana de la teoría de la manifestación de voluntad expresa y que se replica en todo el ordenamiento jurídico, que a su vez comprende la legislación referida a la donación de órganos y tejidos humanos, esto es, la ley 28189, vigente hasta la dación de la Ley 31756.

Lo antes descrito, representa el sustento teórico de la postura adoptada por el sistema jurídico peruano en relación a la donación de órganos y tejidos humanos, nos referimos a la teoría de la declaración de voluntad, por la cual, se requiere del consentimiento previo para ser considerado como donante de órganos y tejidos.

Ahora bien, realizada las precisiones antes indicadas, nos referiremos al denominado consentimiento directo o simple, más allá de sus denominaciones, se trata de la manifestación expresa que realiza una persona en vida, para poder ser un donante en el momento de su muerte, es decir, que en caso fallezcan sin antes haber expresado o pronunciado su consentimiento para donar sus órganos, no es posible realizar la donación de sus órganos o tejidos; cabe precisar que esto se respeta aun cuando los parientes estuviesen de acuerdo.

Los países que asumen esta posición son Alemania, Australia, Canadá, Chipre y Perú.

2.3.1.3.2. Sistema de Consentimiento Expreso ampliado

En relación al sistema de consentimiento Expreso Ampliado el Congreso de Chile ha emitido un informe referido a los Sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado, en cuyo contenido, (Informe del Congreso Nacional de Chile, 2012, pág. 4). ha referido:

Sistema que postula, que el fallecido, en vida debió haber expresado -consentido- la extracción de órganos, pudiendo ser mediante la identificación de donante. Es decir, si no existe el consentimiento expreso, recae en los parientes poder tomar la decisión sobre la extracción. Tiene como fundamento una voluntad conocida y presunta del

fallecido, quien delegaría la manifestación de su voluntad en los parientes. (Informe del Congreso Nacional de Chile, 2012, pág. 4).

Los países que asumen esta posición son los países de Dinamarca, Holanda, Estados Unidos.

2.3.1.3.3. Sistema de Consentimiento Indirecto o Presunto

En el sistema del consentimiento presunto o indirecto, se ha previsto que:

(...), ante el silencio en vida del donante, la ley presume su condición de donante. Si el fallecido no ha declarado expresamente en vida su voluntad de no ser donante, por ejemplo, en un registro de no donantes, entonces los órganos pueden ser extraídos para ser trasplantados, sin perjuicio de la oposición de los parientes. (Informe del Congreso Nacional de Chile, 2012, pág. 4)

Adviértase en este sistema, la importancia que adquiere la Ley, pues es a partir de ella que se prevé la condición de donante del fallecido; de manera que, si el fallecido en vida no declara expresamente no ser donante, por aplicación de la Ley se podrán extraer sus órganos para ser trasplantados.

Los países que adoptan este sistema son: Argentina, Chile, Colombia; en Europa: Austria, España, Grecia, Hungría, Israel, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa.

2.3.1.3.4. Sistema de Consentimiento Presunto, con oposición de los parientes

El presente sistema, representa una variante del sistema de consentimiento indirecto o presunto:

Al no haber consentimiento expreso, por prescripción legal se presume la voluntad de donar, con un resguardo importante como es el derecho de los parientes a oponerse; es de precisar que, estando consagrado el sistema de consentimiento presunto y sin que la ley lo requiera, se consulta a los parientes igualmente, lo que modifica en la práctica el sistema legal de donantes. (Informe del Congreso Nacional de Chile, 2012)

Los países que adoptan este sistema son: Bélgica, Bulgaria, Croacia, Finlandia, Noruega, Turquía y Venezuela.

2.3.1.3.5. Sistema de la Extracción Informada.

Este sistema centra su atención en la comunicación y transmisión de información orientada a exponer todos los aspectos y circunstancias vinculadas con la donación de órganos y tejidos.

El consentimiento informado. Tiene la función de informar explícitamente todas las implicaciones del acto médico a realizar. Asimismo, implica la obligación del médico de establecer un proceso de comunicación con su paciente para que ambos tengan la información comprensible y necesaria para tomar decisiones que permitan enfrentar de mejor manera la enfermedad. De esta forma percibimos que el consentimiento informado es mucho más que solicitar una

firma, es un proceso de comunicación en el cual el médico y el paciente se deben poner de acuerdo y entender que la finalidad es atender el padecimiento del enfermo por el bien del mismo. (López, 2019, pág. 115).

Lo expuesto, permite tomar una adecuada decisión en atención a la información adecuada; siendo así, se toma como base la disponibilidad para donar órganos y tejidos al no haber declarado en vida su voluntad en contrario; esto motiva, por ejemplo, cuando alguien fallece, a que los parientes sean instruidos de la extracción de órganos a realizarse; ello, no implica que se les conceda algún derecho a oponerse. (Informe del Congreso Nacional de Chile, 2012)

Entre los países que adoptan este sistema se tiene a Francia, Suecia.

2.3.1.4. El Consentimiento Presunto de la Donación de Órganos y Tejidos

2.3.1.4.1. Antecedentes de la Teoría del Consentimiento Presunto de la Donación de órganos y Tejidos

El antecedente a la teoría del consentimiento presunto es la teoría del consentimiento expreso, que encuentra amparo legal en el Código Civil italiano de 1942, el mencionado Código regulaba en el artículo 5 la prohibición de disponer todo o parte del cuerpo, teniendo en consideración los siguientes supuestos, “Cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física y cuando sean contrarios a la ley, orden público o buenas costumbre”. (Código Civil Italiano, 1952).

De igual forma, la teoría del consentimiento expreso es acogido por la legislación francesa en de julio de 1952, cuando en su regulación permitía la venta de sangre. De manera similar, en 1952 Sudáfrica reconoce en su legislación civil la donación y el trasplante de órganos de personas vivas.

En el continente americano, el Estado de Massachusetts emitió el primer dispositivo legal, permitiendo que personas mayores a 21 años puedan decidir la donación de órganos, con la finalidad de evitar la comercialización y la difusión de un mercado negro de órganos. (Espinoza Espinoza, 2019)

En relación al antecedente legislativo que adopta la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos, se encuentra la legislación argentina y la ubica como uno de los primeros países en Sudamérica en acoger esta teoría mediante la Ley 26066 de 2005 que modificó la ley 24193, ésta norma establecía que toda persona mayor a 18 años de edad es considerada donante, salvo que excepcionalmente manifiesten su voluntad en contrario. Así, se aprecian los siguientes artículos:

Artículo 8.- (...) En caso de muerte natural, y no extendiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumera, siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma. i) al cónyuge no divorciado; ii) Cualquiera de los hijos mayores; iii) Cualquiera de los hermanos mayores de 18 años; iv) Cualquiera de los padres (...)

Artículo 9.- En caso de muerte violenta la autoridad competente adoptará los recaudos tendientes a ubicar a las personas enumeradas en el artículo anterior a efectos de que los mismos den cuenta o testimonien la última voluntad del causante (...).

Adviértase del contenido de los artículos citados, que, en caso de muerte natural y no extendiendo manifestación expresa del difunto, deberá entenderse que se está frente a un presunto donante. Es de esta manera que la legislación argentina adopta la teoría del consentimiento presunto; además de prever la participación de los parientes en uno de los supuestos más trágicos, como es la muerte violenta.

Otro antecedente lo encontramos en la legislación española:

La legislación española establece que todo ciudadano español que en vida no manifiesta su oposición a la donación de órganos y tejidos, será donante a su fallecimiento siempre que sea válido. A esto se le llama *consentimiento presunto*. (...), (Trigo, B., et al, 2009, p. 63).

2.3.1.4.2. Conceptualización del consentimiento presunto

Se entiende por consentimiento presunto a aquella declaración tácita:

Su consentimiento se encuentra en el ámbito de la presunción, en la cual no se hace necesaria una constancia de aceptación, (Paredes, Braylyn; et al, 2021).

Como se puede advertir, la presunción a la que se refiere, está vinculada con suposición que realiza el Estado para procurar la donación de órganos y tejidos. De esta manera el potencial donante es considerado como uno que se encuentra en la posición de aceptación y conocimiento de la donación de órganos y tejidos.

Es decir, hay una inversión de la carga hacia quien es la parte potencial donante.

El consentimiento presunto se da cuando la persona que falleció, no expresó en vida la donación (...). Ante esta situación, y dando prioridad al interés público, la ley y el Estado presumen un reconocimiento o autorización implícita de la persona como donante después de su muerte, siempre y cuando este no haya manifestado su oposición en vida a dicha cesión. Destaca en aplicación de esta política pública, los países de Argentina, Uruguay y Colombia, (Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria de Congreso de la República, 2018, p. 13).

En el otro extremo de la posición del modelo del “*consentimiento expreso*”: “(...)”, se encuentra el modelo denominado como “consentimiento presunto”. (Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2017).

La misma Comisión se pronuncia señalando, que la adopción de este modelo ha conllevado a un sin número de debates; pues los doctrinarios abordan con énfasis el aspecto ético, señalando que las implicancias éticas giran en relación a la preponderancia del derecho de una persona a disponer de su cuerpo y de la libertad religiosa o, por otro lado, el de privilegiar el interés público (obtención de órganos, tejidos o células para salvar vidas)

Según De la Nata citado por (Chang, 2017, p. 262):

Será entonces el conocimiento de esta voluntad basándose en criterios corroborables objetivamente el que permita en determinados casos hablar no ya de una conducta típica, precisamente porque no se realiza el hecho descrito en la prohibición penal.

Según refiere Zuñiga (2015):

Con el consentimiento presunto los órganos para trasplante, una vez que han sido donados, se transforman en un bien público, pues es el estado el que regula su

adjudicación. A su turno, todas las personas como ocurre con los bienes públicos- tienen derecho a ello cuando los necesitan, (...). (Zuñiga, 2015, pág. 1334).

2.3.1.4.3. Disposición sobre el Cuerpo Humano

Según (Espinoza Espinoza, 2019, pág. 433), “La facultad de disposición sobre el propio cuerpo es una situación jurídica dependiente del derecho a la integridad, en el sentido que la propia persona, entendida en su inescindible unidad psicosomática, tiene el poder de decidir sobre su propio organismo”.

El cuerpo humano en el aspecto jurídico se encuentra asociado al derecho a la integridad personal la misma que tiene implicancias con el derecho a la salud y con el derecho a la seguridad personal, el primero, reconoce el atributo a no ser sometido o a no autoinfligirse medidas o tratamientos susceptibles de anular, modificar o lacerar la voluntad, las ideas, pensamientos, sentimientos o el uso pleno de las facultades corpóreas; en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Resolución (Expediente 2333-2004-HC/TC).

En el fundamento 2.1, 2.2 y 2.3, teniendo en consideración lo previsto en el inciso 1 del artículo 2 de nuestra Constitución, que sobre la integridad se precisa que se conceptualiza en 3 planos, el físico, psicológico y moral; se refiere a la integridad física, respecto de la cual advierte que presupone en derecho a la conservación de una estructura corporal, que conlleva a conservar la forma, la disposición y el funcionamiento del cuerpo en su conjunto y que va asociado a la salud. También asocia la integridad moral, la misma que como derecho define aquellos fundamentos de las personas en el plano de la existencia.

Fundamentos que dotan de obligaciones al ser humano por mandato de su conciencia que, sumado a aspectos vinculados con la integridad psíquica, se orienta a la preservación de aquellas habilidades motrices, emocionales e intelectuales.

Según refiere Cifuentes, citado por Varsi: El cuerpo humano es la manifestación visible de la persona, un objeto de especial consideración y, por tanto, pasible de relaciones jurídicas, (Varsi Rospigliosi, 2019, pág. 10).

La principal referencia en torno al derecho al cuerpo la encontramos en el aforismo *in corpus suum potestas* y *potestas in se ipsum*, cuya traducción se encuentra asociada al derecho a tener potestad sobre su propio cuerpo. Éste derechos según (Varsi Rospigliosi, 2019, pág. 13) comprende:

El cuerpo *in toto* o *lato sensu*, el aspecto total; y, el cuerpo *in partibus* o *strictu sensu*, las partes regenerables o renovables.

En relación al extremo referido al cuerpo *in partibus*, se asocia con los actos de disposición, cuando el Tribunal declara:

Solo son admisibles cuando surge una exigencia ante un estado de necesidad, una razón médica o motivos de humanismo (pérdida de un miembro u órgano para salvar el resto de la estructura corpórea, una gangrena o la donación de órgano para preservar la vida ajena. (Expediente 2333-2004-HC/TC, 2004).

El cuerpo *in partibus*, es concebido por un sector de la doctrina como el derecho a las partes separadas del cuerpo y son consideradas cosas susceptibles de propiedad por parte de su titular, así, el profesor Enrique Varsi, cita al brasileño Bittar: refiere

Una vez que ha sido separadas del cuerpo, pertenecen a la persona de la cual se la extrajeron, así como los elementos artificiales que la integran (órganos y miembros artificiales, pelucas, prótesis dentarias, (Varsi E. , 2019, p. 14).

Entiéndase que, hay partes del cuerpo que es posible que puedan ingresar al comercio, tal es el caso de los cabellos y uñas, que son susceptibles de valoración y permite la celebración de contratos con fines económicos, con diversos fines (estéticos, adornos u otros).

En el escenario de legislación específica, la concordancia la encontramos en el artículo 7 del Código Civil, el cual prescribe:

La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

Este artículo autoriza la donación de ciertas partes del cuerpo, sean órganos o tejidos; siempre y cuando ello no perjudique su integridad física, salud y vida del donante.

En legislación comparada, entre la que se encuentra el artículo 56 del Código Civil y Comercial argentino se prescribe:

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, (...), (Código Civil y Comercial argentino).

Como se puede advertir, se contempla la regla del derecho a la privacidad desde la esfera de la voluntad, amparando la decisión individual de disponer del propio cuerpo.

En tal virtud, siguiendo la línea de la legislación nacional, comparada y el pensamiento del Tribunal Constitucional, solo es posible disponer de aquellas partes de cuerpo cuyo despojo no disminuya permanentemente su integridad física, esto permite que una persona pueda ceder partes, sustancias y tejidos susceptibles de regeneración y siempre que no atente de manera grave la salud o ponga en riesgo la vida.

2.3.1.4.4. El cadáver

De acuerdo a lo previsto en el artículo 61 del Código Civil, “la muerte pone fin a la persona”, al respecto el profesor Fernández (2007) afirma:

Expresar que la muerte pone fin a la persona significa, en otros términos, que no existe más sujeto de derecho, ente o centro de referencia normativa al cual atribuir situaciones jurídicas, derechos y deberes. Con la muerte concluye la capacidad jurídica inherente a la persona humana (Fernandez C. , 2007, págs. 216-217).

Desde una perspectiva doctrinaria, encontramos dos posiciones teóricas en torno a la naturaleza jurídica del cadáver; la primera es la teoría que considera al cadáver como sujeto de derecho, y comprende a la **teoría de la personalidad residual**, que considera al cadáver con un resto de personalidad sujeto a la decisión de los deudos, quienes tienen el derecho de decidir sobre el destino del cadáver o velar al muerto, comprendiendo cierta consideración después del deceso; la segunda, es la **teoría que considera al cadáver como objeto de derecho**, y comprende la teoría de la res y la discusión en torno a la comerciabilidad del cadáver; al respecto Messineo citado por (Mendoza Benza, 2013)

refiere:, “sobre la base de los principios generales, se considera cosa al cadáver, puesto que con la muerte se ha dejado de ser persona y así el sujeto se transforma en objeto”.

Siguiendo la postura que considera al cadáver como una cosa, se extiende a ser un bien, y por tanto, susceptible de ser considerado como un sujeto de derecho, por lo que merece protección jurídica; se encuentran los artículos del Código Civil; artículo 15 que protege el derecho a la imagen tanto de la persona en vida como después de su muerte; el artículo 16 tutela las comunicaciones que se relacionen con la intimidad de la vida personal y familiar del difunto; y el artículo 17 que hace eficaz el derecho a la imagen, el secreto y reserva de las comunicaciones del difunto.

En relación al cadáver se postulan diversas teorías, una de las cuales ha sido adoptada por nuestro país.

Entre las teorías jurídicas respecto del cadáver se tiene:

- El cadáver como sujeto de derecho: Teoría de las semipersonas y de la personalidad residual.
- El cadáver como objeto de derecho: Teoría de la res y la discusión en torno a la comercialización del cadáver.

En nuestro país, se ha considerado al cadáver como un bien, respecto del cual, se puede desplegar el poder jurídico de un sujeto de derecho. De la revisión del artículo 61 del Código Civil, tenemos que la muerte pone fin a la persona, y ello guarda contraste con lo precisado por el artículo 15:

La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden (Código Civil , 1984).

Advertimos que el derecho a la imagen se entiende a vivos y muertos, y como tal no puede ser violada. Desde una perspectiva Penal el artículo 318 del Código Penal establece una sanción ante la profanación del lugar donde reposa un muerto.

El artículo 318 del Código Penal, se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de dos años a quienes profanan el lugar en que reposa un muerto o públicamente lo ultraja (inciso 1); aquel que turba un cortejo fúnebre (inciso 2); y aquel que sustrae un cadáver, o una parte del mismo, o sus cenizas, o lo exhuma sin la correspondiente autorización (inciso 3).⁵¹ Evidenciamos en el presente artículo la protección a los restos mortales de la persona humana y al cuerpo inerte, ya sea que se trate de su cuerpo inerte - todo o parte- o de las cenizas de este, y de los ritos o ceremonias que en torno al cadáver se llevan a cabo. Entendemos que la eficacia, en estos casos, de tutelar la intangibilidad del cadáver no radica en sus herederos o

familiares sino en general en la sociedad y el Estado por tratarse de delitos penales (Mendoza, 2013, pág. 57)

La legislación anterior, Ley General de Salud, preveía:

Artículo 114: Los cadáveres de personas no identificadas o, que, habiendo sido identificados, no hubieren sido reclamados dentro del plazo de treinta y seis (36) horas luego de su ingreso a la morgue, podrán ser dedicados a fines de investigación o estudio. Para los mismos fines podrán utilizarse cadáveres o restos humanos, por voluntad manifiesta de la persona antes de fallecer o con consentimiento de sus familiares (Ley General de Salud).

Por su parte, la Ley 31756, se refiere al donante cadavérico y señala:

Donante cadavérico. Toda persona capaz civilmente que haya fallecido y de la que se pueda extraer órganos o tejidos para su posterior trasplante con fines terapéuticos. Dicha persona, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, el reglamento o las demás normas sobre la materia, no debe haber manifestado en vida su voluntad de no donar órganos o tejidos con fines de trasplante (Ley N° 31756, 2023).

2.3.1.4.5. Principios que justifican la Donación Presunta de Órganos y Tejidos

A. Solidaridad

La solidaridad, expresar en términos de empatía por los semejantes, tiene como finalidad, que las relaciones entre los miembros e integrantes de una comunidad se fortalezca a razón de un nexo ético y común, que lleve a entender que la sociedad es

consustancia al a existencia de los seres humanos. Este principio, promueve el cumplimiento de una serie de deberes; entre ellos, el deber de la colectividad de lograr el bien común; y, el deber de redistribuir adecuadamente los beneficios sociales (FJ 15). (Resolución N° 2016-2004-AA/TC, 2005).

B. Reciprocidad

De acuerdo a la RAE, “correspondencia mutua de una persona o cosa con otra”. (Diccionario de la Lengua Española, 2019).

Como principio, tiene aplicación en la asignación de órganos para trasplante con la finalidad de ampliar el registro de donantes.

Algunos autores han derivado el deber de reciprocidad de un deber moral general llamado “deber de ayuda mutua” o “deber de socorro”. Este deber moral ha sido el fundamento de las leyes promulgadas en diferentes países que obligan a todos los ciudadanos (no sólo médicos o policías) a ayudar a una persona en grave peligro. (Zúñiga, 2015, p. 1334)

Su aplicación permite señalar que los ciudadanos realizan un favor, esto es, la donación de órganos.

2.3.1.4.6. El comercio de órganos, como consecuencia ante la falta de donantes

La venta de órganos es un negocio vigente a nivel local y sobre todo a nivel internacional, no se requiere recurrir a bibliografía especializada para acceder a este tipo de información; es suficiente con acceder a internet para poder encontrar en oferta órganos en todas partes

del mundo. El internet es una ventana comercial tanto para compradores como para vendedores.

Es la necesidad angustiosa del trasplante de órganos, y la creciente demanda de órganos la que ha generado un espacio para el tráfico de órganos, esta práctica consiste en extraer órganos humanos con fines comerciales; de manera que “quien posee dinero puede acceder a la compra de órganos”. (Mendez & Camacho, 2006, pág. 527)

Esta práctica es considerada ilegal en gran parte del mundo, es por ello que se considera como ilegal, como se puede apreciar de la Declaración de Estambul y la Resolución WHA63.22 (2010) donde se aprecian los principios rectores de la OMS sobre trasplante de órganos “Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o tráfico de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismo serán castigados con pena de prisión de seis años si se trata de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal”. (Moya, 2014, pág. 101)

Sin embargo, podemos mencionar como un ejemplo excepcional a Iran, único país en el mundo que legaliza y regula la venta un de órgano, así se dispuso en la ley conocida como “modelo recompensado de órganos” aprobada por la junta de ministros iraní en 1997; pero que tuvo un importante cambio en el año 2000. “Por medio de la Ley de trasplante de órganos y muerte cerebral, que legalizó y reguló la donación de órganos después de la muerte cerebral”. (Costa, 2018, pág. 76)

Bajo esta normativa a nivel gubernamental se registra al comprador y al vendedor, verifica sus datos entre los que se considera más importantes el tipo de sangre y edad del vendedor “siendo la edad máxima permitida de 35 años”, luego empareja y fija el precio por órgano

garantizando una recompensa en efectivo a cada vendedor y un año de seguro médico. (Bengali & Mostahin, 2017, pág. 34)

En nuestro país no existe ninguna ley que regule la venta de órganos, es una actividad ilegal, sin embargo, si se pronuncia respecto a la donación y trasplante de órganos humanos bajo la ley N° 28189, promulgada el 16 de marzo del 2004 y modificada el 31 de diciembre del 2015 por decreto supremo N°042-2015 SA.

A fin de acercarnos a la comercialización de órganos, resultó importante revisar diferente información en el internet, de donde se puede apreciar que:

En México un pulmón puede costar 116,000.00 dólares, un riñón 91,000,00 dólares, un corazón 57,000.00 dólares, la medula ósea 23 millones de dólares, el valor de total de un cadáver que pueden aprovecharse para trasplantes es de cientos de miles de dólares. (Segura, 2022)

Los precios de los demás órganos son (Ruiz, 2022):

- Un hígado 157 mil dólares
- Un pulmón 150 mil dólares
- Un corazón entre 120 y 160 mil dólares
- Una mano en 385 dólares
- Un hombro en 500 dólares
- El estómago en 500 dólares
- Cuero cabelludo en 600 dólares
- Un cráneo con dientes en 960 dólares

- Arteria coronaria en 1,500 dólares
- Un páncreas entre 98 y 130 mil dólares

El precio del cuerpo humano no se reduce a los órganos sino también al resto de servicios que puede ofrecer indirectamente; por ejemplo, el precio de la sangre está en 300 dólares el litro. (Portal onlyfunfacts, 2020)

Como se puede apreciar los precios de los órganos, partes y contenido del cuerpo humano son bastante altos, montos que no son accesibles a toda la población, considerando estos precios será la población con mayor poder adquisitivo que podrá acceder a este mercado a suplir su necesidad, en el caso de Irán son personas de bajos recursos quienes deciden vender sus órganos para poder cubrir sus necesidades o deudas económicas a causa de pobreza existente en ese país, tal es la oferta y demanda existente en el país que extranjeros deciden viajar a Irán a realizarse una operación de trasplante.

Por otro lado, debemos precisar que existe en el mercado negro a nivel mundial, dados los altos precios, el tráfico de órganos no solo está supeditado a la voluntad de quien decide vender sus órganos, más al contrario se convierte en un problema social ya que está ligado a casos de secuestro y hasta asesinatos.

La mayoría de personas que acceden a vender sus órganos se vuelven el principal sujeto en manos de los comercializadores mediadores. Ellos ofrecen sus órganos con el fin de obtener dinero debido a que no poseen recursos económicos para solventarse, (Barrenechea, 2022).

Por lo tanto, el cuerpo humano es utilizado, por estos mediadores, como un objeto de venta. Pues más allá de considerar si es moralmente aceptable este escenario, lo que se cuestiona son las consecuencias negativas en la accesibilidad de los órganos por los distintos sectores

de la población, significando el quebrantamiento de los principios de justicia e igualdad de la persona humana, dado que no todos podrían acceder a conseguir un órgano y/o tejido.

Por ello, la Organización Mundial de la Salud manifiesta que “la venta de órganos va en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pues se ha precisado que el cuerpo humano y sus partes no podrán ser comercializados”. (OMS, 2020)

Según lo describe la OMS, está prohibido la comercialización - el pago o cobro de dinero por algún órgano, tejido, célula o estructura corporal; lo que se extiende a que ningún profesional médico debe realizar un trasplante ante la sospecha de que haya mediado una transacción.

De manera que, la transacción o venta de órganos, tejidos, células o partes de la estructura corporal, no se encuentra regulado en nuestra legislación, pues vulneraría el principio de dignidad humana, consagrado como derechos humanos de la persona.

Siento el trasplante de órganos el procedimiento más efectivo, y por ello se ha convertido en una importante alternativa para los pacientes en espera de órganos y tejidos y que permite salvar vidas.

La escasez de donantes genera listas de espera de pacientes que requieren un trasplante y que tienen que permanecer en terapias alternativas que requieren un trasplante y que tienen que permanecer en terapias alternativas, morir mientras esperan o acudir al mercado negro. Por su parte, los médicos enfrentan un problema complejo de asignación, pues cuando un órgano está disponible tienen que decidir a cuál de los posibles receptores se le asigna, (Chaparro, 2016, p. 115).

El mercado negro, o venta irregular de los órganos que son costosos y de acceso a quienes cuentan con la economía suficiente.

Se trabaja bajo estándares médicos dudosos y con criterios de aceptación inciertos, hacia una actividad legal regulada que garantiza estándares de calidad médica; permite recuperar activos corporales (capital humano) tras la muerte; y en el caso de oferta de órganos provenientes de donante vivo es posible lograr mayor compatibilidad (*matching*) entre donante y receptor, buscar el momento más apropiado para llevar a cabo la cirugía (*timing*), (Chaparro, 2016, p. 127).

SUB CAPÍTULO II

2.3.2. Derecho a la Salud de los pacientes en espera

2.3.2.1. Conceptos previos

2.3.2.1.1. Salud

Cuando nos referimos al paciente, resulta pertinente también referirnos a la salud, que para la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como “un estado de completo bienestar físico, psicológico y social, y no solo la ausencia de enfermedad” (Organización Mundial de la Salud, s.f.); aquí pues se advierte que esta definición asume un sentido más amplio, es decir que la salud no es solo ausencia de enfermedad, sino gozar de bienestar integral, psicológico y social.

2.3.2.1.2. Paciente

Según el (Diccionario de la Lengua Española, 2019), la palabra paciente es definida como: “Aquella persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo

atención médica esto es que es la persona que no se encuentra sana, que requiere atención de un médico”.

2.3.2.1.3. Paciente en espera

Bajo esta denominación se incluye a todos los pacientes que, con prescripción no urgente de un procedimiento quirúrgico, establecida por un médico especialista, una vez que concluidos sus estudios diagnósticos, aceptada por el paciente, y para cuya realización requiera la utilización de quirófano. (Centro de Salud de Castilla y León, s.f.)

2.3.2.1.4. Trasplante de órganos.

Desde una perspectiva de avance tecnológico a nivel médico, el trasplante de órganos es considerado como un gran avance. Su realización sólo puede llevarse a cabo mediante la donación de órganos, sea de donaciones cadavéricas o de vivos relacionados o no relacionados. (Mercado, Padilla, & Diaz, 2010, pág. 13)

2.2.2.1. Derecho a la Salud

El Derecho a la Salud encuentra su principal fundamento en el marco constitucional, así, en la vigente Constitución se protege este derecho en el artículo 7, el cual prescribe, que toda persona tiene derecho a que se proteja su salud, el medio ambiente y la comunidad; esto se extiende a la promoción y su defensa. Se cobertura con especial atención a las personas incapacitadas, quienes tienen el derecho a que se respete su dignidad, se le brinde atención, seguridad y se le permita su readaptación.

En tal sentido, es el Estado quien determina y dirige las políticas de salud, de manera específica esta labor recae en el Poder ejecutivo, quien puede normar y debe supervisar su

aplicación a fin de dar viabilidad y facilitar su acceso equitativo -a salud- a todas las personas. Es por ello que, el Estado garantiza el libre acceso a prestación de salud (artículo 11); De manera que, el Estado directamente y a través de los Gobiernos Regionales actúa promoviendo y velando por la salud (artículo 58 y 65).

Como se puede advertir, el marco normativo a nivel constitucional resulta fundamental para garantizar el derecho a la salud de todos los ciudadanos.

2.2.2.1.1. Derecho a la Salud según Instrumentos Internacionales

Uno de los principales organismos internacionales es la OMS - Organización Mundial de la Salud, entidad que en relación a la salud afirma:

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.” El derecho a la salud incluye el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente (...). La no discriminación y la igualdad exigen que los Estados adopten medidas para reformular toda legislación práctica o política discriminatoria. (Organismo Mundial de la Salud, 2017)

La protección de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución, están en concordancia con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, los cuales han sido ratificados por el Perú, siendo los más importantes:

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en el art. x refiere que “toda persona tiene derecho “(...) a que su salud sea preservada por medidas

sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, vestido, vivienda y la asistencia médica, correspondientes a nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad”. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Esto quiere decir, que la salud se encuentra ligada a otros derechos imprescindibles para lograr el bienestar general, como la salud, alimentación, vestido y vivienda los que son indispensables para la subsistencia de la vida. De esta manera este instrumento internacional protege a la salud en sentido amplio e integral.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) parte de la concepción de garantizar la dignidad de la persona y la protección de la vida”, en este sentido el art. 25 señala que:

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

Del contenido se advierte una orientación a proteger la vida como tal, y consecuentemente a los derechos que emergen de ella de manera natural.

Con el Convenio de Ginebra de 1949 (IV protocolos), se consagra y protege el derecho a la salud en situación de conflicto armado, en procura de limitar la barbarie de la guerra. En cambio, la Declaración de los Derechos del Niño (1959), protege al niño, quien tendrá derecho a crecer y desarrollarse con buena salud, para ese fin deberá proporcionarse cuidados especiales, y servicios médicos adecuados, conforme se encuentra establecido en el Art. 4.

El PACTO DE Derechos Civiles y Políticos (1976), en el art. 49 reconoce “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia y de sus derechos iguales e inalienable”, y en el art. 6 “el derecho a la vida está protegida por la ley”, asimismo en el art. 7 refiere que sin el libre consentimiento nadie será sometido a experimentos médicos o científicos.

Según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), el art. 12 reconoce:

El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, en el artículo 9 reconoce el derecho social, en el art. 15 reconoce al gozo del beneficio del progreso científico y de sus aplicaciones, además en el art. 11 reconoce “el derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora de condiciones de vida” (Pacto internacional de derechos economicos sociales y culturales, 1976).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica (1978), en el artículo 4 reconoce el derecho a la vida, en el artículo 4.1 se reconoce “que la vida está protegida por ley desde el momento de la concepción”; éste viene a ser el fundamento legal que ha permitido que nuestro Código Civil adopte la postura de considerar que la vida humana comienza desde la concepción.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” (1999), en el art. 10 reconoce el “derecho a la salud de toda persona, y entiende por esta el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”, descripción que ha permitido que la normativa de los diferentes Estados parte reconozcan a la salud como un bien público, de modo que sea obligatorio garantizar dicho bien.

En relación a la salud del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), reconocen que “todo niño tenga el derecho intrínseco a la vida” garantizándole su supervivencia y desarrollo.

Es conveniente anotar que, el derecho a la salud tiene una protección internacional basta, además según la Constitución Política de 1993 los derechos y las libertades serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales.

De esta manera la Constitución Política da apertura a instrumentos internacionales que preservan y protegen el derecho a la salud y a la manera en que estos deben ser garantizados, instrumentos que además cuentan con Tribunales Internacionales que garantizan su tutela y protección, tal es el caso de la CIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y, la Corte Africana de Derechos Humanos.

2.2.2.1.2. Derecho a la salud según la Corte interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, se ha pronunciado en relación al derecho a la salud al tratar el caso (Gonzales Lluy VS Ecuador, 2015), el cual, aborda un caso acontecido en Ecuador, referido a la interferencia al derecho a la vida y a la integridad personal (contaminación son sangre infectada por VIH) de Talía Gabriela Gonzales Lluy originado en la conducta de terceros privados (institución de salud y banco de sangre privados); ante esta situación la Corte ha precisado que de acuerdo a la legislación de Ecuador, la entidad a cargo de la aplicación de sanciones por el incumplimiento de las normas reglamentarias sobre el manejo de la sangre, era la Secretaria Nacional de Sangre, órgano auxiliar de la Cruz Roja.

Para referirse al tema en análisis, la Corte, recurre al Protocolo de San Salvador, el cual, señala en el artículo 10 (Derecho a la Salud):

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar medidas para garantizar este derecho.

Asociado a la integridad personal de Gonzales Lluy, la Corte considera que el caso relaciona la salud humana con el derecho a la vida digna y el derecho a la integridad personal, así, en el fundamento 171 precisa:

La Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e indirectamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. (...).

2.2.2.1.3. Derecho a la salud según el Tribunal Constitucional

De acuerdo a lo declarado por el Tribunal Constitucional en el Expediente (7231-2005-PA/TC, 2006), ha precisado:

(...), STC. 1429-2002-HC/TC, FJ 13). El derecho a la salud, entonces, “se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado” (STC 1429-2002-HC/TC, FJ13). Este doble aspecto del derecho a la salud se orienta ciertamente a posibilitar un *estado pleno de salud* (7231-2005-PA/TC, 2006).

Adviértase que, el derecho a la salud está referido a la normalidad orgánica funcional, sea física como psíquica, para tal fin, constitucionalmente se habilita el acceso y goce de las prestaciones de salud, por lo que, no puede restringirse a ninguna persona el acceso, puesto que ello representaría una restricción arbitraria e ilegal.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional estableció lineamientos sobre el derecho a la salud. Como se puede advertir en el fundamento 28 de la sentencia (Expediente N° 2945-2003-AA/TC, 2004):

(...) El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental y de establecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponde al estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido (Expediente N° 2945-2003-AA/TC, 2004).

El referido fundamento también ha sido establecido en el fundamento 7 del expediente N°1956-2004-AA/TC, en fundamento 12 del expediente N° 1429-2002-HC/TC y en el expediente N° 2016-2003-AA/TC.

Por otro lado, el derecho a la “salud en un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o si simplemente se trata de una acción discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad

de recursos” ello conforme lo descrito en el fundamento 51 del (Expediente N° 5842-2006-PHC/TC, 2009)

Pues existe una discrepancia sobre ello, sin embargo, en el fundamento 10 al 13 del (Expediente N° 008-2003-AI/TC, 2003) se refiere que “modelo del estado configurado por la constitución de 1993 presenta las características básicas de un estado social y democrático de derecho”; (...). Al ser un estado social se encuentra en la obligación de promover políticas públicas, estrategias y programas que garanticen el correcto funcionamiento del servicio público de la salud, y mejorar las mejores de vida de las personas de manera individual, dentro de la familia y comunitario.

En ese entender se ha establecido que “la salud **es un derecho social**”, conforme se precisa en la sentencia del tribunal Constitucional recaído en el (Expediente N°2016-2003-AA/TC, 2003), asimismo, en el contenido del (Expediente N° 1417-2005-PA/TC, 2005) el derecho a la salud “al igual que los derechos civiles y políticos, goza del carácter de **exigibilidad directa** (posición que guarda concordancia directa con la definición que el tribunal ha vertido sobre su carácter prestacional)”.

El derecho a la salud en la Constitución Política no está explícitamente reconocido como derecho fundamental de la persona, no obstante, se advierte en el artículo 3° que “no excluye a otros derechos que de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Es decir que el derecho a la salud es una consecuencia natural del derecho de la vida, dignidad e integridad; pues se configura como un derecho fundamental por más que no tenga un reconocimiento expreso en la constitución, en consecuencia, es un derecho plenamente protegido derivado de un derecho fundamental. Asimismo, los derechos

sociales pertenecen a la segunda generación de los derechos humanos, los cuales han sido creados paulatinamente para fomentar la igualdad de las personas.

Por otro lado, también se considera al derecho a salud como derecho prestacional, ya que “para hacerlo efectivo se requiere la actuación concreta, directa y activa del estado. Por ello su faz positiva permite la transformación en un típico **derecho programático**” ello recaído en el (Expediente N° 5954-3007-PHC/TC, 2008).

Ahora bien, respecto a los derechos programáticos, los ciudadanos no pueden exigir vía judicial su actuación inmediata, pues no tienen tutela jurídica, sin embargo, si el derecho a la salud “sobre todo si está en consonancia con la libertad individual, tal exigibilidad depende de: a) la gravedad y razonabilidad del caso, b) la vinculación del caso con los derechos fundamentales, y c) la disponibilidad presupuestal”. Esta postura es tomada en cuenta en la sentencia recaído en el (Expediente N° 2945-2003-AA/TC, 2004). En nuestra opinión esta postura es bastante razonable.

También debe señalarse que en el (Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, 1976) en su artículo 12° reconoce “el derecho de toda persona del más alto nivel posible de salud física y mental, aplicando medidas con la finalidad de asegurar la plena efectividad de este derecho” (Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, 1976).

Cabe destacar que en el fundamento 48 del (Expediente N° 5842-2006-PHC/TC, 2009) el Tribunal constitucional se pronunció respecto a la autonomía del derecho a la salud, donde el este tiene sustento en:

En el principio de dignidad del ser humano, esta posición asumida en el (Expediente N° 3593-2005-AA/tc, 2007), está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna, esto en el fundamento 28 del (Expediente N° 2945-2003-AA/TC, 2004), fundamento 27 del (Expediente N° 2016-2004-AA/TC, 2005) y fundamento 43 del (Expediente N° 3330-2004-AA/TC, 2005), asimismo tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad, fundamento 10 del (Expediente N° 5954-3007-PHC/TC, 2008) y cuenta con un estrecho entrelazamiento con el medio ambiente, fundamento 2 del expediente N° 2064-2004-/TC; pero igual debe permitirse su tutela independiente.

Por razones señaladas líneas arriba, se advierte que en el Perú el derecho a la salud es un derecho social y prestacional.

2.2.2.2. Derecho a la Salud de los pacientes en espera

En términos generales, a cualquier persona que padezca una enfermedad se le considera “enfermo”, quien al constituirse como sujeto de atención médica se le denominara “paciente”, a quien el médico deberá prestar sus servicios especializados aplicando su conocimiento y técnicas, de manera que reciba una atención de calidad que merece por su condición de persona, respetando los derechos que le son inherentes, doctrinariamente conocidos como derechos fundamentales.

El paciente por su condición de persona, es sujeto titular del derecho a la vida, salud, libertad, integridad física y de identidad, que también se vincula y comprende al derecho al honor, bienestar e intimidad, como tutela de su personalidad; Aunado a ello se incluye el derecho a la libertad en sus diferentes manifestaciones, y todos aquellos que se desprenden por su condición de tal.

De manera que:

El médico debe respetar a la persona en su calidad de paciente conforme a los mandatos de la ética universal que vienen asumidos por la bioética, y conforme a los principios jurídicos reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos, Consideremos ahora, a Garay citado por (Fernandez y Woolcott, 2018, p. 180)

Algunos textos internacionales referidos al paciente, señalan que el paciente por su condición de persona es sujeto de derechos; así, en la Declaración de la Asociación Americana de Hospitales (1973) se identificó y se les reconoció derechos, uno de ellos y uno de los más importantes es el *consentimiento informado*, el cual está relacionado con los principios la bioética, más preciso con la autonomía, (se detalló cuando desarrollamos la bioética). Por su parte, la Declaración de Lisboa de la Asociación Mundial Medica, enumera algunos derechos entre los más importantes se encuentran: el derecho a la atención medica de calidad, derecho a la educación sobre la salud, procedimientos contra la voluntad del paciente entre otros.

El reconocimiento de derechos en favor del paciente, comprende el derecho a la atención médica, el cual comprende la realización de actos médicos practicados por un profesional en Medicina, de manera que reciba una atención de calidad que merece por su condición de persona, tal atención adquiere mayor cuidado dependiendo de la condición del paciente, siendo una de ella la de paciente en espera quirúrgica.

Al respecto, el (Centro de Salud de Castilla y León, s.f.) nos brinda una clasificación en relación a los pacientes en espera quirúrgica, que comprende:

Pacientes en espera estructural. Son aquellos pacientes que, en un momento dado, están pendientes de ser intervenidos quirúrgicamente, y cuya espera es atribuible a la organización y recursos disponibles. (Centro de Salud de Castilla y León, s.f.)

Pacientes en espera tras rechazo a la propuesta de intervención en un centro alternativo (pacientes pendientes de una intervención quirúrgica), cuya espera es motivada por la libre elección del ciudadano. (Centro de Salud de Castilla y León, s.f.)

Pacientes transitoriamente no programables. Son aquellos pacientes pendientes de una intervención quirúrgica, cuya programación no es posible en un momento dado (temas clínicos o aplazamiento). (Centro de Salud de Castilla y León, s.f.)

Según el (Centro de Coordinación de Transplante del Hospital General Universitario de Alicante, 2020), los pacientes en espera cuando se trata de recibir un órgano o tejido, es denominado como receptor adecuado, el cual: “Debe contar con ciertos datos, como compatibilidad”.

La espera quirúrgica a la cual nos referimos en la presente investigación, se encuentra asociada al procedimiento quirúrgico destinado al trasplante de órganos y tejidos.

SUB CAPÍTULO III

2.2.3. Donación de órganos y tejidos y el derecho a la salud de los pacientes en espera en Perú

2.2.3.1. Situación de la donación de órganos y tejidos en el Perú

Perú, es un país que su normativa prevé la donación de órganos y tejidos, que se realiza con personas vivas o en estado cadavérico, en el caso de personas vivas, las mismas deben ser debidamente informadas de aquellos riesgos, a fin de que puedan expresar su consentimiento.

En caso de la donación de un cadáver, se realiza después de la declaración de muerte encefálica (realizada por un neurólogo o neurocirujano), en este extremo se está frente a un acto solidario, porque de acuerdo a la Ley 30473 los familiares de quienes decidan donar órganos a su muerte no podrán revocar la voluntad de estas personas tras su fallecimiento.

La Ley N° 23415 de trasplante de órganos y tejidos, modificada por Ley 24703, precisa que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es la entidad encargada de consignar en el DNI la declaración de ceder los órganos y tejidos del titular.

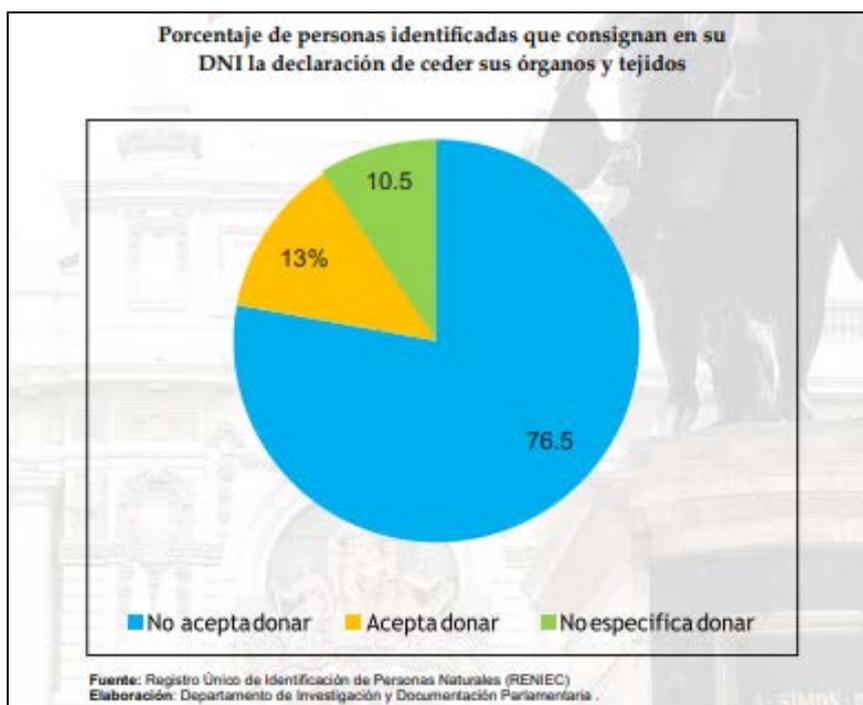
Con posterioridad, la Ley 29471 permite la suscripción del acta de consentimiento para la donación voluntaria de órganos y tejidos, pudiendo ser revocada por el propio donante. Estas actas son administradas por el Ministerio de Salud a través de la Organización Nacional de Donación y Trasplante.

Como se puede advertir, nuestro país, el sistema legal contempla el consentimiento de manera explícita para la donación de órganos y tejidos; esta sería una de las explicaciones

por la que la actual legislación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho (a la salud) de pacientes en espera, ello se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Figura 1

Porcentaje de personas identificadas que al 2021 en el Perú consignan en su DNI la declaración de ceder sus órganos y tejidos es de 13 %



Fuente: (RENIEC, 2021)

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil informo que en comparación con otros años anteriores, el porcentaje de personas voluntarios que consignan en su Documento Nacional de Identidad, se mantiene en el 13.1%. (Cluster Salud, 2019); Asimismo, informo que 3 millones 259,190 peruanos mayores de edad respondieron “si”, en el rubro donación de órganos, mientras el 18 millones 940503 dijeron “no” y los otros 2 millones 902 casos no se especifica una respuesta.

En el Perú existen 32 millones de peruanos, solo 13% consigno con “sí”, por cada millón de habitantes solo el 2% son donantes voluntarios. A diferencia de España que por millón de habitantes 47 son donantes. Sin embargo, en el año 2019 se pasó de 2.3 donantes por millón de peruanos. Más aun el director general de Donación, Trasplantes y Banco de Sangre del Minsa, preciso que “existe un pequeño avance en la población respecto a la cultura de donar órganos y tejidos, empero todavía se tiene 7422 pacientes en lista de espera, sobre todo para el trasplante de corneas y riñón” (Ministerio de Salud, 2020).

En esa medida, es cierto que ha aumentado en un 20% la donación de órganos, pues no resulta suficiente “nuestro país se encuentra muy por debajo de la creciente demanda de trasplantes tal cual acontece es las diferentes latitudes del orbe, desequilibrio que congestiona las listas de espera” (Mendez, Camacho, & Fernandez, 2006).

En Latinoamérica, Uruguay estima un promedio de donantes que asciende a 16 donantes por millón de habitantes, y en Brasil y Argentina son 15 donantes por millón de habitantes. Información proporcionada por el Consejo Iberoamericano de Donación de y Trasplantes.

De igual manera, según el informe de Newsletter Transplant 2018, Council of Europe, se tiene que, en el año 2013 en América Latina, el porcentaje de familias que se oponen a la donación es: Perú, (63.6%), Chile (48.9%), Uruguay (47.4%), Argentina (40%), o Brasil (44.3%).

De acuerdo al Informe de Investigación sobre Donación de Órganos y Tejidos en el Perú, elaborado por el Congreso:

El Perú es uno de los países que tiene menor cantidad de donantes por cada millón de habitantes (...), esto en relación al resto de países de la región. Siguiendo con lo

anterior, las cifras internacionales proporcionadas por el Consejo Iberoamericano de Donantes y Trasplantes, muestra que la tasa de donantes por millón de habitantes de nuestro país (1.6) se encuentra lejos de Uruguay (18.9), Brasil (16.3), Argentina (13.4), Colombia (8.9) y más lejos aún que los países de Europa como España (47) (Congreso de la República del Perú, 2008, pág. 7):

Tabla 1 Tasa de Donantes

País	Tasa de Donantes
España	47.0
Uruguay	18.9
Brasil	16.3
Argentina	13.4
Colombia	8.9
Chile	9.6
Ecuador	5.0
Perú	1.6

Fuente: Newsletter Transplant 2018 Council of Europe

Elaboración: Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria.

2.2.3.2. Mitos en torno a la donación de órganos y tejidos.

En realidad, existen un sinnúmero de creencias sobre la donación de órganos. Al momento de la distribución de los órganos a los pacientes en espera no existe la consideración especial de edad, sexo raza, orientación sexual, ocupación social, condición económica, sino que es de acuerdo a la lista de pacientes en espera y se toman en cuenta otro tipo de exigencias, que mencionaremos más adelante.

Existe un mercado negro de órganos en el Perú.

Pues es ilegal compraventa de órganos, sin embargo, a la fecha no hay un solo caso documentado y confirmado sobre estas prácticas.

Personas que despertaron de una muerte cerebral.

La muerte cerebral, se trata de una situación médica determinada clínicamente, y se produce cuando se experimenta un trauma irreversible del cerebro.

La muerte cerebral, se produce por una inflamación en la que el cerebro no puede recibir oxígeno, esto hace que el cerebro muera. Con el fin de confirmar la muerte se realizan pruebas neurológicas. (Gerencia de Procura y Transplante, 2018)

Los médicos no van a tratar de salvar la vida de los donantes si sufren un accidente.

Esta es una creencia bastante popular, pues cuando un donante potencial ingresa a emergencias, el médico encargado de emergencia es quien lo atiende brindándole soporte artificial, se encarga del monitoreo del donante, enseguida se comunica con el médico encargado de procura, quien realiza las gestiones correspondientes como conversar con los familiares, para ver si están de acuerdo o no, con los pacientes en la lista de espera, para luego ingresar el médico cirujano urólogo quien realiza la operación de trasplante de

órganos, este no conoce a los pacientes ni donantes, solo se encarga de la cirugía; posteriormente los médicos nefrólogos se encargan de la recuperación de los pacientes, son quienes reciben los órganos, asimismo, estos se encargan del seguimiento del paciente de la lista de espera hasta que puedan acceder a un trasplante, ellos son quienes están en constante contacto con los pacientes, le hacen seguimiento en su recuperación, y tratamiento. Entonces, se puede advertir que los médicos que tienen contacto con los pacientes no son los mismos quienes obtienen el órgano, por lo que no puede existir el subjetivismo al momento de llevar a cabo estas prácticas.

Aunado a todo ello, los médicos siempre harán lo posible para salvar vidas, pues tienen una formación ética de salvar vidas, regulado por la bioética y otros instrumentos jurídicos.

2.2.3.3. Rol del Ministerio de Salud y ESSALUD de Perú

Según la información que proporciona la (Gerencia de Procura y Transplante, 2018), los trasplantes se llevan en EsSalud y en los hospitales de MINSA. son los siguientes:

Tabla 2 Trasplantes en EsSalud y en MINSA

ESSALUD	MINSA
Hospital Edgardo Rebagliati Martins	Hospital Cayetano Heredia (riñones)
Hospital Guillermo Almenara Irigoyen	
Hospital Almanzor Aguinada Asenjo (riñones y corneas)	Instituto Nacional de Oftalmología (corneas)
Hospital Nacional Ramiro Priale (riñones y corneas)	Instituto de Salud del Niño (piel)

Hospital Nacional Adolfo Guevara Velazco (riñones y corneas)	Hospital Hipolito Unanue (válvulas cardíacas)
Hospital Nacional Carlos Alberto Seguin Escobedo (riñones y corneas)	Hospital San Juan de Dios (huesos)
Hospital de Tacna	
I.P.O. de Piura (corneas).	

Dentro de ESSALUD, existe la Gerencia de Procura y Trasplante, encargada de obtener donantes para los procesos de trasplante, y se encuentra regulado por su Reglamento de Organización de Funciones de la Gerencia de Procura y Trasplante. Esta, depende jerárquicamente de la Gerencia Central de Operaciones de ESSALUD y cuenta con oficinas desconcentradas a nivel nacional.

Las funciones de esta entidad se encuentran reguladas en el artículo 5°, entre las que se encuentra, “el desarrollar mecanismos para garantizar la transparencia y equidad en los procesos de donación y trasplante; y difundir la cultura de donación de órganos y tejidos. Esto se realiza en coordinación con la oficina de relaciones institucionales; Asimismo, en el art. 10°, literal g) prescribe que “establecer mecanismos de control para la adecuada asignación de órganos y tejidos de acuerdo a las listas de espera”.

2.2.3.4. El Rol del Estado en la atención de pacientes en espera de órganos y tejidos

La situación de los pacientes en espera de órganos y tejidos en el Perú, está íntimamente ligada a la lista de espera, medicamente denominada como lista única de oportunidad quirúrgica, que para el caso del trasplante de órganos y tejidos se encuentra a cargo de la Gerencia de Procura y Trasplante de ESSALUD.

2.2.3.4.1. Lista de pacientes en espera de órganos y tejidos a cargo de la Gerencia de Procura y Trasplante ESSALUD

Sobre la lista de espera, la (Gerencia de Procura y Transplante, 2018) refiere que:

Son registros donde están registrados los pacientes y están organizados por órgano que requieren y por hospital en el que atienden. De ninguna manera un paciente puede estar en más de una lista de espera, en este registro se encuentra la información sobre identificación, edad, grupo sanguíneo, domicilio teléfono.

De forma adicional, esta entidad, afirmo que, “en el Perú todos los trasplantes se realizan, menos del intestino y de la cara, ya que estos son nuevos en el mundo”

Por su parte, EsSalud en la (Resolución de Gerencia General N° 1518-GG-ESSALUD-2015) referido a las Normas para la Gestión de la oportunidad quirúrgica en el seguro social de salud EsSalud, afirma:

La lista única de oportunidad quirúrgica es el instrumento de gestión informatizado, para el seguimiento del otorgamiento de prestaciones quirúrgicas electivas, cuyos componentes son, la lista de pacientes, solicitud de exámenes, interconsultas, pacientes aptos, tiempo de espera y riesgo anestesiólogo (Mayor a 45 días o menor e igual a 45 días); registro de complicaciones, pacientes dados de alta, cirugías realizadas, entre otros.

2.2.3.4.2. Criterios para asignar los órganos donados

Existen criterios técnicos, enumerados por la (Gerencia de Procura y Transplante, 2018) los cuales son:

1. Compatibilidad de grupo sanguíneo entre el donante y el posible receptor, de lo contrario será rechazado inmediatamente. Por este motivo es que existe un registro de pacientes en espera para lograr una efectividad en los trasplantes de órganos.
2. Urgencia del trasplante, este factor es fundamental para el corazón, hígado y pulmones, ya que estos tienen pocas horas de vida de 4 a 6 horas. Internacionalmente se utilizan pautas para establecer la urgencia con lo que un paciente deberá ser trasplantado, dándose referencia a los que se encuentran más delicado.
3. Similitud entre donante y receptor
4. Compatibilidad de tamaños entre donante y receptor
5. El tiempo en la lista de espera (Gerencia de Procura y Transplante, 2018).

Por citar un ejemplo, se tiene a los riñones, que tienen entre 20 a 24 horas de vida, de manera que éste es el tiempo con el que se cuenta para poder evaluar el parecido, tamaño de donante con el posible receptor; gracias a un sistema informático se puede reportar automáticamente en el listado de posibles receptores y de acuerdo al puntaje de cada uno se tomará la decisión del quien será primero el receptor, en su defecto el siguiente.

Por otro lado, cuando se cuenta con un hígado, la asignación se realizará según lo que conste en el sistema MELD, cuando se trate de personas mayores de 12 años o según el sistema PELD, cuando se trate de personas de 12 años o menos.

2.2.3.5. Problemática de los Pacientes en Espera en el Perú

Los pacientes que se encuentran en espera de órganos y tejidos, tienen muchas dificultades al momento de requerir un órgano, entre las que se encuentran las siguientes:

- La falta de donantes.
- Escasez de órganos
- Problemas de procuramiento, esto se da en el sistema de salud.

A manera de mención, actualmente la relación médico paciente es distorsionada, pero, por medio de la bioética se busca restablecer esa relación, haciéndola más cercana.

En el trasplante de órganos confluyen las creencias y los supuestos sobre los que está construida nuestra cultura actual, y que solemos cuestionar cuando planteamos reconsiderar valores, derechos humanos desde la bioética. (Pfeirffer, 2006).

En atención a la problemática que expone Pfeirffer, se advierte un tema bastante controvertido “siendo en la práctica del trasplante aceptada como válida por un 80% de las personas, pero que donante solo sea el 10%” (Pfeirffer, 2006); de manera que, algo no anda bien.

El hecho de que el trasplante de órganos no sea aceptado por las personas, puede deberse a muchos factores, sin embargo, resulta claro que la principal intención es prolongar la vida, es por ello que la medicina cumple un trascendental papel, al respecto señala (Foulcault, 1979) “la medicina es una de las instituciones más poderosas de nuestra sociedad”; que la medicina permite la realización de trasplante de órganos y tejidos, y lo que a su vez, permite advertir la prolongación de la vida, porque la naturaleza de las personas es las supervivencia y aferrarse a la vida.

Con relación a los pacientes en espera, pues no se advierten problemas éticos, ya que su beneficio es mayor, que es la prolongación de la vida.

Sin embargo, la medicina no puede medirse por su costo y efectividad.

(...) Existen exigencias éticas, a la que denominamos derecho, que nos pone a todos en pie de igualdad y reconoce la dignidad de todo ser humano por serlo, que nos impide aceptar que solo se mantenga vivos los más aptos, como podría ser, vista de una manera simplificada, la ley de la naturaleza. (Pfeirffer, 2006, pág. 17).

Entonces desde la perspectiva de la bioética, la vida tiene el mismo valor en todas las personas, y la dignidad humana está por encima de cualquier utilidad. Es decir que la dignidad constituye el núcleo de los derechos humanos de la persona, tales están protegidos en la constitución política e instrumentos internacionales, que servirán para proteger al paciente en espera. En esta línea de pensamiento, el medico no decide a quien realiza el trasplante, sino que ya existe estándares establecidos, en un problema ético. El medico lo único que hace es seguir el procedimiento establecido por ley.

2.2.3.6. Marco Doctrinario Jurisprudencial de donación de órganos y pacientes en espera

La doctrina jurisprudencial en relación a la donación de órganos y tejidos, la encontramos en el pronunciamiento contenido en la Sentencia del (Expediente 2333-2004-HC/TC, 2004):

Los actos de disposición del cuerpo sólo son admisibles cuando surge una exigencia ante un estado de necesidad, una razón médica o motivos de humanismo (...), o la

donación de un órgano para preservar una vida ajena (...). Al respecto, el artículo 6 del Código Civil -precepto que complementa el mandato constitucional- prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan una disminución permanente del mismo, en todo caso, cuando sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

De manera que, una persona podrá únicamente disponer de partes de su cuerpo, que al ser despojadas no ocasionen disminución de manera permanente en su integridad física. Esto quiere decir que se puede ceder aquellas partes o tejidos que se puedan regenerar, claro está, que siempre y cuando no atente gravemente contra su integridad y salud (o ponga su vida en riesgo grave).

2.2.3.7. Marco Normativo de donación de órganos y tejidos

2.2.3.7.1. Normativa general y específica

- Constitución Política del Perú.
- Ley N° 26842. Ley General de Salud
- Código Civil. Artículo 7
- Ley N° 30024. Ley de Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas
- Ley 28189. Ley General de Donaciones y Trasplante de órganos
- Decreto Supremo N° 42-2015-SA.
- Ley 30032. Ley que establece el 13 de agosto como día nacional de la Salud y del buen trato al paciente.

Mayor atención amerita la **Ley N° 31756**.

La ley 31756, promulgada el 31 de mayo del año 2023, promueve la donación de órganos y tejidos humanos para trasplantes con fines terapéuticos; según esta ley todo ciudadano peruano se considera donante salvo exprese su voluntad de no ser donador en su DNI, con excepción de algunos ciudadanos que quedan excluidos automáticamente.

Según lo contemplado en el artículo 1 de la Ley en mención, el objeto de la ley es “promover la donación de órganos y tejidos humanos de donante cadavérico para trasplantes con fines terapéuticos”. (Ley N° 31756, 2023)

Especial atención amerita el artículo 3 de la Ley en mención, según la cual, se precisa que:

La autorización para la extracción y el procesamiento de órganos o tejidos de donantes cadavéricos se presume, salvo declaración en contrario del titular o excepción establecida en la presente ley. Todo ciudadano puede hacer constar libremente en su documento nacional de identidad (DNI) la declaración de su voluntad de no ser donante de órganos o tejidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 32, literal k), de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), cuyo contenido garantiza el derecho al consentimiento informado de los titulares para la donación de órganos o tejidos. Asimismo, dispondrá de los medios simplificados para declarar su voluntad de no ser donante que pone a su disposición el Ministerio de Salud, de acuerdo con los procedimientos que establece el reglamento de la presente ley (Ley N° 31756, 2023)

Por su parte, el artículo 5, postula la declaración de voluntad de no donar órganos o tejidos; así prescribe:

Artículo 5. Declaración de voluntad de no donar órganos o tejidos con fines de trasplante

5.1 La declaración de voluntad de no donar órganos o tejidos supone haber recibido información respecto a la donación de órganos y tejidos humanos con fines de trasplante, a través de los medios que el Estado ponga a su disposición.

5.2 La vigencia de esta declaración se produce desde el momento en que se efectúe hasta que sea revocada por otra que la deje sin efecto.

5.3 El reglamento establece los procedimientos y dicta las disposiciones que regulan la actualización, custodia y consulta de la documentación o registros sustentatorios, a través de medios físicos, canales digitales y sistemas de información (Ley N° 31756, 2023).

Del contenido se desprende que la Ley toma las previsiones respectivas para cautelar la decisión del ciudadano que expresa su declaración de no ser donante de órganos o tejidos. Adicionalmente, precisa la existencia de un reglamento para la actualización, custodia y consulta de la documentación que sustente la decisión de no ser donador.

De acuerdo al reglamento de la Ley en mención, contenido en la Resolución Ministerial N° 202-2024 MINSAs, la presunción de la donación universal comprende:

Toda persona se presume donante de órganos o tejidos para que, después de su fallecimiento, se realice la extracción y el procesamiento de estos, salvo haya

declarado lo contrario. La presunción de la donación se establece con el DNI, en cuyo campo correspondiente a la condición de donante, se consigna el SI, salvo que la persona manifieste lo contrario en los términos establecidos en el presente reglamento, en cuyo caso, se consigna el NO (Ley N° 31756, 2023, art. 4).

En dicho reglamento se precisa la excepción a la presunción de donación universal, siendo exceptuados:

- Personas absolutamente incapaces y personas relativamente incapaces, comprendidas entre los numerales 1,6 y 7 del artículo 44 del Código Civil.
- Los incapaces relativos, comprendidos en los numerales 4,5 y 8 del artículo 44 del Código Civil.

Revisado los artículos más resaltantes de la Ley y su reglamento, podemos concluir señalando que con el presente marco normativo el Estado peruano logra garantizar, por lo menos a nivel legislativo, la demanda de órganos y tejidos para los pacientes en espera; aspecto este último que ha merecido atención en la presente investigación y que representa uno de los sectores más críticos debido a la situación que atraviesan.

2.2.3.7.2. Entidades vinculadas a la donación de órganos y tejidos

- Organización Nacional de Trasplantes (ONT)
- La Gerencia de Procura y Trasplante ESSALUD
- Dirección General de Donaciones, Trasplantes y Banco de Sangre (DIGDOT)

- Dirección de Donaciones y Trasplantes (DIDOT)
- Instituto de Trasplantes de Órganos y Tejidos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú (ITOT)

CAPÍTULO III

HIPOTESIS Y CATEGORIAS DE ESTUDIO

2.3. Hipótesis

La adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú, porque permitirá cobertura la demanda de órganos y tejidos, situación que incide directamente en la salud de los pacientes que se encuentren en lista espera, en su derecho a la salud al permitirle mejor calidad de vida.

2.3.2. Categorías De Estudio.

Tabla 3 Categorías de estudio

Categorías	Sub categorías
1. TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS	<ul style="list-style-type: none">- Consentimiento- Consentimiento presunto- Donación de órganos y tejidos- Marco normativo comparado- Donación explícita- Marco normativo nacional - Ley 29471
2. DERECHO A LA SALUD DE PACIENTES EN ESPERA	<ul style="list-style-type: none">- Ser humano- Derecho fundamental a la salud- Calidad de vida del paciente- Marco normativo

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Tipo y Nivel de Investigación. -

4.1.1. Enfoque de Investigación. –

Será cualitativa, porque la investigación tiene como principal finalidad realizar un estudio y análisis teórico del tema de investigación, apoyándonos en técnicas e instrumentos cuantitativos a fin de obtener algunos datos numéricos que apoyen nuestro estudio.

4.1.2. Tipo de investigación. –

Socio-jurídica propositiva, en vista que se advirtió un problema social, que será abordado a fin de alcanzar una propuesta legislativa orientada a abordar el problema.

4.1.3. Nivel de Investigación. –

De forma Básica. Porque la investigación está orientada a contribuir con el desarrollo del conocimiento ya existente.

4.1.4. Método de investigación. –

Se utilizará el método explicativo, el cual, comprende a su vez al método descriptivo, que nos permitirá advertir las carencias y problemas que existen en el sistema jurídico en cuanto a la donación de órganos. El Comparativo nos permitirá realizar una labor de estudio comparativo de la doctrina civil imperante en nuestro país con las de otras latitudes. Este tipo de estudio nos permitirá comprender como nuevas perspectivas

legislativas pueden vislumbrar un nuevo horizonte en el desarrollo de la donación de órganos y su posterior trasplante.

4.2. Técnicas e instrumentos de recolección de información

4.2.1. Técnicas de recolección de información

La investigación se ubica en la región de estudio de un objeto cultural —el objeto jurídico—; por lo que, se requiere de información de primera fuente, como la documental-especializada (libros, tratados, teorías, revistas, tesis, leyes nacionales y extranjeras, leyes constitucionales nacionales y extranjeras, jurisprudencia civil y constitucional), **y análisis documental y entrevistas** que se realizan a las personas entendidas en el tema de investigación, 3 jueces, 3 funcionarios del Ministerio de Salud, de la Dirección Regional de Salud, así como 3 médicos cirujanos que se encargan del trasplante de órganos y tejidos en el ESSALUD - Cusco.

4.2.2. Instrumentos para la recolección de información

La presente investigación utilizara como instrumentos de investigación:

- La ficha de información documental bibliográfica.
- El cuestionario de preguntas.

4.3. Técnicas de análisis de información recolectada. -

En el Análisis cualitativo, de la investigación se seguirán las siguientes etapas:

1. Preparación y descripción del material recolectado. - Se preparará la base documental completa y accesible para hacer la información detectable (determinar

su existencia) ubicable (determinar su ubicación) y trazable (determinar su obtención y fuentes). Se utilizará el procesador de textos para facilitar el trabajo.

2. Reducción de los datos. - Se redactarán resúmenes, se acudirá a codificación inclusiva y adaptativa.
3. Elección y aplicación de los métodos de análisis. - Se interpretarán los datos empleando métodos de análisis de emparejamiento (comparación de teorías), interactivos (construcción teórica progresiva), de análisis histórico (evolución de teorías y predicción de destinos teóricos).

CAPITULO V

RESULTADOS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.1. Análisis cualitativo

5.1.1. Definición de trabajo

Para el desarrollo de la presente investigación se ha recurrido a la revisión de legislación comparada en relación a la regulación de la teoría del consentimiento presunto; y a la realización de entrevistas a algunos profesionales que conocen el tema, entre los que se encuentran profesionales del Derecho y Médicos.

5.1.2. Técnica e Instrumento empleados

Para la revisión de legislación comparada, se empleando la técnica de análisis de legislación comparada, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de legislación comparada. Y para las entrevistas (técnica) se ha utilizado como instrumento la guía de preguntas; la entrevista fue realizada a 6 profesionales, de acuerdo a la lista que se detalla a continuación:

1° Solina Maydee Apaza Bejar. Juez de Juzgado de Familia de Cusco

2° Roció Soledad Cáceres Pérez. Juez de la Corte Superior de Justicia de Cusco

3° Mauro Mendoza Delgado. Docente Universitario

4° Cristian Fabricio Negrón Peralta. Docente Universitario

5° Cecilia Castañeda Crisolgo. Médico Nefróloga en ES-SALUD

5.1.3. Legislación Comparada

5.1.3.1. España.

Tabla 4 Legislación Española

Legislación española		
LEY	ARTICULOS	TEXTO
LA LEY 30/1979, DE 27 DE OCTUBRE.	Artículo 5°	“Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. (Ministerio de la Presidencia, 1979)
REAL DECRETO 1723/2012, DE 28 DE DICIEMBRE.	Artículo 4°	“Principios fundamentales que rigen la obtención y la utilización clínica de los órganos humanos.
	Artículo 9°	Requisitos para la obtención de órganos de donante fallecido.

En la legislación española, desde el año 1979 se cuenta con un modelo basado en el consentimiento presunto, sin embargo, en la realidad nunca se logró aplicar. Cuando se certifica el fallecimiento lo que se hace es consultar a los familiares, en el caso que el fallecido haya manifestado ser donante pero la familia se opone, no se lleva a la cabo la donación de órganos porque la voluntad de los familiares es respetada, puesto que, son ellos quienes finalmente toman la última decisión; en este sentido el Director de la Organización

Nacional de Trasplante (ONT) (Matesanz, 2018), refiere, “ (...), que se sigue preguntando a la familia, la ley es muy teórica: todo el mundo es donante si no ha dicho en vida lo contrario”.

Asimismo, en el diario (Generalitat de Catalunya) se precisa que, “Independientemente del resultado de esta comprobación, el coordinador lo consultará con la familia en una entrevista en la que se hablará, entre otras cosas, sobre las posibilidades de donación”.

En el transcurso del año 2016 España se siguió manteniendo como líder mundial en donación de órganos, conforme refiere (Calvo, 2017): “Cataluña sigue al frente de los trasplantes en todo el mundo con 1.015 operaciones en el año 2016, sobre todo gracias a que el número de donantes de órgano muertos no para de aumentar, llegando a los 43,4 donantes por millón de personas en el año 2016”.

Como consecuencia de esta legislación y de la solidaridad de los familiares de los fallecidos.

España lleva 26 años siendo líder mundial de trasplantes y donaciones. Solo durante 2017 hubo en España 2.183 donaciones, mientras que en los últimos tres años, se ha registrado el mayor incremento en donaciones de la historia, con una subida del 30%. (Cadena Ser, 2018)

5.1.3.2. Chile

Tabla 5 Legislación chilena

Nombre de la ley	Artículo	Texto
Ley N° 19.451 29 de marzo de 1996	Artículo 2°	“(…) Toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, como donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano, se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/ BCN, 1996)
LEY NÚM. 20.413 6 de enero de 2010.	Artículo 2°	Toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que en vida haya manifestado su voluntad de no serlo en alguna de las formas establecidas en esta ley”. (Biblioteca Nacional del Congreso Nacional de Chile/BCN, 2010)
LEY NÚM. 20.673 29 de mayo de 2013	Artículo 2°	“Toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, como donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano, se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo. (Biblioteca del congreso nacional de Chile/BCN, 2013)

De lo señalado en la Ley N° 20413, en el año 2010, Según refiere (Zolezzi, 2018), Chile incorporó a su normativa la figura del donante presunto junto a un registro de no donantes, generando que donantes y no donantes se encuentren en igual de condiciones, a raíz de este cambio, el número de las donaciones de órganos y trasplantes disminuyó drásticamente, “de enero del 2010 a julio del 2012, unos 2.780.223 chilenos optaron por ser no donantes al renovar los documentos de identidad o de conducir”.

En el año 2013, se dio prioridad para la recepción de órganos a quienes se encontraban registrados como donante de órganos respecto de quienes no lo estaban. Con esta modificatoria el modelo de consentimiento pasa a ser presunto, universal y restringido, es de esta forma, que se introduce una medida de “incentivo/obligatoriedad” para aquellos que no desean ser donantes. Según refiere (Zolezzi, 2018):

En el año 2013 realizaron otra modificatoria a la ley, introduciendo el modelo ‘condicionado’, como el que tiene en Singapur desde 1986 e Israel desde el 2010. Así mismo introdujeron el principio de reciprocidad por el que la voluntad de donar se convierte en un requisito para ser receptor de un órgano. A partir de este cambio, lograron revertir las cifras y las donaciones crecieron considerablemente.

Por otro lado, refiere que:

“Ninguno de los países que ha aprobado esta ley recientemente ha conseguido aumentar la donación” y recalca que hay que “organizarse bien y concienciar” y España “de cada 100 familias a las que se les pregunta, dicen que sí 88”. (Matesanz, 2018).

Sin embargo, tampoco la manifestación de voluntad expresa, refleja altos índices de donación, claro ejemplo es Alemania, donde se requiere la manifestación de voluntad del difundo y la aceptación de la familia, uno de los países con las tasas más bajas sobre donación de órganos.

5.1.3.3. Colombia

Tabla 6 Legislación colombiana

Ley 10805 de 2016	Artículo 2	Se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento.
	parágrafo 1.	La voluntad de donación expresada en vida por una persona solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares.
	Parágrafo 2.	Las donaciones no generan ningún tipo de vínculo familiar, legal o económico. (Congreso de la República de Colombia, 2016)

La presente ley tiene como intención atender la demanda de órganos de pacientes en espera, a razón de, adoptar la presunción legal de donación de las personas que fallezca; en tal sentido: i) Al fallecer un colombiano, se convierte en donante, salvo que, en vida, haya expresado su negativa; esto permite que ningún familiar pueda oponerse a la extracción de órganos y tejidos. ii) Las personas, en vida deberán expresar su negativa de ser donantes.

Se debe hacer una referencia a la terminología jurídica de la “donación”, que, de acuerdo al Código Civil, se trata de un contrato unilateral, consensual y gratuito que se hace entre vivos, el cual se debe presentar de forma pura y simple, entendido como aquel que se realiza con la entrega de cosas o bienes, en el acto, sin condición alguna, y del mismo modo, fundado de forma exclusiva, en la decisión libre del donante (Cabanellas de Torres, 2009).

Al tratarse de una decisión que incide en la calidez de un contrato (contrato de donación), es claro que requiere de la voluntad manifiesta de los contratantes.

En Colombia se aplica la figura del consentimiento presunto extendido, según la cual toda persona es donante post-mortem, si en vida no ha expresado su voluntad de oponerse a dicho procedimiento, en otras palabras, los órganos de los cadáveres humanos son susceptibles de extracción para fines de trasplantes con propósitos terapéuticos a otras personas, siempre y cuando en vida no se haya objetado su propia presunción (Guerra Carrasco, 2005).

A su turno, Grob Alvares (2010), refiere que:

La problemática que presenta hoy en día la regulación relativa a la persona humana, no se centra en el reconocimiento a esta de un derecho sobre su propio cuerpo (...), sino más bien en la posibilidad o necesidad de que esta pueda disponer de él, o de sus partes para determinados fines, como lo es la donación de órganos y tejidos, basados en la característica esencial del hombre como persona libre en su misma, cual es, su capacidad para auto-determinarse, lo que en palabra de Figueroa “emana de su condición de ser libre. (p. 5)

Como se puede apreciar, legislación comparada de países como España, Chile y Colombia, estos últimos vecinos nuestros, atendiendo al principio de solidaridad, contemplan en su legislación la teoría del consentimiento presunto; el cual, respetando las posturas personales, ideológicas y culturales de las personas, deja abierta la posibilidad para éstas puedan expresar su negativa a ser donantes.

Tabla 7 Legislación de España, Chile, Colombia y Argentina

Chile: Ley 19.451 (08 de junio de 2013)	Artículo 2º “(...) Toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, <u>como donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano, se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo.</u> (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/ BCN, 1996)
España: Ley 30/1979,	Artículo 5 (...). “Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. (Ministerio de la Presidencia, 1979)
Colombia: Ley 10805 de 2016.	Artículo 2- Se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se

	extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento. (Congreso de la República de Colombia, 2016)
Argentina: Ley N° 27447	Artículo 33.- La ablación de órganos y tejidos puede realizarse sobre toda persona capaz mayor de 18 (dieciocho) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realiza la extracción de sus órganos y tejidos.

5.1.4. Entrevistas

1° Entrevista a Juez Solina Maydee Apaza Bejar. Juez de Juzgado de Familia de Cusco.

Teniendo en consideración que la teoría en la que se sustenta nuestra legislación sobre donación de órganos y tejidos es la del consentimiento explícito y que aproximadamente existen 7000 pacientes en lista de espera de algún órgano o tejido; **refiere que la forma en que podríamos garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera de algún órgano o tejido, sería adoptando la teoría del consentimiento presunto.**

Teniendo en consideración que la legislación comparada, como la española y chilena han adoptado la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, la cual se da cuando la persona que ha fallecido, no expresó en vida la donación y trasplante de sus órganos o componentes anatómicos, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida; **opina que la adopción de la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos en nuestra legislación, tiene fundamento en el interés público.**

En relación a los aspectos que se deben considerar al regular la donación presunta de órganos y tejidos en la legislación peruana; **refiere que corresponde modificar el artículo que se sustenta en el consentimiento expreso en la ley de donación y trasplante de órganos y tejidos. También, se debe realizar un protocolo de interconexión entre ESSALUD y RENIEC.**

Respecto de las excepciones que deben ser consideradas al regular la donación presunta de órganos y tejidos e la legislación peruana, **refiere que se debe considerar a quienes expresen no querer donar, personas con alguna discapacidad mental absoluta, y los menores de edad.**

Agrega que, la aprobación de una ley que regula el consentimiento presunto para la donación, permitirá que muchas personas salven su vida, mejorar la calidad de vida, ahorrar al Estado en el tratamiento prolongado de las personas en espera de una donación.

2° Roció Soledad Cáceres Pérez

Teniendo en consideración que la teoría en la que se sustenta nuestra legislación sobre donación de órganos y tejidos es la del consentimiento explícito y que aproximadamente existen 7000 pacientes en lista de espera de algún órgano o tejido; **refiere que, primero se debe sensibilizar a la ciudadanía. Luego se debería incluir en la currícula escolar la teoría de la donación de órganos.**

Teniendo en consideración que la legislación comparada, como la española y chilena han adoptado la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, la cual se da cuando la persona que ha fallecido, no expresó en vida la donación y trasplante de sus órganos o componentes anatómicos, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida; **refiere que le parece interesante, luego de sensibilizar a la población, podríamos estar preparados para incorporar una ley que disponga expresar la negativa de cada persona, es su documento nacional de identidad.**

En relación a los aspectos que se deben considerar al regular la donación presunta de órganos y tejidos en la legislación peruana; **refiere que, lo que se tiene que regular es la negativa expresa, al momento y la forma de que todo ciudadano tendría que indicar que no quiere donar; se debe tener en cuenta la edad.**

Respecto de las excepciones que deben ser consideradas al regular la donación presunta de órganos y tejidos e la legislación peruana, **refiere que, se debe considerar los casos de menores de edad y los de incapaces o interdictos.**

Agrega que, Le parece muy interesante la propuesta, y que se debe enfocar una ponderación entre el derecho que tiene cada una a decidir sobre sus órganos y el derecho a la salud que tienen las demás personas.

3° Mauro Mendoza Delgado. Docente Universitario

Teniendo en consideración que la teoría en la que se sustenta nuestra legislación sobre donación de órganos y tejidos es la del consentimiento explícito y que aproximadamente existen 7000 pacientes en lista de espera de algún órgano o tejido; **refiere que la forma en que podríamos garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera de algún órgano o tejido, sería regulando en el consentimiento presunto.**

Teniendo en consideración que la legislación comparada, como la española y chilena han adoptado la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, la cual se da cuando la persona que ha fallecido, no expresó en vida la donación y trasplante de sus órganos o componentes anatómicos, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida; **opina que está**

de acuerdo con la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos en nuestra legislación.

En relación a los aspectos que se deben considerar al regular la donación presunta de órganos y tejidos en la legislación peruana; refiere que, se debe considerar el principio de solidaridad y de reciprocidad; además para ser receptor de órganos tiene que ser donante.

Respecto de las excepciones que deben ser consideradas al regular la donación presunta de órganos y tejidos e la legislación peruana; refiere que, se debe considerar la negativa expresa de donación de órganos, y para tal fin se debe firmar una declaración jurada por ante RENIEC.

Agrega que, **el tema materia de investigación, se sustenta en el bien común (prevalencia) frente a interés particular, y también se debe tener en cuenta la función social del cadáver.**

4° Cristian Fabricio Negrón Peralta

Teniendo en consideración que la teoría en la que se sustenta nuestra legislación sobre donación de órganos y tejidos es la del consentimiento explícito y que aproximadamente existen 7000 pacientes en lista de espera de algún órgano o tejido; refiere que la forma en que podríamos garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera de algún órgano o tejido, sería conciliando los derechos e intereses jurídicos que pueden entrar en tensión sería generando incentivos a fin que las personas en vida den su consentimiento explícito para la donación de órganos, así por ejemplo: campañas de concientización, prestaciones a favor de los deudos del donante fallecido, que el estado asuma los gastos de sepelio, entre otros.

Teniendo en consideración que la legislación comparada, como la española y chilena han adoptado la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, la cual se da cuando la persona que ha fallecido, no expresó en vida la donación y trasplante de sus órganos o componentes anatómicos, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida; ve con cierto recelo la adopción de la referida teoría pues esta no logra explicar con suficiencia de qué forma quedan satisfechos los otros derechos que pueden entrar en tensión ante una eventual aplicación de la referida teoría en nuestra legislación, así por ejemplo nos preguntamos si se podría presumir que consintió una persona la donación de órganos de su cuerpo si se sabe que está en vida era ferviente devoto de una religión donde se proscribía este tipo de prácticas, como queda su memoria? como queda el derecho que los deudos a rendir honras a su difunto según sus convicciones religiosas o cultura si el estado es quien realmente dispone de su cuerpo? ¿En todos los casos será suficiente explicación señalar que se dispuso del cuerpo de un ser querido para prolongar o salvar la vida de alguien que no se conoce? Considero que ello debe apreciarse con mucho realismo tomando en cuenta también la perspectiva de las partes que pueden estar en desacuerdo.

En relación a los aspectos que se deben considerar al regular la donación presunta de órganos y tejidos en la legislación peruana; **refiere que, se debe considerar los derechos fundamentales que pueden verse afectados y de qué forma se puede justificar su intervención aplicando un adecuado test de ponderación; los mecanismos que se implementaran para evitar el actuar fraudulento o prácticas que vayan en contra de la verdadera naturaleza de la norma, así por ejemplo: claro se tiene del ordenamiento legal que la comercialización de partes o tejidos del cuerpo humano no está permitida sin embargo en la práctica cotidiana al margen de la ley se comercializa óvulos,**

espermatozoides, sangre, entre otros tejidos del cuerpo humanos, bajo el eufemismo de procedimiento médicos. Con este antecedente como se debe evitar el tráfico de órganos en desmedro de la memoria del difunto o los sentimientos de los deudos.

Respecto de las excepciones que deben ser consideradas al regular la donación presunta de órganos y tejidos e la legislación peruana; considera que conforme están planteadas las preguntas, la única excepción sería en caso la persona declare expresamente en vida su no consentimiento a la donación de partes de su cuerpo.

Agrega que, para la adopción o no de la teoría del consentimiento presunto deberá considerarse en que intensidad pueden ser afectados otros derechos y en qué medida se justificaría su intervención, considerando además las obligaciones internacionales que asumió el Perú al suscribir tratados de DDHH, así también la jurisprudencia y opiniones de la Corte Interamericana de DDHH.

A continuación, se tiene las entrevistas a Médicos, para quienes las preguntas las preguntas están referidas a la especialidad médica y actividad profesional y laboral.

5° Cecilia Castañeda Crisologo.

A la pregunta: **¿Considera que la actual regulación de donación de órganos y tejidos es suficiente para garantizar el derecho a la salud de los pacientes que se encuentran en lista de espera? ¿por qué?**

Afirma que No, Porque si bien es cierto que aún nos falta mucha educación social sobre lo que significa ser donantes y lo importante que resulta a un paciente en lista de espera un trasplante, una nueva oportunidad para vivir, para hacerme has cosas, que por su enfermedad renal se les limita, el hecho de que la familia de un paciente en muerte cerebral, pudiendo

ser un donante potencial por negación de la familia, independientemente que el paciente haya indicado en su DNI ser donante, si la familia no autoriza, es una pena que perdamos esos 2 riñones , y se le niegue la posibilidad a 2 pacientes a obtener una mejor calidad de vida.

A la pregunta: **¿Cuáles cree que son los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en lista de espera de órganos y tejidos?**

Refiere que, respecto a los pacientes con enfermedad Renal crónica terminal, resulta bastante complicado lidiar con una enfermedad que limita muchas cosas, su alimentación, una lista de medicamentos diarios, a pesar de estar en terapia de sustitución renal en hemodiálisis o diálisis peritoneal, lamentablemente mientras más tiempo esperan un trasplante mayores comorbilidades ganan, ya no sólo es el problema renal, se agregan cardiopatías, microvejiga, entre otros, lo que ocasiona que el paciente vaya perdiendo prioridad para un posible trasplante.

A la pregunta: **¿Podría indicar su especialidad?, en relación a ello, ¿Cómo es su participación e intervención en la Donación y Trasplante de órganos y/o tejidos?**

Indica que su especialidad es nefróloga, y que los nefrólogos se encargan de la preparación del paciente para ingreso a lista de espera, nos encargamos de hacer un estudio detallado multisistémico con el apoyo de otros especialistas para que el paciente pueda ser declarado apto para trasplante, luego si el trasplante se trata de donante vivo, también ven la preparación y estudio del donante para asegurar que este en un futuro nunca llegue a requerir hemodiálisis, hasta la realización del trasplante y si manejo post operatorio, en caso de donante cadavérico, desde el explante del riñón hasta la elección del beneficiario según

compatibilidad, hasta el manejo post quirúrgico y en ambos tipos de pacientes su seguimiento y tratamiento de mantenimiento.

A la pregunta: En el desempeño de su profesión, **¿Cuáles han sido los casos más delicados de pacientes en lista de espera de órganos y tejidos que ha conocido?**

Refiere que, pacientes jóvenes menores 30 años con problemas de hiperreactividad ya sea por trasplante previo y rechazo o politransfundidos, por permanecer mucho tiempo en lista de espera, o peor cuando desarrollando insuficiencia cardíaca, cardiología tiene que darles de baja, es muy lamentable, porque son jóvenes con muchos sueños e ilusiones, indica que el mejor tratamiento que le pueden ofrecer es el trasplante.

A la precisión y pregunta: Teniendo en cuenta que, en otros países como España y Chile, se regula la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, por el que, después de la muerte de una persona, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida **¿Considera que esta regulación ayudar a mitigar la falta de órganos y tejidos en salvaguarda de la salud de los pacientes en lista de espera?**

Considera que sí, de esa manera se podría disponer de más trasplantes al año, significa mayor accesibilidad a la posibilidad de un trasplante de un paciente en lista de espera, menor tiempo esperando un trasplante, mejor calidad de vida, agrega que, España es uno de los países con mayor tasa de trasplante y con avance tecnológico en ello, debido a esta regulación.

A la pregunta: **¿Debería de adoptarse la teoría del consentimiento presunto de donación de órganos y tejidos en la legislación peruana? ¿por qué?**

Opina que, si se desea ofrecer mejor calidad de vida, la mejor opción disponible es el trasplante, en caso del trasplante renal y de todos los órganos que se trasplantan en nuestro país, se tendría que adoptar la teoría del consentimiento presunto en nuestra legislación, agrega que, aún resulta difícil para los familiares de un paciente en muerte cerebral, que ya no revivirá y que sin embargo con uso de medicamentos y soporte se pueden conservar algunos órganos hasta un trasplante de otra persona, que está viva pero su vida no sería la misma sin un trasplante, que algo de ese ser querido que pierden vive en alguien más, al que le dan algo más que un órgano, una nueva oportunidad para cumplir sus sueños.

Agrega que, se trata de tema tan importante como es el caso de trasplante en nuestro país son muy pocos los hospitales donde se realiza trasplante, y la mayoría de ellos se realizan en la capital Lima, Cusco tiene que pasar por muchas evaluaciones para revalidar como centro trasplantados, esta pandemia nos golpeó mucho, el año pasado no se pudo realizar ningún trasplante, y en los pocos casos de muerte cerebral que tuvimos perdimos oportunidades valiosas, por no contar con autorización de familiares y otros motivos también; finalmente expresa su deseo que esto pueda cambiar para este año y los venideros.

6° Luis Fernando Pozo Ladrón de Guevara

A la pregunta:

**¿Considera que la actual regulación de donación de órganos y tejidos es suficiente para garantizar el derecho a la salud de los pacientes que se encuentran en lista de espera?
¿por qué?**

Precisa que, No, no es la más óptima pues tiene muchas falencias legales y familiares y no garantiza a qué todos los pacientes en lista de espera tengan un órgano.

A la pregunta: **¿Cuáles cree que son los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en lista de espera de órganos y tejidos?**

Refiere que, el principal problema es que en su DNI puede estar que es donador de órganos, pero si la familia se opone ya no puedes objetar.

A la pregunta: **¿Podría indicar su especialidad?, en relación a ello, ¿Cómo es su participación e intervención en la Donación y Trasplante de órganos y/o tejidos?**

Responde tener la especialidad de Nefrólogo y su participación o intervención es directa.

A la pregunta: **En el desempeño de su profesión, ¿Cuáles han sido los casos más delicados de pacientes en lista de espera de órganos y tejidos que ha conocido?**

Refiere que, pacientes que ofrecen algo a su donador y luego no cumple. Señala como ejemplo dos hermanos uno de ellos con ERCT EN HD ofrece darle su casa a su hermano a cambio de un riñón todo listo ambos hospitalizados, pero al enterarse el hermano donante que no se realizó la transacción de la casa se retiró en la noche del hospital y se frustró el operativo.

A la precisión y pregunta: Teniendo en cuenta que, en otros países como España y Chile, se regula la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, por el que, después de la muerte de una persona, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida **¿Considera que esta regulación ayudar a mitigar la falta de órganos y tejidos en salvaguarda de la salud de los pacientes en lista de espera?**

Refiere que, se debe establecer nueva legislación de donación de órganos.

A la pregunta: **¿Debería de adoptarse la teoría del consentimiento presunto de donación de órganos y tejidos en la legislación peruana? ¿por qué?**

Considera que, sí porque es la única forma de aumentar las donaciones.

5.1.5. Procesamiento de resultados cualitativos

Tabla 8 Entrevistas

Preguntas	Solina Maybee	Mauro Mendoza	Roció Soledad	Cristian Fabricio
1.	Refiere que la forma en que podríamos garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera de algún órgano o tejido, sería adoptando la teoría del consentimiento presunto.	Refiere que la forma en que podríamos garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera de algún órgano o tejido, sería regulando en el consentimiento presunto	Refiere que, primero se debe sensibilizar a la ciudadanía. Luego se debería incluir en la currícula escolar la teoría de la donación de órganos.	Refiere que la forma en que podríamos garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera de algún órgano o tejido, sería conciliando los derechos e intereses jurídicos que pueden entrar en tensión sería generando incentivos a fin que las personas en vida den su consentimiento explícito para la donación de órganos, así por ejemplo: campañas de concientización, prestaciones a favor de los deudos del donante fallecido, que el estado asuma los gastos de sepelio, entre otros.
2.	opina que la adopción de la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos en nuestra legislación, tiene fundamento en el interés público.	opina que está de acuerdo con la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos en nuestra legislación.	refiere que le parece interesante, luego de sensibilizar a la población, podríamos estar preparados para incorporar una ley que disponga expresar la negativa de cada persona, es su documento	ve con cierto recelo la adopción de la referida teoría pues esta no logra explicar con suficiencia de qué forma quedan satisfechos los otros derechos que pueden entrar en tensión ante una eventual aplicación de la referida teoría en nuestra legislación, así por ejemplo nos preguntamos si se podría presumir que consintió una persona la donación de órganos de su cuerpo si se sabe que está en vida era ferviente devoto de una religión donde se proscribía este tipo de prácticas, como queda su memoria? como queda el derecho que los deudos a rendir honras a su difunto según sus convicciones religiosas o

			nacional identidad.	de	cultura si el estado es quien realmente dispone de su cuerpo? ¿En todos los casos será suficiente explicación señalar que se dispuso del cuerpo de un ser querido para prolongar o salvar la vida de alguien que no se conoce? Considero que ello debe apreciarse con mucho realismo tomando en cuenta también la perspectiva de las partes que pueden estar en desacuerdo.
3.	refiere que corresponde modificar el artículo que se sustenta en el consentimiento expreso en la ley de donación y trasplante de órganos y tejidos. También, se debe realizar un protocolo de interconexión entre ESSALUD y RENIEC.	refiere que, se debe considerar el principio de solidaridad y de reciprocidad; además para ser receptor de órganos tiene que ser donante.	refiere que, lo que se tiene que regular es la negativa expresa, al momento y la forma de que todo ciudadano tendría que indicar que no quiere donar; se debe tener en cuenta la edad.		refiere que, se debe considerar los derechos fundamentales que pueden verse afectados y de qué forma se puede justificar su intervención aplicando un adecuado test de ponderación; los mecanismos que se implementaran para evitar el actuar fraudulento o prácticas que vayan en contra de la verdadera naturaleza de la norma, así por ejemplo: claro se tiene del ordenamiento legal que la comercialización de partes o tejidos del cuerpo humano no está permitida sin embargo en la práctica cotidiana al margen de la ley se comercializa óvulos, espermatozoides, sangre, entre otros tejidos del cuerpo humanos, bajo el eufemismo de procedimiento médicos. Con este antecedente como se debe evitar el tráfico de órganos en desmedro de la memoria del difunto o los sentimientos de los deudos.
4.	refiere que se debe considerar a quienes expresen no querer donar, personas con alguna discapacidad	refiere que, se debe considerar la negativa expresa de donación de órganos, y para tal fin se debe firmar una	refiere que, se debe considerar los casos de menores de edad y los de incapaces o interdictos.		considera que conforme están planteadas las preguntas, la única excepción sería en caso la persona declare expresamente en vida su no consentimiento a la donación de partes de su cuerpo.

mental absoluta, y los menores de edad. declaración jurada por ante RENIEC.

-
5. la aprobación de una ley que regula el consentimiento presunto para la donación, permitirá que muchas personas salven su vida, mejorar la calidad de vida, ahorrar al Estado en el tratamiento prolongado de las personas en espera de una donación. el tema materia de investigación, se sustenta en el bien común (prevalencia) frente a interés particular, y también se debe tener en cuenta la función social del cadáver. Le parece muy interesante la propuesta, y que se debe enfocar una ponderación entre el derecho que tiene cada una a decidir sobre sus órganos y el derecho a la salud que tienen las demás personas. para la adopción o no de la teoría del consentimiento presunto deberá considerarse en que intensidad pueden ser afectados otros derechos y en qué medida se justificaría su intervención, considerando además las obligaciones internacionales que asumió el Perú al suscribir tratados de DDHH, así también la jurisprudencia y opiniones de la Corte Interamericana de DDHH.
-

5.2. Presentación de Resultados

En la presentación de resultados, daremos respuestas a nuestras preguntas planteadas, según sus respectivos objetivos; en tal sentido, cada una de ellas ameritaran un ítem respectivo, iniciando con las preguntas específicas, para luego responder la pregunta general.

Las preguntas planteadas en la presente investigación fueron:

Problema General

¿Porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú?

Objetivo General

Explicar porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú.

Problemas Específicos

- ¿Cómo se regula la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos?
- ¿Cuáles son los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos?

- ¿Por qué la actual legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú?

Objetivos Específicos

- Analizar la regulación de la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos.
- Identificar los principales problemas de salud que atraviesa los pacientes en espera de órganos y tejidos.
- Explicar porque la actual legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú.

5.2.1. Regulación de la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos

Teniendo en consideración que el primer problema específico es: ¿Cómo se regula la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos? el cual, tiene como objetivo: Analizar la regulación de la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos.

La regulación de la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos, ha sido analizada en el ítem 5.1.3. donde se presenta a tres países, uno europeo y dos sudamericanos que sus legislaciones, se sustenta en la teoría del consentimiento presunto; y tienen un marco legal respetuoso de las posturas personales.

En el caso de España, se advierte que la Ley 30/1979, contempla en su artículo 5, que la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su posición. Además, según Real Decreto 1723 de 2012, se precisa que se respetan los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad.

Esto, ha conllevado a posicionar a España como un país, con presencia mundial en el trasplante y donación.

Por su parte, Chile, según Ley 19451, a regulado que toda persona mayor de 18 años será considerada como donante de sus órganos, una vez fallecida, a menos que hasta antes de momento en que se decida la extracción del órgano, se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo.

De esta manera, es que el modelo del consentimiento para la donación de órganos y tejidos, pasó a ser presunto, universal y restringido.

En Colombia, se cuenta con la Ley 10805 de 2016, en la que se regula, la presunción de ser donante, cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer su derecho a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento. Y agrega acertadamente que, las donaciones no pueden generar ningún tipo de vínculo familiar, legal o económico.

Como se puede advertir, países de nuestro continente, con realidades semejantes contemplan una regulación orientada a tutelar a los pacientes en espera de órganos o tejidos; y su legislación ha sido cuidadosa de respetar la libertad de las personas a ser o no donantes, pero que positivamente a permitido mayor acceso y oportunidades para quienes forman parte de un sector necesitado como son los pacientes en espera.

5.2.2. Principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos

Teniendo en consideración que el segundo problema específico es: ¿Cuáles son los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos? el cual, tiene como objetivo: Identificar los principales problemas de salud que atraviesa los pacientes en espera de órganos y tejidos

Los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos, han sido detallados en el ítem 5.1.4. referido a las entrevistas, donde profesionales de la especialidad nos detallan la situación de los pacientes en espera de órganos y tejidos. Así, la Médico Cecilia Castañeda señala que, los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes con enfermedad renal y en espera de órganos y tejidos son: Los pacientes con enfermedad Renal crónica terminal, resulta bastante complicado lidiar con una enfermedad que limita muchas cosas, su alimentación, una lista de medicamentos diarios, a pesar de estar en terapia de sustitución renal en hemodiálisis o diálisis peritoneal, lamentablemente mientras más tiempo esperan un trasplante mayores comorbilidades ganan, ya no sólo es el problema renal, se agregan cardiopatías, microvejiga, entre otros, lo que ocasiona que el paciente vaya perdiendo prioridad para un posible trasplante.

Por su parte, el Médico precisa que el principal problema que atraviesan los pacientes en espera de órganos y tejidos es cuando se pueden acceder a órganos y tejidos de una persona que en su DNI declaro ser donante, pero que luego es la familia quien se opone y ello no puede ser objetado.

Sumado a ello, los procedimientos que deben seguir y esperar los pacientes en espera, que van desde preparación del paciente para ingreso a lista de espera, nos encargamos de hacer un estudio detallado multisistémico con el apoyo de otros especialistas para que el paciente pueda ser declarado apto para trasplante, luego si el trasplante se trata de donante vivo, también la preparación y estudio del donante para asegurar que este en un futuro nunca llegue a requerir hemodiálisis, hasta la realización del trasplante y el manejo post operatorio, en caso de donante cadavérico, desde el explante del riñón hasta la elección del beneficiario según compatibilidad, hasta el manejo post quirúrgico y en ambos tipos de pacientes su seguimiento y tratamiento de mantenimiento.

De manera que los principales problemas son de ausencia de cantidad disponible de órganos y tejidos, que responde a la regulación actual y los procedimientos y frustraciones que experimentan los pacientes en espera.

5.2.3. Insuficiencia de la teoría del consentimiento explícito de órganos y tejidos adoptada por la legislación de donación de órganos y tejidos para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú

Teniendo en consideración que el tercer problema específico es: ¿Por qué la legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú? el cual, tiene como objetivo: Explicar porque la legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú.

La explicación del porque la legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú, han sido descritos en el ítem 2.2.3.1. donde se precisa que, el motivo es la adopción de la teoría del consentimiento explícito de la donación de órganos y tejidos en la actual legislación peruana; asimismo se detalla que para el 2019, 18 millones 940503 personas dijeron que no para la donación de sus órganos y tejidos, datos que permiten advertir que un 63.6 % de personas -familias- se oponen a la donación; lo cual, es corroborado por el Congreso de la República, que señala que la tasa de donantes por millón de habitantes de nuestro país, es inferior a la de países vecinos como Uruguay, Colombia y Brasil; adicionalmente, se tiene que la tasa de donantes en Perú, al 2018, es de 1.6, frente al 5.0 de Ecuador, el .6 de Chile y el 8.9 de Colombia.

Por otro lado, que en Perú se haya adoptado la teoría del consentimiento expreso, como fundamento para la regulación de la donación de órganos y tejidos, ha conllevado a la existencia de diferentes creencias, conforme se detalla ítem 2.2.3.2. con son, el acceso a obtener un órgano y tejido únicamente por quienes tiene dinero, no existe consideración de edad, sexo, condición para acceder a los órganos o tejidos, existe un mercado negro de órganos en nuestro país, personas que despertaron después de la muerte cerebral; sumado a ello, aspectos de orden religioso.

Todas estas percepciones sociales, se presentan y no se puede ser ajenos a su difusión, por cuanto es el escenario que viven quienes requieren de órganos y tejidos, es decir, de los pacientes en espera.

El derecho a la salud, debe ser visto desde la posición de las personas que conservan la salud, y que éste derecho se orienta a conservarla en el mejor y más óptimo estado posible; y también, desde la posición de los pacientes, esto es, desde la posición de quienes ven resquebrajada su salud; en tal sentido, los pacientes en espera de órganos y tejidos, son un sector que requiere atención y cuidado especial; más aún si cualquier persona puede llegar a ser parte de éste grupo.

Según lo precisado por ESSALUD, existe una lista de pacientes con indicación quirúrgica, una lista de pacientes con solicitud de examen pre-quirúrgico e interconsulta, una lista de pacientes aptos para cirugía y que han completado la evaluación pre-quirúrgica y riesgo anestesiólogo, lista de pacientes para ser intervenidos por IPRESS, lista de pacientes intervenidos, lista de pacientes con riesgo de complicaciones, y lista de pacientes dados de baja del registro.

Como se puede advertir la situación médica de los pacientes comprende diferentes etapas y procedimientos que se encuentra sujetos a diferentes criterios para que se les pueda asignar los órganos donados; de manera que, la insuficiencia de órganos y tejidos para estos pacientes, se ve influenciada por la teoría de donación de órganos adoptada por nuestra legislación, ello, se ve reflejado según los datos indicados anteriormente, donde Perú se ubica por debajo de países vecinos y refleja que, la teoría del consentimiento expreso no es que **haya sido** mala, pero **ha incidido** en la legislación y resultado insuficiente para atender y permitir garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera de órganos y tejidos; **tal situación encuentra hoy**

una solución importante y esperanzador para este tipo de pacientes con la promulgación de la Ley N° 31756.

5.2.4. Adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú.

Teniendo en consideración que el problema general es: ¿Porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú?, el cual, tiene como objetivo: Explicar porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú.

En la presente investigación se han desarrollado los principales temas referidos a una problemática de salud, visto desde el punto de vista legal; los cuales, nos llevan a precisar que, en relación a la donación de órganos y tejidos existen teorías que justifican su regulación, así, se tiene a la teoría de consentimiento expreso y a la teoría del consentimiento presunto.

La teoría del consentimiento expreso, adoptada por nuestro país, no es que sea negativa, lo que sucede es que, atendiendo a las circunstancias de salud de la población, resulta insuficiente para permitir cubrir la demanda social de órganos y tejidos; claro está que, se recurre al principio de solidaridad, según el cual, las personas debemos ser solidarios con las otras personas; más aún cuando se trate de

salud. **Aspecto que ha sido advertido con la dación de la Ley N° 31756 vigente desde mayo del año 2023 reglamentada en marzo de 2024.**

Siendo así, y con la intención de garantizar el derecho a la salud que tienen los pacientes en espera de órganos y tejidos, del cual, como se dijo antes, cualquiera de nosotros puede pasar a ser parte; es que se **a** tomar en consideración legislación comparada, **y** ciertos principios, como: La voluntariedad, altruismo, confidencialidad, presunción universal, que las donaciones no pueden generar ningún tipo de vínculo familiar, legal o económico; para la **promulgación de la Ley N° 31756 que consideramos garantiza** la salud de los pacientes en espera de órganos y tejidos.

Lo cual se ve complementado con lo precisado por los profesionales entrevistados, en sentido que de ésta manera se garantizaría el derecho a la salud de los pacientes en espera; en atención a principio como el de solidaridad y reciprocidad, que se sustentan en el bien común; y que su adopción -de la teoría del consentimiento presunto- deberá prever las excepciones respectivas, como es el caso de menores de edad, personas con discapacidad mental absoluta, incapaces e interdictos el respeto de la voluntad de negativa expresa; de manera que, orientar una legislación eficiente.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

Adoptar la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos representa una garantía del derecho a la salud de los pacientes en espera, porque permite establecer un marco legal, en el sentido de que se presumen que una persona es considerada donante cuando en vida se ha abstenido de ejercer el derecho de oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos, células, o componentes anatómicos luego de su fallecimiento; y de esta manera, incidir directamente en la salud de los la población peruana y sobre todo de los pacientes en espera de órganos y tejidos para su transponte.

SEGUNDA:

La regulación de donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos, se sustenta en principios como, el respeto de derechos fundamentales en la obtención y utilización de órganos humanos, respeto de la voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro, gratuidad, derecho de toda persona a ser receptora de órganos y tejidos y que la donación no genera ningún tipo de vínculo familiar, legal o económico.

TERCERA:

Los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos son, la falta de donantes de órganos y tejidos que hace que su espera sea indeterminada, problemas en su alimentación, consumo diario de medicamentos, las terapias y los procedimientos a los que se ven expuesto según la

enfermedad que padece, los costos del tratamiento se privado o público (para el Estado); todo ello, incide en el derecho a la salud y calidad de vida reconocido a nivel Constitucional.

CUARTA:

La actual legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú, porque se adoptó la teoría del consentimiento explícito de órganos y tejidos, que no permite dar cobertura a la demanda de órganos y tejidos de estos pacientes, lo que se ve reflejado al ocupar el Perú el último lugar de los países de Sudamérica en relación a la cantidad de donantes.

RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Se recomienda, al Congreso de la República del Perú, la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos para modificar el artículo 7 Código Civil, al estar pendiente dicha modificación en atención a la promulgación de la Ley N° 31756, en el sentido en el que por presunción universal una persona es considerada como donante de órganos. Siendo así, suprimirse el siguiente texto del Código Civil “Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.”

SEGUNDA:

Se recomienda, al Poder Ejecutivo, tener en consideración la regulación de donación de órganos y tejidos vigente, a fin de adoptar programas de difusión de la nueva ley N° 31756 y de las ventajas del consentimiento presunto en favor de los pacientes en espera de órganos y tejidos.

TERCERA:

Se recomienda, al Poder Ejecutivo priorizar la difusión de la Ley antes mencionada, específicamente en todas las instituciones educativas desde el nivel secundario y superior.

CUARTA:

Se recomienda, al Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud y Ministerio de Economía y finanzas, adoptar políticas públicas orientadas a implementar en los principales hospitales (zona sur, centro y norte del Perú) la realización de trasplantes de órganos para pacientes del SIS (Seguro Integral de Salud).

PROPUESTA NORMATIVA

Lege Ferenda, se recomienda al Congreso de la República del Perú, modificar el Código Civil, la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y Tejidos Ley 28189, y el reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y Tejidos; a fin de que se presuma que una persona es donante de órganos y tejidos, salvo expresa manifestación; para ello, debe de modificarse:

El artículo 7 del Código Civil, el artículo 1 de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y Tejidos Ley 28189, y el artículo 12 del reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y Tejidos.

INICIATIVA LEGISLATIVA

I. JUSTIFICACIÓN

1.1. Exposición de motivos

- Análisis de la constitucionalidad y legalidad de la propuesta

La regulación de la donación de órganos sobre la base de consentimiento presunto en el artículo 7 del Código Civil, el artículo 1 de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos, y el artículo 12 de su reglamento; no contraviene el marco normativo constitucional ni legal; porque se respeta la manifestación de voluntad expresa de toda persona.

- Descripción del problema

En la actualidad, la donación de órganos y tejidos humanos tiene como finalidad legal y principal atender a la salud de los seres humanos, es por ello, que para su realización se recurre al trasplante de órganos. En el tránsito de las últimas décadas el trasplante de órganos se ha visto ya consolidado como un tratamiento médico para dar respuesta a determinadas patologías. El avance de la ciencia en este campo se ve reflejado en la cantidad de trasplantes que se realizan en diferentes países, que permiten salvar y mejorar la calidad de vida de miles de personas. Para ello es que la donación de órganos resulta de vital importancia. La realidad peruana no es ajena a esta situación, es por ello que, a partir de la Ley N° 26842 “Ley General de Salud”, que en su artículo 1 prescribe: “Toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud (...)”, se crea legislación orientada a la donación de órganos, como la Ley N° 28189 “Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, la Ley N° 29471 “Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos y tejidos humanos”, la misma que fue modificada por ley 30747 (modifica los artículos 2,3 y 4 de la Ley N° 29471), se crea la Organización Nacional de Donación y Trasplante (ONDT); institución dependiente del Ministerio de Salud, responsable de las acciones de rectoría, promoción, coordinación, supervisión y control, de los aspectos relacionados a la donación y trasplante de órganos y tejidos en el territorio nacional; que además, tiene como principal función “Proponer las políticas y estrategias de salud, para el desarrollo de la donación y trasplante de órganos y tejidos en el ámbito nacional”.

Aun cuando el Estado, ha adoptado la legislación necesaria y a través de la ONDT ha realizado las acciones correspondiente, en la actualidad aún persiste el problema de escases de órganos y tejidos y escases de donantes, lo cual, incide en los pacientes en espera de órganos y tejidos, quienes atraviesan por situaciones complejas y difíciles, porque su salud se ve resquebrajada y con ello el de su entorno familiar; situación que no han podido ser solucionados, y aun es un problema tangible desde una perspectiva legislativa; pese a que el Congreso de la Republica tiene en agenda algunas propuestas legislativas sobre la materia, no han sido tomadas en cuenta hasta la fecha del presente trabajo de investigación, el cual, aborda la problemática desde los fundamentos teórico jurídicos, donde se aborda las teorías que sustentan la donación de órganos y tejidos.

- Exposición de la propuesta

La propuesta es, que, sobre los fundamentos de la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, se modifique el artículo 7 del Código Civil, el artículo 1 de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y tejidos y el artículo 12 de su reglamento, a fin de regular la donación de órganos, salvo expresa manifestación de voluntad; de manera que se pueda contar con donantes de órganos, los que a su fallecimiento puedan donar sus órganos y tejidos, a fin de contar con los mismos y poder acudir a los pacientes en espera.

- Mencionar las fuentes consultadas

ÁLVAREZ, H. (2007). Consentimiento Presunto y respuesta como alternativa a la escasez de donantes. Un análisis ético. Revista Chilena de Cirugía N° 3.

- CALVO, S. (19 de Enero de 2017). ¿Por que el modelo de transplante español es un referente en Europa? El diari de la Sanitat. doi:<http://diarisanitat.cat/per-que-el-model-de-trasplantament-dorgans-espanyol-es-un-referent-europa/>
- CHANG, R. A. (2017). Existe el consentimiento presunto?: La voluntad presunta como causa de justificación. *Ius Et Veritas*, 260-270.
- DIRECCIÓN DE DONACIONES Y TRANSPLANTES DEL MINISTERIO DE SALUD. (2018). Minsa .gob.pe. Obtenido de Minsa .gob.pe: Minsa .gob.pe/digdot/didot/?op=411#inf.%20general
- ECHAIZ, M. D. (2012). LAS PATENTES DE LAS CELULAS MADRES, Derecho, Genetica &Biomedicina. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Expediente 2333-2004-HC/TC, Expediente 2333-2004-HC/TC (Tribunal Constitucional 12 de agosto de 2004).
- Expediente N° 008-2003-AI/TC, 008 (Tribunal Constitucional 12 de noviembre de 2003). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=008&anoingreso=2003&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>
- Expediente N° 1417-2005-PA/TC, 1417 (Tribunal Constitucional 12 de julio de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=1417&anoingreso=2005&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>
- Expediente N° 1956-2004-AA/TC, 1956 (Tribunal constitucional 4 de agosto de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=1956&anoingreso=2004&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>
- Expediente N° 2016-2004-AA/TC, 2016 (Tribunal Constitucional 8 de abril de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=2016&anoingreso=2004&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>
- Expediente N° 2945-2003-AA/TC, 2945 (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12 de Julio de 2004). Recuperado el 21 de Abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=02945-2003&anoingreso=2003&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>
- Expediente N° 3330-2004-AA/TC, 3330 (Tribunal Constitucional 11 de agosto de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=3330&anoingreso=2004&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>
- Expediente N° 3593-2005-AA/tc, 3593 (Tribunal Constitucional 25 de junio de 2007). Recuperado el 21 de abril de 2020, de

<http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=3593&anoingreso=2005&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 5842-2006-PHC/TC, 5842 (Tribunal Constitucional 3 de marzo de 2009). doi:<http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=5842&anoingreso=2006&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 5954-3007-PHC/TC, 5954 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2008). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=5954&anoingreso=2007&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 2016-2003-AA/TC, 2016 (Tribunal Constitucional 29 de octubre de 2003). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=2016&anoingreso=2003&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

GERENCIA DE PROCURA Y TRANSPLANTE. (28 de Setiembre de 2018). *Essalud.gob.pe*. Recuperado el 13 de abril de 2020, de *Es salud Donacion y Transplante*: https://ww1.essalud.gob.pe/trasplanteweb/lista_espera.html

Informe del Congreso Nacional de Chile. (2012). *Sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado*. Santiago: Area de Analisis Legal del Congreso de Chile.

MENDOZA BENZA, M. (2013). Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas. *Foro Jurídico*, 51-61. Recuperado el 20 de abril de 2020.

MERCADO, F. J., PADILLA, C., & DIAZ, B. A. (2010). *La Donación y el Transplante de órganos según los Profesionales de la Salud* (Primera ed.). Ciudad de Mexico: Universidad de Guadalajara. Recuperado el 18 de abril de 2020, de http://www.cucs.udg.mx/revistas/lib_cetot_final.pdf

Ministerio de Salud. (17 de febrero de 2020). *www.gob.pe/institucion/minsa*. Recuperado el 20 de abril de 2020, de [www.gob.pe/institucion/minsa](https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/82336-tasa-de-donantes-de-organos-crece-mas-de-20-en-los-ultimos-tres-anos): <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/82336-tasa-de-donantes-de-organos-crece-mas-de-20-en-los-ultimos-tres-anos>

PFEIRFFER, M. L. (julio de 2006). El transplante de órganos valores y derechos humanos. *Persona y Bioética*, 10(2), 18. Recuperado el 1 de abril de 2020, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-31222006000200002

Resolución N° 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 8 de abril de 2005). Recuperado el 12 de abril de 2020, de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=144144

Resolución N° 2273-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 13 de octubre de 2006). Recuperado el 15 de febrero de 2020, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>

VARSİ ROSPIGLIOSI, E. (2019). Los Actos de Libre Disposición del Cuerpo Humano. Acta Biorthica, 9-23. Recuperado el 21 de abril de 2020, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v25n1/1726-569X-abioeth-25-1-00009.pdf>

ZUÑIGA, A. (2015). El Consentimiento Presunto y la Reciprocidad como Mecanismo para Aumentar la Donación de órganos. Rev Med Chile, 1331-1336.

1.2. Análisis Costo Beneficio

La aplicación de los artículos de la propuesta normativa no generar gasto adicional en el Presupuesto del Sector Público, toda vez que, las modificaciones presupuestarias, en el nivel Funcional Programático y en el Nivel Institucional, se realizará con cargo del presupuesto institucional del Ministerio de Salud.

2. TÍTULO

Anteproyecto de Ley sobre Consentimiento Presunto para la Donación de órganos y Tejidos en el Perú.

3. FORMULA NORMATIVA

Anteproyecto de Ley

Artículo 1. La presente Ley, regula el consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos.

Artículo 2. Modificar el artículo 7 del Código Civil, el artículo 1 de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y tejidos y el artículo 12 de su reglamento.

Artículo 7 del Código Civil:

De: La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneren no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante.

Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

A: La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneren no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante.

Tal disposición está sujeta a consentimiento presunto, salvo manifestación expresa del donante.

Artículo 1 de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y tejidos:

De: La presente Ley regula las actividades y procedimientos relacionados con la obtención y utilización de órganos y/o tejidos humanos, para fines de donación y trasplante, y su seguimiento.

A: Se presumen que una persona es donante cuando durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento. Esta contara con acceso preferente a ser receptor de órganos y tejidos en atención al principio de solidaridad.

Artículo 2. Modificar el artículo 12 del Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y tejidos:

De: Toda persona mayor de 18 años podrá autorizar, para después de su muerte, la ablación de sus propios órganos o tejidos para ser implantados en seres humanos dentro de un proceso de trasplante de órganos y/ tejidos con fines de estudio e investigación.

A: Toda persona mayor de 18 años tiene derecho a expresar su negativa a donar, para después de su muerte, la ablación de sus propios órganos o tejidos para ser implantados en seres humanos dentro de un proceso de trasplante de órganos y/ tejidos con fines de estudio e investigación.

Artículo 3. Deróguense todas las normas que se opongan a la presente Ley

BIBLIOGRAFÍA

7231-2005-PA/TC, 7231-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 29 de agosto de 2006).

Álvarez, H. (2007). Consentimiento Presunto y respuesta como alternativa a la escasez de donantes. Un análisis ético. *Revista Chilena de Cirugía N° 3*.

Amado V, J. D. (s/f). Las Declaraciones de Voluntad Impropias en la Teoría del Acto Jurídico. *Themis 10*, 75-80.

Aranzamendi, L. (2015). *Instructivo Teórico Práctico Redacción de la Tesis en Derecho*. Lima : Grijley.

Atienza, M. (2010). *BIOÉTICA, DERECHO Y ARGUMENTACION* (Segunda Edición ed.). Lima-Bogotá: Palestra Editores S.A.C.

Avendaño, J. (2013). *Diccionario Civil* (Primera Edición ed.). Lima, Peru: Gaceta Juridica.

Barrenechea, A. (2022). *Venta de órganos ¿Lucro o una opción de vida?* Lima.

Bastos; et al. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo* (Primera Edición ed.). Lima, Peru: Gaceta Juridica.

Bengali, S., & Mostahin, R. (15 de Octubre de 2017). *latimes.com*. Obtenido de <https://www.latimes.com/espanol/internacional/hoyla-lat-rinon-a-la-venta-iran-tiene-un-mercado-legal-de-organos-pero-el-sistema-no-siempre-funciona-20171015-story.html>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/ BCN,. (29 de Marzo de 1996). *leychile.cl*. Recuperado el 03 de marzo de 2020, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30818>

Biblioteca del congreso nacional de Chile/BCN. (29 de Mayo de 2013). *leychile.cl*. Recuperado el 3 de Marzo de 2020, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1051662>

Biblioteca Nacional del Congreso Nacional de Chile/BCN. (6 de Enero de 2010). *leychile.cl*. Recuperado el 03 de Marzo de 2020, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010132>

Boletín Oficial del estado N° 333,. (29 de diciembre de 2012). *boe.es*. Recuperado el 03 de MARZO de 2020, de Ministerio de la presidencia relaciones exteriores y memoria democrática: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-15715-consolidado.pdf>

- Boyd, S. (2013). *Diccionario Médico conciso y de bolsillo*. Ciudad de Panamá: Jaypee Highlights.
- Bustamante, R. (2020). La Idea de Persona y Dignidad Human. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2-27.
- Cadena Ser. (14 de Febrero de 2018). *Cadenaser.com*. Recuperado el 03 de Marzo de 2020, de https://cadenaser.com/ser/2018/02/14/sociedad/1518608352_485394.html
- Calvo, S. (19 de Enero de 2017). ¿Por que el modelo de transplante español es un referente en Europa? *El diari de la Sanitat*. doi:<http://diarisanitat.cat/per-que-el-model-de-trasplantament-dorgans-espanyol-es-un-referent-europa/>
- CARRION, J. (2001). *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Grijley.
- Casado, M. (2015). *BIOETICA Y DERECHO* (Segunda Edicion ed.). Madrid: Trota S.A.
- Centro de Coordinación de Transplante del Hospital General Universitario de Alicante. (20 de abril de 2020). *donacion.organos.ua.es*. Obtenido de [donacion.organos.ua.es: http://donacion.organos.ua.es/submenu3/inf_sanitaria/proceso/lista-espera.asp](http://donacion.organos.ua.es/submenu3/inf_sanitaria/proceso/lista-espera.asp)
- Centro de Salud de Castilla y León. (s.f.). *Saludcastillayleon.es*. Recuperado el 21 de abril de 2020, de [Saludcastillayleon.es: https://www.saludcastillayleon.es/es/lista-espera/definiciones/glosario-terminos-lista-espera-quirurgica](https://www.saludcastillayleon.es/es/lista-espera/definiciones/glosario-terminos-lista-espera-quirurgica)
- Chang, R. A. (2017). Existe el consentimiento presunto?: La voluntad presunta como causa de justificación. *Ius Et Veritas*, 260-270.
- Cluster Salud. (1 de mayo de 2019). *ClusterSalud.america.economia.com*. Recuperado el 14 de abril de 2020, de [America economia: https://clustersalud.americaeconomia.com/sector-publico/asi-te-conviertes-en-donador-de-organos-en-peru](https://clustersalud.americaeconomia.com/sector-publico/asi-te-conviertes-en-donador-de-organos-en-peru)
- Código Civil Italiano. (1952). *Artículo 5*. Roma.
- Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. (14 de diciembre de 2017). Opinión Jurídica: 153-J. Recuperado el 12 de marzo de 2020, de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=20273&strTipM=T
- Congreso de la República de Colombia. (04 de Agosto de 2016). Ley 1805 Donación de componentes anatómicos .

Congreso de la República del Perú. (2008). *Informe de Investigación de Donación de órganos y Tejidos en el Perú*. Lima. Recuperado el 10 de abril de 2020, de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/FE22C6CCDCE499B505258330007B40DE/\\$FILE/DONACI%C3%93N-%C3%93RGANOS-TEJIDOS-PER%C3%9A.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/FE22C6CCDCE499B505258330007B40DE/$FILE/DONACI%C3%93N-%C3%93RGANOS-TEJIDOS-PER%C3%9A.pdf)

Convención on Biológica Diversity de la Organización de Naciones Unidas. (1992). *Convención on Biológica Diversity*.

Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria de Congreso de la República. (2018). *Donación de órganos y Tejidos en el Perú*. Lima.

Diccionario de la Lengua Española. (2019). *dle.rae.es*. Recuperado el 20 de abril de 2020, de <https://dle.rae.es/paciente?m=form>

Dirección de Donaciones y Transplantes del Ministerio de Salud. (2018). *Minsa .gob.pe*. Obtenido de Minsa .gob.pe: Minsa .gob.pe/digdot/didot/?op=411#inf.%20general

Echaiz, M. D. (2012). *LAS PATENTES DE LAS CELULAS MADRES, Derecho, Genetica & Biomedicina*. Lima: Grijley E.I.R.L.

Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de las Personas. Concepto - Personas Naturales* (Octava ed., Vol. I). Lima, Perú: Instituto Pacifico.

Expediente 2333-2004-HC/TC, Expediente 2333-2004-HC/TC (Tribunal Constitucional 12 de agosto de 2004).

Expediente N° 008-2003-AI/TC, 008 (Tribunal Constitucional 12 de noviembre de 2003). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=008&anoingreso=2003&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 1417-2005-PA/TC, 1417 (Tribunal Constitucional 12 de julio de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=1417&anoingreso=2005&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 1956-2004-AA/TC, 1956 (Tribunal constitucional 4 de agosto de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=>

&demandado=&numexpediente=1956&anoingreso=2004&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1

Expediente N° 2016-2004-AA/TC, 2016 (Tribunal Constitucional 8 de abril de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=2016&anoingreso=2004&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 2945-2003-AA/TC, 2945 (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12 de Julio de 2004). Recuperado el 21 de Abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=02945-2003&anoingreso=2003&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 3330-2004-AA/TC, 3330 (Tribunal Constitucional 11 de agosto de 2005). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=3330&anoingreso=2004&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 3593-2005-AA/tc, 3593 (Tribunal Constitucional 25 de junio de 2007). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=3593&anoingreso=2005&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 5842-2006-PHC/TC, 5842 (Tribunal Constitucional 3 de marzo de 2009). doi:<http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=5842&anoingreso=2006&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N° 5954-3007-PHC/TC, 5954 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2008). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=5954&anoingreso=2007&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Expediente N°2016-2003-AA/TC, 2016 (Tribunal Constitucional 29 de octubre de 2003). Recuperado el 21 de abril de 2020, de <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=>

&demandado=&numexpediente=2016&anoingreso=2003&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1

Fernandez Sessarego, C. (2007). *Derecho de las Personas*. Lima: Grijley.

Fernandez, S. C., & Woolcott, O. O. (2018). *DERECHO MEDICO de las nociones fundamentales y la responsabilidad medica* (Primera Edicion ed., Vol. I). Lima, Peru: Instituto Pacifico S.A.C.

Foulcault, M. (mayo de 1979). *eva.fcs.edu.uy*. (J. V. Uria, Ed.) Recuperado el 2 de abril de 2020, de https://eva.fcs.edu.uy/pluginfile.php/116669/mod_resource/content/0/Mod2%20obligatorio1%20Foucault%201978%20Nietzsche%2C%20la%20genealog%3%ADa%2C%20la%20historia%20MICROF%3%8DSICA%20DEL%20PODER%20%281-14%29.pdf

Generalitat de Catalunya. (s.f.). *Gencat.cat*. Obtenido de http://trasplantaments.gencat.cat/es/la_donacio/quan_i_com/consentiment_a_la_donacio/

Gerencia de Procura y Transplante. (28 de setiembre de 2018). *essalud.gob.pe*. Recuperado el 14 de abril de 2020, de https://ww1.essalud.gob.pe/trasplanteweb/lista_espera.html

Gerencia de Procura y Transplante. (28 de Setiembre de 2018). *Essalud.gob.pe*. Recuperado el 13 de abril de 2020, de Es salud Donacion y Transplante: https://ww1.essalud.gob.pe/trasplanteweb/lista_espera.html

Gonzales Lluy VS Ecuador, Gonzales Lluy y otros (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de setiembre de 2015).

Gonzales, R. (2017). *tendencias21*. Obtenido de <https://www.tendencias21.es/derecho/attachment/113651/>

Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de Investigación* (Sexta ed.). Mexico DF: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. Obtenido de <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>

Informe del Congreso Nacional de Chile. (2012). *Sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado*. Santiago: Area de Analisis Legal del Congreso de Chile.

Instituto Nacional Central Único Cordnador de Ablación e Implante deI Ministerio de Salud de Argentina. (2009). *INCUCAI.org.ar*. Obtenido de INCUCAI.org.ar:

<https://www.incucai.gov.ar/index.php/component/glossary/Glosario-1/O/%C3%93rgano-106/>

Matesanz, R. (2018 de febrero de 2018). *Ideal.es*. doi:<https://www.ideal.es/sociedad/espanola-sobre-donacion-20180214101437-ntrc.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>

Mendez, R., & Camacho, M. (2006). Transplante y comercio de órganos en Perú. *Nefrología* N° 5, 527-537.

Mendoza Benza, M. (2013). Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas. *Foro Jurídico*, 51-61. Recuperado el 20 de abril de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/13800/14424/>.

Mercado, F. J., Padilla, C., & Diaz, b. a. (2010). *La Donación y el Transplante de órganos según los Profesionales de la Salud* (Primera ed.). Ciudad de Mexico: Universidad de Guadalajara. Recuperado el 18 de abril de 2020, de http://www.cucs.udg.mx/revistas/lib_cetot_final.pdf

Ministerio de la Presidencia, R. e. (6 de Noviembre de 1979). *Boe.es*. (N. 266, Editor) Recuperado el 03 de marzo de 2020, de boletin Oficial: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-26445>

Ministerio de Salud. (17 de febrero de 2020). www.gob.pe/institucion/minsa. Recuperado el 20 de abril de 2020, de [www.gob.pe/institucion/minsa](https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/82336-tasa-de-donantes-de-organos-crece-mas-de-20-en-los-ultimos-tres-anos): <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/82336-tasa-de-donantes-de-organos-crece-mas-de-20-en-los-ultimos-tres-anos>

Muñoz Razo, C. (2011). *Cómo Elaborar y Asesorar una Investigación de Tesis*. México: Prntice Hall.

Organización Mundial de la Salud. (s.f.). *Who.int*. Recuperado el 20 de abril de 2020, de <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>

Organismo Mundial de la Salud. (9 de diciembre de 2017). *who.int/es*. Obtenido de [who.int/es](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health): <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>

ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. (21 de MAYO de 2010). Recuperado el 15 de agosto de 2019, de WORLD HEALTH ORGANIZATION: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63-REC1/A63_REC1-sp.pdf

OSORIO, M. (2005). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

- Pacto internacional de derechos economicos sociales y culturales. (3 de enero de 1976). *ohchr.org*. Recuperado el 21 de abril de 2020, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Paredes, Braylyn; et al. (2021). Aproximaciones a la viabilidad jurídica y económica de la aplicación del consentimiento presunto como política pública de fomento y promoción de la donación de órganos y tejidos en el Perú. *Themis*, 226-268. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/25919/24425>
- Pfeirffer, M. L. (julio de 2006). El transplante de organos valores y derechos humanos. *Persona y Bioetica*, 10(2), 18. Recuperado el 1 de abril de 2020, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-31222006000200002
- Portal onlyfunfacts. (2020). *onlyfunfacts.com/es*. Obtenido de <https://onlyfunfacts.com/es/vida/humanos/parte-del-cuerpo-mercado-negro/>
- Prieto, L. (2012). Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 387-409.
- RENIEC. (2021). *www.gob.pe/institucion/reniec*. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/reniec/noticias/502622-solo-3-millones-de-peruanos-están-dispuestos-a-donar-sus-organos>
- Resolución de Gerencia General N° 1518-GG-ESSALUD-2015 (Gerencia General de EsSalud 31 de diciembre de 2015).
- Resolución N° 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 8 de abril de 2005). Recuperado el 12 de abril de 2020, de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=144144
- Resolución N° 2273-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 13 de octubre de 2006). Recuperado el 15 de febrero de 2020, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>
- Rivas Tovar, L. A. (2017). *Elaboración de Tesis*. México: TRILLAS.
- Ruiz, E. (22 de Febrero de 2022). *larazon.es*. Obtenido de <https://www.larazon.es/tecnologia/20220227/hlvbv4vslvbtaom2dt3b6r32m.html>
- S/A. (2019). *ConceptoyDefinicion*. Obtenido de <https://conceptoydefinicion.com/politica-legislativa/>

- Sacyl. (2018). *saludcastillayleon.es*. Obtenido de <https://www.saludcastillayleon.es/es/lista-espera/definiciones/glosario-terminos-lista-espera-quirurgica>
- Segura, D. (2022). *Todo en exceso es bueno*. México DF.
- Trigo, Belén; Et Al. (2009). El consentimiento a la donación de órganos: Profesionales sanitarios, pacientes y familiares. *Revista Comunicaciones*, 59-67.
- Varsi Rospigliosi, E. (2019). Los Actos de Libre Disposición del Cuerpo Humano. *Acta Bioethica*, 9-23. Recuperado el 21 de abril de 2020, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v25n1/1726-569X-abioeth-25-1-00009.pdf>
- Varsi, E. (2019). Los actos de libre disposición dle cuerpo humano. *Acta Bioethica*, 9-23.
- Varsi, R. E. (2007). *DERECHO Y MANIPULACION GENETICA, Calificacion juridica de la Clonacion* (Segunda Edición ed.). Lima: Editorial de la Universidad de Lima.
- Varsi, R. E. (2015). *DERECHO GENETICO* (Quinta ed.). Lima, Perú: GRILEY.
- Zolezzi, C. (5 de julio de 2018). *lanacion.com.py*. Obtenido de Na Nacion: <https://www.lanacion.com.py/investigacion/2018/09/09/espana-y-chile-tienen-modelo-diferente/>
- Zuñiga, A. (2015). El Consentimient Presunto y la Reciprocidad como Mecanismo para Aumentar la Donación de órganos. *Rev Med Chile*, 1331-1336.
- Zúñiga, A. (2015). El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismo para aumentar la donación de órganos. *Rev. Med. Chile*, 1331-1336. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v143n10/art12.pdf>

ANEXOS

a. Matriz de Consistencia

ADOPCION DE LA TEORIA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LA DONACION DE ORGANOS Y TEJIDOS Y EL DERECHO A LA SALUD DE PACIENTES EN ESPERA EN EL PERÚ						
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORIAS	METODOLOGÍA	TÉCNICA	UNIDAD DE ANÁLISIS
<p>General. ¿Porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú?</p> <p>Específicos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo se regula la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos? • ¿Cuáles son los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos? • ¿Por qué la actual legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú? 	<p>General. Explicar porque la adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú</p> <p>Específicos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Analizar la regulación de la donación de órganos y tejidos en países cuya legislación adopta la teoría del consentimiento presunto de la donación de órganos y tejidos. • Identificar los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos. • Explicar porque la actual legislación de donación de órganos y tejidos resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud de las pacientes en espera en el Perú. 	<p>General</p> <p>La adopción de la teoría del consentimiento presunto de la Donación de órganos y tejidos garantiza el derecho a la salud de los pacientes en espera en el Perú, porque permitirá cobertura la demanda de órganos y tejidos, situación que incide directamente en la salud de los pacientes que se encuentran en</p>	<p>Categoría 1.</p> <p>Teoría del Consentimiento Presunto de la donación de órganos y tejidos.</p> <p>Categoría 2.</p> <p>Derecho a la Salud de pacientes en espera.</p>	<p>Enfoque de investigación</p> <p>: Cualitativo.</p> <p>Tipo de investigación</p> <p>: Explicativo y comparativo</p> <p>Nivel de investigación</p> <p>Básica</p>	<p>Técnicas</p> <p>- Análisis documental</p> <p>- Entrevistas</p> <p>Instrumentos</p> <p>- Ficha de recopilación de información documental bibliográfica.</p> <p>- Cuestionario de preguntas.</p>	<p>Unidad de Análisis Temático</p> <p>Donación de órganos y derecho a la salud de pacientes en Perú.</p> <p>Muestra no probabilística</p> <p>3 jueces, 3 funcionarios del Ministerio de Salud, de la Dirección Regional de Salud, así como 3 médicos cirujanos que se encargan del trasplante de órganos y tejidos.</p> <p>Criterios de selección de la muestra</p>

		lista espera, en su derecho a la salud al permitirle mejor calidad de vida.				Jueces de la Corte Superior de Justicia de Cusco, médicos cirujanos de especialidad y funcionarios del Ministerio de Salud del área especializada, relacionada con la donación de órganos.
--	--	---	--	--	--	--

b. Entrevistas

UNIVERSIDAD NACIONAL SAN ANTONIO ABAD DE CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Título de tesis:

**“ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LA DONACIÓN DE
ÓRGANOS Y TEJIDOS Y EL DERECHO A LA SALUD DE PACIENTES EN ESPERA EN EL
PERU”**

ENTREVISTA A ABOGADOS

NOMBRE :

PROFESIÓN / CARGO :

ESPECIALIDAD :

GRADO ACADÉMICO: Doctorado (), Maestría ().

Teniendo en consideración que nuestra legislación sobre donación de órganos y tejidos se sustenta en la teoría del consentimiento explícito, y que aproximadamente existen 7000¹ pacientes en lista de espera de algún órgano o tejido.

1. ¿? ¿Desde un punto de vista legal, como podríamos garantizar el derecho a la salud de los pacientes en espera?

¹ (...). Resulta preocupante que en ámbito local haya tan pocas personas dispuestas a donar un órgano o tejidos, especialmente si se tiene en cuenta que actualmente hay cerca de 7000 compatriotas en la lista de espera para un trasplante y que de dos a tres peruanos mueren al día en listas de espera. Es decir, al año, al menos 700 personas perecen por esta razón. (El Peruano, 2020)

Teniendo en consideración que legislación comparada, como la española y chilena han adoptado la teoría del consentimiento presunto de órganos y tejidos, la que *se da cuando la persona que ha fallecido, no expresó en vida la donación y trasplante de sus órganos o componentes anatómicos, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida.*

2. ¿Cuál es su opinión de adoptar la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejido, en nuestra legislación?

3. ¿Qué aspecto deben ser considerados al regular la donación presunta de órganos y tejidos en la legislación peruana?

4. ¿Cuáles son las excepciones que deben ser consideradas al regular la donación presunta de órganos y tejidos en la legislación peruana?

UNIVERSIDAD NACIONAL SAN ANTONIO ABAD DE CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Título de tesis:

**“ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LA DONACIÓN DE
ÓRGANOS Y TEJIDOS Y EL DERECHO A LA SALUD DE PACIENTES EN ESPERA EN EL
PERÚ”**

ENTREVISTA A MÉDICOS

NOMBRE :

PROFESIÓN / CARGO :

ESPECIALIDAD :

GRADO ACADÉMICO: Doctorado (), Maestría ().

Teniendo en consideración que en nuestro país, la legislación sobre donación de órganos y tejidos se sustenta en el consentimiento explícito, y aun cuando se han establecido políticas públicas para su promoción, existen aproximadamente a 7000² pacientes en lista de espera.

1. ¿Considera que la actual regulación de donación de órganos y tejidos es suficiente para garantizar el derecho a la salud de los pacientes que se encuentran en lista de espera? ¿por qué?

² (...). Resulta preocupante que en ámbito local haya tan pocas personas dispuestas a donar un órgano o tejidos, especialmente si se tiene en cuenta que actualmente hay cerca de 7000 compatriotas en la lista de espera para un trasplante y que de dos a tres peruanos mueren al día en listas de espera. Es decir, al año, al menos 700 personas perecen por esta razón. (El Peruano, 2020)

2. ¿Cuáles cree que son los principales problemas y dificultades que atraviesan en su salud, los pacientes en espera de órganos y tejidos?

3. En el desempeño de su profesión, ¿Cuáles han sido los casos más delicados de pacientes en lista de espera de órganos y tejidos que ha conocido?

4. Teniendo en cuenta que, en otros países como España y Chile, se regula la teoría del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos, por el que, después de la muerte de una persona, se presume un reconocimiento o autorización implícita como donante, siempre y cuando no haya manifestado su oposición en vida ¿Considera que esta regulación ayudar a mitigar la falta de órganos y tejidos en salvaguarda de la salud de los pacientes en espera?

5. ¿Debería de adoptarse la teoría del consentimiento presunto de donación de órganos y tejidos en la legislación peruana? ¿por qué?
