

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA

UNICOC

MONOGRAFÍA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**TEMA: LA VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
INDIVIDUAL POR PARTE DEL ESTADO EN LA PRESUNCIÓN LEGAL DE
DONACIÓN Y SU ALIADA LA RESPUESTA REQUERIDA.**

ALUMNOS:

GILBERTH ANDRES RODRIGUEZ G.

GERARDO A. RODRIGUEZ R.

GRUPO C-3

TUTOR: DRA. ANGELICA ARMENTA

DESCRIPCIÓN DE LA MONOGRAFÍA

Autores: Rodríguez Rodríguez Gerardo Antonio

Rodríguez González Gilberth Andrés

Título: LA VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
INDIVIDUAL POR PARTE DEL ESTADO EN LA PRESUNCIÓN LEGAL DE
DONACIÓN Y SU ALIADA LA RESPUESTA REQUERIDA.

Ciudad: Chía Cundinamarca, Colombia.

Año de elaboración: 2016.

Número de páginas: 58

Facultad: Derecho y Ciencias Políticas.

Programa: Pregrado.

Título obtenido: Abogados.

Descriptores: Donación de órganos, Presunción legal de donación, Respuesta requerida, Ley 09 de 1979, Consentimiento presunto, Historia clínica, Autonomía de la voluntad, Ley 73 de 1988, Consentimiento informado, Ley 1805 de 2016.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA UNICOC
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

DIRECTIVOS DE LA UNIVERSIDAD

DECANO DE LA FACULTAD: Dra. Ángela Echeverri Arcila.

SECRETARIO ACADÉMICO: Dra. Angélica Armenta Ariza.

DIRECTOR DE TESIS:. Dra. Angélica Armenta Ariza.

CHÍA 2016

HOJA DE ACEPTACIÓN

Jurado: _____

Jurado: _____

Gerardo: A mi esposa, a mis hijos Sarita y Santiago por el sacrificio en el tiempo que hemos dejado de compartir en familia y a mi hijo Andrés por su dedicación y respaldo en esta etapa de formación académica, por permitirme vivir una experiencia única al ser mi compañero de pregrado. A Unicoc y su cuerpo docente por la oportunidad de adquirir el conocimiento para formarnos profesionalmente.

Andrés: A Gerardo mi padre, mi compañero de pregrado, a mi madre Margarita, a Sara, Santiago y a los que desde el cielo observan por ser siempre un apoyo incondicional.

Contenido

ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS.	13
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	13
1.2. LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS EN EL DERECHO COMPARADO.....	17
1.3. EFECTIVIDAD Y CUESTIONAMIENTOS DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS.	22
CAPÍTULO II. LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS Vs. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD INDIVIDUAL.	28
2.1. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO COMO UN DERECHO PERSONALÍSIMO.	28
2.2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL DONANTE.....	34
CAPÍTULO III. EL REGISTRO DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA HISTORIA CLÍNICA, AGONISTA DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS.....	40
3.1. LA HISTORIA CLÍNICA.	40
3.2. LA HISTORIA CLÍNICA COMO PROPUESTA ALTERNA A LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN.....	41
CAPÍTULO IV. LA RESPUESTA REQUERIDA COMO MECANISMO ALTERNATIVO A LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN.	44
CAPITULO V. CONCLUSIONES.	48
GLOSARIO (PRECISIONES TERMINOLÓGICAS):	53
REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS:	57

ABSTRACT

Organ donation is a complex issue because it involves detaching a body part to preserve the life of a stranger. To overcome the problems posed presumed consent, the document proposes the required response as an alternative able to eliminate the violation of the autonomy.

RESUMEN

La donación de órganos es un tema complejo, ya que implica desprender una parte del cuerpo para preservar la vida de una persona desconocida. Para subsanar los problemas que representa el consentimiento presunto, el documento propone la respuesta requerida como alternativa capaz de eliminar la violación de la autonomía de la voluntad.

INTRODUCCIÓN

Los trasplantes de órganos son un tema que día a día adquiere mayor relevancia en las sociedades contemporáneas, debido a que son procedimientos científicos resultado de investigaciones y avances en la práctica médica. La finalidad del trasplante de órganos es la búsqueda de alternativas eficientes para la preservación de la vida humana en condiciones de calidad de vida, lo cual se enmarca dentro de la garantía de los derechos humanos. Los Estados miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a incorporar las mencionadas garantías a los derechos humanos dentro de sus legislaciones; y por lo tanto, para el caso colombiano se constituye a su vez en uno de los fines esenciales del Estado¹.

En materia de donación de órganos cuando estos provienen de un donante fallecido “bien sea por muerte encefálica o por cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias y a quien se le pretende extraer componentes anatómicos con fines de trasplantes o implantes”², se presenta cierta incertidumbre y se generan controversias de índole legal, cuando el sujeto en vida no manifestó su decisión de donar, esto es guardó silencio sobre dicha decisión, frente a las condiciones para

¹ COLOMBIA. Constitución política de Colombia. CAPITULO 5: De La Finalidad Social Del Estado Y De Los Servicios Públicos Artículo 366. Editorial LEGIS. 31ª edición. Bogotá. 2012.

² COLOMBIA. Congreso de la República. Decreto 2493 de 2004. Capítulo I, Ámbito de aplicación y definiciones, Artículo 2.

la utilización de componentes anatómicos previstas en el Artículo 16 numeral 2 del Decreto 2493 de 2004.

En este orden de ideas, es donde entra el concepto del *consentimiento presunto o presunción legal de donación de órganos*, la cual se entiende como la acción en virtud de la cual un Estado determina el rumbo de un órgano anatómico de un ser humano cuando en vida éste no hubiese manifestado su voluntad de aceptación u oposición a donar.

La presunción legal de donación ha sido instituida como uno de los mecanismos para legitimar la ablación y utilización de órganos provenientes de un cadáver, no obstante, ésta ha sido tema de discusión en diferentes países y en Colombia aparece a finales de los años 80's con la expedición de la ley 73 de 1988. Con la implementación de dicha figura en el ordenamiento jurídico colombiano surge la controversia acerca de la posible cohesión entre figura de la presunción legal de donación de órganos y el respeto por las garantías y libertades individuales establecidas en la norma superior, las cuales le permiten al individuo o a sus familiares hacer uso del derecho que les asiste de expresar de manera voluntaria su decisión de ser o no donante de órganos. A pesar que ésta presunción tiene fundamento en el principio de solidaridad humana, se cuestiona si la medida contraviene principios y garantías fundamentales del individuo consagradas en la Constitución Política.

En el presente texto se revisa la figura de la presunción legal de donación de órganos, y se exponen las razones por las cuales considera el autor del presente texto que con dicha institución el Estado colombiano lesiona derechos individuales y afecta el núcleo esencial del derecho a la autonomía de la voluntad individual; para ello será preciso abordar desde un marco conceptual la figura de la donación de órganos, partiendo de la tesis según la cual la donación es un acto en el que prima la voluntad del donador, y por ende no puede por ningún motivo mutar a una disposición draconiana por parte del Estado. Se cuestiona sí el hecho de guardar silencio ante la decisión de donar un órgano debe configurarse como manifestación positiva de la voluntad, por cuanto en éste caso el hecho de guardar silencio crea un ambiente de controversia jurídica y una contradicción expresa respecto a la verdadera esencia de la manifestación de la voluntad, por ser un tema de tan alta relevancia social, humana y jurídica.

Pese a que en Colombia el legislador había emitido leyes relacionadas con éste tema, éstas estaban encaminadas hacia el manejo que debe darse a los órganos y componentes anatómicos humanos para trasplantes, dentro del marco de una política de salud pública y de saneamiento ambiental, es el caso de la Ley 9 de 1979, mediante la cual se dictaron medidas sanitarias en Colombia, la Ley 919 de 2004, por medio de la cual se prohibió la comercialización de dichos componentes y se tipificó como delito su tráfico, y el Decreto 2493 de 2004 mediante el que se reglamentó la organización de la Red de Donación y Trasplantes como sistema

único a través del cual el Estado garantiza el cumplimiento de uno de los fines a su cargo.

A partir de 1988 con la expedición de ley 73, se crea la figura de la presunción legal de donación de órganos en el ordenamiento jurídico, manteniendo aun el derecho a los familiares o deudos durante un tiempo limitado para decidir frente a la posibilidad de donar algunos órganos o componentes anatómicos del cuerpo del familiar fallecido horas antes; no obstante con la expedición de la Ley 1805 de 2016, se modificó el artículo 2º de la ley 73 de 1988, al punto que prescindió de todo derecho a los familiares para tomar parte dentro del proceso de la donación.

La presente investigación permitirá al lector contar con un panorama legal en el que podrá evidenciar estas dicotomías, a fin de elaborar reflexiones respecto de la presunción legal de donación de órganos dentro del marco de un Estado social de derecho. Al mismo tiempo busca generar un aporte en relación con la responsabilidad que recae sobre cada ciudadano y sobre su decisión dentro del esquema de un sistema general en salud como el que existe en Colombia, el cual esta basado en los principios de solidaridad, universalidad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, equidad y sostenibilidad entre otros.

Finalmente, en éste documento se presenta una propuesta jurídica que busca superar las infracciones a los derechos individuales y la afectación a la autonomía de la voluntad en relación con la donación de órganos. Si bien es cierto que

evidenciar la violación de los derechos y principios rectores del Estado colombiano es uno de los apartes de la presente investigación, el eje axial de la misma se encamina a presentar una herramienta mediante la cual los ciudadanos atendiendo a una disposición legal, formalicen su determinación a favor o en contra de la donación. En éste caso la materialización de la voluntad de los ciudadanos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones se basará en el formato de consentimiento informado, propio de la praxis médica.

CAPÍTULO I: PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Para el esclarecimiento del origen de la presunción legal de donación de órganos, autores como FIGUEROA han hecho referencia a disposiciones del ordenamiento jurídico francés de los años 70's como un precedente respecto al origen del término presunción legal de donación³. FIGUEROA manifiesta que la ley Caillavet en Francia dispone que *“en caso de fallecer alguna persona mayor de edad en un establecimiento hospitalario se presume su consentimiento para que sus órganos puedan destinarse a ser trasplantados a terceros. Se excluye tan sólo el caso de haberse manifestado expresamente voluntad en contrario”*⁴. Muy posiblemente el término consentimiento presunto o presunción legal de donación en 1976 obedecía a las necesidades de aquel entonces, época en la que era precario respecto a la actualidad el desarrollo de derechos y libertades personales, al igual que el desarrollo de derechos sociales, económicos y culturales.

En Colombia la donación de órganos, se incorporó en el ordenamiento jurídico nacional en el año 1979 con la expedición de la Ley 09 cuyo objeto fue dictar medidas sanitarias de carácter general; sin embargo, es a partir de la expedición de la Ley 73 en 1988 que se incluye en la legislación colombiana el término:

³ FIGUEROA. GONZALO. Persona, pareja y familia: persona natural y sujeto de derechos persona. Biología y ética. Estatuto civil de la pareja. Estatuto igualitario de filiación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1995. 23 p.

⁴ FIGUEROA. GONZALO. Persona, pareja y familia: persona natural y sujeto de derechos persona. Biología y ética. Estatuto civil de la pareja. Estatuto igualitario de filiación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1995. 23 p.

“presunción legal de donación”, precisamente en la modificación que ésta ley hizo al párrafo del artículo 540 de la Ley 09 de 1979, en la que se les reconocía a los deudos el derecho a tomar parte en la determinación de permitir o no la extracción de órganos o componentes anatómicos del familiar fallecido; en tal sentido ésta Ley decretó:

(...) Artículo 1º. *El párrafo del artículo 540 de la Ley 09 de 1979, quedará así:*

Artículo 540.- Párrafo. Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del cadáver o presunción legal de donación.

Artículo 2º. *Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido (...)*⁵.

Con la recientemente expedida Ley 1805 de agosto 4 del año en curso, se entró a modificar apartes de la Ley 73 de 1988, fue así que ésta suprimió cualquier potestad a los familiares o deudos del fallecido, para tomar una decisión a favor o en contra de la donación de órganos y componentes anatómicos del cadáver del familiar fallecido; en tal sentido la nueva disposición señaló:

“ARTÍCULO 1º. *Objeto. La presente ley tiene por objeto ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos.*

ARTÍCULO 2º. *Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así:*

Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 9a de 1979, quedará así:

⁵ COLOMBIA. Congreso de la república. LEY 73 de 1988.

Artículo 540. Parágrafo 1. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación.

Parágrafo 2. No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados.

ARTÍCULO 3º. *Modifíquese el artículo 2º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así:*

Artículo 2º. 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 1º. 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”⁶.

La presunción legal de donación de órganos o consentimiento implícito es una figura mediante la cual un Estado decide sobre la suerte que correrá un órgano de un individuo que nunca manifestó en vida su aceptación o rechazo para donar, con ello se entra en la controversia jurídica respecto a la vulneración de los derechos de los familiares del donante fallecido, para disponer del cadáver como garantía al derecho de libertad de conciencia, de religión y de culto, contemplados en la Constitución de 1991.

El término presunción legal no es nuevo dentro de los sistemas jurídicos hispanoparlantes. Tal es el caso de Chile quien después de innumerables debates y en contra de prestigiosos juristas y galenos como el *Dr. HUGO ÁLVAREZ*, reconocido médico cirujano de la unidad de cirugía torácica del Hospital San Juan de Dios en Santiago de Chile, decidió adoptar el consentimiento presunto como presupuesto fáctico de donación. Menciona Álvarez que los sujetos deben elegir si

⁶ COLOMBIA. Congreso de la república. LEY 1805 de 2016.

desean o no ser donantes, como manifestación de su autonomía; que a nadie debiera imponerse un acto moral por ley, aspecto éste que reviste de especial importancia para los efectos de la presente investigación y señala que la donación de órganos debe ser realizada en conciencia porque es un acto deseable de esencia altruista⁷. En Europa la Asamblea de Gales en el año 2015 dio vía libre a la aprobación de una norma que introdujo la presunción de consentimiento a su ordenamiento jurídico⁸. Actualmente el tema se está debatiendo en países como Irlanda del Norte, Escocia y la República de Irlanda. Sin embargo, JOHN FABRE manifiesta que el consentimiento presunto se convierte en una influencia clínicamente innecesaria y en un elemento corruptor de la medicina y la política al establecer que *“hay poca evidencia de que la presunción de consentimiento sea efectiva y en vez de legislar para limitar el consentimiento de los donantes, deberíamos abordar los recelos y malentendidos de las familias para mejorar su tasa de consentimiento como se ha hecho con tanto éxito en España ”*⁹. También en Europa mejoras en infraestructura del Reino Unido han dado lugar a un notable incremento del 63% en la donación de órganos de fallecidos desde el año 2007¹⁰.

⁷ MD. HUGO ÁLVAREZ Presunción de consentimiento y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes de órganos: un análisis ético. Universidad de Chile. Sede Occidente. Servicio de Cirugía Hospital San Juan de Dios. Santiago. Chile. Rev. Chilena de Cirugía. Vol 59 - N°3, Junio 2007 .p 244-249.

⁸ J. FABRE. Consentimiento presunto para la donación de órganos: una influencia clínicamente innecesaria y corruptora en la medicina y la política. ClinMed. Londres. Diciembre. 2014.

⁹ J. FABRE. Consentimiento presunto para la donación de órganos: una influencia clínicamente innecesaria y corruptora en la medicina y la política. ClinMed. Londres. Diciembre. 2014.

¹⁰ J. FABRE. J. FABRE. Consentimiento presunto para la donación de órganos: una influencia clínicamente innecesaria y corruptora en la medicina y la política. ClinMed. Londres. Diciembre. 2014.. ClinMed. Londres. Diciembre. 2014.

1.2. LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS EN EL DERECHO COMPARADO.

Revisando el derecho comparado tanto europeo como el latinoamericano, se puede evidenciar un fuerte sesgo entre los simpatizantes y los detractores de la presunción legal de donación de órganos; los primeros, acuden al progreso y bienestar general de los pueblos como una forma de opacar la vulneración al principio de la autonomía de la voluntad¹¹; y los segundos, utilizan a la academia y a la conciencia colectiva como vehículos de transporte encaminados a garantizar los derechos y libertades fundamentales de cada individuo¹².

Autores que defienden asiduamente la presunción legal de donación de órganos como HANSON manifiestan que existen dos tipos de presunciones legales de donación, el primer tipo de presunción legal es la denominada presunción fuerte en la que la familia del fallecido no tiene facultades para interferir en el proceso de donación, y el segundo tipo de presunción es la llamada presunción débil en la que la decisión de la familia interfiere en el proceso de donación¹³. Los más radicales séquitos de la presunción legal de donación idearon una tercera variante

¹¹MD. HUGO ÁLVAREZ Presunción de consentimiento y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes de órganos: un análisis ético. Universidad de Chile. Sede Occidente. Servicio de Cirugía Hospital San Juan de Dios. Santiago. Chile. Rev. Chilena de Cirugía. Vol 59 - N°3, Junio 2007 .p 244-249.

¹²MD. HUGO ÁLVAREZ Presunción de consentimiento y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes de órganos: un análisis ético. Universidad de Chile. Sede Occidente. Servicio de Cirugía Hospital San Juan de Dios. Santiago. Chile. Rev. Chilena de Cirugía. Vol 59 - N°3, Junio 2007 .p 244-249.

¹³ Dennis M, Hanson P, Hodge E, Krom R, Veatch R. Una evaluación de la ética del consentimiento presunto y una propuesta basada en la respuesta requerida. Informe del subcomité de consentimiento presunto: UNOS. U.S.A. June 1993.

conocida como procuramiento de rutina propuesta por Dukeminier y Sanders, quienes creen que *“no se necesita ningún tipo de consentimiento ya que se presume que el individuo es un subordinado del Estado, por lo que ni siquiera se le permite la opción de rechazar ser donante”*¹⁴. Dicho planteamiento es el más alejado del respeto por las libertades individuales, porque en éste de manera dictatorial el Estado decide hacer uso de los órganos sin importar la voluntad en vida de la persona fallecida.

JACQUES GODBOUT en su obra *L' ESPIRIT DU DON* define a la donación de órganos como la transmisión de un “don” en virtud de un acto altruista respecto de un tercero no identificado. El “don” al que acude GODBOUT implica una relación directa con el destinatario, y en el caso de la donación de órganos GODBOUT manifiesta que ése “don” se ve interrumpido por el profesional de la salud, ya que éste no opera bajo el “don”, sino que opera bajo una relación laboral onerosa. Se convierte entonces el profesional de la salud en un vehículo capaz de efectivizar el “don” del transmisor del órgano. GODBOUT asegura que la donación de órganos es un sistema mixto ya que existen intermediarios en la transmisión del “don”, al tiempo que profundiza en el término presunción legal de donación aduciendo que el cuerpo humano es no patrimoniable, es indisponible y es inenajenable¹⁵. También expone que si el Estado dispone coercitivamente de los cadáveres estaría frente a una violación manifiesta del *ius utendi et ius abutendi*, en virtud del

¹⁴Dukeminier J, Sanders D. Organ Transplantation: A Proposal for Routine Salvaging of Cadáver Organs. N Engl J Med 1968; 279: 413-419.

¹⁵GODBOUT. JACQUES. El espíritu del don: El don y la mercancía. Editorial Siglo Veintiuno. México. 1997. 119 p.

cual el individuo es el único con la capacidad de usar y disponer de su cuerpo¹⁶. Entendiendo entonces el *ius utendi et ius abutendi* como dos atributos que componen la propiedad, según definición dada por autores como Carlos Medellín en su obra Lecciones de Derecho Romano, y según la cual éstos atributos se traducen en el derecho que le asiste a un dueño para usar y disponer de una cosa¹⁷.

En éste mismo sentido, vale la pena citar otro autor como Fernando Hinestrosa quien refiriéndose a los verdaderos orígenes de la tridivisión del derecho de propiedad señala: “El concepto de dominio o propiedad como suma del *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi* (derecho de uso, de goce y de disposición)”

La palabra donación etimológicamente proviene del latín *donatio-ōnis* que significa ofrenda o regalo; según la RAE significa “regalo o cosa que se da voluntariamente en señal de agradecimiento o afecto, dadiva o presente”¹⁸.

GODBOUT plantea una pregunta que aparentemente pareciere ser muy obvia, cuando señala que *¿si todo el mundo es automáticamente donador, dónde está la donación?*¹⁹ Teniendo de base que “presunción” significa tomar antes, dar o asumir por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes que éstas se

¹⁶GODBOUT. Jacques. El espíritu del don: El don y la mercancía. Editorial Siglo Veintiuno. México. 1997. 119 p.

¹⁷MEDELLIN. Carlos. Lecciones de derecho romano. 17 edición Ed Legis. Colombia. 2013

¹⁸DRAE. Real Academia de la Lengua. 2016.

¹⁹GODBOUT. Jacques. El espíritu del don: El don y la mercancía. Editorial Siglo Veintiuno. México 1997. 119 p.

prueben²⁰; y que la *donación* consiste por el contrario en transferir una cosa voluntariamente a un tercero sin retribución alguna, ¿qué se puede esperar de su aplicación legal si como se ha señalado son diametralmente opuestas?

En lo referente a presunción la legislación colombiana a través del Código Civil ha dispuesto:

“ARTICULO 66. PRESUNCIONES. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.....”²¹

Si bien es cierto, la Ley permite la prueba en contrario frente al hecho que se presume, en el caso de la presunción de aprobación para ablación de órganos de un cuerpo después del fallecimiento, que ha sido denominada como presunción legal de donación, la prueba en contrario, es decir para ejercer el derecho a oponerse a ser donante, según lo dispone la misma Ley 1805, se debe cumplir con un procedimiento riguroso y solemne que de validez a la decisión personal de oposición frente a la aprobación de donación que se presume; situación que no solo limita el ejercicio de la manifestación libre de la voluntad individual, sino que

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. De la Presunción. Sentencia C- 731 (12, Julio, 2005). Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 12 de la ley 820 de julio 10 de 2003

²¹ COLOMBIA. El Consejo Nacional Legislativo. Ley 57 de 1887. Código Civil Colombia

además se constituye en flagrante violación a los derechos de libertad de conciencia y libertad de expresión, contemplados en la norma superior.

No obstante para la Corte en materia de donación de órganos la presunción legal de donación es un mecanismo legal que debe cumplir con un fin constitucional capaz de la conciliación del principio de libertad y solidaridad social, respetando en este caso el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos y componentes anatómicos del cuerpo del familiar fallecido, en la que el Estado debe asumir una posición neutra e imparcial de respeto frente a las distintas ideologías y concepciones de los ciudadanos.

Partiendo del error semántico en la expresión: “presunción legal de donación” debido a la divergencia entre la presunción que se asume como la potestad del Estado sobre la decisión de cada ciudadano y la donación que es entendida como el acto altruista y voluntario en cabeza de cada individuo, poco se puede esperar de su aplicación, porque finalmente la donación dejaría de ser donación y se convertiría en una decisión impositiva por parte del Estado; Lo anterior debido a que la prueba en contrario como ya se indicó, está siendo condicionada al cumplimiento de un procedimiento riguroso, solemne y oneroso, que exige someter la manifestación individual a una declaración ante notario, con lo cual no solo se limita el ejercicio de la autonomía del a voluntad sino que además vulnera

el principio de la buena fe consagrado en el Artículo 83 de la Constitución Política.²²

De ésta forma la naturaleza de la transmisión del “don” que se daba en primer término en virtud de un acto altruista, individual y voluntario respecto de un tercero no identificado pasará a un segundo plano, siendo desplazada por la determinación directa de parte del Estado, sin importar que ésta represente una evidente vulneración a los derechos individuales y de los que constitucionalmente le son reconocidos a los familiares del fallecido.

Para una mayor ilustración en el tema que se discute, a continuación se hace una breve descripción de los aspectos que regulan la donación de órganos en países de éste y otros continentes:

En el mismo continente tenemos que en Argentina, el donante en aplicación al principio de autonomía de la voluntad puede disponer de su cuerpo después muerte, sin embargo la ablación podrá efectuarse respecto de toda persona que no haya dejado constancia expresa cualquiera sea la forma en que se hubiese manifestado de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos. La persona tiene el derecho a decidir sobre su cuerpo de

²² COLOMBIA. Constitución política de Colombia. Título II: De los derechos, las garantías y los deberes. Capítulo 4: De la protección y aplicación de los derechos. Artículo 84. Editorial LEGIS. 31ª edición. Bogotá. 2012. p. 30.

acuerdo con la información suministrada por el médico a través del consentimiento informado.²³

México quiso introducir en su legislación en el año 2000 el consentimiento presunto o aceptación tácita sin condicionamientos, pero fue necesario por oposición social modificar tal postura por una posición conciliadora regulada en la que se exige para ello el consentimiento de alguno de los deudos del fallecido, llámese cónyuge, concubina, descendientes, ascendientes, los hermanos, adoptado o adoptante, en la prelación señalada.²⁴

En Brasil se considera que con el consentimiento tácito, la legislación lesiona súbitamente con las costumbres arraigadas, creencias y tradiciones religiosas, a tal punto que Celso Rivero, citado por De Gouvêa, ha señalado que la manifestación tácita es verdadera confiscación del cuerpo humano por parte del Estado.²⁵

En Perú aplica el consentimiento presunto ante la inexistencia de la manifestación de voluntad de la persona en vida, en tal condición el cadáver se convierte en un bien que pasa al dominio público, y con fundamento en la salud colectiva se procede a la ablación de órganos y tejidos, dejando si efectos cualquier tipo de consulta u oposición al procedimiento.²⁶

²³ COLOMBIA. CORTE C. Sentencia C- 933. Donación de órganos. Bogotá DC. 2007.

²⁴ COLOMBIA. CORTE C. Sentencia C- 933. Donación de órganos. Bogotá DC. 2007.

²⁵ COLOMBIA. CORTE C. Sentencia C- 933. Donación de órganos. Bogotá DC. 2007.

²⁶ COLOMBIA. CORTE C. Sentencia C- 933. Donación de órganos. Bogotá DC. 2007.

Para el caso de países europeos tenemos, que en Bélgica por disposiciones legales la ablación de los órganos cadavéricos y tejidos destinados a trasplantes, es permitida para toda persona inscrita en el registro de la población o inscrita en registro extranjeros no menor a seis meses, salvo oposición expresa que debe cumplir ciertas formalidades²⁷.

En España es permitida la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de cuerpos que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, por cualquier medio y sin el cumplimiento de formalidad alguna; no obstante pese a que no se exige por la ley en la práctica se solicita la autorización de los familiares antes de proceder.²⁸

En Francia es permitido la ablación de órganos sobre el cadáver de quien en vida no haya manifestado su oposición, sin embargo cuando un paciente es internado en una institución autorizada para la práctica de trasplantes, éste puede expresar su oposición allí mismo, desde luego en éste país el testimonio de la familia es de gran relevancia dentro del procedimiento de donación²⁹.

Por disposición legal en Suecia si no se exterioriza la voluntad de oposición respecto a la donación, se presume su voluntad a favor de la ablación de órganos, sin embargo ésta presunción es relativa, por cuanto la oposición puede darse por parte de los familiares, por ello al no ser contactados no es posible proceder con la ablación.

²⁷ COLOMBIA. CORTE C. Sentencia C- 933. Donación de órganos. Bogotá DC. 2007

²⁸ COLOMBIA. CORTE C. Sentencia C- 933. Donación de órganos. Bogotá DC. 2007..

²⁹ COLOMBIA. CORTE C. Sentencia C- 933. Donación de órganos. Bogotá DC. 2007.

En conclusión, tratándose de donación de órganos post-mortem, las legislaciones no se centran en la protección de la integridad física del donante, sino que la mayoría de las legislaciones de los países con un Estado libertad de Derecho protegen el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos, basándose en los derechos de libertad conciencia, religión y cultos, de los cuales se deriva la posibilidad de disponer y rendir culto al cadáver de un familiar fallecido.

1.3. EFECTIVIDAD Y CUESTIONAMIENTOS DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS.

En Colombia poco se ha ahondado sobre el término *presunción legal de donación*; el legislativo desde la introducción del término al ordenamiento jurídico no ha evaluado su efectividad a fin de establecer si ha surtido efecto su implementación o no, y tampoco se ha detenido a indagar cómo lo asume el ciudadano del común, es decir, si lo asume como una disposición invasiva de sus libertades o si por el contrario está de acuerdo con la norma.

En Colombia el Instituto Nacional de Salud (INS), ha sido el responsable del incremento en las tasas de donación aún con la vigencia de la presunción legal de donación. Basados en la idea que lo impositivo no estimula al altruismo, un grupo de investigadores realizaron en Pereira-Risaralda un estudio sustentado científicamente que fue publicado en la Revista Colombia Médica en el cual manifiesta que *“la escasez de órganos para trasplantes es un problema en todo el*

*mundo y la causa principal es la negativa de los familiares a donar, se sugiere que el consentimiento para donar está influenciado por muchos factores e intervenciones educativas*³⁰.

Los evaluadores del impacto de una estrategia educativa utilizaron una herramienta basada en el teatro acerca de las actitudes respecto a la donación de órganos; éste estudio utilizó una intervención en la que el teatro era la herramienta central de impacto, a efectos de medir con ello la intención de donar, lo cual se evaluó mediante un estudio controlado, prospectivo, no aleatorizado. La muestra fue de 1.038 personas, todos los participantes respondieron a una encuesta que preguntó por sexo y edad la intención de donar. Después una porción de la muestra fue expuesta a la obra, “*el regalo de la vida*” y en un posterior foro de discusión que fue guiado por expertos; la misma encuesta se administró de nuevo después de la intervención encontrando cambios significativos³¹.

Los resultados obtenidos en el estudio arrojaron que antes de la intervención, la decisión de donar era positiva en un 60%, la negativa en un 10%, y un 30% manifestó no saber y no querer responder; después de la intervención un 80% manifestó querer donar, un 5% manifestó no querer hacerlo y un 15% manifestó no saber y no querer responder. El porcentaje de aceptación de la donación

³⁰ BUITRAGO. J. GÓMEZ S. GUERRA A. LUCUMÍ L. ROMERO C. SÁNCHEZ J. Evaluación de una intervención educativa y teatral sobre las actitudes hacia la donación de órganos en Risaralda. Colombia. ColombMed. 2013. 44(1): 37-41.

³¹ BUITRAGO J. GÓMEZ S. GUERRA A. LUCUMÍ L. ROMERO C. SÁNCHEZ J. Evaluación de una intervención educativa y teatral sobre las actitudes hacia la donación de órganos en Risaralda. Colombia. ColombMed. 2013. 44(1): 37-41.

aumentó en un 33%, mientras que la negativa disminuyó un 50%. Las personas inmersas en la intervención resultaron ser más propensas a donar y mostraron un cambio favorable en la actitud hacia la donación respecto de los que no fueron expuestos a la intervención. Éste estudio prospectivo puede ser la piedra angular para evidenciar que las medidas coercitivas respecto de la donación de órganos son infructuosas; puede evidenciarse también que mientras más se les respete su autonomía de la voluntad, más fácil adoptarán una postura positiva respecto a la donación.

CAPÍTULO II. LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS Vs. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD INDIVIDUAL.

2.1. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO COMO UN DERECHO PERSONALÍSIMO.

Un ser humano está facultado para disponer de su propio cuerpo durante su vida, ello dentro del marco de los derechos humanos, e incluso puede extender sus decisiones hasta después de su deceso porque en Colombia no se ha definido a quien le pertenece el cuerpo humano muerto o qué tipo de bien se considera; por ésta razón si se efectuara una operación comercial post mortem recaería sobre un objeto ilícito. En tal sentido los convenios que implique cualquier compensación a o utilidad lucrativa para alguna de las partes deberán ser declarados nulos desde el punto de vista civil, y sometidos adicionalmente a consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho penal³².

Dicho de otra forma, la facultad de disponer de su propio cuerpo forma parte de los *"derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical"*³³.

De lo enunciado anteriormente se puede extraer que la disponibilidad del propio cuerpo en vida o después de su deceso es facultativo e inherente a la persona

³²FARFÁN MOLINA, Francisco. Tráfico de órganos humanos y ley penal. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del ministerio Público. Bogotá DC. 2006. p.36.

³³ CIFUENTES, S. Derechos personalísimos. Argentina Buenos Aires., Astrea, 1995, p. 199.

humana; por tal razón "es sólo ejercitable a partir del desarrollo y manifestación de una verdadera voluntad libre, consciente y explícita de donación por parte del titular de esa facultad subjetiva"³⁴.

El reconocimiento de los derechos subjetivos para disponer de su propio cuerpo, se evidencian en el análisis que ha hecho la Corte Constitucional en la sentencia T-507 de 2016, con ocasión a la acción de Tutela interpuesta por el ciudadano Diego Alejandro Botero López, en contra de la Clínica Las Américas para solicitar le fuera entregado el miembro inferior izquierdo amputado en dicha institución, dado que la institución se negó a la entrega argumentando que la pierna le correspondía al departamento de patología de la señalada Clínica, y para acceder a tal solicitud al paciente se le exigía adjuntar una autorización administrativa por parte de la Dirección de Salud de Antioquia, desconociéndose de ésta forma los derechos de libertad de conciencia, y el derecho personalísimo que conlleva directamente a la vulneración de la autonomía de la voluntad de la persona a quien le había sido amputado una parte de su cuerpo.

Para sustentar éste argumento de la titularidad del cuerpo, autores como Oscar Ochoa hacen referencia al derecho de cada uno sobre su propio cuerpo durante

³⁴ *El principio de que la personalidad termina con la vida, y por lo tanto se deja de ser sujeto de derecho, está limitado por otra idea según la cual el respeto póstumo que se debe a quien fue persona atribuye a su voluntad una virtud 'ultra activa' que opera después del fallecimiento del declarante"* (Conferencia. BERGOGLIO de Brower de Koning, M. y Bertoldi de Fourcade, M., *Trasplantes de órganos*, Bs.As. Hammurabi. 1983. p.192.

su vida o después de su muerte, entendido éste como uno de los derechos extrapatrimoniales que conforman en el derecho de la personalidad.³⁵

Adicionalmente cabe reiterar que dado su carácter esencial, inherente y extrapatrimoniales de los derechos de la personalidad son, en si y por si, derechos indisponibles, lo cual hace que sean intransmisibles, irrenunciables, inenajenables, inembargables, inexpropiables e imprescriptibles.³⁶

Diversos autores como CUPIS en su obra *I diritti de lla personalit*à han sostenido que *“No pueden caber dudas en el sentido de que el primer legitimado para disponer sobre el destino a darse a sus restos es la propia persona involucrada, la que en vida está en condiciones de programar acerca de su tratamiento post-mortem. Hay una suerte de ‘voluntad ultractiva’ del sujeto, que puede disponer ante mortem de aquello que algún día, serán sus restos mortales”*³⁷.

Respecto al manejo y disposición de cadáveres en Colombia, la resolución 5194 de 2010 que reglamenta la prestación de servicios de los cementerios, la inhumanación y exhumación de cadáveres, denota algunos aspecto mediante los cuales se reconoce la relevancia de los deudos en los diferentes trámites y servicios que con llevan a la inhumanación de un cadáver, especialmente cuando se trata del procedimiento de cremación; en tal sentido dispone el Artículo 29 que uno de los requisitos para proceder a la cremación de cadáveres, es el contar con

³⁵ Ochoa. Oscar E, Derecho Civil Personas. U Andrés Bello. Caracas 2006. p 101

³⁶ Ochoa. Oscar E, Derecho Civil Personas. U Andrés Bello. Caracas 2006. p 453

³⁷ CUIÑAS RODRÍGUEZ, M., “De los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos cadavéricos” en Gherzi C. (Director), *Trasplante de Órganos*, Bs. As., La Ley, 2003, pág. 69. En un sentido análogo, De Cupis, A.; *I dirittidellapersonalit*à, Milano, Giuffrè, T.I, 1982, pág. 167 y ss.

la autorización de la cremación ó manifestación escrita de la voluntad de la persona en vida o de sus familiares después de su muerte.³⁸

De igual forma en la definición que en ésta se da respecto al término “deudo”, alude a una persona familiar que tiene a su cargo la disposición del cadáver³⁹.

Ahora bien, para el caso del cuerpo humano no se puede hacer mención al RES NULIUS, por cuanto esta expresión es utilizada para designar aquellas cosas que no han pertenecido a nadie y que por tanto pueden llegar a ser objeto de ocupación, lo cual no aplica para el caso del cuerpo humano, cuya titularidad como ya se mencionó hace referencia al derecho de cada uno sobre su propio cuerpo durante su vida o después de su muerte, considerado como uno de los derechos extrapatrimoniales que conforman en el derecho de la personalidad., que son en si derechos indisponibles, lo cual hace que sean intransmisibles, irrenunciables, inenajenables, inembargables, inexpropiables e imprescriptibles.⁴⁰

Acudiendo tanto a la ética como a la filosofía, las cuales se encuentran involucradas en el tema de la donación de órganos, la potestad de disponer del cuerpo es inherente a la persona. Desde un punto de vista ético-filosófico se puede afirmar que *“para el caso del ser humano, la corporeidad no es un*

³⁸ Colombia. Ministerio de la protección Social. Resolución 5194 de 2010, Art.29

³⁹ Colombia. Ministerio de la protección Social. Resolución 5194. 2010

⁴⁰ Ochoa. Oscar E, Derecho Civil Personas. U Andrés Bello. Caracas 2006. p 101

accidente ni tampoco un castigo, es en rigor de verdad la única manera de ser humano’⁴¹.

El derecho de un individuo de decidir en vida sobre la destinación de su cuerpo cuando fallezca es denominado un derecho personalísimo sui generis de derecho subjetivo; es así que, se puede concluir al respecto que la libre disponibilidad del cadáver es una facultad que hace parte de derechos inherentes al ser humano, cada individuo es el único capaz de decidir sobre el rumbo de su cuerpo inerte.

El derecho de disponibilidad del propio cuerpo, al ser un derecho personalísimo consta de ciertas características dentro de las cuales cobra relevancia la “intransmisibilidad”, basada en que ningún individuo estará mejor capacitado para dar órdenes acerca de la suerte de su cuerpo, sino quien personifica dicho cuerpo. El consentimiento presunto en materia de donación de órganos, es una herramienta que lesiona el derecho personalísimo de un individuo de disponer de su propio cuerpo, debido a que el Estado se basa en el silencio que ha guardado un sujeto para asumir la manifestación de voluntad.

La voluntad del individuo en temas personalísimos no puede ser reemplazada, presumida o supuesta por la que considere el legislador ante el silencio, toda vez que se estaría legislando sobre un estándar que en la realidad difiere según la moral, la religión y demás factores intrínsecos; por esa razón dichas divergencias

⁴¹ANDRUET, Armando S. Centro De Investigación En Bioética. DOSSIER DE BIOÉTICA: "Consentimiento presunto". Representación BIO&SUR. Revista TOPOS Y TROPOS. Córdoba, Argentina. 2005.

son un universo de posibilidades que cambia de un individuo a otro en proporciones abismales.

SAGARNA en su libro *“Los trasplantes de órganos en el derecho”* respalda la idea según la cual la decisión acerca del rumbo de un cadáver es intransferible a un tercero⁴², mucho menos al Estado que es un ente ficticio “impedido para actuar de manera directa por carecer de entidad material”⁴³ manifestando que: “El derecho a la disponibilidad del cadáver propio forma parte integrante de los derechos esenciales de la persona, y por tanto, sólo el hombre es el único sujeto que puede resolver sobre aquél”⁴⁴.

ANDRUET manifiesta que *“La intención de renuncia de un derecho personalísimo “no puede presumirse” conforme los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico vigente, sino porque además, y esencialmente, es característica propia de los derechos personalísimos su naturaleza “innata” que exige que los actos por los cuales se ejerce tal derecho sean reputados como “voluntarios”, es decir, ejecutados con discernimiento, intención y libertad”*⁴⁵.

⁴²SAGARNA, Fernando Alfredo. Los trasplantes de órganos en el derecho. Buenos Aires. Argentina. Depalma. 1996. p. 265.

⁴³ COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia C-619 (8, Agosto, 2002). Responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. 2002

⁴⁴ SAGARNA, Fernando Alfredo. Los trasplantes de órganos en el derecho. Buenos Aires. Argentina. Depalma. 1996. p. 265.

⁴⁵ ANDRUET, Armando S. Centro De Investigación En Bioética. DOSSIER DE BIOETICA: "Consentimiento presunto". Representación BIO&SUR. Revista TOPOS Y TROPOS. Córdoba, Argentina. 2005.

2.2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL DONANTE.

El sistema del consentimiento presunto que se ha adoptado por el legislativo implica una contravención expresa al principio bioético de la autonomía como lo manifiesta ANDRUET; debido a la presunción de donación de órganos se convierte en un acto que despoja al sujeto de derecho a decidir sobre el destino de sus despojos cadavéricos⁴⁶.

A nivel del derecho sustancial se afecta claramente la teoría del consentimiento informado, en la cual el denominado "agente moral autónomo"⁴⁷, quien ostenta la capacidad para tomar sus propias decisiones se ve afectado por situaciones coaccionadoras o paternalistas que puedan desarrollarse en su contra.

Refiriéndose a las condiciones del consentimiento apunta BOTROS que el paciente "Si al otorgar su consentimiento renuncia a una parte de su libertad, es evidente que ese consentimiento no debió ser arrancado por medio de amenazas"⁴⁸; "dicho consentimiento, logrado por omisión de una gestión positiva,

⁴⁶ANDRUET, Armando S. Centro De Investigación En Bioética. DOSSIER DE BIOETICA: "Consentimiento presunto". Representación BIO&SUR. Revista TOPOS Y TROPOS. Córdoba, Argentina. 2005.

⁴⁷ANDRUET, Armando S. Centro De Investigación En Bioética. DOSSIER DE BIOETICA: "Consentimiento presunto". Representación BIO&SUR. Revista TOPOS Y TROPOS. Córdoba, Argentina. 2005.

⁴⁸BOTROS, S. Diccionario de ética y de filosofía moral (Dir., M. Canto Sperber), México, F.C.E., 2001, T.I, pág. 316, 1ª Col, voz consentimiento.

en modo alguno es equiparado a uno que ha resultado como conclusión de una ponderación meditada y comprendida”⁴⁹.

Las anteriores afirmaciones ejemplifican el grado de vulneración a la autonomía de la voluntad al manifestar que se está igualando una decisión fruto de un análisis profundo a una que se toma por la imposición de un acto del legislativo. A su vez con lo anterior se evidencia que el consentimiento presunto no completa el lleno de los requisitos para denominarse una decisión plenamente autónoma; esto basado en doctrinantes como FADEN y BEAUCHAMP, quienes manifiestan que para presumirse un acto autónomo deben darse las siguientes tres condiciones de actuación del agente: i) intencionadamente, ii) comprendiendo lo que hace, iii) libre de influencias controladoras⁵⁰.

La autonomía de la voluntad individual de todo sujeto de derecho, además de haber sido definida en sentencia C- 1194 de 2008 como *“el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”*⁵¹ es también un principio bioético universal, y funciona como directriz de todas las clases de consentimiento. La autonomía de la voluntad prevalece a *prima facie* sobre cualquier otra noción o consideración de bienestar colectivo debido a que

⁴⁹ANDRUET, Armando S. Centro De Investigación En Bioética. DOSSIER DE BIOETICA: "Consentimiento presunto". Representación BIO&SUR. Revista TOPOS Y TROPOS. Córdoba, Argentina. 2005.

⁵⁰Citado por Simón, P.; El consentimiento informado, Madrid, Triacastela, 2000, p. 208.

⁵¹COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1194 (3, Diciembre, 2008). Autonomía de la voluntad. Bogotá. 2008

para garantizar dicho bienestar colectivo se debe empezar de la unidad funcional de la sociedad: el individuo; además la autonomía de la voluntad se inscribe en el marco de un Estado social de derecho basado en un modelo de convivencia social respetuoso de la libertad e igualdad de los individuos.

Según sentencia SU 747 de 1998, el Estado social de derecho tiene como objeto no sólo reducirse “a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para *contrarrestar las desigualdades*”⁵². Ahora bien, si el consentimiento, la tolerancia, y la autonomía personal son componentes fundamentales de la garantía de la libertad y la igualdad, los cuales son la base del objeto del Estado social de derecho, se entendería entonces que ante la ausencia de cualquiera de los tres componentes, la libertad e igualdad se verían coartados⁵³.

La libertad que se promulga desde la óptica del Estado social de derecho se puede extender a disponer de bienes físicos, incluido el propio cuerpo es por ello que implica un poder decisorio; esto no es más que la suma de la autonomía y el principio de autodeterminación de los individuos dentro de los límites de la constitución y la ley.

Cabe resaltar que para pregonar respeto por el principio de autonomía y el del consentimiento en la decisión de donar componentes anatómicos se deben asegurar: a) Información exhaustiva sobre la metodología y procedimiento de la

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de unificación SU-747 (2, Diciembre, 1998). Bogotá. 1998

⁵³ BERKOWITZ, Vide P. El liberalismo y la virtud. Barcelona. Andrés Bello. 2001. p. 25.

ablación, b) Constancia expresa y por escrito del consentimiento del donante, c) La inexistencia de coacción alguna y d) Que el que decida en último término, sea el donante adecuadamente informado⁵⁴. Si se reúnen los anteriores requisitos *“Una consecuencia del principio de autonomía será el énfasis en la libertad de las personas implicadas, es decir, el reconocimiento de la voluntad y la necesidad de consentimiento informado, tanto de parte del donante como del receptor”*⁵⁵.

Resulta entonces que desde la perspectiva jurídica y de la bioética es reprochable la aplicación de la presunción legal de donación por ser una medida coercitiva para el sujeto de derecho que al omitir manifestar su voluntad contraviene su verdadera base ontológica⁵⁶.

El ejercicio pleno de la autonomía libre de vicio implica la eliminación de toda carga o “plus” que restrinja la voluntad del sujeto tal y como lo señala el artículo 84 de la carta superior al manifestar que “Cuando un derecho o una actividad hayan

⁵⁴Cfr. Tovar, J. y Pace, R.; *Problemas éticos planteados por los trasplantes de órganos procedentes de donante vivo*; en *Trasplantes de Órganos: Problemas Técnicos, Éticos y Legales*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1996, pág. 84 y 85. Es cierto que los autores citados hacen alusión a los supuestos de donación de órganos por personas vivas, sin embargo creemos que las condiciones de ejercicio del derecho de disponibilidad sobre el propio cuerpo deben ser idénticas con independencia de si tal disponibilidad va a tener efectos *in vivo* o *post mortem*.

⁵⁵GAFO, J.; “Problemas éticos planteados por los trasplantes de órganos procedentes de donante vivo”, en *Trasplantes de Órganos: Problemas Técnicos, Éticos y Legales*. Madrid. Universidad Pontificia Comillas.1996.p. 139.

⁵⁶CECCHETTO, Sergio. “La legitimidad de esta interpretación es oscura y, al mismo tiempo, se apoya en un equívoco conceptual que parte de la base de creer en que un consentimiento informado y válido puede presumirse, presuponerse o conjeturarse”. *Doctrina promiscua*. Mar del Plata. Ediciones Suárez. 2003. p. 55.

sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio⁵⁷.

La necesidad de legitimar una voluntad negativa o contraria a la donación se erigiría como un condicionamiento inaceptable, ya que pondría a la persona frente a la carga de realizar trámites adicionales con las dificultades e inconvenientes que ello acarrea. La presunción legal de consentimiento sancionada por el legislador implica *per se* una grave lesión al deber de respetar por la memoria del difunto, por cuanto se presume una voluntad que no ha emanado de la persona fallecida, sino que proviene y se sustenta sólo en la voluntad del legislador⁵⁸. Resulta ser de ineludible importancia que los deudos quienes si bien es cierto no son titulares de derechos reales ni personales sobre el cadáver porque ninguna norma dentro del ordenamiento jurídico ha definido quién es el propietario del cadáver, por antonomasia cultural han ostentado la facultad de darle sepultura según la tradición predominante en cada medio social⁵⁹. No obstante, la corte señala: “la disposición de cadáveres es entonces un asunto regido por normas de orden público, que protegen, en primer término, la moral individual y comunitaria

⁵⁷ COLOMBIA. Constitución política de Colombia. Título II: De los derechos, las garantías y los deberes. Capítulo 4: De la protección y aplicación de los derechos. Artículo 84. Editorial LEGIS. 31ª edición. Bogotá. 2012. p. 30.

⁵⁸ ANDRUET, Armando S. Centro De Investigación En Bioética. DOSSIER DE BIOETICA: "Consentimiento presunto". Representación BIO&SUR. Revista TOPOS Y TROPOS. Córdoba, Argentina. 2005.

⁵⁹ FARFÁN. MOLINA. FRANCISCO. Tráfico de órganos humanos y ley penal. Disposición de componentes anatómicos por parte de terceros (deudos). Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del ministerio Público. Bogotá DC. 2006. 66 p.

que exige una actitud de respeto y recogimiento frente a los muertos y, en segundo lugar, la salubridad pública”⁶⁰

Finalmente es indisponible terminar el presente capítulo con la siguiente premisa:

“Está fuera de cualquier discusión que una sociedad civil no se vuelve solidaria por una ley; mas tampoco al colectivo social le place ser reconocido como militantes de una ‘insolidaridad presunta’, cuando en verdad, la ausencia de reconocimiento de ella en este tema, está centrada en el mismo abandono que el Estado ejerció”⁶¹.

⁶⁰ Sentencia T-162 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶¹ ARMANDO. Andruet. El consentimiento presunto en la ley de trasplantes de órganos. Argumentos críticos. Revista Topos y Tropos. DOSSIER DE BIOÉTICA: "Consentimiento presunto". Argentina. 2005

CAPÍTULO III. EL REGISTRO DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA HISTORIA CLÍNICA, AGONISTA DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS.

3.1. LA HISTORIA CLÍNICA.

El tema de investigación tiene componentes tanto clínicos como jurídicos, por esto el término agonista de raigambre médico se emplea en éste caso refiriéndose al potenciador en el que se convierte el registro de la manifestación de la voluntad en la historia clínica, capaz de eliminar las vulneraciones en la cuales incurría la presunción legal de donación.

La historia clínica es el documento médico legal que acompaña a un paciente desde el momento de su nacimiento hasta el momento de su muerte. Por tal razón es un medio capaz de contener innumerables decisiones que atañen a la salud de dicho paciente. En la historia clínica el profesional de la salud registra cada decisión que se toma en pro del mantenimiento del Estado de salud de un paciente o del tratamiento de una enfermedad determinada.

En Colombia la historia clínica tiene asidero legal en la Ley 23 de 1981 la cual define a la historia clínica como un registro obligatorio de las condiciones de salud de un paciente, de carácter privado⁶². Sin embargo, para fortuna del sector salud

⁶² COLOMBIA. Congreso de la república. Ley 23 de 1981. CAPÍTULO III. De la prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas. 1981.

en 1999 el Ministerio de Salud expide la Resolución 1995 en la cual se dilucida un panorama claro respecto a la historia clínica como documento médico – legal. En la resolución 1995 de 1999 se define de manera específica el concepto de historia clínica, en tal sentido manifiesta su artículo 1º: *‘la historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención’*⁶³.

En virtud de lo consagrado en el artículo 1º de la citada resolución, surge la idea de poder registrar la manifestación de la voluntad de donar o no donar órganos en dicho documento médico - legal.

3.2. LA HISTORIA CLÍNICA COMO PROPUESTA ALTERNA A LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN.

Si todo ciudadano con capacidad de obligarse manifiesta y registra a través de la historia clínica su decisión en pro o en contra de la donación, el Estado evitaría innumerables violaciones a la autonomía de la voluntad de los individuos en las que incurre con la presunción legal de donación de órganos.

La forma para legitimar la voluntad del individuo y así plasmarla en la historia clínica es a través del diligenciamiento del consentimiento informado, del cual se

⁶³ COLOMBIA. Ministerio de salud. Resolución 1995 de 1999. CAPÍTULO I. Definiciones y disposiciones generales. ARTÍCULO 1. DEFINICIONES. 1999.

habla en Colombia a partir de la Ley 23 de 1981⁶⁴ (Código de Ética Médica), y la Resolución 8430 de 1993, mediante la cual se establecieron las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud, y en cuyo artículo 14 describe el consentimiento informado como el acuerdo por escrito mediante el cual el sujeto de investigación, autoriza su participación en la investigación con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos beneficios y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna⁶⁵.

Ahora bien, en cuanto al consentimiento informado es preciso mencionar que éste debe constar de tres elementos a saber: información, comprensión y voluntariedad, según lo dispuesto en El INFORME BELMONT⁶⁶; dicho documento surge como respuesta frente a la denuncia por los abusos cometidos por los profesionales médicos sobre los sujetos humanos en experimentos biomédicos especialmente durante la segunda guerra mundial en los famosos procesos de Nuremberg. Se observa además la estrecha relación que estos elementos guardan con los elementos de la teoría de autonomía de la voluntad a que hace referencia la doctrina de Faden y Beauchamp, en la que se señala que para que ello exista, deben darse tres condiciones de actuación del agente: i)

⁶⁴ COLOMBIA. Congreso de la república. Ley 23 de 1981. CAPITULO III. De la prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas. 1981.

⁶⁵ COLOMBIA. Ministerio de salud. Resolución 8430 de 1993. TITULO II. CAPITULO I. Aspectos éticos. ARTICULO 14. 1993

⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. El INFORME BELMONT. Comisión Nacional Para La Protección De Los Sujetos Humanos De Investigación Biomédica Y Del Comportamiento. USA. Abril 18 de 1979, P 6.

intencionalidad, ii) comprensión lo que hace, iii) libertad de influencias controladoras⁶⁷.

⁶⁷Citado por Simón, P.; El consentimiento informado, Madrid, Triacastela, 2000, p. 208.

CAPÍTULO IV. LA RESPUESTA REQUERIDA COMO MECANISMO ALTERNATIVO A LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN.

En contraposición a la afectación ó vulneración de la autonomía de la voluntad y los derechos individuales que ha implicado la implementación de la presunción legal de donación en el ordenamiento jurídico, según lo expuesto en la presente investigación, se sugiere que para evitar discrepancias respecto a posibles violaciones de derechos y libertades se deba adoptar el término de la RESPUESTA REQUERIDA, entendida como el modelo mediante el cual todos los adultos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones debieran ser requeridos por las entidades públicas, a fin de decidir y manifestar por escrito si desean o no ser donantes⁶⁸. Dicha decisión no podría ser desconocida por la familia, a no ser que la persona otorgue poder de vetarla a sus familiares⁶⁹. La decisión de ser o no donante puede ser modificada por escrito si la persona así lo desea en cualquier momento.

Según lo dispuesto en el Artículo 5 de la Ley 73 de 1988, el orden en el cual podía manifestarse el consentimiento en condición de deudo de la persona fallecida, es el siguiente:

⁶⁸ MD. HUGO ALVAREZ Presunción de consentimiento y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes de órganos: un análisis ético. Universidad de Chile. Sede Occidente. Servicio de Cirugía Hospital San Juan de Dios. Santiago. Chile. Rev. Chilena de Cirugía. Vol 59 - N°3, Junio 2007 .p 244-249

⁶⁹ MD. HUGO ALVAREZ Presunción de consentimiento y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes de órganos: un análisis ético. Universidad de Chile. Sede Occidente. Servicio de Cirugía Hospital San Juan de Dios. Santiago. Chile. Rev. Chilena de Cirugía. Vol 59 - N°3, Junio 2007 .p 244-249

1. El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos.
2. Los hijos mayores de edad.
3. Los padres
4. Los hermanos mayores de edad
5. Los abuelos y nietos
6. Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado.
7. Los parientes afines hasta el segundo grado⁷⁰

La respuesta requerida es a *prima facie* el agonista a la presunción legal de donación ya existente. La interacción entre las dos herramientas jurídicas radica en que la respuesta requerida eliminará la vulneración de la autonomía de la voluntad generada por la presunción legal de donación. La eliminación de la vulneración de la voluntad es posible en la medida en que se implemente una disposición legal que convoca a todo ciudadano capaz a que se manifieste bien sea a favor o en contra de la donación de órganos. Ahora bien, cuando un ciudadano con capacidad de decidir fallezca sin haber tomado una determinación de ser o no ser donante, a pesar de la convocatoria del Estado, aplicará la presunción legal de donación, con la seguridad que se brindó la oportunidad de expresar su voluntad sin ningún tipo de condicionamiento.

El llamamiento de todo ciudadano capaz es posible y legítimo toda vez que el Estado está facultado para ejercer un poder convocante a fin de esclarecer la

⁷⁰ COLOMBIA. Congreso de la república. LEY 73 de 1988.

ocurrencia de un suceso. El suceso que activa éste poder convocante en el caso de la donación de órganos es la génesis de una disposición legal con la cual se garantiza el pleno ejercicio de derechos individuales en los que está inmersa la autonomía de la voluntad. El poder convocante se puede ver en una analogía del quehacer nacional respecto al tema tributario, en el que el Estado convoca a todos los ciudadanos para que al cumplir con cierto presupuesto normativo, por disposiciones legales se genere la obligación de declarar sus rentas anuales. Ahora bien para el caso de la donación de órganos el presupuesto normativo será entonces el hecho de dejar de ser un incapaz relativo y adquirir por la edad la capacidad de hacer efectivas sus decisiones, amparado en los derechos fundamentales que reconoce la constitución sobre un individuo bajo el marco de un Estado social de derecho.

En Estados Unidos la respuesta requerida puede llegar a lograr que cerca del 75% de la población adulta manifieste su deseo positivo respecto a la donación⁷¹. ALVAREZ manifiesta que la respuesta requerida elimina la necesidad de la familia de considerar la donación en momentos de alta emotividad por la muerte de un ser querido; aduce que la respuesta requerida mantiene los principios de altruismo y voluntariado evitando la sospecha de malos manejos por interés en el proceso, también manifiesta que la decisión de una persona al ser conocida por la familia antes de verse enfrentado a una difícil situación, puede ayudar a disminuir la

⁷¹SPITAL. A. Elección obligatoria para la donación de órganos: tiempo para intentarlo. Ann InterMed 1996; 125: 70-73.

tensión al momento de solicitar la donación y lo más importante para el derecho es que promueve la autonomía al asegurar que los deseos de la persona sean respetados⁷².

Ya definida la legitimidad de la respuesta requerida dentro del ordenamiento jurídico colombiano el interrogante que surge es: ¿cuenta el Estado colombiano con un sistema de cobertura nacional unificado que permita la recopilación de datos e información respecto al consentimiento informado con el cual se materializa la voluntad a favor o en contra de la donación?

Como respuesta a tal interrogante, es preciso resaltar que Colombia cuenta con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que permite la recopilación de la información y documentos tendientes a la decisión acerca de la donación de sus componentes anatómicos. Cabe resaltar que en el SGSSS se recopilan un sin número de aspectos respecto a la salud de los ciudadanos dentro de los cuales no solo se legitimarían las decisiones de los ciudadanos, sino que también las autoridades encargadas de hacer aumentar los índices de donación detectarían zonas de baja donación y establecerían planes focalizados para aumentar los índices.

⁷² MD. ALVAREZ, Hugo. Presunción de consentimiento y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes de órganos: un análisis ético. Universidad de Chile. Sede Occidente. Servicio de Cirugía Hospital San Juan de Dios. Santiago. Chile. Rev. Chilena de Cirugía. Vol 59 - N°3, Junio 2007 .p 244-249

CAPITULO V. CONCLUSIONES.

De acuerdo con lo planteado en la presente investigación se puede concluir que:

En Colombia la Presunción Legal de Donación de Órganos incorporada en el ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 73 en el año de 1998, encajaba en lo que según lo expuesto en la presente investigación fue considerado como un tipo de presunción débil, por cuanto la norma permitía que los familiares o deudos del fallecido tomaran parte en el proceso de donación, en aquellos casos en los que no se tenía indicios que en vida el familiar fallecido, hubiese expresado su decisión a favor o en contra de la donación de sus órganos después de su fallecimiento.

Con la expedición reciente de la Ley 1805 en Agosto de 2016, en Colombia se dio paso a la implementación de un tipo de presunción fuerte, en la que el Estado ya no permite a los familiares del fallecido ningún tipo de participación en la decisión para autorizar o negar la donación de los órganos del familiar fallecido, cuando éste en vida se hubiese abstenido de expresar su decisión de oponerse a la donación de los órganos de su cuerpo.

Según lo expuesto en la presente investigación, la actuación del Estado se constituye en una flagrante violación al principio de la autonomía de la voluntad, y a los derechos individuales de libertad de conciencia, de religión y de culto,

contemplados en la norma superior, y que por jurisprudencia Constitucional le habían sido reconocidos a los familiares o deudos del fallecido.

Esta afectación se puede evidenciar en dos vertientes a saber:

La primera, en la cual el legislador introduce una condición para ejercer el derecho de oposición a la donación, en virtud de la cual toda persona que desee oponerse a la donación deberá solemnizar su decisión mediante una declaración extrajudicial ante notario seguido de la radicación de dicho documento ante el Instituto Nacional de Salud.

Al respecto cabe precisar que el hecho de exigir la solemnidad de la negación como expresión de su voluntad elevada a declaración extrajudicial no solo contraviene expresamente el artículo 84 de la Constitución Política, toda vez que ésta consagra: “cuando un derecho haya sido reglamentado de manera general, las autoridades públicas no podrán exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”⁷³; sino que además condicionada al cumplimiento de un procedimiento riguroso, solemne y oneroso, que exige someter la manifestación individual a una declaración ante notario, con lo cual no solo se limita el ejercicio de la autonomía del a voluntad sino que además vulnera el principio de la buena fe consagrado en el Artículo 83 de la Constitución Política.

⁷³ COLOMBIA. Constitución política de Colombia. Título II: De los derechos, las garantías y los deberes. Capítulo 4: De la protección y aplicación de los derechos. Artículo 84. Editorial LEGIS. 31ª edición. Bogotá. 2012. p. 30.

La decisión de donar un órgano proviene de una esencia altruista y solidaria, y en el entendido que cada ciudadano se auto determina y toma libremente sus decisiones, quienes no deseen donar haciendo uso de sus derechos fundamentales a la libre expresión, al libre desarrollo de la personalidad y al de libertad de culto se ven inmersos en un proceso de tramitomanía irracional que impone el Estado. En éste caso el legislativo al expedir disposiciones como estas, impone a cada individuo la decisión de declarar su consentimiento para donar sus órganos al momento de su fallecimiento según su conveniencia, y haciendo que los ciudadanos que opten por no consentir tal decisión, tengan que surtir trámites y llenar requisitos adicionales que por mandato constitucional están prohibidos.

Ahora bien, el trámite de convalidación de la decisión frente a un notario como el único mecanismo válido para la exigibilidad del derecho, se constituye desde todo punto de vista en una flagrante violación a la libre expresión de sus decisiones y voluntades, libre desarrollo de la personalidad, imposiciones forzosas sobre la autonomía de la voluntad, cuya garantía según la Constitución son fines esenciales del Estado.

La segunda vertiente de análisis, se funda en el reconocimiento por jurisprudencia Constitucional según sentencia C-933 de 2007, del derecho de los familiares de una persona fallecida a disponer del cadáver de ésta última como garantía al derecho de libertad de conciencia, de religión y de culto, contemplados en la norma superior.

En éste caso la Corte es clara en señalar que no es posible pensar que para familiares, e incluso respecto al mismo Estado, se pueda predicar la existencia de un derecho de propiedad sobre el cadáver; por lo que el reconocimiento del derecho de los familiares para disponer de los despojos mortales del familiar fallecido no está derivado de un derecho de propiedad o dominio del cadáver. El derecho está direccionado a salvaguardar derechos de libertad de conciencia, de religión y de culto, que por mandato legal se deben reconocer y proteger para los familiares de la persona fallecida, y de los cuales se deriva la oportunidad para disponer del cuerpo y rendirle culto, en el cuerpo de la persona sin vida.

En tal sentido y tratándose de una consideración que tiene asiento constitucional que está siendo vulnerada por la recientemente expedida Ley 1805 de 2016, es preciso registrar uno de los apartes de la sentencia C-933 de 2007 en el que la corte señala textualmente *“En este orden de ideas, reitera la Corte en esta oportunidad que el derecho de disposición sobre un cadáver que le corresponde a los familiares de la persona fallecida, en el caso que nos ocupa, el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos del cadáver de un familiar fallecido; cuenta no sólo con un fundamento legal, pues es la misma legislación – Ley 73 de 1988 y decreto reglamentario 2394 de 2004- la que reconoce el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos; sino que este derecho tiene un sustento constitucional en el derecho de libertad de conciencia –art. 18 CN-, de religión y de cultos –art. 19-, que se hace efectiva también a través de la custodia,*

*conservación y culto a los muertos en el cuerpo del fallecido. Por tanto, es derecho legal de origen constitucional, el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cadáver de un familiar fallecido, y ello en el orden de precedencia establecido por la misma ley*⁷⁴(subrayado fuera de texto).

Así las cosas, la Ley 1805 de 2016, que modificó el artículo 2º de la ley 73 de 1988 excluyó el derecho a los familiares de tomar parte dentro del proceso de la donación. En consecuencia dicha disposición quebranta a lo manifestado por la corte toda vez que ella reconoció con sustento constitucional el derecho de los familiares “a disponer del cadáver de un ser querido”⁷⁵.

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 933 (8, noviembre, 2007). Donación de órganos. Bogotá DC. 2007.

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 933 (8, noviembre, 2007). Donación de órganos. Bogotá DC. 2007.

GLOSARIO (PRECISIONES TERMINOLÓGICAS):

ABLACIÓN DE ÓRGANOS: procedimiento quirúrgico mediante el cual se realiza la extracción de los órganos y tejidos del cuerpo del fallecido. Esta cirugía se efectúa en el quirófano de la institución donde se haya producido el fallecimiento del donante, respetando las normas de asepsia propias de todo acto quirúrgico, tratando al cuerpo con consideración y respeto⁷⁶.

“ALOINJERTO: es el reemplazo de componentes anatómicos de una persona por otros provenientes de otro cuerpo humano”⁷⁷.

BANCO DE TEJIDOS Y DE MÉDULA ÓSEA: es la institución sin ánimo de lucro encargada de la obtención, extracción, procesamiento, preservación y almacenamiento de tejidos y de médula ósea con el propósito de conservarlos y suministrarlos⁷⁸.

“BUENAS PRÁCTICAS: son los procedimientos y métodos utilizados para asegurar la calidad de la obtención, preservación, procesamiento, almacenamiento, transporte y suministro de los tejidos o de médula ósea”.⁷⁹

⁷⁶ FARFÁN MOLINA, Francisco. Tráfico de órganos humanos y ley penal. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del ministerio Público. Bogotá DC. 2006. P.25.

⁷⁷ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

⁷⁸ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos

⁷⁹ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

CADÁVER Y MUERTE CEREBRAL: O persona fallecida, es el cuerpo de un individuo a quien se le ha diagnosticado muerte cerebral, consiste en un fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se presenta en ella ausencia de funciones del tallo encefálico⁸⁰.

“COMPONENTES ANATÓMICOS: órganos tejidos, células y en general todas las partes vivas que confirman un cuerpo humano”⁸¹.

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA DONACIÓN, TRASPLANTE O IMPLANTE: es la manifestación de voluntad proveniente de aquella persona que tiene la calidad de donante o receptor de un componente anatómico, que ha sido emitida en forma libre y expresa, luego de haber recibido y entendido la información relativa al procedimiento que deba practicarse⁸².

DONANTE: es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos

⁸⁰ FARFÁN MOLINA, Francisco. Tráfico de órganos humanos y ley penal. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del ministerio Público. Bogotá DC. 2006. P.29.

⁸¹ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

⁸² COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

con el fin de utilizarlos para trasplante o implante en otra persona, con objetivos terapéuticos⁸³.

LÍQUIDOS ORGÁNICOS: todo material fluido distinto de la sangre producido en condiciones fisiológicas normales o anormales, por cualquier órgano o tejido del cuerpo humano⁸⁴.

LISTA DE ESPERA: es la relación de receptores potenciales, es decir, de pacientes que se encuentran pendientes por ser trasplantados o implantados a quienes se les ha efectuado el protocolo pertinente para el trasplante o implante⁸⁵.

“NOCIÓN DE CUERPO HUMANO: conjunto de órganos y estructuras anatómicas interrelacionadas e interactuantes que permiten, bajo ciertas condiciones, desempeñar una serie de aplicaciones vitales”⁸⁶.

“ÓRGANO: es la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de la misma función.”⁸⁷.

⁸³ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

⁸⁴ FARFÁN MOLINA, Francisco. Tráfico de órganos humanos y ley penal. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del ministerio Público. Bogotá DC. 2006. P.25.

⁸⁵ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

⁸⁶ FARFÁN MOLINA, Francisco. Tráfico de órganos humanos y ley penal. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del ministerio Público. Bogotá DC. 2006. P.25.

⁸⁷ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

RED DE DONACIÓN Y TRASPLANTES: es un sistema de integración de los Bancos de Tejidos y de Médula Ósea, Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud habilitadas con programas de trasplante o implante, Instituto Nacional de Salud, Direcciones Departamentales y Distritales de Salud y demás actores del sistema para la coordinación de actividades relacionados con la promoción, donación, extracción, trasplante e implante de órganos y tejidos con el objeto de hacerlos accesibles en condiciones de calidad, en forma oportuna y suficiente a la población siguiendo los principios de cooperación, eficacia, eficiencia, equidad y solidaridad⁸⁸.

TRASPLANTE: remplazo con fines terapéuticos de componentes anatómicos en una persona, por otros iguales y funcionales provenientes de un donante vivo o muerto⁸⁹.

⁸⁸ COLOMBIA. Congreso de la república. Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

⁸⁹ FARFÁN MOLINA, Francisco. Tráfico de órganos humanos y ley penal. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del ministerio Público. Bogotá DC. 2006. p.25.

REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS:

- Presumed Consent For Organ Donation: a Clinically Unnecessary And Corrupting Influence in Medicine And Politics. J. Fabre. Clin Med (Lond) . 2014 Dec; 14 (6): 567-71. Doi: 10.7861/ Clinmedicine.14-6-567.
- Evaluación de una intervención educativa, basada en el teatro, sobre las actitudes y la donación de órganos a Risaralda, Colombia. Buitrago J, Gómez S, Guerra A, Lucumí L, Romero C, Sánchez J. Colomb Med (Cali). Colección 2013.
- Filosofía de la Donación de Órganos: Revisión de Facetas Éticas. World J Transplant 2015 Jun 24; 5 (2): 44 - 51. Doi: 10.5500 / wjt.v5.i2.44. Revisión
- El Trasplante De Órganos: Valores Y Derechos Humanos. Persona y Bioética, Vol. 10, No.2, 2006, pp. 8-25 por Pfeiffer, María Luisa.
- Conceptos De Bioética Y Responsabilidad Médica (3a. ed.), Gispert Cruells, EDITORIAL, Editorial El Manual Moderno, 2005.Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad De Ciencias Jurídicas Y
- Sociales, Escuela De Post Grado Centro Universitario de Nor-oriente docente: M.SC. Viviana Nineth Vega Morales, Curso Teoría General Del Negocio Jurídico Formas De Manifestación De La Voluntad.
- Ley 73 de 1988, reglamentada por: Decreto 1172 De 1989 / Derogado Por Decreto 1546 De 1998.

- Ley 09 de 1979 y Ley 73 de 1988 reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 2493 de 2004.
 - Ley 919 de 2004.
 - Decreto 2493 de 2004.
 - Ley 1805 de 2016.
 - The Cochrane Collaboration's Cochrane Reviewers' Handbook (Clarke & Oxman, 2000)
 - Tranfield et al. (2003)
 - The National Health Service Dissemination (Khan et al., 2001)
 - Modelo de Argumentación de Williams & Colomb (2007).
 - Estructura De Un Argumento De Toulmin (2003), adoptado de Hart (1998)
 - Davies & Crombie, 1998
 - Webster & Watson, 2002
 - Protocolo de Revisión (Levy & Ellis, 2006).
-