

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

55



Enero-Junio 2012



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2012 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Segura Hermanos.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación7

Roberto Cuéllar M.

Doctrina

Los espacios invisibles en América Latina:
análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica,
para la inversión estructural de la pirámide kelsiana
como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos 13

Norberto E. Garay Boza

In Search of the Standards of Proof Applied by the
Inter-American Court of Human Rights 57

Álvaro Paúl

Human Rights as an Essential Element of Contemporary
International Community 103

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Temas en Derechos Humanos

El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones
y la protección de los derechos humanos: estudio
sobre el *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia
de la Corporación Financiera Internacional 123

Björn Arp

The Necessity for Establishing a Truth Commission
in Colombia within its Disarmament, Demobilization
and Reintegration Process 165

Paula S. Cuéllar

Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana
y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
con especial referencia a Uruguay y España 207

Nils Helander Capalbo

El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones
de derechos humanos en la jurisprudencia
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
y su ejecución por parte del Estado colombiano..... 233

Gina Kalach

Principales desafíos respecto de la protección internacional
de los refugiados 271

Juan Manuel Medina Amador

Retos y avances de la educación en derechos humanos
en la educación básica: el camino recorrido en Brasil..... 295

Aida Maria Monteiro Silva y Celma Tavares

Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos ... 319

Paola Pelletier Quiñones

El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho
constitucional 351

Adriano Sant'Ana Pedra

Recensión

*Contribuciones regionales para una Declaración Universal
del Derecho Humano a la Paz*, Carlos Villán Durán
y Carmelo Faleh Pérez (editores) 369

Juan Manuel de Faramiñán Gilbert

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 55 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2012, que en esta ocasión ofrece artículos de variados temas en la materia. Con este número de su revista académica, el IIDH renueva el interés por fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los desafíos que en esta materia supone el actual contexto regional e internacional, apuntando a que se comprendan los factores históricos y se conozcan los nuevos elementos en el panorama de los derechos humanos de las Américas.

En ese sentido, la Revista IIDH ha recibido en esta ocasión los aportes de once autores y autoras que, desde diferentes ámbitos, se relacionan con el tema de los derechos humanos: algunos desde la academia, otros desde la práctica cotidiana de su quehacer profesional. Rescata así la importancia de dar voz y espacio a los distintos actores que construyen día a día el significado y alcances de los derechos humanos.

La presente edición de la Revista IIDH está dividida en dos secciones: *Doctrina y Temas en derechos humanos*. En la primera sección se han incluido tres artículos. El primero, de Norberto E. Garay Boza (Costa Rica), titulado *Los espacios invisibles en América Latina: análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica para la inversión estructural de la pirámide kelsiana como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos*, presenta un interesante y novedoso análisis, dirigido a propiciar una mejor garantía de los derechos humanos mediante la superación de las incompatibilidades de las legislaciones internas con el derecho internacional y constitucional. En el segundo, Álvaro Paúl (Chile), *In search of the Inter-American Court of Human Rights Standards of Proof*, revisa exhaustivamente la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al aspecto probatorio o normas de la prueba en los casos

ante este tribunal. La sección se cierra con el artículo *Human Rights as an Essential Element of Contemporary International Community*, de Renato Zerbini Ribeiro Leão (Brasil).

La segunda sección contiene nueve artículos, presentados de acuerdo al orden alfabético. Björn Arp (Alemania) analiza la práctica del CAO (Compliance Advisor Ombudsman), de la CIF (Corporación Financiera Internacional, siglas en inglés) y de la MIGA (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, siglas en inglés), cuando se producen violaciones a la normas internacionales de protección de los derechos humanos en el marco de las grandes inversiones del Banco Mundial (*El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones y la protección de los derechos humanos: estudio del Ombudsman y Asesor en materia de observancia de la corporación financiera internacional*). Paula S. Cuéllar (El Salvador), propone un repaso del proceso de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia, a modo de argumentar a favor de la necesidad de una comisión de la verdad en ese país sudamericano (*The Necessity of a Truth Commission in Colombia within its Disarmament, Demobilization and Reintegration Process*). En su artículo *Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con especial referencia a Uruguay y España*, Nils Helander Capalbo (Uruguay) presenta una reseña de los rasgos relevantes de las sentencias de estos tribunales internacionales con el objeto de responder a una pregunta central: ¿pueden aplicarse esas sentencias en los ordenamientos internos de dichos Estados? En su artículo *El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su ejecución por parte del Estado colombiano*, Gina Kalach (Colombia) describe y analiza el alcance de cuatro tipos de órdenes de satisfacción efectuadas por la Corte Interamericana: las medidas tradicionalmente ordenadas en casi todas las sentencias de reparación de la Corte al Estado colombiano, las que tienen una importancia capital en materia de repercusión pública y del deber de memoria, las que ostentan un vínculo estrecho con los derechos a la justicia y la verdad, y aquellas que tienen particularidades en lo que

respecta a la ejecución efectuada por el Estado. Juan Manuel Medina Amador (Costa Rica), reflexiona acerca de la importancia de llevar a cabo una revisión del andamiaje jurídico sobre el que se sustenta la protección de las y los refugiados, con la intención de mejorar su implementación en el terreno (*Principales desafíos respecto a la protección internacional de los refugiados*). Aida Maria Monteiro Silva y Celma Tavares (Brasil) presentan en su artículo, titulado *Retos y avances de la educación en derechos humanos en la educación básica: el camino recorrido en Brasil*, los avances, limitaciones y retos de la educación en derechos humanos en ese país, en consideración que ésta es necesaria para el desarrollo de una formación humanista y el fortalecimiento de las estructuras democráticas de la sociedad. Paula Pelletier Quiñones (República Dominicana) propone propiciar un cambio en la forma de pensar de las personas profesionales en derecho en la República Dominicana, y en otros países y contextos similares, para honrar la profesión como un servicio social, mediante el diseño de estrategias propias de la naturaleza del litigio de interés público (*Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos*). Adriano Sant'Ana Pedra (Brasil) se refiere al progreso que la medicina viene desarrollando, y que ha ampliado las oportunidades de éxito en la realización de trasplantes de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, lo que lleva inevitablemente a una serie de cuestiones ético-jurídicas respecto al tema. El autor analiza una de ellas, relativa a la posibilidad de que una persona anencefálica sea la donante (*El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho constitucional*).

Por último, esta edición de la Revista IIDH presenta la recensión del libro *Contribuciones regionales para una Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz*, editado por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez, a cargo de Juan Manuel de Faramiñán Gilbert (España).

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, y aprovechamos la oportunidad para

agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH*

Temas en Derechos Humanos

El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho constitucional

*Adriano Sant'Ana Pedra**

Introducción

Los progresos de la medicina moderna han propiciado la ampliación de las posibilidades de éxito en el trasplante de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, lo que conlleva inevitablemente a una serie de cuestionamientos ético-jurídicos. Uno de ellos, que se analizará aquí, se refiere a la posibilidad de que una persona anencefálica sea la donante.

En Brasil, el Consejo Federal de Medicina aprobó la Resolución CFM No. 1.752, el 8 de setiembre de 2004, donde se dispuso acerca de la “autorización ética del uso de órganos y/o tejidos de anencefálicos para trasplante, mediante autorización previa de los padres”. Su artículo 1 indica que “una vez autorizado formalmente por los padres, el médico podrá realizar el trasplante de órganos y/o tejidos del anencefálico, después de su nacimiento”. Esta resolución autoriza la realización del trasplante de cualquier órgano o tejido, teniendo como donante un ser humano que aún mantiene signos vitales; el ordenamiento jurídico brasileño da el permiso solamente cuando es posible preservar la vida y la integridad física del donante.

Las situaciones que tienen que ver con personas anencefálicas también son motivo de discusión en otros países, como Chile, país sobre el que Ángela Vivanco Martínez expresó: “al carecer de gran parte del cerebro, la situación de los niños anencefálicos ha dado lugar a una discusión acerca de si pueden ser considerados o no como personas titulares de derechos”¹.

* Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo; Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória; profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória en los cursos de pregrado y postgrado (maestría y doctorado); profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo; Procurador Federal de Abogacía General de la Unión (Brasil).

¹ Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, pág. 274.

El presente estudio tratará esta cuestión a la luz de los postulados de la bioética, siendo necesario analizar la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, así como en el marco de los valores y principios morales. La posibilidad de utilizar los órganos, tejidos u otras partes del cuerpo de una persona anencefálica será analizada a partir del sistema jurídico que regula los trasplantes, bajo la óptica del bioderecho constitucional.

1. El bioderecho constitucional y la bioética

Maria Helena Diniz define el bioderecho como el “estudio jurídico que, teniendo como fuente inmediata la bioética y la biogenética, tiene como objeto principal la vida”². Maria García³ perfecciona este concepto, apuntando además, que el bioderecho es el conjunto de normas jurídicas que tienen como principios informadores la dignidad de la persona humana y la protección de la vida, así como el equilibrio ecológico. El bioderecho constitucional encuentra respaldo en el artículo 5 de la Constitución brasileña y sirve como matriz de las normas jurídicas atinentes al trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano.

José Alfredo de Oliveira Baracho define, entonces, bioconstitución como el

[...] conjunto de normas (principios y reglas) formales o materialmente constitucionales, que tienen como objeto las acciones u omisiones del Estado o de entidades privadas, con base en la tutela de la vida, en la identidad y integridad de las personas, en la salud del ser humano actual o futuro, tomando en cuenta también sus relaciones con la biomedicina⁴.

Con las normas jurídicas que disponen acerca del trasplante de órganos se presenta un dilema entre las garantías individuales de todo ser humano –tales como la libertad, la dignidad de la persona humana, la indisponibilidad de la vida y de la salud y la autoafirmación–, frente

2 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*. Saraiva, São Paulo, 2006, pág. 9.

3 García, Maria, “Biodireito constitucional: uma introdução”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, 2003, págs. 105-113.

4 De Oliveira Baracho, José Alfredo, “Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano”, *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos* 27, 2000, págs. 6-7.

al poder del Estado, que representa el interés colectivo de procurar órganos y tejidos.

La Constitución brasileña dispone que debe ser facilitada “la remoción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, pesquisa y tratamiento, así como la recolección, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, siendo prohibida toda forma de comercialización de los mismos” (artículo 199, párr. 4). No obstante, es necesario indagar hasta qué punto el Estado puede, bajo la égida del poder a él atribuido en atención al cumplimiento de su función social, interferir en la esfera íntima de los individuos y requerir a éstos o a sus familia, órganos, tejidos y partes de sus cuerpos para fines de trasplante.

Surge de allí la necesidad de una respuesta ética a las situaciones que se originan en la ciencia, en el ámbito de la salud, lo que se produce a través de la bioética. “La bioética deberá ser un estudio deontológico, que proporcione directrices morales para la actuación humana ante los dilemas suscitados por la biomedicina”⁵. Las leyes éticas, como expone Goffredo Telles Junior, se caracterizan por ser imperativas.

Precisamente por ser enunciativas e imperativas del deber, son leyes éticas, aunque son integrantes de un orden normativo, son verdaderas normas. Ellas son, de hecho, mandamientos de normalización del comportamiento. Determinan lo que debe ser hecho en consonancia con un sistema de concepciones dominantes⁶.

Las normas que componen el ordenamiento jurídico pueden asumir dos configuraciones básicas: reglas y principios. Robert Alexy formuló una fecunda teoría distinguiendo precisamente las reglas de los principios. Las reglas son normas que deben ser cumplidas. De esta manera, si la regla es válida, tenemos que hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. En ese sentido, la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. Robert Alexy sostiene que el punto decisivo para la distinción entre principios y reglas es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible, dentro

⁵ Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito...* pág. 15.

⁶ Telles Junior, Goffredo, *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, pág. 205.

de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esa forma, los principios constituyen mandatos de optimización. Según Robert Alexy,

[...] los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida del debido cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos⁷.

La bioética se pauta en cuatro principios básicos que constituyen racionalizaciones abstractas de valores que derivan de la interpretación de la naturaleza humana y de las necesidades individuales. Ellos son los principios de la autonomía y de la beneficencia, de carácter teleológico, y los principios de la no-maleficencia y de la justicia, de carácter deontológico.

El **principio de la autonomía** implica que se debe respetar la voluntad, los valores morales y las creencias de cada persona, denotando que todas deben ser responsables por sus actos. De esa forma, el profesional de la salud debe respetar la voluntad del paciente o la de su representante, considerándolo capaz de conocer sus opciones. Siendo así, la disposición de órganos debe transcurrir dentro de un contexto de consentimiento libre y conocido. El Derecho debe proteger a aquel que no tuviere autonomía suficiente para tomar decisiones, sea por coacción o deficiencia mental, por ejemplo.

El **principio de la beneficencia** indica la obligatoriedad del profesional de la salud y del investigador, de promover en primer lugar el bien del paciente, buscando atender su bienestar, maximizando los beneficios, no causando daños y minimizando los posibles riesgos. En el juramento de Hipócrates⁸, el principio de la beneficencia es el hilo conductor; el

⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 86.

⁸ “Se aplicarán los regimenes para el bien de los dolientes, según mi conocimiento y mi razón, y nunca para perjudicar o hacer el mal a quien quiera que sea. A nadie daré remedio mortal para agrandar, ni consejo que induzca a la destrucción. Tampoco suministraré a una señora presario abortivo. [...] En la casa donde yo fuere, entraré solamente por el bien del doliente, absteniéndome de cualquier mal voluntario o de toda seducción”.

profesional de la salud solamente puede utilizar el tratamiento para el bien del paciente y nunca para causarle mal o promover la injusticia.

El **principio de la no-maleficencia** es un desdoblamiento del principio de la beneficencia, porque contiene la obligación de no causar daño intencional y porque deriva de la máxima de la ética médica *primum non nocere*.

El **principio de la justicia** indica una obligación que garantice una distribución justa, equitativa y universal de los bienes y servicios (beneficios) de la salud⁹, además de una relación ecuánime en los riesgos y encargos.

Además de estos principios cardinales de la bioética, José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰ afirma que existen principios generales de protección del cuerpo humano que deben ser observados, siendo ellos: la primacía de la persona, la dignidad de la persona, el respeto del ser humano frente a la comercialización de su vida, la inviolabilidad del cuerpo humano y su integridad, la necesidad terapéutica (consentimiento y límites), la integridad de la especie humana, la extrapatrimonialidad del cuerpo humano, la no remuneración del donante, el anonimato, la esterilización, la voluntad de procreación, la asistencia médica a la procreación y la protección del embrión humano.

Merece ser destacado el principio de la dignidad de la persona humana, que es el fundamento del Estado Democrático de Derecho

⁹ Nos recuerda Daury Cesar Fabríz “que para ciertas dolencias la penicilina ofrece la cura, haciendo el bien al paciente. Sin embargo, Gandhi dejó morir a su mujer sin que le fuese aplicada la dosis posiblemente salvadora. Actuó según lo que le parecía derecho, y talvez haya creído que le hacía un bien. Pero...¿fue justo? [...] Tal perspectiva demuestra cómo el hacer justicia o la idea de justicia puede expresarse en su efectividad como algo cruel o inclusive despojado de cualquier sentimiento humano”. Cf. Fabríz, Daury Cesar, *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, pág. 112.

¹⁰ De Oliveira Baracho, José Alfredo, “O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica”, *O sino do Samuel* 21, 1997, pág. 5. Cf. también: de Oliveira Baracho, José Alfredo, “Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 10, 2004, pág. 167.

(artículo 1, III, de la Constitución brasileña), y la esencia de todo el ordenamiento jurídico.

Fábio Konder Comparato explica que la dignidad de la persona humana

[...] es el fundamento de toda vida ética; de ese fundamento, la raíz más profunda deviene, lógicamente, de las normas universales del comportamiento, las cuales representan la expresión de esa dignidad en todos los tiempos y lugares, y tienen por objetivo su preservación¹¹.

El principio de la dignidad de la persona humana, según Paulo Bonavides, es la base de “la totalidad de los derechos humanos positivos como derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-constitucional”¹². Según José Joaquim Gomes Canotilho, la dignidad de la persona humana como base de la República, significa el reconocimiento del individuo

[...] como límite y fundamento del dominio político de la República. En este sentido, la República es una organización política que sirve al hombre y no es el hombre que quien sirve a los aparatos político-organizativos¹³.

Conforme enseña Maria Garcia, “la dignidad de la persona humana corresponde a la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”¹⁴. De allí la necesidad de la imposición de los límites de la ciencia, reconociéndose que el respeto al ser humano sólo se alcanza si observamos la dignidad humana. La ciencia debe estar al servicio del ser humano para que su vida sea cada vez más digna de ser vivida.

11 Konder Comparato, Fábio, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. Companhia das Letras, São Paulo, 2006, pág. 484.

12 Bonavides, Paulo, *Teoria constitucional da democracia participativa*. Malheiros, São Paulo, 2001, pág. 10.

13 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, Coimbra, 2002, pág. 225.

14 Garcia, Maria, *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade* RT, São Paulo, 2004, pág. 211.

2. Disposición de órganos en vida y disposición de órganos *post mortem*

El ordenamiento jurídico brasileiro permite el trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, tanto entre personas vivas como después de la muerte del donante. Tratándose de la disposición de órganos en vida, la preocupación primordial es preservar la vida y la integridad física del donante. José Afonso da Silva registra que “agredir el cuerpo humano es un modo de agredir la vida, pues ésta se realiza en el primero. La integridad físico-corporal constituye, por lo tanto, un bien vital y revela un derecho fundamental del individuo”¹⁵. De esta manera, es prohibido el trasplante cuando se refiere a partes vitales, en razón del derecho a la vida y a la integridad física¹⁶. Siendo así, es posible la donación de órganos dobles, como los riñones, o que se regeneran, como el hígado, no comprometiendo las funciones vitales.

El artículo 13 del Código Civil brasileño prohíbe, con el propósito de proteger la integridad física de la persona, cualquier acto de disposición intervivos que pueda lesionarla.

Art. 13. Salvo por exigencia médica, es prohibido el acto de disposición del propio cuerpo, cuando implique disminución permanente de la integridad física, o contrariar a las buenas costumbres.

Parágrafo único. El acto previsto en este artículo será admitido para fines de trasplante, en la forma establecida en ley especial.

Como bien destaca Maria Helena Diniz,

[...] la donación de órganos, tejidos y partes del propio cuerpo para trasplante intervivos es una decisión exclusiva de la persona. Nada hay que pueda imponer a alguien donar, en vida, sus órganos, favoreciendo a otra persona¹⁷.

Y para evitar que haya comercio de órganos y otras partes del cuerpo humano, la ley brasileña (artículo 9, de la Ley No. 9.434/1997, con redacción dada por la Ley No. 10.211/2001) dispone que es permitido a

¹⁵ Afonso Da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros, São Paulo, 2005, pág. 199.

¹⁶ Bittar, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1995, pág. 79.

¹⁷ Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito...* pág. 346.

la persona jurídicamente capaz disponer gratuitamente de sus tejidos, órganos y partes del propio cuerpo para fines terapéuticos o para trasplantes a cónyuge o pariente consanguíneo hasta el cuarto grado, inclusive. Si la donación fuera para cualquier otra persona, solamente podrá suceder a través de autorización judicial, para cohibir la práctica del comercio. Son exigidos además, autonomía y consentimiento libre y declarado del donante, sin el cual la disposición de órganos en vida no podrá ocurrir.

Para ilustrar la necesidad de información y del amplio consentimiento del donante, Maria de Fátima Freire de Sá¹⁸ relata el lamentable caso de una criatura de cinco años de edad con insuficiencia renal regresiva, que no se adaptaba a la hemodiálisis. El equipo médico, considerando la posibilidad del trasplante renal, realizó análisis de histocompatibilidad en los parientes próximos, verificando que el padre, por sus características anatómicas y circulatorias, era la persona indicada para la donación. En consulta realizada tan sólo en su presencia, el padre se decidió por la no donación de su riñón, alegando que sentía miedo de la cirugía, el pronóstico era incierto, había la posibilidad de la obtención de un riñón de un donante cadáver, etc. Conforme a lo solicitado por el padre, que no quería que los motivos reales de su decisión fuesen revelados, el médico afirmó su imposibilidad de donación de un riñón “por razones médicas”.

También debe traerse a colación el caso de un joven con síndrome de Down, de 22 años de edad, único pariente de su padre y en condiciones de donarle un riñón que le salvaría la vida. Quedó demostrado que el joven tenía menor expectativa de vida, estaría mucho más sujeto a complicaciones y a infecciones, debido al bajo índice de defensa inmunológica, con riesgo quirúrgico aumentado en comparación a las otras personas. Debe subrayarse que el joven no podía transmitir consentimiento voluntario, libremente expreso, debido a sus condiciones mentales y físicas, no pudiendo conocer jamás los riesgos que tenía que enfrentar. Al verificar la situación, la decisión del juez fue no acoger

¹⁸ Freire de Sá, Maria de Fátima, *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, págs. 79-80.

el pedido de la madre del joven, aún y cuando ésta argumentase que “la negación sería lo mismo que decretarse la muerte del padre del requerido, con el consentimiento de la justicia”¹⁹.

En la transferencia de órganos entre personas vivas, el acto es realizado *intuitu personae*, o sea, entre donante y receptor, pero siempre de forma gratuita. Existe así una sutil diferencia entre el acto de donación entre vivos y *post mortem*: en el segundo, parte de la doctrina argumenta que ocurre la transferencia de los tejidos, órganos y partes del cuerpo humano retirados del cadáver para el Estado²⁰, mientras que en el primero no existe esa transmisión.

Pasemos entonces a la disposición de órganos *post mortem*. A pesar de que la persona civil acaba en el momento de su muerte, conforme al artículo 6 del Código Civil brasileño, el derecho de la persona se prolonga después de la vida. El cuerpo humano después de la muerte es una cosa, pero una cosa *extra commercium*. El derecho de la persona y la dignidad humana deben orientar la donación *post mortem* de órganos y tejidos, que solamente puede ocurrir con fines altruistas. En ese sentido, expresa Adriano De Cupis:

Si la persona no existe después de la muerte, ni aún siendo cadáver deja de ser considerado por parte del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, entretanto, que, no pudiendo ser objeto de derechos privados patrimoniales, debe clasificarse entre las cosas *extra commercium*. No siendo la persona, mientras está viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo tampoco el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el sello y el residuo de la persona viva. La comerciabilidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana²¹.

Los distintos ordenamientos jurídicos del mundo han dado tratamiento diverso a las normas que regulan la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, y es posible clasificar este conjunto

¹⁹ *Ibidem*, págs. 78-79.

²⁰ Pessoa Pereira Da Silva, Rodrigo, “Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais”, en: Freire De Sá, Maria de Fátima (coord.), *Biodireito*. Del Rey, Belo Horizonte, 2002, pág. 429.

²¹ De Cupis, Adriano, *Os direitos da personalidade*. Morais, Lisboa, 1961, pág. 93.

de normas en tres modelos: un sistema de manifestación obligatoria, un sistema de consentimiento presunto y un sistema de consentimiento.

Cuando se adopta la **manifestación obligatoria**, todas las personas, mientras sean capaces, deben formalmente optar por la donación o no de sus órganos. Este sistema exige una declaración expresa por parte del individuo, basada en una estructura binaria de consentimiento u oposición, sin que haya una presunción positiva o negativa, cabiendo al legislador observar los efectos jurídicos resultantes del silencio.

Otros países adoptan el sistema de **consentimiento presunto**, de oposición o disenso (*opting out system*), que parte del principio de que todo individuo es donante de órganos. Se divide en dos: sistema fuerte y sistema frágil. El primero posibilita al médico la extracción de todo órgano de cualquier cadáver, tal como ocurre en Austria, Dinamarca, Polonia, Suiza y Francia. El segundo permite al médico retirar los órganos de aquellas personas que no declararon oposición a tal procedimiento. Es lo que ocurre en Finlandia, Grecia, Italia, en Noruega, España y Suecia, y ocurrió en Brasil entre 1997 y 2001, bajo la égida de la antigua redacción del artículo 4 de la Ley No. 9.434/1997, que establecía:

Art. 4º. Salvo manifestación de voluntad en contrario, en los términos de esta Ley, se presume autorizada la donación de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano, para finalidad de trasplantes o terapéutica *post mortem*.

Esta disposición, que promovió la estatización del cuerpo humano, recibió diversas críticas por ofender a la intimidad, la dignidad de la persona humana y la autodeterminación, por una intervención exagerada del Estado en la esfera privada, por discriminar a los no-donantes, y por despreciar completamente la realidad brasileña, donde la falta de información de la población es un factor que impide la manifestación consciente de la voluntad, no existiendo allí ningún altruismo o sentimiento de solidaridad humana.

Luego, Brasil pasó a adoptar el sistema de **consentimiento** (*opting in system*), que exige la concordancia expresa del donante o de su familia. En ese sentido, la nueva redacción del artículo 4 de la Ley No. 9.434/1997, dada por la Ley No. 10.211/2001, dispone:

Art. 4°. La retirada de tejidos, órganos y partes del cuerpo de personas fallecidas con fines de trasplante u otra finalidad terapéutica, dependerá de la autorización del cónyuge o pariente, mayor de edad, cumpliéndose con la línea sucesoria recta o colateral, hasta el segundo grado inclusive, firmada bajo documento suscrito por dos testigos presentes ante la verificación de la muerte.

Además de Brasil, este sistema también es adoptado en México, Inglaterra, los Países Bajos, los Estados Unidos y Turquía, y parece ser el sistema más acertado.

3. Disposición de órganos de anencefálicos

Tal como se ha visto, en Brasil es posible la disposición de órganos *post mortem* y la disposición de órganos en vida. En ese sentido, la discusión gira en torno de la posibilidad de aplicarse al anencefálico las normas que rigen la disposición de órganos y tejidos *post mortem* o las normas que rigen la disposición en vida.

El anencefálico puede ser un embrión, feto o recién nacido que, por malformación congénita, no posee sus hemisferios cerebrales, pero que tiene una parte del tronco encefálico que mantiene sus funciones vitales, lo que permite que pueda nacer con vida, llegando a fallecer horas, días o semanas después. De allí que precisamos identificar a partir de qué momento la vida humana comienza y debe ser protegida por el Derecho.

El Pacto de San José de Costa Rica, del cual Brasil es signatario, establece en su artículo 4

1. Toda persona tiene el derecho de que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En Brasil, aunque el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal sea diferente, el Superior Tribunal de Justicia decidió que, de acuerdo con el artículo 5, párr. 3, de la Constitución brasileña,

[...] la Convención continúa en vigor, con fuerza de enmienda constitucional. La regla emanada por el dispositivo en comento, es clara en el sentido de que los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos en los cuales Brasil sea parte deben ser asimilados por el orden jurídico del país como normas de jerarquía constitucional; [...] El

Pacto de San José de Costa Rica fue rescatado por la nueva disposición constitucional (art. 5º, § 3º), la cual posee eficacia retroactiva²².

Este pronunciamiento también es confirmado por Ángela Vivanco Martínez, para quien “es lógico concebir que los derechos esenciales reconocidos en un tratado tengan rango constitucional”²³.

Se puede afirmar que el ordenamiento jurídico brasileño considera que la vida humana comienza y debe ser protegida desde la concepción. En tal sentido, la afirmación de Maria Garcia, para quien “la vida se inicia con la concepción y el art. 5º de la Constitución brasileña, garantizando la inviolabilidad del derecho a la vida, va a extenderla hasta ese momento específico de la formación de la persona”²⁴.

Este también es el pronunciamiento de Paulo Otero, para quien la garantía de inviolabilidad de la vida humana impone al Poder Público el deber de preservar el derecho a la vida antes y después del nacimiento, lo que debe ser reforzado tanto más frágil fuera esa manifestación de vida humana o más insuficiente o débil fuera su titular. De allí que deben ser abandonados los argumentos de aquellos que afirman que los anencefálicos no tienen vida relacional, y que su propia vida biológica es reducida. Segundo Paulo Otero²⁵:

[...] la Constitución no se limita a reconocer el derecho de la vida, como expresión de la conservación de una vida ya nacida, incluye también la garantía de un derecho a la vida, traducido en el desarrollo de todas las manifestaciones de la vida humana, incluyendo el derecho al nacimiento.

Maria Helena Diniz²⁶ da a conocer el caso, de 1987, en que una señora se embaraza por medio de inseminación artificial, a fin de que el feto

22 Superior Tribunal de Justicia, Primera Turma, Unanimidad, Recurso en Habeas Corpus No. 18.799-RS, Relator: Ministro José Delgado.

23 Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, pág. 434.

24 Garcia, Maria, “A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 24, 1998, pág. 73.

25 Otero, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Almedina, Coimbra, 1999, pág. 38.

26 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito...* págs. 359-360.

fuese utilizado como donante de tejido nervioso para el tratamiento de su padre, afectado de Parkinson. Esta situación ejemplifica una afrenta a la dignidad del hijo como ser humano, reduciéndolo a la condición de medio, e ignorando que el ser humano es un fin en sí mismo, lo que torna ilícita su instrumentación a simple medio de algo o de alguna cosa. De allí el imperativo práctico señalado por Kant: “Actúa de tal suerte que consideres la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como simple medio”²⁷. No se puede olvidar que el Derecho existe en función de la persona y para propiciar su desarrollo.

Así, queda claro por qué es equivocado autorizar la utilización de una persona anencefálica como donante de órganos, tanto por razones técnicas como por razones éticas. Aun cuando normalmente no se aplique a los anencefálicos los criterios de muerte encefálica, esto no significa que no haya otro medio para verificar la cesación de su vida humana. Es oportuna la cita de Paulo Otero, que entiende que “cualquier eventual duda debería ser resuelta jurídicamente a través del principio *in dubio pro vitae*”²⁸.

Según afirma María Helena Diniz, para que haya trasplante de órganos vitales de anencefálico “será imprescindible aguardar su muerte o la cesación completa de sus funciones cerebrales”²⁹. Más aún, expresa:

El anencefálico es un ser humano tanto como un hombre que sufre una grave lesión en los hemisferios cerebrales o perdido parte de su cerebro en un accidente automovilístico o en una intervención quirúrgica para extirpación de un tumor maligno, perdiendo la capacidad de cualquier contacto con el mundo exterior, pero susceptible de regular su homeóstasis, en virtud de la persistencia del funcionamiento adecuado del tronco cerebral. Si así fuere, se deberá respetar como persona humana, no hiriéndose su dignidad. [...] El bebé anencefálico solamente podrá ser donante de órganos y tejidos si llena los criterios legales de la muerte cerebral, o sea, cesación completa del tronco

27 Kant, Immanuel, *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Martin Claret, São Paulo, 2002, pág. 105.

28 Otero, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética...* pág. 41.

29 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito...* pág. 58.

cerebral, que incluya el mesencéfalo, puente y bulbo raquídeo. Para tal proceso de donación, tendrá que ser de la iniciativa de los padres y no por solicitud de algún profesional de la salud. Sus órganos o sus tejidos, por tanto, no podrán ser retirados de su cuerpo mientras no estuviera legalmente muerto. Si no se puede disponer de los órganos de paciente terminal mientras no ocurra su muerte encefálica, tampoco es posible remover órgano o tejido de anencefalo mientras la muerte cerebral no se configure o no quede comprobada³⁰.

De esta forma, no obstante que el trasplante traiga beneficios al receptor, no se puede admitir que esto venga a causar daños al donante que esté vivo, aunque este donante sea una persona anencefálica. Según la enseñanza de María García, “la dignidad de la persona humana puede ser entendida como la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como la autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”³¹. El anencefálico no puede ser tratado como si fuese un banco o repositorio de órganos y tejidos para fines de trasplante, lo que afrentaría su dignidad.

Conclusiones

Al mismo tiempo que se debe considerar la importancia de los trasplantes para salvar vidas, o para mejorar su calidad, también se debe cuidar por los derechos del donante, especialmente si se trata de una persona anencefálica. Así, se hace necesario ponderar los derechos del donante y del receptor, porque no se puede ser extremadamente solidarista, exigiendo la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano para aquel que de ellos precisa, pero tampoco se puede ser individualista, llegando al egoísmo.

Las cuestiones que involucran trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano se han tornado cada vez más complejas a medida que la ciencia evoluciona, y esto ha exigido el enfrentamiento de problemas ético-jurídicos. En este texto se buscó analizar jurídicamente la posibilidad de que el anencefálico sea donante de órganos, teniendo como fundamento el bioderecho constitucional, dado que todos los

³⁰ *Ibidem*, págs. 351-352.

³¹ García, María, “Biodireito constitucional: uma introdução”... págs. 112.

dilemas deben ser solucionados observándose el principio de la dignidad de la persona humana y los postulados de la bioética.

Se puede concluir, entonces, que en Brasil es inadmisibles jurídicamente cualquier trasplante de órganos de una persona anencefálica, mientras esté viva. Si para el anencefálico la muerte es una cuestión de tiempo, como, además, es para todos los seres humanos, se debe aguardar el momento de su muerte para la retirada de los órganos y tejidos. Y, en este caso, será necesaria la autorización de sus padres, de conformidad con las normas jurídicas que se aplican a las disposiciones de órganos *post mortem*.

Otras referencias bibliográficas

Cordeiro Leite Dos Santos, Maria Celeste, *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998.

----- (coord.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. RT, São Paulo, 2001.

Freire De Sá, Maria de Fátima (coord.), *Biodireito*. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

Sant'ana Pedra, Adriano, "Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 61, 2007, págs. 7-24.

----- "Transplantes de órgãos de anencéfalos", *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC* 36, 2008, págs. 255-267.

Siqueira Castro, Carlos Roberto, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Forense, Rio de Janeiro, 2005.

Souza Lima, Carolina Alves de, *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Juruá, Curitiba, 2007.

