



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“El consentimiento presunto y consentimiento explícito informado
respecto a la donación y trasplante de órganos en el Perú”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Bach. Cueva Huilca Amira Aleshka Myrian (ORCID: 0000-0001-5706-5292)

ASESORA:

Dra. Diaz Cabrera Melissa Fiorella (ORCID: 0000-0001-7254-7409)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derechos Fundamentales

CHIMBOTE – PERÚ

2021

DEDICATORIA

A mis padres Berna y Gregorio, que siempre me brindan su apoyo incondicional, por sus enseñanzas y valores que plasmaron en mí.

Br. Amira Aleshka M. Cueva Huilca

AGRADECIMIENTO

A la Universidad César Vallejo, institución que me dio la gran oportunidad de desarrollarme profesionalmente.

A mi asesora de tesis, la Dra. Melissa por sus enseñanzas impartidas, por sus consejos, por su apoyo incondicional en esta etapa importante de mi vida profesional.

ÍNDICE DE CONTENIDO

CARÁTULA	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	iv
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO	10
2.1. Sistema de donación en el Derecho Comparado	10
2.2. Marco normativo del consentimiento en Perú.....	14
2.3. Factores de incidencia de la donación de órganos y tejidos.....	15
2.4. Casuística del consentimiento en la jurisprudencia extranjera	16
III. METODOLOGÍA	20
3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:	20
3.1.1. Tipo de investigación:	20
3.1.2. Diseño de investigación	20
3.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	20

3.3. PROCEDIMIENTOS	20
3.4. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN...	21
3.4.1. Categorías y sub categorías	21
3.5. Escenario de estudio:	23
3.6. Participantes:	23
3.7. Rigor científico:	24
3.8. Métodos lógicos:	24
3.8.1. Deductivo:	24
3.8.2. Inductivo:	24
3.8.3. Analítico:	24
3.9. Método jurídico:	24
3.9.1. Hermenéutico	24
3.9.2. Fenomenológico	24
3.9.3. Comparativo	25
3.10. Aspectos éticos	25
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	26
V. CONCLUSIONES	31
VI. RECOMENDACIONES	33

REFERENCIAS	34
ANEXOS	41

RESUMEN

La tesis se titula “El consentimiento presunto y consentimiento explícito informado respecto a la donación y trasplante de órganos en el Perú” tuvo como objetivo analizar la legislación peruana sobre el consentimiento en el ordenamiento jurídico desde una perspectiva cualitativa y teniendo como guía el diseño de investigación – acción, el resultado de esta investigación y la hipótesis planteada permite confirmar que actualmente existe contradicción en la interpretación del artículo 10 del Código Civil modificado por la Ley N° 30473 que regula el consentimiento tácito y el artículo 8 de la Ley General de Salud N° 26842 que regula el consentimiento expreso, en conclusión la siguiente tesis busca incluir en consentimiento presunto en nuestra legislación para incrementar la donación y trasplante de órganos.

Palabras Claves: consentimiento, presunto, expreso, donación de órganos y trasplante.

ABSTRACT

The thesis is titled "Presumed consent and explicit informed consent regarding organ donation and transplantation in Peru" aimed to analyze the Peruvian legislation on consent in the legal system from a qualitative perspective and having as a guide the research design - action, the result of this investigation and the hypothesis raised confirm that there is currently a contradiction in the interpretation of article 10 of the Civil Code modified by Law N° 30473 that regulates tacit consent and article 8 of the General Health Law N° 26842 that regulates express consent, in conclusion the following thesis seeks to include presumed consent in our legislation to increase organ donation and transplantation.

Keywords: consent, presumed, express, organ donation and transplantation.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, la reglamentación relacionada a la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos data en el año 1997, con la Ley General de Salud N° 26842. Actualmente la problemática alrededor de la donación de órganos gira en torno del momento en que se establece el consentimiento de la donación de órganos y al disponer: se halla diferentes posiciones y no se sabe con qué clase de consentimiento se está lidiando, porque: 1) cuando el titular muere sin dejar su consentimiento hacia la donación de órganos los familiares se contraponen. 2) no habiendo mencionado que los familiares asumen y disponen del cadáver habiendo un consentimiento del mismo titular para la donación de órganos.

En el 2020 Juan Almeyda Alcántara Director General de las Donaciones, Trasplante y Banco de Sangre del Ministerio de Salud señala que: “más de tres millones de personas mediante su documento nacional de identidad con un SI aceptaron donar sus órganos, gracias a la campaña nombrada como “Ama, Dona y Vive” de acuerdo a las actas referidas al consentimiento que se realizó en los módulos itinerantes más de 147 mil personas aceptaron voluntariamente donar sus órganos” (Ministerio de Salud, 2020). Asimismo, ha manifestado que la negativa familiar es en un 56% que se oponen a donar los órganos de su familiar fallecido (Ministerio de Salud, 2019). Existe al menos unas 7000 personas que se encuentran registradas en la lista de espera cifra que se va ir incrementando cada año, al menos unas 700 personas fallecen al año con la esperanza de obtener un órgano donado (Diario Oficial el Peruano , 2019).

La Ley 26842 Ley General de la Salud (1997), al prescribir en su artículo 8°: las personas tienen derecho a recibir órganos de seres humanos vivos para mantener la vida o recobrar la salud al igual que se puede recibir órganos de personas muertas y animales, en caso de una persona viva el consentimiento es expreso y por escrito, si el titular muere sin dejar su consentimiento los encargados en conceder o no la donación son los familiares, siendo que se regula el consentimiento explícito: mientras que, la Ley N° 30473 (2016) *que modifica el artículo 10° del Código Civil* prescribe que,

el director del establecimiento de salud o de la unidad de necropsia puede disponer del cadáver, lo que daría lugar a una regulación del consentimiento presunto. Por lo que, se observa una contradicción de índole interpretativo entre ambas normas que impiden definir si estamos ante un sistema de libre consentimiento del donante vivo o ante el consentimiento presunto.

España con una legislación basada en el *consentimiento presunto* desde el año 1979, siendo un país, modelo a seguir sobre la materia, para la lucha del tráfico de órganos en marzo de 2015 se ratificó el convenio del consejo de Europa – Santiago de Compostela (España) como iniciativa de promover la donación y trasplante de órganos. Varios países planificaron métodos abocado al trasplante para aumentar su oferta tras la carencia de órganos disponibles, con más de 36 donantes por millón de habitantes tenemos al modelo español con sistemas de trasplante de renombre y líder mundial, este exitoso modelo se debe al sistema inclinado a una comunicación eficaz y transparente que abarcan aspectos legales, políticos, médicos y económicos; dirigidos a todos los habitantes referidos a la donación, extracción de órganos respaldada con una legislación apropiada. (Roig & Porxas, 2017)

En el año 2020 el diario periodístico Andina señalaba que: “el 80 % de la población en el documento nacional de identidad (en adelante DNI) asigna el NO a la donación de órganos donde los familiares del fallecido se oponen, sólo el 13 % por medio del consentimiento explícito acepta donar sus órganos, pero el 70% de familiares de un fallecido no respetan la decisión que tomó el titular para donar sus órganos y un 7% esta vacío, en el 2018 al menos se realizó 736 trasplantes y se registraron a 6,496 en la lista de espera, dando el 11 % de personas accedieron al trasplante de órganos” (Agencia peruana de noticias Andina, 2019).

Finalmente, dado el contexto si esta situación problemática no se resuelve estaremos frente a dos normas que regulan el consentimiento presunto y consentimiento explícito a la vez lo que ocasionará una intromisión en el derecho del otorgante y el de los familiares que no desean utilizar los órganos del fallecido

primando talvez su voluntad y no la del donante si es que así lo estableció en su DNI o la ratificó luego. Además, se podría incrementar la tasa de incidencia de muertes de personas que se encuentran en la lista de espera, quienes tienen la esperanza de recibir la donación de órganos, muchos de ellos se encuentran con una enfermedad terminal o dolorosa.

Como interrogante en el trabajo de investigación tenemos la siguiente: ¿De qué manera está regulado el consentimiento respecto a la donación y trasplante de órganos en el ordenamiento jurídico peruano?.

Justificación legal la presente investigación aportar a la comunidad científica y académica por cuanto analiza el ordenamiento legal sobre la regulación del consentimiento en la donación y trasplante de órganos, planteando recomendaciones adecuadas para su interpretación jurídicamente correcta. Justificación teórica al desarrolla ampliamente como la doctrina define el consentimiento presunto y expreso y a partir de ello, surgir el mismo eficiente para nuestro ordenamiento jurídico.

Justificación social la investigación aporta a la solución de la demanda social que en los últimos años incremento las cifras desfavorables en relación al trasplante de órganos.

Como **objetivo general** se busca analizar la legislación peruana sobre el consentimiento en el ordenamiento jurídico y los **objetivos específicos**: Estudiar el marco doctrinario y normativo sobre consentimiento presunto y expreso en el derecho comparado. Investigar los factores de incidencia en la donación de órganos y tejidos en el Perú. Determinar si existen problemas de interpretación jurídica respecto del consentimiento en la legislación sobre donación de órganos y tejidos en el Perú.

La **hipótesis** en el presente trabajo de investigación concluye que existe contradicción de interpretación jurídica en la legislación peruana; en la Ley N° 30473 que elimina parte del artículo 10° del Código Civil donde anteriormente daba la facultad a los familiares de anular dicha decisión del titular muerto, en cambio el legislador no modifico aún el artículo 8° de la Ley General de Salud que permite a los familiares

objetar la donación de órganos, por lo que debe suprimirse esta norma y no afectar el libre consentimiento del donante en vida.

Entre los **antecedentes nacionales** tenemos las siguientes investigaciones:

Preciado (2019) en la tesis “Justificación Constitucional para la aprobación de la donación solidaria de órganos y tejidos humanos en el Perú” para conseguir el título profesional de Abogado, presentada por la Universidad César Vallejo – Piura, cuyas conclusiones esenciales fueron las siguientes: El consentimiento presunto radica en considerar a los habitantes de una definida comunidad como probables donantes, quien manifieste por escrito su disconformidad ante el gobierno adecuado se le excluirá, reforzando de lleno su autonomía como fin supremo del Estado se debe respetar la decisión de quien expreso su negatoria ante la disposición optada. Evidenciando la desatención de nuestro prójimo se daría la acogida del consentimiento presunto como propósito de batallar la carencia de donantes que hay en el país, tras la muerte diaria de viarios peruanos que esperan un donante, el Estado debe adaptar el método del consentimiento presunto como apoyar a los ciudadanos que se hallan en una situación vulnerable e impulsar el altruismo. Toda la colectividad tiene el deber de donar conforme al principio de la solidaridad de tal forma se preserva la existencia de la persona, el Estado en todo acto del Estado Social y Democrático deber ser condescendiente asegurando la libertad individual basándose en la dignidad de la persona como fin supremo sin extinguir este fundamento. Existe diversos factores que influncian en la denegatoria para la donación de órganos después del fallecimiento de una persona, teniendo los siguientes, gracias a la variedad de culturas, por motivos de culto la familia del titular fallecido se niega llevar a cabo la trasplatación del órgano, a desorientación, diversos pensamientos sobre la salud y muerte, ocasionando la escasez de donantes, como prevención se opta por el método del consentimiento presunto ya que este proceder está fundamentado constitucionalmente.

Paredes (2019), en la tesis “Análisis de las implicancias patrimoniales de la donación de órganos en el Perú. 2017.” para conseguir el grado académico de Maestro

en Ciencias: Derecho, con mención en Derecho Civil, presentada por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. El autor concluye que, al oponerse a las leyes del orden Público los firmantes no pueden reclamar el cumplimiento del contrato por trasplante ya que legalmente es ilógico que una persona reclame la devolución de su órgano para restituir el dinero que recibió a cambio de este, por tanto, bajo anulación la Ley peruana prohíbe la compra y venta de órganos y tejidos, lo mismo debe suceder cuando exijan la nulidad del órgano transferido al receptor. Una vez que se trasplante un órgano o tejido el donador no puede reclamar al beneficiario la restitución de este, porque se opondrían a las leyes del orden público a menos que no se ejecute el contrato, en caso de ejecutarse el contrato y el donador recibió dinero a cambio de este se podrá exigir la devolución o la disminución del dinero obtenido para su posterior devolución. Las partes del cuerpo humano son consideradas fuera del patrimonio en caso se permita la donación de órganos y tejidos, el receptor al ser beneficiario de un órgano o tejido, este adopta un deber moral y natural con el donante, resulta jurídico y económicamente imposible la restitución del órgano donado, dado este acontecimiento en que el beneficiario que exija la restitución del dinero entregado al donante el juez por medio del proceso judicial debe rechazar la pretensión ya que las cosas no se pueden devolver al estado anterior por ser un acto altruista. Está incluida dentro del derecho natural la donación de tejidos y órganos, originando una conexión con las obligaciones y deberes, el receptor al beneficiarse con un órgano disfruta de calidad de vida y salud, por consiguiente, tenemos 2 casos: 1) el donante no se beneficia con dinero, compensación o indemnización a cambio de dar su órgano. 2) el donante se benefició con dinero con la condición de donar su órgano, el órgano al ser de naturaleza mixta se pudo calcular económicamente por lo tanto recibió una compensación. Tenemos 2 fases por distinguirse cada una de ellas en su autonomía al ser de naturaleza compleja la donación de órganos: 1) el donante debe estar incluida en un seguro obligatorio cuando se le extrae un órgano, 2) el receptor se beneficia al implantarse un órgano en su cuerpo sin perjudicar al donante, existe una conexión jurídica entre ambos por ser una obligación natural, el Estado debe brindar un seguro obligatorio al donante por realizar un acto altruista.

En el artículo de investigación: “¿Existe el consentimiento presunto? La voluntad presunta como causa de justificación” de la Abogada Chang (2017) Magister en derecho Penal, presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima, cuyas conclusiones esenciales fueron: En caso de que el titular del bien jurídico y penal se ve impedido de exponer su voluntad sería erróneo apelar a la terminación del consentimiento presunto, en el suceso de darse cuenta o tener la ocasión de realizar, suponiendo que el titular habría dado su consentimiento en la hipótesis. Planteo acogerse a la terminación de voluntad presunta en caso de faltar la manifestación de voluntad como origen de una justificación autónoma, que no se interprete el consentimiento conforme al origen de la atipicidad penal como si se estaría estableciendo una normatividad ficticia. La voluntad presunta no se debe de equivocarse con la suposición de delegar el consentimiento o la representación, en lo que el titular al encontrarse imposibilitado de conceder su voluntad otorga a un tercero el bien jurídico, en este caso nos encontramos en el origen de atipicidad y no de la justificación autónoma. En el suceso de que sea probable conseguir el consentimiento explícito del titular del bien jurídico o del representante, la voluntad presunta se debe de atribuir de manera extraordinaria y subsidiaria donde se debe distinguir el interés propio del ajeno como origen de la justificación.

Entre los ***antecedentes internacionales*** tenemos las siguientes investigaciones:

Minasyan (2017) en la tesis “El consentimiento a la donación post-mortem de órganos humanos: análisis legislativo” para optar la titulación Grado en Derecho, presentada en la Universidad Internacional de la Rioja – España, cuyas conclusiones son las siguientes: donar para el trasplante de órganos es sumamente importantes y útil a nivel internacional, como único procedimiento se da el trasplante para salvar vidas y dar una buena calidad de vida para varios pacientes que sufren insuficiencia orgánica, gracias al avance tecnológico y médico se cumplen con el objetivo de salvar vidas, cada Estado decide poner soluciones legales en el sistema de salud priorizando el interés del paciente y respetando los derechos del donante, pero un ordenamiento inapropiado puede traer resultados inevitables, al existir la carencia de órganos se

distinguen dos sistemas; el opt-out y opt-in: la importancia de salvar vidas o respetar la integridad y libertad del donante. La conclusión se debe dar según el ámbito de la filosofía de derecho ya que la donación de órganos tiene un significado crucial en lo ético y filosófico: al discutir la disparidad ética del comportamiento si es correcto o incorrecto en las donaciones y en lo filosófico tenemos los sistemas opt-in o opt-out como autonomía personal y paternalista estatal en donación de órganos posterior del deceso. E. Kant en su obra usó la palabra de autonomía de la voluntad, considerando la voluntad humana como autonomía, componente crucial en el pensamiento sociopolítico y jurídico, posteriormente la importancia de los derechos humanos fue incrementando asegurando de esa forma la defensa de los derechos como la dignidad humana; la autonomía no está definida por causas externas del consentimiento natural y divino. ¿Las normas del consentimiento presunto opt-out puede convertir al ser humano más altruista? Las disposiciones son normas de convivencia, pero no son capaz de volver a la persona más humanitario, las leyes jurídicas tienen un objetivo, pero no siempre se alcanza los objetivos, en el caso de las donaciones de órganos se puede dar leyes, pero rara vez se puede probar si los resultados alcanzaran sus objetivos a largo plazo.

Rusique y Castro (2018) en la tesis “La eficacia del consentimiento presunto como mecanismo para el suministro de órganos y componentes anatómicos a pacientes en espera de trasplante en Colombia” para conseguir el título de Abogado, presentado en la Universidad Militar Nueva Granada – Bogotá, indica que: El consentimiento presunto en el trasplante de órganos compromete el asunto ético, al ser una herramienta necesariamente jurídico y genuino que colabora de manera benéfica, progresiva y efectiva en los pacientes con afecciones terapéuticas que se hallan en la relación de espera, el derecho a la información, la dignidad humana, la autonomía de voluntad y la determinación del donante. En la presunción legal o el consentimiento explícito de la donación de órganos la Corte Constitucional protegió bajo el consentimiento del principio de autonomía de voluntad recaída en la sentencia N° C-933 de 2007, el consentimiento libre que otorga la persona en vida o post mortem, mientras este expresada su decisión de forma idónea, oportuna y clara para el tratamiento de la

extracción de tejidos y órganos del cuerpo humano. En caso de que el donante no haya accedido al derecho de información no se estaría cumpliendo con la eficacia de la norma y respetando los principios, estaríamos frente al consentimiento nulo pudiendo cuestionar la autonomía de este como una deficiencia en la Ley que no se pueda remediar, al igual que se pueda asegurar que no hay donantes que desconocen las leyes o que los familiares estén conscientes y respeten su decisión. El altruismo dentro de la sociedad debe ser un modelo a seguir por diferentes costumbres, religiones, población educativa o analfabeta, más allá de las suspicacias infundadas de esa forma se demostrará que el consentimiento presunto es útil, valiosa trayendo beneficios médicos al cooperar con la donación de órganos.

Como artículo de investigación tenemos: “El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismo para aumentar la donación de órganos” de la Abogada Zúñiga (2015) Doctora en derecho, presentada por la Universidad de Valparaíso – Chile, cuyas conclusiones esenciales fueron: se tiene la ética Kantiana que viene hacer la ley moral que actúa sobre la conducta, el plan de incrementar el conocimiento presunto al priorizar como estímulo un lugar para los donantes de órganos, posibilita a que varias personas se conviertan en donantes de esa forma ayudarán a salvar muchas vidas. Cuando la gente procede bajo su propio provecho de lo que más le favorece estaríamos en una presunción de la teoría antigua del contrato social, cuando se habla de la regla de correspondencia donde el donante obligue beneficios de costo mientras esté vivo de esa forma se demuestra que actúa para su propio provecho.

Chaparro (2017) en su artículo de investigación: “La presunción de la donación de órganos en Colombia: reflexiones para el debate” presentada por la Universidad Militar Nueva Granada – Bogotá, cuyas conclusiones esenciales fueron: Se necesita perfeccionar la calidad de los centros que se encargan en la extracción de órganos para poder aumentar la tasa de donantes, la norma de presunción en la donación se distingue porque permite que la donación en potencia llegue a su límite convirtiéndose en donaciones efectivas, para que los ciudadanos no duden del modelo que se usa para las donaciones de órganos se debe brindar una adecuada información, así se

evitará que nieguen su consentimiento para donar órganos. Si el ciudadano se da cuenta que al donar sus órganos obtendrá un beneficio propio o que el sistema de salud opera desde la lógica recibiendo incentivos del mercado, con incertidumbre sospechan de corrupción, existe la falta de claridad generando una respuesta negativa para la donación de órganos de esa forma se incrementará la escasez de órganos. Para generar concientización en la sociedad los modelos de donación de órganos deben asegurar que los donantes en potencia accedan a una información adecuada y no distorsionada, se atenderá con proactividad las entidades que se encargan en el rastreo de donantes desarrollando un clima social efectivo. El donar órganos para luego trasplantar no solo implica la calidad de vida en los ciudadanos sino establece los valores que hay; la bioética se encarga en la investigación privilegiada del desarrollo intelecto amplio en la tecnología del trasplante de órganos, un análisis de la conexión entre el derecho y la ética permitiendo conocer los peligros posibles que se afronta al momento de retribuir los órganos aprovechables entre los donantes potenciales facilitando una información pertinente a la población.

Geri (2019) en su artículo de investigación: “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina” presentada en la Universidad de Barcelona – Argentina, cuyas conclusiones esenciales fueron: La presunción del *iuris tantum* con el consentimiento del titular fallecido en la transmisión del material hereditario de los embriones debería estar considerado dentro del ordenamiento de la reproducción post mortem. Para garantizar el derecho de establecer un hogar en la planificación paternal consentido por ambas partes, por medio de una fertilización *in vitro* transfiriendo los embriones hay un complemento esencial, al finalizar la inseminación asistida se da el consentimiento presunto no cuando se origina este.

II. MARCO TEÓRICO

2.1 Sistema de donación en el Derecho Comparado

Cada país se adecua a diferentes modelos con respecto del consentimiento hacia la donación y trasplante de órganos valorando 2 modelos: consentimiento presunto (opt - out), implícito, tácito, supuesto adecuados normativamente en los países de España, Bélgica, Francia, Portugal, Noruega, Croacia etc. y el consentimiento explícito (opt - in), expreso que rige en los países de Perú, México, Brasil, Estados Unidos, Canadá, Holanda, Inglaterra etc.

En el comentario del principio rector 1 de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos señala: no procederá a la extracción de distintos órganos, tejidos, células del cuerpo después de fallecer una persona si existían señales validas a la oposición del cual se permiten la donación por medio del consentimiento expreso o presunto respetando las tradiciones culturales, sociales y médicas que cada país tiene, como la decisión que la familia toma para atenderse en un centro de salud. (OMS, 2010)

El **consentimiento presunto** cuando se refiere de donación de órganos y tejidos humanos como instrumento que impulsa y perfecciona eficientemente la donación de órganos donde se presume que todos los ciudadanos tienen la voluntad de donar órganos y tejidos humanos a excepción de que en vida hayan expresado su manifestación en contra por escrito o como lo establece cada país, teniendo en consideración que al oponerse para donar los órganos y tejidos humanos tienen pocos beneficios en el caso que posteriormente necesiten la donación de un órgano (Zúñiga F, 2015).

El **consentimiento explícito** donde todos los ciudadanos en vida expresan su voluntad, a falta del consentimiento después de la muerte sus familiares permiten o rechazan la donación de órganos. El titular recibe la información adecuada aceptando libremente y sin coerción donar sus órganos como un acto altruista, sistema que implica escasez de donantes.

México considera dos sistemas de donación: consentimiento *expreso* en que el titular expresa su voluntad por escrito o de forma verbal para donar sus órganos distinguiendo dos alternativas como donación amplia o limitada, en la primera hace referencia cuando se dispone todo el cuerpo en general después de la muerte y la segunda se dispone de forma parcial con relación a definidas partes del cuerpo, recaída en su artículo 322° de la Ley General de Salud (Centro Nacional de Trasplantes , 2018). El consentimiento *tácito* determina que el titular en vida si no expreso en un documento su oposición de donar sus órganos posteriores a su muerte para emplearlo en el trasplante será con previo consentimiento de sus familiares estipulados en su artículo 324° de la Ley General de Salud (1984). En **Argentina** se considera el consentimiento presunto conforme la Ley 27.447 de trasplante de tejidos, organos y células en el artículo 31° considerándose todos los órganos y tejidos para la donación si no se encuentra la oposición del donante (Ley 27.447, 2018) asimismo quien se “encarga de regular, impulsar, inspeccionar y coordinar la realización para el trasplante y donación de órganos y tejidos es el Instituto Nacional Central único planificador en implantes” (INCUCAI, s.f.). En **Colombia** se considera el sistema del consentimiento presunto (opting out – contracting out) como disposición eficaz permitiendo el incremento de las cifras con respecto a la donación de órganos eludiendo la objeción de algún familiar a excepción que el titular fallecido sea un menor de edad, en caso de que el titular en vida se oponga a la donación de órganos deberá expresar su negativa por medio de un documento escrito ante el notario o Instituto Nacional de Salud o al momento de inscribirse a una empresa promotora de salud quien posteriormente de manera obligada informará al instituto nacional de salud, el titular al fallecer es considerado como un donante potencial. (Germán, 2017). En el artículo 2° de la Ley 73 de 1988 cuando el titular en vida no expreso su oposición se presume que es un donante, cabe mencionar que en ese mismo artículo proporciona un periodo donde sus familiares tienen 06 horas después de surgir la muerte del titular o antes de la necropsia de ley para manifestar su oposición, pasando las horas antes mencionadas se considerará la presunción legal para la extracción de órganos (Ley 73 de 1988).

Chile desde el 2013 incorpora el consentimiento presunto en su artículo 2° bis de la Ley 19451 donde todos los mayores de 18 años son considerados donantes después de fallecer a excepción de que en vida el titular haya manifestado su oposición ante el notario público quien se encargará de enviar la información al Servicio de Registro (Ley 19,451 de 1996). Es integrada el consentimiento presunto (opting out) como instrumento para fomentar y perfeccionar la donación de órganos junto al principio de reciprocidad con la finalidad de incrementar las tasas de donación, en caso del titular en vida se opusiera deberá expresarlo por medio del registro civil o al momento de actualizar su licencia de conducir o su documento de identidad una vez que se considere al titular como donante pasa hacer un bien jurídico para el Estado (Zúñiga F, 2015). Desde 1979 en España como instrumento para incrementar la donación de órganos se incorporó en su legislación el exitoso modelo del consentimiento tácito – condicionado – absoluto donde en este sistema todos los ciudadanos son considerados como donantes en caso de que se opusiera a ser donante no podrá ser receptor de un órgano cuando lo necesitara, sus familiares no podrán intervenir después de la muerte del titular (Rivera, 2001). El modelo español reconocido por varios años a nivel mundial como el primer país en donación y trasplante de órganos, no solo cuenta con una eficaz estructura en su sistema de salud sino también con una legislación completa. En su artículo 5° del segundo párrafo cuando el titular en vida no dejara una constancia donde se opone, se le extraerá sus órganos para el trasplante con fines curativos; en su artículo 5° del párrafo tres cuando el titular no expreso su oposición en vida, se le considera como donantes a las personas que probablemente estén sanas y hayan sufrido un accidente de tránsito que a consecuencia de ello murieran, el juez previamente intervendrá para verificar que la razón de la muerte no entorpece la extracción de órganos. (Ley 30/1979, de extracción y trasplante de órganos). Según informes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones al igual que la Policía Nacional del Perú en lo que va el año 2019 se registraron a nivel Nacional 90.000 siniestro viales que a consecuencia de ello fallecieron 3.245 personas (Murialdo, 2020), cabe resaltar que dicha normatividad juega un papel muy importante permitiendo el incremento en las donaciones de órganos considerando que a diario pasan accidentes de tránsito como resultado da algunas muertes. En su artículo 9° del Real Decreto 1723 confiere los requisitos de extracción de órganos del donante muerto en caso

de que la persona fallecida no dejó una constancia de oposición después de fallecer o haya expresado su consentimiento de donar todos o una parte de sus órganos será respetada cual haya sido la manera que lo expreso, pero en caso de ser un menor de edad o personas incapacitadas los representantes legales serán los autorizados en expresar su oposición para la donación de órganos, conforme a esta normatividad en su anexo I° se integra los protocolos que se debe de seguir para la extracción de órganos del titular fallecido entre otros (Real Decreto 1723, 2012). Para la extracción de órganos y otros materiales del cuerpo humano post mortem **Bélgica** considera a todos ciudadanos como presuntos donantes con la posibilidad de rechazar o confirmar la donación de órganos, posteriormente pueden comunicar dicha decisión a sus familiares o amigos, a partir del 1 de julio de 2020 amplían nuevas modalidad para expresar su voluntad en la donación de órganos considerando distintos tipos: en el caso de donar uno o varios órganos, distintos materiales del cuerpo humano como tejidos, tendones, piel, cartílagos etc. usándolos con el fin de trasplantarlo a otro ciudadano que lo necesite, para afianzar las investigaciones médicas, para la elaboración de nuevos medicamentos que permitan combatir distintas enfermedades, para estas modalidades se considera dos donantes: donante estándar quien no dejó su oposición en vida y el donante predeterminado cuando en vida rechace la declaración de interés (föderaler öffentlicher dienst föd volksgesundheit sicherheit der nahrungsmittelkette und umwelt, 2020). Ley 13 de junio en su artículo 10° señala que personas mayores de 18 años refutaran la extracción de órganos cuando haya muerto el titular, el médico que desee extraer un órgano tendrá que verificar dicha oposición en el Registro Nacional (Ley de extracción y trasplante de órganos, 1986). En concordancia con la Ley de 9 de febrero de 2020 en su artículo 8° se les considera como donante potencial a todos los ciudadanos que estén incluidos en el registro de población o a partir de los 6 meses en el registro de extranjeros a excepción que en vida hayan expresado su negativa (Real Decreto sobre el registro de declaraciones de voluntad relativas a la extracción de material corporal humano, 2020).

2.2 Marco normativo del consentimiento en Perú

La Ley 28189 Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos en su artículo 11° inciso 1° considera a los mayores de edad capaces civilmente como incapaces poder manifestar en vida el consentimiento expreso para extraer los órganos (Ley 28189, 2004), al igual se tiene la Ley Orgánica de Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante RENIEC) quien regula el consentimiento expreso en su artículo 32° inciso k) en la cual el titular en su DNI deberá manifestar si va donar o no sus órganos y tejidos (Ley 26497), también contamos con la Ley N° 29471 que es encargada de promover la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos prescribe si se va extraer uno o varios órganos deberá estar expresada en el DNI o en un acta donde haga constar su manifestación en caso de haber una contradicción se tomará en cuenta la última declaración del titular antes de morir (Ley N° 29471, 2009), posteriormente es modificada por la Ley 30473 que corrige su artículos 2° donde el ciudadano por medio de una declaración jurada ante la RENIEC autorizara la extracción de sus órganos después de la muerte, decisión que no podrá ser anulada por terceras personas, de esa forma se asegura la elección del consentimiento expreso, a su vez esta Ley permite el consentimiento presunto en su artículo 10° del Código Civil autorizando al jefe de establecimiento de salud la extracción de órganos para alargar la vida humana (Ley 30473 que modifica los artículos 2°, 3° y 4° disposiciones complementarias de la Ley 29471, 2016). Finalmente, la Ley General de salud N° 26842 (1997) que actualmente se encuentra vigente, señala en el artículo 8° que para aprestar órganos y tejidos del titular muerto si este no dejo su consentimiento le corresponde a sus familiares disponer de ello, se corrobora que la Ley General de salud N° 26842 no modificó la última parte del artículo 8° dando paso a que los familiares cercanos más adelante puedan revocar la donación de órganos, a tal sentido que dichas legislaciones generan mucha confusión al momento de interpretarlas consecuentemente generan la escasez de donantes.

2.3 Factores de incidencia de la donación de órganos y tejidos

A nivel internacional existen diferentes factores que impide que las personas se comprometan a ser donadores influenciando de esa forma en la carencia de donación de órganos, dando como resultados negativos el fallecimiento de varios ciudadanos, Contamos con 3 clases de factores: **Psicológico** en este contexto se distinguen el altruismo, miedo a la muerte, miedo a la desfiguración del cuerpo, miedo a la extracción de un órgano antes de estar verdaderamente muerto, miedo al tráfico de órganos, miedo a ser mutilado, este tipo de actitud obstaculiza el incremento a las donaciones de órganos. En lo **social** distinguimos la edad que restringe poder ser donador en algunos aspectos, el sexo, el estado civil, el nivel socioeconómico, la condición laboral, la influencia familiar, la conciencia social, la libertad, la igualdad, la responsabilidad, el nivel de estudios y en lo **cultural** se distingue el conocimiento, la religión, las creencias (Gómez, et al., 2019).

En el sexo se determinó que los varones son los más predominantes para la extracción y donación de órganos por el hecho de que realizan actividades que son peligrosas, por su temperamento son más violentos, sufren accidentes que originaria una muerte cerebral dando paso a ser presuntos donantes, pero como factor incurre la negación de las familias para que se extrajera un órgano, que cada vez se va incrementando. La falta de organización de los profesionales para poder informar a los familiares del fallecido sobre la falla del tejido cerebral o insuficiencia cerebral ocasionaría sospecha, indecisión, temor de cómo devolverán el cuerpo después de extraer un órgano, el temor al tráfico de órganos incurriendo de esa forma a que entren en la desavenencia familiar que denegara la facilidad de donar los órganos. En caso de la religión la muerte tiene distintas acepciones, algunas familias almacenan su fe en la religión como ilusión para que su ser querido viva, al igual que las creencias enfocan en el pensamiento de distintas familias que el cuerpo es divino en tal sentido debe ser respetado después de la muerte convirtiéndose en un factor negativo en contra de extraer órganos y tejidos. Por otra parte, hacen mención que la mayoría de familiares que no permitieron la extracción de órganos desconoce la voluntad del titular quien decidió donar una o distintas partes de sus órganos después de morir (Alves, et al., 2021).

(Rigabert, 2019) Considera el factor psicosocial que se enlaza con la actitud frente a la donación y trasplante de órganos clasificando: lo socio – personal que considera el estado civil donde las personas que no son solteras tienen una actitud muy negativa frente a la donación de órganos, en lo socioeconómico las personas que muestran un status bajo presentan una actitud desfavorable para la donación, en la ocupación laboral las personas contenidas dentro contexto de desempleo o jubilación se abstiene más a la donación de órganos, las personas que tienen un menor nivel educativo se inclinan menos a la donación de órganos con mayor rechazo de sus familiares para consentir la extracción de órganos, por otro lado considera que los ciudadanos que no se inclinan a donar sus órganos son los que no tienen el elemento altruista en su personalidad, en la costumbre religiosa los familiares que rechazan la donación de órganos expresan que no pueden efectuar un funeral normal, por la carencia de algunos determinados órganos en el cuerpo causa efectos perjudiciales en la otra vida.

2.4 Casuística del consentimiento en la jurisprudencia extranjera

Tenemos la sentencia **C-933** (2007) de fecha 08 de noviembre el demandante Juan Fernández Ramírez interpuso acción de inconstitucionalidad contra del artículo 2° Ley 73 de 1988 manifiesta la existencia de presunción legal cuando el ciudadano en vida no haya realizado su derecho de refutar la extracción de órganos después de su muerte o por otra parte sus parientes pasando las 06 horas al no manifestar su negatoria para la extracción de órganos posterior a la muerte cerebral del titular o antes de comenzar con la necropsia de ley, mientras tanto se cuestionaba el término: **que antes de iniciada la autopsia médico legal**, el demandante consideraba en su aspiración violada varios artículos de la Constitución Nacional quebrantando las garantías y principios fundamentales de la persona, consagradas en la Constitución Nacional al no respetar la libertad de cultos, crecimiento personal, familiar y de conciencia; los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia de esta sentencia de manera muy sosegada concluye su argumentación declarando EXEQUIBLE el término “o antes de iniciarse la necropsia médico legal” contemplado en el artículo 2° de la Ley 73 de 1988 aseverando que existiendo la carencia de la expresión de voluntad del titular que

falleció al igual que la ejecución del derecho familiar al replicar la extracción de órganos para de donación y trasplante será en el decurso de 06 horas y solo cuando la autopsia haya sido anticipadamente dispuesta, por tal efecto el medico responsable debe comunicar pertinentemente a los familiares del titular fallecido conforme a la ley cuestionada antes mencionada.

También contamos en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en adelante (TEDH) recaída en el **caso Petrova c. Letonia** contra la República de Letonia referida en fecha 03 de junio de 2014, la demandante Sra. Svetlana Petrova interpone la demanda N° 4605/05, alego que se cometió violación del artículo 8° de la Convención de derechos al momento de producirse extracción de los órganos de su hijo sin su consentimiento, después de haber sufrido un accidente de tránsito fue trasladado a un hospital donde procedieron a realizar la reanimación al ver que el señor Oļegs Petrovs se estaba deteriorando se comunicaron con el coordinador de trasplantes, después de su fallecimiento procedieron a la extracción de un bazo y sus riñones, a pesar de que el medico de turno estaba en contacto con la demandante no se le pregunto si estaba de acuerdo o si había algún consentimiento para la extracción de los órganos de su hijo, pasando unos meses la demandante al obtener una copia del informe forense se percató que le habían extraído los órganos de su hijo, la corte señala que según la legislación nacional permite a su familiar más cercano la oposición o el consentimiento para extraer los órganos del titular muerto, pese a la leyes establecidas no se llegó a cumplir por lo que el (TEDH) por unanimidad declara admisible la demanda aceptando que hubo violación en el artículo 8° de la convención de derechos al no respetar la vida privada y familiar de la demandante (European Court of Human Rights, 2014).

En la sentencia recaída en el **caso Elberte c. Letonia** contra la República de Letonia referida en fecha 13 de mayo de 2015, la demandante Dzintra Elberte interpone la demanda N° 61243/08 alegando que sin su consentimiento se extrajo el tejido de su difunto marido posteriormente enterrado con los pies atados vulnerando de esa forma los artículo 3° que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, en el artículo 8° que respeta el derecho a la familia y vida privada del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades

fundamentales, hechos suscitados el 19 de mayo del 2001 donde su difunto marido tras sufrir un accidente de tránsito fue evacuado por una ambulancia que posteriormente falleció en el camino a consecuencia de las graves heridas que tenía, su cuerpo fue entregado al centro forense para la necropsia correspondiente donde verificaron que el señor Elberte no contaba con su pasaporte que contenía el sello de oposición de extracción de órganos y tejidos, asociado a esto la fiscalía emite la autorización para enterrar a su difunto marido, el cuerpo fue entregado a un familiar que ayudaba a transportar el cuerpo al funeral por que la demandante se encontraba embarazada, donde la demandante que al momento de enterar el cuerpo recién pudo observar que su marido se encontraba con los pies atados desconociendo en ese momento que se le había extraído los tejidos, pasando 2 años la policía de seguridad le informo de la investigación que se estaba realizando porqué extrajeron ilegalmente los tejidos, recién la demandante tomo conocimiento de lo ocurrido, el (TEDH) por unanimidad declara admisible la denuncia de la demandante, reconociendo de esa forma que hubo violación con respecto del artículo 3° y 8° del convenio Europeo referida a la extracción del tejido de su difunto marido sin su consentimiento, pagando de esa forma dentro de los 3 meses siguiente los costos y gastos al solicitante (Cour européenne des droits de l'homme, 2015)

Actualmente existen problemas de interpretación jurídica respecto del consentimiento para la donación de órganos en el Perú, específicamente referidos al artículo 8° de la Ley General de Salud N° 26842 y el artículo 10° del Código Civil modificado por la Ley N° 30473 por lo que estarían subsistiendo en nuestra legislación ambos sistemas del consentimiento expreso y tácito respectivamente, al regular el artículo 10° que ya no autoriza la oposición de los familiares para donar órganos; por otro lado el legislador en la parte final del artículo 8° la Ley general de Salud considera la oposición de los familiares, generando de esa forma confusión al momento de interpretar y aplicar la norma, por lo que debe suprimirse el artículo 8° de la Ley general de Salud y no afectar el libre consentimiento del donante en vida y con ello incorporar un nuevo modelo en base al derecho comparado, como el derecho español, un modelo del consentimiento

tácito – condicionado – absoluto, permitiendo al titular antes de fallecer consignar su oposición de donar órganos en el DNI de manera explícita.

III. METODOLOGÍA

3.1 TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:

Tipo de investigación:

Se elaboro la investigación considerando el criterio cualitativo; asentado en una lógica y desarrollo inductivo que más adelante se examinó y describió desde un punto de vista teórico (Hernández & Baptista, 2014). Es de tipo básica al partir de investigaciones previas de acuerdo al objetivo que siguió la investigación.

Diseño de investigación

Se estableció los objetivos con el propósito de solucionar dificultades en la investigación, se optó por un **diseño de investigación – Acción**, abocado a solucionar la problemática jurídica, mencionando que afecta a una sociedad y alcanzar mejoras en el incremento en la donación de órganos.

3.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Técnica: análisis documental.

Instrumento: fichas de investigación bibliográfica, análisis de casos, cuadros de análisis.

3.3 PROCEDIMIENTOS

- Se efectuó la búsqueda información en el informe del Congreso de la República, en la biblioteca digital de las diferentes universidades, CONCYTEC, Renati, Google académico, revistas indexadas, Scielo, Redalyc, etc.
- Se clasificó la información en distintas carpetas respecto a los temas que tengan relación con el objeto de estudio.

- Se seleccionó los PDF que tengan mayor relevancia con el objeto de estudio de las tesis ya sustentadas.
- Se hizo registro de ficha de datos para clasificar la información y luego se organizó la información obtenida en carpetas por títulos de tesis, revistas indexadas.
- Se ingresó a los buscadores jurisprudenciales a fin de detectar casos sobre el consentimiento expreso y presunto en el ámbito internacional resueltos ante la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la República de Letonia.
- Una vez que se recopiló toda la información de las sentencias se estudió e interpretó.
- Una vez clasificada la información se procedió a la redacción de la tesis siguiendo las pautas metodológicas.
- Se procedió a interpretar los resultados.
- Finalmente se desarrolló las conclusiones y recomendaciones.

3.4 CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN

Categorías y sub categorías

A. Categoría 1: Consentimiento

“El consentimiento de un hombre corresponde a la acción o acciones de otras personas que involucra la expresión del deseo para que otras personas realicen o no una o varias acciones al igual que puede implicar que la persona pueda expresar la voluntad que otro realice alguna acción” (La voz del derecho, 2015).

Sub categoría A1: Marco normativo en el ámbito nacional y comparado:

Corresponde mencionar que, en el ámbito nacional, nuestra legislación contiene el artículo 10° del Código Civil modificado por la Ley N° 30473 y el artículo 8° de la Ley General de Salud N° 26842 que regulan el consentimiento para la donación y

trasplante de órganos, ambas leyes han sido objeto de estudio por existir contradicción al momento de interpretarlas.

En el ámbito comparado el país de México cuenta con la legislación del consentimiento expreso y los países de Argentina, Colombia, Chile, España y Bélgica cuentan con la legislación del consentimiento presunto.

Sub categoría A2: Marco doctrinario en el ámbito nacional y comparado.

La doctrina nacional y comparada acepta 2 tipos de consentimiento: expreso y presunto de donantes vivos y post mortem.

Sub categoría A3: Clases de consentimiento expreso y presunto.

Consentimiento expreso: Todos los ciudadanos expresan su voluntad para ser donantes.

Consentimiento presunto: Se presume que todas las personas son donantes después de fallecer a excepción de que se opongan en vida.

Sub categoría A4: Jurisprudencia extranjera sobre el consentimiento expreso y tácito o presunto

Se cuenta con 3 sentencias del consentimiento expreso y presunto:

- Sentencia C-933 de 2007, sobre el consentimiento presunto que resolvió la Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia recaída en el caso Petrova c. Letonia sobre el consentimiento informado que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Sentencia recaída en el caso Elberte c. Letonia sobre el consentimiento informado que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

B. Factores de incidencia en la donación de órganos

Sub categoría B1: Factores psicológico, social y cultural

En cuanto a los factores se distinguió 3 clases:

- **Factor psicológico:** Se distinguió como una desventaja al afectar el incremento en la donación de órganos el miedo a morir, miedo al tráfico de órganos. Etc.
- **Factor social:** Se mencionó la edad, el sexo, el nivel socioeconómico, etc. Como inconveniente para dar el consentimiento de ser donador.
- **Factor cultural:** Se indicó que los familiares al tener distintas religiones y creencias son los que más se oponen a donar órganos después de fallecer el titular.

C. Regulación legal sobre el consentimiento

En el artículo 10° del Código Civil modificado por la Ley N° 30473 mencionó que el personal de salud o de necropsias puede decidir sobre este para extender la vida y el artículo 8° de la Ley General de Salud N° 26842 mencionó que para la donación de órganos entre vivos corresponde al consentimiento expreso que otorga el donante, en caso de post mortem autoriza a los familiares disponer de ello si el titular no dejará su consentimiento o se opusiera a la donación limitando de esa forma la donación de órganos y tejidos humanos.

3.5 Escenario de estudio:

Jurisprudencia comparada, apuntes, libros y revistas especializadas.

3.6 Participantes:

Bibliotecas, instituciones consultadas como el Congreso de la República, MINSA, Diario Oficial el Peruano; base de datos de las jurisprudencias de la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la República de Letonia.

3.7 Rigor científico:

- **Credibilidad:** La información que se proporcionó en la investigación es transparente, creíble, la información recolectada ha sido observada, valorada y explicada alcanzando dicho rigor porque se adecua a la realidad.
- **Auditabilidad o confirmabilidad:** La información empleada cumplió con la epistemología adecuada
- **Transferibilidad o aplicabilidad:** Se obtuvo información descriptiva, minuciosa y amplia con un método de trabajo que permitió el desarrollo del marco teórico, permitiendo de esa forma ser transferido y aplicado en diferentes contextos de acuerdo a los resultados obtenidos.

3.8 Métodos lógicos:

- **Deductivo:** En el presente trabajo de investigación se utilizó este método porque el pensamiento va de lo general a lo particular al extraer elementos particulares que caracterizan el tipo de consentimiento.
- **Inductivo:** Se empleó este método para la recolección, análisis de datos en la doctrina y jurisprudencia para llegar a sus conclusiones. Por su parte (Rodríguez & Pérez, 2017) lo define como una manera de argumentar partiendo de un caso particular a uno general, reflejando lo común de los fenómenos individuales.
- **Analítico:** Este método ayudó a coadyuvar la problemática que presenta la contradicción en la norma para otorgar el consentimiento expreso o tácito.

3.9 Método jurídico:

- **Hermenéutico:** Se desarrolló este método para poder interpretar el artículo 8° de la Ley General de Salud N° 26842 y el artículo 10° del Código Civil modificado por la Ley N° 30473.
- **Fenomenológico:** Se empleó para entender el tipo de consentimiento abordado en la jurisprudencia comparada. Por su índole conlleva a localizar

la relación que existe entre la objetividad y subjetividad que muestra cada instante de la vivencia cotidiana, permite investigar y razonar áreas determinadas para enlazarlas a una indagación de complejidad de problemas que existen (Fuster, 2019).

- **Comparativo:** Este método se aplicó para comprender el tratamiento del consentimiento de los diferentes ordenamientos jurídicos de México, Argentina, Colombia, Chile, España y Bélgica.

3.10 Aspectos éticos

El presente trabajo de investigación se basó conforme al Código de Ética en investigación de la Universidad César Vallejo aprobada mediante resolución de Consejo Universitario N° 0126/2017-UCV, la información proporcionada es real, se tenía en cuenta la originalidad en razón a la verdad respetando todos los criterios éticos al momento de su elaboración como la información obtenida no será adulterada, se respetó adecuadamente los derechos del autor y de propiedad intelectual de los documentos empleadas en las citas de Norma APA en las fuentes bibliográficas.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Se ha demostrado al analizar en nuestra legislación, el artículo 10° del Código Civil modificado por la Ley N° 30473 que regula el consentimiento tácito y el artículo 8° de la Ley General de Salud N° 26842 que regula sobre el consentimiento expreso en la donación y trasplante de órganos, coexisten 2 tipos de consentimientos que generan confusión al momento de analizar la norma, en tanto en la doctrina del derecho comparado paralelamente se ha desarrollado una serie de clases de consentimientos: el consentimiento **expreso** conocido también como opt in donde todos los ciudadanos deben dejar su consentimiento u oposición de forma expresa antes de fallecer, al no dejar ningún consentimiento la decisión recae sobre sus familiares, dicho consentimiento está regulado en la legislación de *México* contenida en la Ley General de salud; el consentimiento **presunto o tácito** conocido como opt out donde todas las personas son considerados como donantes después de fallecer a excepción de los que expresaron su oposición, en este sistema cada país adopta distintos criterios como: el ciudadano puede o no decidir a quién donar sus órganos en caso de que la otra persona también dejó su consentimiento de ser donante, si el ciudadano se opone a la donación tiene menos beneficios al momento de necesitar la donación de órganos, puede o no restringir a los familiares al momento de negar u otorgar el consentimiento después de fallecer el titular, dicho consentimiento está regulado en los países de Argentina, Colombia, Chile, Bélgica y España que está siendo tomado como un modelo óptimo para incrementar la donación de órganos debido a que tiene una legislación completa. Finalmente, en los países que han considerado en su legislación el consentimiento presunto están en el ranking a nivel mundial por obtener progresivamente un incremento en sus donaciones.

Tal como se puede observar que en los países europeos y algunos países latinoamericanos hubo un gran avance en su legislación optando por una regulación del consentimiento presunto, sin duda esta sería la opción más beneficiosa y eficiente para el Estado permitiendo el incremento de las donaciones para salvar vidas de aquellas personas que tienen la esperanza de vivir.

A partir de la experiencia dentro del marco comparativo jurisprudencial hubieron casos renombrados que causaron polémica en su momento donde se discutieron a fondo el consentimiento en la donación de órganos y tejidos, se encuentran los siguientes; como la sentencia C-933 de 2007 seguida por el demandante Juan Fernando Ramírez Gómez, quien propone acción de inconstitucionalidad contra la Ley 73 de 1988 que hace prevalecer el consentimiento presunto, cuyo fallo expedido por los magistrados de la Corte Constitucional de la República de Colombia resolvió que no es inconstitucional dicha Ley 73 de 1988 declarando EXEQUIBLE aseverando que al no existir oposición del titular después de fallecer es considerado como presunto donante y los familiares solo tienen un plazo de 06 horas para oponerse antes de que la necropsia sea dispuesto.

En la sentencia recaída en el caso Petrova c. Letonia contra la República de Letonia, demanda N° 4605/05 seguida por la demandante Sra. Svetlana Petrova, quien denuncia la violación del artículo 8° de la convención a partir de la extracción de los órganos de su hijo después de fallecer sin su consentimiento, los magistrados del (TEDH) resolvieron por unanimidad declarar admisible la demanda al no respetar la vida privada y familiar del demandante.

En la sentencia de fecha 13 de mayo de 2015 recaía en la demanda N° 61243/08 del caso Elberte c. Letonia contra la República de Letonia seguida por la demandante Dzintra Elberte quien denuncia que hubo violación del artículo 3° que prohíbe tratos inhumanos y el artículo 8° de la convención por no respetarse el derecho a la vida privada al extraerse una parte del tejido del pie de su marido después de fallecer sin el consentimiento de la demandante, posteriormente su marido fue enterrado con los pies atados, cuyo fallo expedido por los magistrados del TEDH declarando admisible la demanda.

Finalmente, la jurisprudencia de Colombia al precisar y determinar en su norma un plazo para que los familiares puedan expresar si aceptan o se oponen a la donación de órganos no generan problemas cuando se considere al titular como presunto

donante después de que fallezca, cuyo antecedente recae en la sentencia N° C-933 de 2007, expedida por la Corte Constitucional de Colombia, determinando que el artículo 2° de la Ley 73 de 1988 es legítimamente Constitucional.

Cabe resaltar que, en el recojo de los resultados se utilizó el método fenomenológico, comparativo permitiendo analizar en el ámbito comparativo lo siguiente: En la jurisprudencia colombiana se reguló un plazo de seis horas después del fallecimiento del titular y antes de la necropsia los familiares puedan presentar su oposición a la donación y trasplante de órganos, pasando ese plazo prevalece el consentimiento presunto. En el caso de la República de Letonia se ordenó el consentimiento presunto, pero al no comunicar la entidad de salud a los familiares sobre la extracción de los órganos optaron por darles la razón, con ello la casuística comparada ha resultado de gran importancia al influenciar en gran medida en su legislación respecto de la donación de órganos y tejidos. Por otro lado, en Perú hasta el momento no existe ningún caso que haya resuelto un caso controvertido sobre la validez del consentimiento explícito del donante según su documento de identidad y la de los familiares.

Un análisis de los casos del derecho comparado mencionados líneas arriba todas son referidas a personas que fallecieron a consecuencia de un accidente de tránsito, cabe resaltar que en la legislación de España en la Ley 30/1997 de 27 sobre extracción y trasplante de órganos en su inciso 3° del artículo 5° se considera automáticamente como donante a la persona que fallece en un accidente o a consecuencia de este, si no existiera oposición de este antes de fallecer con la intervención de un juez quien vera el motivo de la muerte y posteriormente no obstaculicen la donación de órganos, si bien es cierto se puede hacer uso de esta parte de la legislación de España para todos los casos donde la persona sufra un accidente vehicular y deje de funcionar sus signos vitales.

Se investigaron tres factores de incidencia que perjudican el incremento de las donaciones y trasplantes de órganos, como primer factor tenemos: el factor *psicológico*

donde el titular expresa sus miedos que influyen a ser un no donante como la desfiguración del cuerpo, el tráfico de órganos, la extracción de órganos antes de que muera, en caso del factor *social* distinguimos distintos aspectos en la vida cotidiana del titular donde pueden intervenir otras personas como sus familiares para no dar su consentimiento de donar sus órganos, en el factor cultural netamente interviene los familiares, quienes al pertenecer a diferentes religiones y tener diferentes creencias se inclinan a no donar los órganos o se opongan a la decisión del titular de donar sus órganos después de morir por respeto a sus cultos. Finalmente, se debe precisar que los familiares son los que más se oponen a donar los órganos en caso de que el titular haya o no dejado su consentimiento, lo cual no permite el incremento de donaciones y trasplantes.

Se empleó el método de análisis documental recogiendo información valiosa del Congreso de la República, sobre los factores que obstaculizan el incremento de la donación de órganos.

Se ha determinado que, existe un problema de interpretación jurídica respecto del artículo 10° del Código Civil que anteriormente permitía la oposición de los familiares para que el jefe de establecimiento o de servicio de necropsia disponga del cuerpo, ahora con la Ley N° 30473 que lo modifica permite disponer del cuerpo del titular fallecido para prolongar la vida de otra persona, considerando de esa forma el consentimiento tácito, cabe resaltar que el artículo 8° Ley General de Salud no ha sido modificado el cual aún permite el consentimiento expreso de los familiares para poder disponer del cuerpo del titular fallecido para la donación de órganos, en la presente tesis no se pudo considerar como objeto de estudio relevante la derogatoria de la norma que genera confusión al momento de interpretarla pues ello conllevaría a una propuesta legislativa sin datos estadísticos suficientes para fundamentar debidamente, y que más bien la presente investigación sirva de base a otras futuras que lo consideren pertinente. Finalmente, esta contradicción obstaculiza una correcta interpretación de las normas al subsistir ambos tipos de consentimiento el desarrollo de una nueva legislación que favorezca a la donación de órganos y tejidos en el Perú.

Con la obtención de estos resultados se ha confirmado la hipótesis planteada por lo que significa que actualmente hay contradicción en la interpretación jurídica de ambas normas.

Se ha analizado que según las normas, el artículo 32° inciso k de la Ley Orgánica del RENIEC, el titular en vida puede declarar expresamente donar o no con la finalidad del trasplante de órganos después de morir; así como el artículo 8° de la Ley General de Salud en caso del titular que no dejó su consentimiento en el DNI para donar sus órganos después de fallecer, es válido que los familiares o parientes cercanos del titular fallecido otorguen o no su consentimiento para donar los órganos del titular fallecido. Cabe precisar que, por causa de la emergencia sanitaria por el Covid – 19 no se pudo recibir un reporte actual de RENIEC de personas que hayan consignado el SI o NO para la donación de órganos, por otro lado no se pudo hacer un seguimiento al personal de RENIEC al momento de que los ciudadanos recurren a sus oficinas ya sea para renovar su DNI, si cumplen en preguntar al titular si va otorgar o no su consentimiento expreso de donar sus órganos o si el personal de RENIEC registra adecuadamente en el documento de identidad cuando el titular otorga expresamente su consentimiento de donar sus órganos después de morir, ya que una parte de la población no es consciente de que pueden donar altruistamente sus órganos. Finalmente, la principal razón por la cual no hay un incremento en la donación de órganos y que se siga acrecentando la lista de espera es que la mayoría de los familiares se opongan a pesar de que haya o no el consentimiento para donar los órganos después de fallecimiento del titular.

Cabe resaltar que en función al método fenomenológico y casuística del derecho comparado coadyuvaron a darle un sustento teórico la misma que se relaciona con nuestro objeto de estudio del consentimiento presunto al ser un mecanismo óptimo que incrementa eficazmente la donación para el trasplante de órganos.

V. CONCLUSIONES

1. Demostramos que existen dos modelos de consentimiento: *tácito o presunto y expreso en el marco normativo y doctrinario* que cada país de Latinoamérica y Europa de acuerdo a la autonomía que emplean en su legislación. El consentimiento presunto, tácito o opt out es un mecanismo jurídico imprescindible donde se considera como supuestos donantes de órganos y tejidos humanos a todos los ciudadanos de un determinado país, en caso de que estén en contra de la donación pondrán presentar expresamente su oposición, el consentimiento presunto es tomado como una elección para poner solución a los problemas de carencia de órganos debido a que hay fundamentos competentes, precedentes que determinan aceptación y éxito en otros países con una legislación eficaz, evitando de esa forma que exista la necesidad de las donaciones entre vivos que a la larga trae complicaciones irreparables en la vida del donante y receptor, aunque algunos países como Brasil, Venezuela, etc. que optaron por el consentimiento expreso o por llevar una inadecuada legislación solo generaron escasez de órganos y una lista larga de espera que lleva a consecuencias fatales. La donación y trasplante de órganos es un tema muy elemental para cada país que permite brindar un gran alivio a las personas que sufren de alguna deficiencia orgánica o como única alternativa para que puedan seguir viviendo.
2. Los factores son *psicológicos, sociales y culturales* predominando los psicológicos por temor al tráfico de órganos, miedo a la desfiguración del cuerpo, etc. no se concientizo adecuadamente a la población para donar sus órganos, el Estado debe brindar una información transparente, clara con una adecuada legislación y optando por una idónea política de salud que permita eliminar el temor del titular y evitar que siga prevaleciendo factores que perjudican el incremento de las donaciones.
3. Existen problemas de interpretación jurídica en la legislación al coexistir dos tipos de consentimiento en la ley que regula el consentimiento presunto del artículo 10° del Código Civil y el consentimiento expreso del artículo 8° de la

Ley General de Salud N° 26842 generando confusión al momento de interpretarla y aplicar dichas normas que se contraponen al incremento de las donaciones.

VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda al Poder Legislativo la derogación de una de las normas: ni bien el artículo 10° del Código Civil o el artículo 8° de la Ley General de Salud N° 26842 para que no cause problemas de interpretación dado que actualmente coexisten dos normas referidos al consentimientos expreso y tácito, ciertamente si priorizan el consentimiento de los familiares después del fallecimiento del titular o la voluntad propia que deja el titular en su DNI para donar sus órganos, al igual que se evalúe si es pertinente que la RENIEC consigne y registre en el DNI a partir de los 17 años para ser o no donantes debido al grado de madurez que pueda tener el titular.

Se recomienda al Poder legislativo que se considere como donantes a todas las personas que fallecieron a consecuencia de un accidente con previa intervención de un Juez que revise la causa de muerte del titular.

Se recomienda a la población en general a otorgar el consentimiento para que después de la muerte se pueda donar los órganos y tejidos para salvar la vida de las personas que se encuentran en la lista de espera.

REFERENCIAS

Agencia peruana de noticias Andina. (28 de Abril de 2019). *¿Quieres donar tus órganos? conoce que ¿Quieres donar tus órganos? conoce qué hacer para que respeten tu decisión.* Obtenido de Andina: <https://andina.pe/agencia/noticia-quieres-donar-tus-organos-conoce-hacer-para-respeten-tu-decision-749497.aspx>

Alves, M., Silva, J., Coelho, J., Alves, A., Branches, M., Silva, J. , . . . Nuñez, S. (27 de enero de 2021). Doação de órgãos: dilemas dos familiares na doação de órgãos [Donación de órganos: dilemas de los familiares en la donación de órganos]. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, 13(1), 1-7. doi:<https://doi.org/10.25248/reas.e5871.2021>

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. (1984, 07 de febrero). *LEY GENERAL DE SALUD*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_070121.pdf

Centro Nacional de Trasplantes . (26 de noviembre de 2018). *¿Como usted puede ser donador?* Obtenido de CENATRA: http://cenatra.salud.gob.mx/transparencia/donacion_como_puede_ser_donador.html#:~:text=En%20M%C3%A9xico%20en%20materia%20de,componentes%20se%20utilicen%20para%20trasplantes

Chang Kcomt, R. A. (2017). ¿Existe el consentimiento presunto?: la voluntad presunta como causa de justificación. *IUS ET VERITAS*(54), 260-270. doi:<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.014>

Chaparro, G. R. (2017). La presunción de órganos en Colombia: reflexiones para el debate. *Latinoamericana de Bioética*, 17(2), 92-106. doi:DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/rlbi.2178>

Congreso de la República. (13 de diciembre de 2009). *Ley 29471 Ley que promueve, la donación y trasplante de órganos o tejidos humanos*. Diario Oficial el Peruano. Obtenido de <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29471.pdf>

Congreso de la República. (15 de julio de 1997). *Ley General de Salud N° 26842*. Diario Oficial el Peruano. Obtenido de <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>

Congreso de la República. (2004). *Ley N° 28189 Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos*. Diario Oficial el peruano .

Congreso de la Republica. (28 de junio de 2016). *Ley N° 30473 Ley que modifica los artículos 2, 3 y 4 y la disposición complementaria única de la ley 29471, ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos*. Diario Oficial el Peruano. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-los-articulos-2-3-y-4-y-la-disposicion-co-ley-n-30473-1398360-1/>

Corte Constitucional Colombia . (2007). *Sentencia C-933*. Gaceta de la Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30236>

Cour européenne des droits de l'homme. (2015). *AFFAIRE ELBERTE c. LETTONIE*. Obtenido de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150605>

Diario Oficial el Peruano . (04 de octubre de 2019). *Donar para salvar*. Obtenido de Editora Perú: <https://elperuano.pe/noticia/85036-donar-para-salvar>

El Congreso de Colombia. (1988, 21 de diciembre). *Ley 73*. Diario oficial de la República de Colombia. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14524>

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (26 de julio de 2018). *Ley 27.447 Ley de Trasplante de organos, tejidos y celulas*. Boletín oficial del Estado. Obtenido de <http://www.cucaiba.gba.gov.ar/wp-content/uploads/2017/05/ley-27447.pdf>

European Court of Human Rights. (2014). *case of Petrova v. Latvia*. Obtenido de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144997>

föderaler öffentlicher dienst föd volksgesundheit sicherheit der nahrungsmittelkette und umwelt. (26 de junio de 2020). *Organspende - Neue Modalitäten ab dem 1. Juli 2020*. Obtenido de <https://www.health.belgium.be/de/organspende-neue-modalitaeten-ab-dem-1-juli-2020#types>

Fuster, D. (2019). Investigación cualitativa: Método fenomenológico hermenéutico. 7, 201 - 229. doi:<http://dx.doi.org/10.20511/pyr2019.v7n1.267>

Geri, L. (2019). Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina. *Bioética y Derecho*(46), 149-165. Obtenido de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000200010&lng=es&tlng=es

Germán, C. (2017). *La presunción de la donación de órganos en Colombia: reflexiones para el debate*. Obtenido de Scielo: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-47022017000200092

Gómez, W., Dominguez, A., Mendoza, J., & Castro, Y. (2019). Factores psicológicos, sociales y culturales relacionados con la donación de órganos en un grupo de adultos peruanos. *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas de Córdoba*, 6, 227-232. doi:<http://dx.doi.org/10.31053/1853.0605.v76.n4.24597>

Hernández, S. F., & Baptista, L. (2014). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de McGRAW-HILL / Interamericana Editores, S.A. de C.V.

INCUCAI. (s.f.). *Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante*. Obtenido de <https://incuca.gov.ar/index.php/institucional/el-incuca/organizacion>

jefatura del Estado. (6 de noviembre de 1979). *Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-26445#top>

La voz del derecho. (28 de mayo de 2015). Obtenido de <https://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/3160-diccionario-juridico-consentimiento>

Marietta, P. (2019). *Justificación Constitucional para la aprobación de la donación solidaria de órganos*. Tesis Pregrado , Universidad Cesar Vallejo , Facultad de Derecho , Piura.

Minasyan, L. (2017). *El consentimiento a la donación post-mortem de órganos humanos: análisis legislativo*. Grado en Derecho, Universidad Internacional de la Rioja, España.

Ministerio de Justicia. (s.f.). *LEY Nº 26497*. Diario Oficial el peruano. Obtenido de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1501056/Ley_N%C2%B0_26497.pdf

Ministerio de Salud. (10 de abril de 1996). *Ley 19.451 Trasplante y donacion de organos*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30818>

Ministerio de Salud. (1988). *Compilación de dispositivos legales vigentes sobre trasplante de órganos y tejidos*. Diario Oficial el Peruano. Obtenido de <http://bvs.minsa.gob.pe/local/minsa/1570.pdf>

Ministerio de Salud. (22 de setiembre de 2019). *En el Perú el rechazo de las familias a donar los órganos de su familiar fallecido se redujo de 74% a 56%*. Obtenido de Ministerio de Salud: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/51258-en-el-peru-el-rechazo-de-las-familias-a-donar-los-organos-de-su-familiar-fallecido-se-redujo-de-74-a-56>

Ministerio de Salud. (17 de febrero de 2020). *Tasa de donantes de órganos crece más de 20% en los últimos tres años*. Obtenido de Ministerio de Salud: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/82336-tasa-de-donantes-de-organos-crece-mas-de-20-en-los-ultimos-tres-anos>

Ministerio de Sanidad, servicios sociales e igualdad. (28 de diciembre de 2012). *Real Decreto 1723*. Boletín oficial del Estado. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15715>

Montero, A., Martínez, S., Fieira, E., Fernández, A., Josefa, D., & Fernández, D. (2018). CONOCIMIENTOS Y ACTITUDES ANTE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS DE UN HOSPITAL DE TERCER NIVEL. *Rev Esp Salud Pública*, 92. Obtenido de <https://www.scielosp.org/pdf/resp/2018.v92/e201804007/es>

Murialdo, M. (26 de febrero de 2020). *Mueren 250 personas al mes, víctimas de accidentes de tránsito en el país*. Obtenido de El Búho : <https://elbuho.pe/2020/02/mueren-250-personas-al-mes-victimas-de-accidentes-de-transito-en-el-pais/>

Organización Mundial de la Salud. (2010). *Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*. Obtenido de https://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf

- Preciado, M. (2019). *Justificación Constitucional para la aprobación de la donación solidaria de órganos*. Tesis Pregrado, Universidad Cesar Vallejo, Facultad de Derecho, Piura.
- Rigabert, M. (2019). CONTROVERSIAS EN LA PROMOCIÓN DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS PARA TRASPLANTES ENTRE LOS ADOLESCENTES. (*tesis de Doctorado*). UNIVERSIDAD DE MURCIA. Obtenido de <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/85274/1/TESIS%20MARIANO%20RIGABERT%20MONTIEL%20CONTROVERSIAS%20EN%20LA%20PROMOCI%c3%93N%20DE%20LA%20DONACI%c3%93N%20DE%20%c3%93RGANOS%20PARA%20TRASPLANTE%20ENTRE%20LOS%20ADOLESCENTES.pdf>
- Rivera, E. (2001). *Ética y trasplante de órganos*. UNAM.
- Rodríguez, A., & Pérez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista EAN*(82), 179-200. doi:DOI: <https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>
- Roig, M., & Porxas, À. (2017). *La Convención sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos, una mirada desde la bioética*. Obtenido de SciELO Analytics: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200011
- Rusique, P. J., & Castro, K. (2018). *El consentimiento presunto como mecanismo para el suministro oportuno de órganos y componentes anatómicos a pacientes en espera de trasplante en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá: Facultad de Derecho.
- Salud Publica, Justicia y Medio Ambiente. (14 de febrero de 1987). *13 de junio de 1986 Loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes [Ley de extracción y trasplante de órganos]*. JUSTEL - Legislación consolidada. Obtenido de <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1986/06/13/1987009088/justel>

SALUD PÚBLICA, SEGURIDAD DE LA CADENA ALIMENTARIA Y MEDIO AMBIENTE.

(19 de marzo de 2020). 9 de febrero 2020 Arrêté royal relatif à l'enregistrement des déclarations de volonté concernant le prélèvement de matériel corporel humain [Real Decreto sobre el registro de declaraciones de voluntad relativas a la extracción de material corporal humano]. J U S T E L - Législation consolidée.

Obtenido

de

<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2020/02/09/2020030160/justel>

Zúñiga F, A. (2015). El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismos para aumentar la donación de órganos. *Revista médica de Chile*, 143(10), 1331-1336. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872015001000012>

ANEXOS

ANEXO 01: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Ámbito temático	Problema de investigación	Pregunta general	Objetivo general	Objetivo específico	Categorías	Sub Categorías
<p>Consentimiento expreso y tácito o presunto respecto a la donación y trasplante de órganos en el Perú.</p>	<p>En cuanto al ordenamiento jurídico peruano del consentimiento para la donación y trasplante de órganos, se advierte la problemática para poder interpretar la norma y se observa que</p>	<p>¿De qué manera está regulado el consentimiento respecto a la donación y trasplante de órganos en el ordenamiento jurídico peruano?</p>	<p>Analizar la legislación peruana sobre el consentimiento en el ordenamiento jurídico.</p>	<p>Estudiar el marco doctrinario y normativo sobre consentimiento presunto y expreso en el derecho comparado.</p>	<p>Consentimiento</p>	<p>Marco normativo nacional: el artículo 10 del Código Civil modificado por la Ley N° 30473 y el artículo 8 de la Ley General de Salud N° 26842 Marco normativo comparado: México, Argentina, Colombia, Chile, España y Bélgica</p>

	<p>existe una contradicción porque permite que los familiares se opongan a la donación de órganos.</p>					<p>Marco doctrinario en el ámbito nacional y comparado.</p> <p>Clases de consentimiento: expreso y presunto.</p> <p>Jurisprudencia extranjera sobre el consentimiento tácito o presunto.</p>
				<p>Investigar los factores de incidencia en la donación de órganos y tejidos en el Perú.</p>	<p>Factores de incidencia en la donación de órganos:</p>	<p>Factor psicológico, social y cultural.</p>

				Determinar si existen problemas de interpretación jurídica respecto del consentimiento en la legislación sobre donación de órganos y tejidos en el Perú.	Regulación legal sobre el consentimiento .	El artículo 10 del Código Civil modificado por la Ley N° 30473 y el artículo 8 de la Ley General de Salud N° 26842.
--	--	--	--	--	--	---

ANEXO 05: ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA

PAÍS	LEGISLACIÓN	EDAD PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO ENTRE VIVOS
PERÚ	Art. 10 de la Ley 28189 inciso 2 Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos	Ser mayor de 18 años, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado.
MÉXICO	Art. 333 de la Ley General de Salud	Ser mayor de edad y estar en pleno uso de las facultades mentales.
ARGENTINA	Art. 22 de la Ley 27.447 Ley de trasplante de órganos, tejidos y celular.	Ser mayor de 18 años y persona capaz
COLOMBIA	Art. 16 del Decreto 2493 de 2004	Ser mayor de edad, no se encuentre gestando, que sea civilmente capaz y gozando de buenas facultades mentales, buena salud.
CHILE	Art. 4 bis de la Ley 19451 que establece normas sobre trasplante y donación de órganos	Personas capaces mayores de 18 años.
ESPAÑA	Art. 4 de la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos; Art. 8 del Real Decreto 1723/2012	Mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un buen estado de salud.

BÉLGICA	Art. 5 del 13 de junio de 1986 Ley de extracción y trasplante de órganos	Que haya cumplido 18 años.
PAÍS	LEGISLACIÓN	TIPO DE CONSENTIMIENTO QUE SE OTORGA ENTRE VIVOS
PERÚ	Art. 10 inciso 4 de la Ley 28189 Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos	Consentimiento expreso por escrito ante el Notario Público.
MÉXICO	Art. 333 de la Ley General de Salud	Consentimiento expreso y concordante al art. 322 debe ser por escrito
ARGENTINA	Art. 19 de la Ley 27. 447 ley de trasplantes de órganos, tejidos y células	Consentimiento informado
COLOMBIA	Art. 16 del Decreto 2493 de 2004	Consentimiento informado expreso ante el Notario Público
CHILE	Art. 6 de la Ley 19451 que establece normas sobre trasplante y donación de órganos	Consentimiento expreso e informado
ESPAÑA	Art. 4 de la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos	Consentimiento expreso, libre y consciente
BÉLGICA	Art. 8 del 13 de junio de 1986 Ley de extracción y trasplante de órganos	Consentimiento expreso, libre y consciente.

PAÍS	LEGISLACIÓN	TIPO DE CONSENTIMIENTO
PERÚ	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 10 Código Civil modificado por la Ley N° 30473 • Art. 8 de la Ley General de Salud N° 26842 	<ul style="list-style-type: none"> • Consentimiento presunto • Consentimiento expreso
MÉXICO	Art. 322 Ley General de Salud	Consentimiento expreso
ARGENTINA	Art. 31 de la Ley 27. 447 ley de trasplantes de órganos, tejidos y células	Consentimiento presunto
COLOMBIA	Art. 2 de la Ley 73 de 1988	Consentimiento presunto
CHILE	Art. 2 BIS de la Ley 19451 que establece normas sobre trasplante y donación de órganos	Consentimiento presunto
ESPAÑA	Art. 5 inciso 2 y 3 de la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos	Consentimiento presunto
BÉLGICA	Art. 10 del 13 de junio de 1986 Ley de extracción y trasplante de órganos	Consentimiento presunto

ANEXO 06: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA

CUADRO 1: COLOMBIA				
Sentencia N°	Demandante	Hechos	Fundamento jurídico	Decisión
C-933/07	Juan Fernando Ramírez Gómez	El demandante alega que hay violación del derecho a la libertad de conciencia al permitir que después del fallecimiento del titular o antes de la autopsia se realice la extracción de los órganos sin permitir la oposición de los familiares.	Acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 2 de la Ley 73 de 1988.	La Corte Constitucional de la República de Colombia declaró EXEQUIBLE la norma demandada.

CUADRO 2: LETONIA				
Sentencia N°	Demandante	Hechos	Fundamento jurídico	Decisión
caso PETROVA v. Letonia	Sra. Svetlana Petrova	Después de morir el hijo de la demandante en un accidente de tránsito le extrajeron los riñones y bazo <i>sin su consentimiento,</i>	Violación del artículo 8 y 3 de la Convención de Derechos Humanos y las	Por unanimidad declara admisible la demanda por violación del artículo 8 al no respetarse la vida privada y familiar con respecto al artículo

		pasando unos meses al obtener la copia del informe forense se entera de dicha extracción.	Libertades fundamentales.	3 de la convención se indicó que no es necesario ver si hubo violación.
--	--	---	---------------------------	---

CUADRO 3: LETONIA

Sentencia N°	Demandante	Hechos	Fundamento jurídico	Decisión
caso ELBERTE v. Letonia	Dzintra Elberte	El cuerpo del esposo de la demandante después de morir en un accidente de tránsito es entregado con los pies atados, pasando 2 años por medio de la investigación de los policías la demandante se entera que <i>sin su consentimiento</i> se le extrajo los tejidos de la pierna del titular.	violación del artículo 8 y 3 de la Convención de Derechos Humanos y las Libertades por no respetar la vida privada y familiar, por recibir tratos inhumanos y degradantes.	Por medio del artículo 41 de la convención la Corte determina que hubo violación de los protocolos, declarando unánimemente la admisibilidad la denuncia de la demandante por violación del artículo 8 al tomar sin su consentimiento parte del tejido de su difunto marido y violación del artículo 3 de la convención.