

**TRANSFUSION DE SANGRE Y HEMODERIVADOS EN TESTIGOS DE
JEHOVA. IMPLICACIONES ETICAS Y JURIDICAS**

Lic. Jorge Arturo Rojas Fonseca¹
Licda. Ana Isabel Solís Zamora²

¹ Defensor Público, egresado de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, generación 2005-2006.

² Letrada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, egresada de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, generación 2005-2006.

RESUMEN

En la colisión de bienes ética, autonomía, autodeterminación, dignidad humana, respeto de las creencias religiosas, libertad de conciencia, todos ellos han de ser ponderados siempre con el objeto de materializar que el paciente es el centro del universo médico, y alrededor de este giran todos los esfuerzos médicos.

El consentimiento informado resulta un instrumento valioso que define o pretende lograr una adecuada relación médico paciente. Se parte entonces de la concepción de que el paciente es sujeto de derechos, y en el principio de autonomía que entiende, salvo algunas excepciones, que el paciente es una persona capaz, en uso de sus facultades mentales.

En el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel legal y a través del análisis de los Convenios, existen diversas normas que pretenden regular esta relación médico paciente, y el consentimiento informado. No obstante, como en Medicina y en Derecho no hay criterios absolutos, conviene indicar que cada situación fáctica debe evaluarse individualmente, a fin de elegir la mejor solución al caso concreto, siempre en el perenne encuentro entre Ética y Derecho.

En la prohibición de ser objeto de transfusiones sanguíneas y hemoderivados por los creyentes denominados Testigos de Jehová, sin duda es ineludible realizar este análisis, y en la ponderación y ajuste de bienes, tomar la decisión más acertada respetando entre otros, el principio de dignidad humana, pues de él se deriva el derecho que tienen los sujetos de ejercer su libertad de conciencia y, por ende, su libertad de culto.

Nuestra normativa interna, brinda salidas diferentes, las cuales poco han sido experimentadas por la jurisprudencia de nuestro país, debiéndose acudir a la doctrina cuando de resolver el problema legal que enfrenta el médico y los padres de familia, se trata.

I. ETICA Y MEDICINA

Incursionar en la investigación sobre las transfusiones de sangre y hemoderivados, en los Testigos de Jehová, sus implicaciones éticas y jurídicas, hace necesario por la naturaleza del estudio referirse a los presupuestos generales que conforman la ética y moral médica.

Desde el análisis ético la labor investigativa presenta problemas importantes que en la práctica pueden generar una discusión no pacífica. Ética, autonomía, autodeterminación, dignidad humana, prohibición de tratos crueles y degradantes, respeto a las creencias religiosas, libertad de conciencia, derecho a la salud, son aspectos que, ineludiblemente, deben ser tratados y ponderados, en el conflicto que genera las transfusiones de sangre y hemoderivados en Testigos de Jehová.

Dependiendo de la teoría que sigamos, utilitarismo, comunitarismo, individualismo liberal, la solución al problema investigado presenta diversos contrastes. La ética como ciencia que estudia las costumbres humanas, el modo de ser del hombre, no puede verse desligada del Derecho.

Con el objetivo de ir delineando el análisis del tema, es importante indicar que un sector mayoritario de la doctrina es coincidente en afirmar:

*“...toda la ética médica se basa en el principio de que “el paciente es el centro del universo médico, alrededor del cual giran todos los esfuerzos médicos.”*³

De previo en todo caso resulta relevante aclarar, que la exigencia de un obrar con contenido ético, exigible a los médicos tiene una larga tradición a través de la historia. Moral, ética, bioética y deontología, son todos conceptos importantes de aclarar en torno a la dinámica del problema, toda vez que tienen una profunda vinculación en cuanto al análisis jurídico que se realizará posteriormente.

A. CONCEPTO DE MORAL, ETICA, DEONTOLOGIA, BIOETICA

Tratando de arribar a un concepto de moral se puede indicar lo siguiente:

*“...conjunto de normas aceptadas libre y conscientemente, que regulan las conductas individuales y sociales de los hombres: en nuestro caso de los médicos, en su quehacer profesional.”*⁴

Las normas morales varían según el momento histórico, inclusive para una misma época las diversas culturas pueden tener normas morales contradictorias. A su vez la ética médica se concibe de la siguiente forma:

*“La ética médica es algo distinto de la deontología profesional, aunque coincidan en no pocos aspectos. Es algo más íntimo, si se quiere más visceral, que nace de lo más profundo de la conciencia del médico, con independencia de las creencias religiosas y de las normas de conducta establecidas por una corporación, aunque éstas estén impregnadas del más exquisito sentido moral. Es, nada más y nada menos, que aquel impulso que motiva la conducta del médico en su ejercicio cuando se encuentra ante una situación desconocida, ante un problema inédito, que le obliga a actuar en un sentido determinado y le hace rechazar otra forma de actuación.”*⁵

En un sentido general la deontología procede del griego deonthos (deber) y logos (tratado). Significa entonces ciencia o tratado de los deberes.

A su vez la deontología en lo que nos interesa se concibe como aquellas:

³ KNIGHT (Bernard) Medicina Forense de Simpson. Editorial El Manual Moderno. Segunda edición en español traducida de la onceava edición en inglés. México, Distrito Federal, 1997, página 192.

⁴ GISBERT CALABUIG (Juan Antonio). Medicina Legal y toxicología. Editorial Masson S.A. Quinta edición. Madrid, España, 1998, página 103.

⁵ IBID, página 103.

“...reglas y normas que regulan la relación de un médico con sus enfermos, con la sociedad en general, con sus colegas de profesión, así como con los restantes profesionales de la sanidad, con la administración, etc. Tales normas se concretan en unos textos conocidos como Códigos deontológico, los cuales contienen reglas que deben regir todo ese conjunto de relaciones.”⁶

En tratándose de la Bioética las definiciones que se han abordado son muy diversas, ellas reflejan la variedad de enfoques que se han venido dando. Habría de aclararse en todo caso, que esta disciplina es una amplia rama de la ética en general, no sólo de la medicina, sino de las ciencias de la salud.

Al intentar algunos conceptos de la bioética habría que establecer lo siguiente:

“Etimológicamente esta palabra proviene del griego: Bios (vida) y Ethikè (moral) constituyéndose en un conjunto de principios éticos que brindan el sustento moral de las acciones médicas. Es un área del saber en la que confluyen la Medicina, el Derecho y la filosofía aportando sus respectivos métodos.”⁷

Durand por su parte considera que:

“...la bioética es la búsqueda ética aplicada a las cuestiones planteadas por el progreso biomédico y también el estudio interdisciplinario del conjunto de condiciones que exigen una gestión responsable de la vida humana (o de la persona humana) en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biomédicas, insistiendo por otra parte, en su papel de solución a los conflictos de valores en el mundo de la intervención biomédica.”⁸

Otro enfoque, no menos importante denominado, concepción personalista de la bioética afirma lo siguiente:

“Llamamos bioética a la búsqueda del conjunto de exigencias del respeto y de la promoción de la vida humana y de la persona en el sector biomédico.”⁹

B. PRINCIPIOS DE LA BIOETICA

Determinados principios y valores marcan los fines de acción de la bioética:

⁶ IBID, página 103.

⁷ PATITO (José Ángel). Medicina Legal. Ediciones Centro Norte Carlos A. Vicino Editor. Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Argentina. 2001, página 138.

⁸ GISBERT CALABUIG (Juan Antonio). OP, CIT, página 104. Romeo Casabona define a la bioética como: *“auténtica ciencia multidisciplinar que tiene por objeto el estudio de las consecuencias derivadas de los desarrollos y las aplicaciones de las ciencias bio-médicas para el ser humano en todo su proceso vital, proponiendo el marco de su licitud ética y jurídica.”* Citado por RABINOVICH-BERKMAN(Ricardo), Responsabilidad del Médico. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999, página 22.

⁹ IBID, op. Cit. página 104.

1. El respeto a la vida humana, que pertenece al orden de la objetividad y debe servir de finalidad a la actuación ética.
2. El principio de la autodeterminación de la persona, que remite al dominio de la subjetividad y es esencial en la ética.

Respecto de los principios, se hace necesario mencionar el de beneficencia o de benevolencia que es ejercido por el médico, y el principio de autonomía ejercido por el paciente.

*“Con el médico se identifica el principio de beneficencia. Ello es así, por la propia función del médico que implica realizar aquello que sea beneficioso para su paciente, evitándole en lo posible todo daño. En la unión de los principios de beneficencia con su contracara, el de no maleficencia, se logra el paradigma de hacer el bien con el mínimo daño. Con el paciente se asimila el principio de autonomía, según el cual, toda persona capaz tiene el derecho a tomar decisiones sobre su persona y a que sean respetados sus principios morales. Consecuentemente, será sujeto participativo y decisorio en las medidas atinentes a su salud.”*¹⁰

Los temas de la beneficencia y la maleficencia, sus implicaciones filosóficas y médicas, las concepciones utilitaristas, comunitaristas, individualista liberal, han sido tratadas con gran autoridad y profundidad por los autores Tom Beauchamp y James Childress quienes indican:

*“La moralidad requiere no sólo que tratemos a las personas de manera individual y nos abstengamos de hacerles daño, sino también que contribuyamos a su bienestar. Tales acciones humanitarias se encuadran dentro del epígrafe de beneficencia. No existen rupturas claras en el continuum entre no infligir daño y el ofrecer un beneficio, pero el principio de beneficencia requiere potencialmente mayor implicación que el principio de no maleficencia, ya que los sujetos deben dar pasos positivos para ayudar a otros, y no únicamente abstenerse de realizar actos perjudiciales.”*¹¹

No obstante, resulta importante indicar que son muchas las teorías éticas, utilitaristas y no utilitaristas que aceptan el principio de no maleficencia. Algunos filósofos incluyen la no maleficencia y la beneficencia en un solo principio:

“William Frankena, por ejemplo, considera que el principio de beneficencia se puede dividir en cuatro obligaciones generales, la primera de las cuales es, para nosotros la obligación de no maleficencia, mientras que las tres restantes constituyen obligaciones de beneficencia:

1. *No se debe infligir daño o mal (aquello que es malo).*
2. *Se debe prevenir el daño y el mal.*
3. *Se debe evitar o rechazar el daño o el mal.*

¹⁰ PATITO (José Ángel). *OP. CIT*, página 138.

¹¹ BEAUCHAMP (Tom L.) y otro. *Principios de Ética Biomédica*. Editorial Masson, S.A. Cuarta edición, Barcelona España, 1999, página 245.

4. *Se debe hacer o promover el bien*"¹².

Los conceptos y principios enunciados reflejan la naturaleza altamente sensible del tema, que depende de aspectos axiológicos, que en algunas ocasiones, propiamente en tratándose de la ética médica, condiciona el ejercicio de esta actividad profesional.

Por ello con evidente razón Calabuig afirma:

*"De cualquier manera, está claro que toda reflexión bioética de la persona (el médico) está condicionada por sus propios valores, por sus opciones y creencias, y por la manera de entender al hombre, la vida, y la medicina. Son decisivas las opciones fundamentales sobre el sentido de la vida humana y su definición, el sentido de la persona, del sufrimiento, de la vejez y de la muerte, el sentido de la procreación y de la sexualidad, y, por supuesto, el sentido de la misma ética."*¹³

El análisis de los anteriores conceptos dogmáticos, resultan relevantes a fin de establecer las implicaciones ético-jurídicas, que devienen del tema de las transfusiones de sangre y hemoderivados en Testigos de Jehová, precisamente por la colisión que pueda existir como lo veremos, dependiendo de cada caso en concreto, de normas, principios, criterios axiológicos, creencias que conducen a percibir la vida y la muerte de una manera distinta, y a reaccionar frente a una situación de manera absolutamente diferente, colisión que no pocas veces enfrenta al médico y al paciente, también a los familiares y representantes legales del paciente, e inclusive a la institución hospitalaria.

La cuestión es que debe prevalecer ante una posible colisión entre Ética y Derecho. En cuanto a este aspecto se ha afirmado que:

*"...no parece viable ninguna sociedad donde se diera una confrontación palmaria y constante entre normas morales y jurídicas. Debe haber una cierta armonía entre ambas, lo cual no excluye una cierta tensión entre la ética y el derecho. Esta tensión, frente al estancamiento en que tienden a caer los sistemas éticos y jurídicos establecidos, es más bien un factor de progreso. En cualquier caso, un buen legislador debe evitar, en lo posible, colocar a los ciudadanos frente a la disyuntiva de cumplir la ley en contra de su conciencia personal, o viceversa, seguir el dictamen de su conciencia quebrantando abiertamente la ley."*¹⁴

Por su vinculación con el tema de estudio, y a propósito también de la responsabilidad que se le pueda reprochar tanto a la actuación profesional del médico, como a los familiares o representantes legales del paciente, se hace necesario que nos detengamos en el análisis del Consentimiento Informado, presupuestos, y normativa aplicable en nuestro sistema jurídico.

¹² IBIDEM, página 180.

¹³ GIBERT CALABUIG (Juan Antonio). *op. cit.* Página 105.

¹⁴ MARLASCA LOPEZ (Antonio). *Introducción a la Ética*. Editorial Universidad Estatal a Distancia, 7 reimpresión de la primera edición. San José, Costa Rica, 2002, página 35.

II: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En la actualidad se concibe al paciente como sujeto de derechos. De ahí que el consentimiento informado se encuentra basado en el principio de autonomía del paciente. Principio de autonomía que entiende en el paciente a una persona capaz, en uso de sus facultades mentales.

Principio liberal que de manera amplia se entiende como integrante de los más esenciales Derechos Humanos.

“Prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo las interferencia mutua en el curso de tal persecución.”¹⁵

Es importante destacar que en sede doctrinal, algunos mantienen criterios opuestos a lo anterior. Esta diferente concepción, con un carácter paternalista, muy propia de la filosofía Kantiana, mantiene que lo que es bueno para un individuo, o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.

La concepción paternalista, el interés Estatal de dar especial protección en áreas muy sensibles incide entonces, en un momento dado, en la forma y modo de solución de un evento. Por ello se ha indicado:

“El paternalismo es una mezcla de beneficencia y poder, que parece prima facie correcta, ya que pretende beneficiar a un ser humano, pero que al menos en ciertos casos puede resultar prima facie incorrecta, ya que se niega a aceptar los deseos, opciones y acciones de esa persona. Que sea o no incorrecta dependerá del sentido que se dé y el modo como se ponderen diferentes principios morales, especialmente los de beneficencia y respeto por las personas.”¹⁶

A. CONCEPTO

El autor José Ángel Patitó nos brinda una definición de la siguiente manera:

“Es la declaración de la voluntad de un sujeto capaz y libre con respecto a la propuesta del médico acerca de la aplicación de un procedimiento, diagnóstico

¹⁵ NINO (Carlos Santiago). Ética y Derechos Humanos. Editorial Ariel, S.A., primera edición, Barcelona, España, 1989, página 204.

¹⁶ GRACIA (Diego). Fundamentos de Bioética. Editorial Eudema S.A. Ediciones de la Universidad Complutense S.A. Madrid, España, 1989, página 99.

*o terapéutico si no mediere una situación de urgencia. Deberá hacerse referencia a los beneficios, efectos adversos y complicaciones esperables.”*¹⁷

Sin duda, valga adelantar, que en el ámbito jurídico penal el consentimiento de la víctima, sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido por la norma tiene una larga tradición, como causa que en principio excluye la responsabilidad de quién lesiona dicho bien jurídico.

Los criterios doctrinales que emanan del campo de la ética y de la deontología médica son coincidentes en la actualidad en exigir el consentimiento tras la información para cualquier acto médico.

El consentimiento informado debe reunir algunos requisitos:

Debe ser personal. Es un asunto que afecta la integridad personal, o la propia opción para una determinada calidad de vida, el consentimiento no puede delegarse, salvo algunas excepciones tratándose de los representantes legales, tutores y quienes ejercen la patria potestad. En todo caso el médico debe tener presente que tanto la patria potestad como la tutela son instituciones que se aplican en beneficio del tutelado, que se ejercen bajo la vigilancia judicial, y que no pueden usarse para cercenar o restringir derechos fundamentales.

El consentimiento debe ser válido: Para ello se requiere establecer que quién consiente tenga el conocimiento y la madurez psicológica suficiente. Esto nos lleva a concluir que en principio, un menor podría dar un consentimiento válido; aunque cada caso concreto es necesario analizarlo individualmente, a efectos de tomar la correcta decisión.

El consentimiento debe ser explícito, ello implica que usualmente se acostumbra exigir un documento donde se insertan los hechos más relevantes del acto médico para el que se consiente.

El otro aspecto que resulta necesario establecer, en tratándose del consentimiento informado, es la interrogante de ¿Cuánta información se requiere dar?

*“...resulta muy evidente que lo que el médico debe informar, en general, son todos aquellos datos y circunstancias que habiliten a su paciente para que su decisión pueda ser entonces razonable: en especial, el diagnóstico, el pronóstico, las terapéuticas disponibles, y los riesgos y beneficios de cada tratamiento. Es decir, todo lo que define el ámbito en el que el acto médico se desenvuelve legítimamente, cuando el objeto del consentimiento se ajusta a la lex artis.”*¹⁸

A su vez, respecto del lenguaje que debe utilizar el médico, ha de considerarse también el nivel cultural que tiene el paciente a fin de que la comunicación sea efectiva. Por ello se ha indicado:

“El facultativo debe ilustrar al paciente en lenguaje claro y adecuado a nivel cultural acerca del carácter de su afección y pronóstico esperado; en el supuesto

¹⁷ PATITÓ (José Ángel). *OP. CIT.*, página 139-140.

¹⁸ KRAUT (Alfredo Jorge). *Médicos y Deber de Información: Responsabilidad Civil en casos de Incumplimiento.* En *Derecho Privado*, libro Homenaje a Alberto J. Bueres. Editorial Hamurabi, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2001, página 1601.

de que el profesional considere que la información no es oportuna para la evolución de la enfermedad del asistido, hará conocer a un pariente próximo sobre la verdadera dimensión del estado de salud del paciente.”¹⁹

Siguiendo esta misma línea de pensamiento también se afirma que:

“El deber de información del médico se fundamenta en el derecho a la disposición del enfermo sobre el propio cuerpo en el cual se va a efectuar el tratamiento médico; y cuando la intervención del médico es contractual en que, además de lo anterior, el paciente no puede dar libremente su consentimiento cuando se le ocultan los elementos esenciales la intervención médica que es el sobre lo que va a versar objeto del contrato.”²⁰

Sin duda, en cuanto a este aspecto, el médico debe saber que el que valora esas circunstancias es el enfermo y no el médico, y que en la jerarquización de valores puede haber grandes diferencias entre quién sufre las consecuencias, (el enfermo) y el que propone las soluciones (el médico).

B. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN COSTA RICA.

El consentimiento informado en Costa Rica se encuentra regulado en varias normas, entre ellos el numeral 26 del Código Penal que establece que no delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.

Como bien lo indica el conocido tratadista Francisco Castillo y a propósito de la capacidad de disposición del bien jurídico, que sin duda en esta problemática es objeto de opiniones jurídicas diversas, la interrogante es ¿Cuáles calidades o condiciones debe tener aquel que quiere la lesión de su bien jurídico, para que su consentimiento sea válido?

Sobre esto lo primero que habría de aclararse es que:

“El fundamento del reconocimiento jurídico del consentimiento es la autonomía del individuo; es decir, el derecho de definir el rumbo que pueden tomar los bienes jurídicos que le pertenecen. Como un acto que manifiesta la propia determinación, el consentimiento solamente puede existir cuando el derecho habiente entiende el significado y el alcance de la lesión a su bien jurídico y tiene la capacidad para juzgarlo en todas sus dimensiones.”²¹

Se hace necesario indicar, por la relevancia de este aspecto, que cuando se trata de situaciones donde se carece de capacidad civil, por razones de edad, es criterio del conocido tratadista, en lo que interesa, lo siguiente:

¹⁹ PEREZ DE LEAL (Rosana). Responsabilidad Civil del Médico. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995, página 70.

²⁰ FERNANDEZ HIERRO (José Manuel). Sistema de Responsabilidad Médica. Editorial Comares, Granada, España, año 2000, página 167.

²¹ CASTILLO GONZALEZ (Francisco). El Consentimiento del Derecho Habiente en Materia Penal. Editorial Juritexto. Primera edición, San José, Costa Rica, 1998, página 85-86.

*“Cuando se trata de intervenciones o tratamientos médicos, para los cuales el derecho-habiente debe dar su consentimiento, se requiere que quien consienta sea informado de la naturaleza de la intervención o del tratamiento, de su finalidad y de los riesgos y consecuencias de ellos. Ello supone una determinada capacidad de conocimiento y de razonamiento. Sin embargo, esa capacidad no se juzga conforme a las reglas de la capacidad del Derecho Civil, sino que, cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos, como es la integridad física, esa capacidad se establece conforme a las facultades de conocimiento y de juicio naturales y al estado de madurez psicológica del derecho-habiente en el caso concreto. Por consiguiente, un menor de edad (conforme al derecho civil) puede dar un consentimiento válido, por ejemplo, para una intervención quirúrgica.”*²²

Sigue indicando el reconocido penalista, que si la capacidad natural de entendimiento y de razonamiento y el grado de madurez del menor faltan, entonces el consentimiento puede darlo el representante legal, sean padres, tutores o guardadores. Si el menor tiene la capacidad natural y el grado de madurez para dar un consentimiento válido, entonces su criterio se impone sobre el de su representante legal.

Empero, en cuanto a los problemas jurídicos que genera este aspecto, el connotado tratadista alemán Claus Roxin hace algunas aclaraciones relevantes indicando:

*“Cuando existe una “concreta capacidad de comprensión y de juicio” es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad. De todas formas, en niños (hasta 14 años) que penalmente (en Alemania) tampoco son responsables, se negará por principio la capacidad de comprensión y, por lo demás deberá afirmarse en un joven de 17 años antes que en uno de 14. En la práctica, la pregunta cobra sentido sobre todo en las intervenciones médicas (por ejemplo, operaciones). Normalmente, se podrá afirmar aquí la capacidad de entendimiento en un joven que haya sido informado debidamente por el médico, de modo que es determinante la decisión y no la decisión quizás discrepante del representante legal. Ahora bien, si la decisión tomada por el joven va en contra del sentido común médico, ello constituiría un fuerte indicio de carencia de capacidad de comprensión, por lo que entonces pasa a ser preferente la decisión del representante legal.”*²³

A propósito de este tema, el Código Civil en su numeral 46 indica lo siguiente:

“Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de

²² IBID, página 87.

²³ ROXIN (Claus). Citado por LLOBET RODRIGUEZ (Javier). Delitos en Contra de la Vida y la Integridad Corporal. Editorial Jurídica Continental. Segunda edición actualizada, San José, Costa Rica, año 2001, página 222.

*otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia...*²⁴

A su vez en los artículos 22 y 27 de la Ley General de Salud refieren:

Artículo 22: Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones quirúrgicas de urgencia.

Artículo 27: Los padres, depositarios y representantes legales de los menores e incapaces no podrán negar su consentimiento para someter a sus representados a prácticas o tratamientos cuya omisión implique peligro inminente para su vida o impedimento definitivo, según dictamen de dos médicos.

El artículo 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia plantea una situación interesante:

*“Denegación de consentimiento. Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia.”*²⁵

También resulta relevante y aplicable al tema que nos ocupa, el numeral 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que a propósito del análisis doctrinal anterior indica:

*“ 1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*²⁶

En realidad, las dos anteriores normas vienen a reforzar el paradigma de que en materia de menores éstos ya no son vistos como objetos de Derecho, sino como sujetos del mismo, tratando con ello de que se abandone la concepción meramente tutelar.

²⁴ Código Civil. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 12 edición, San José, Costa Rica, 2004, página 27.

²⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 6 edición, San José, Costa Rica, 2005, página 24.

²⁶ Convención Sobre los Derechos del Niño. Firmada por la República de Costa Rica el 26 de enero de 1990, publicada en la Gaceta número 149 del 9 de agosto de 1990.

También el artículo 310 del Reglamento General de Hospitales establece: Todo paciente en estado de lucidez deberá ser informado de cualquier intervención, procedimiento o examen cruento que deba efectuársele y deberá firmar debida autorización para que se le realice tal tipo de tratamiento; en caso de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible.

A su vez, el artículo 144 del Código de Familia indica: Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento, o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente aún contra el criterio de los padres.

En cuanto a este aspecto enunciado, el numeral 21 del Código de Moral y Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos establece:

*“Con las excepciones que establece la ley, el médico esta obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento o procedimiento médico o quirúrgico, y no debe emprender ninguna acción sin el consentimiento del paciente, o de las personas de las cuales este depende, si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad y urgencia.”*²⁷

III: DERECHOS FUNDAMENTALES

La Sala Constitucional de nuestro país define los Derechos Humanos como

*“el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal”.*²⁸

Tal y como se percibe, podría decirse, que la satisfacción de la Dignidad, la Libertad y la Igualdad humana, es el objetivo principal de un Estado Democrático. A partir de esto, nuestro país, en atención al artículo 1 de la Constitución Política, está en la obligación de respetar estos tres derechos fundamentales, de los cuales se desprenden todos los demás, lo que implica que, en el momento en que se encuentre en discusión si hay una situación específica que se pueda considerar como derecho fundamental, debe hacerse una subsunción de la situación en alguno de estos tres principios fundamentales, y si se obtiene como resultado que incide directamente en uno de ellos, estaremos en presencia de un derecho

²⁷ www.medicos.sa.cr/leyes/leyes01.

²⁸ Sala Constitucional, resolución número 2771 de las once horas, cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

fundamental, y todo aquello que atente contra ello, será violatorio de este derecho.²⁹

Nos interesa referirnos a los derechos fundamentales como expresión del derecho de libertad y dignidad de la persona, los cuales se manifiestan a través del derecho de autodeterminación individual dentro de un Estado Democrático. La situación particular de la creencia religiosa de los Testigos de Jehová, incide a la vez en diferentes formas de derechos humanos y debe analizarse hasta dónde puede llegar esa libertad de autodeterminación frente a otros derechos fundamentales. Por ello se ha dicho que

“los derechos fundamentales, al ser la síntesis de libertad personal e igualdad, pasan a ser una finalidad en sí mismos al servicio de la autodeterminación individual, mientras que el orden democrático, por su parte, como forma de autodeterminación política de todo el pueblo, inevitablemente depende de la participación libre e igual del individuo en la formación de la voluntad estatal.”³⁰

Es importante, a manera de conclusión de este tema de Derechos Fundamentales, destacar que la Sala Constitucional ha dicho que

“Costa Rica en el artículo 1 de la Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes”³¹.

Por eso, esta Cámara ha indicado que ellos ostentan una doble dimensión, al ser subjetivos, debido a que garantizan la libertad en un ámbito de convivencia

²⁹El autor Manuel Aragón Reyes, citado por Ernesto Rey y María Carolina Rodríguez, señala: *“Los derechos fundamentales responden, en el sistema constitucional, a una pluralidad de sentidos, de tal modo que puede hablarse de un triple carácter de los mismos. En primer lugar... los derechos fundamentales son el reflejo, en el interior de la Constitución, de los derechos de la persona, es decir de esa pluralidad de manifestaciones concretas de libertad y dignidad humana... En segundo lugar, los derechos fundamentales, o cuando menos varios de ellos, funcionan simultáneamente como elementos objetivos incorporados al sistema representativo y luego democrático del Gobierno, consustancial a la Constitución: El derecho de sufragio, la libertad de expresión, la libertad de asociación, entre otras, son presupuesto y contenido necesario de ese sistema de gobierno. En tercer lugar, y finalmente, los derechos fundamentales son expresión de la sociedad (constituida) y, con ello mismo, de la dualidad sociedad-Estado inherente a un sistema en el que el poder político presupone y parte del reconocimiento de otras formas de poder, o cuando menos de ámbitos de actuación, individuales y sociales, distintas de la estatal e igualmente legítimas”* REY CANTOR (Ernesto) y otros, Las Generaciones de los Derechos Humanos. Bogotá, Colombia, Editorial Página Maestra Editores Ltda.. 2002, pp. 37- 38.

³⁰ NAVA GOMAR (Salvador), El Estado Constitucional: Sinomía positivizada entre Constitución y Democracia, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2003, pp. 19-20.

³¹ Sala Constitucional, resolución número 1261 de las quince horas con treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa.

democrática, y objetivos, en razón de que se configuran como un marco de convivencia humana, justa y pacífica.³² Esto implica que el único límite que puede imponerse es un interés social superior, lo que obliga al operador del derecho a procurar una interpretación donde debe ponderar los distintos derechos fundamentales en juego, para definir cuál debe privar sobre otro. Es por ello, que se ha hecho necesario hacer una revisión de los distintos derechos fundamentales que pueden estar en discusión cuando se habla del tratamiento médico en el caso de los Testigos de Jehová, para poder llegar a una conclusión lo más objetiva posible en cuanto a cuál tiene mayor fuerza impositiva sobre los demás.

A continuación, se hará el desarrollo de cada uno de ellos.

A. DERECHO A LA SALUD

En nuestro país, el derecho a la salud no se positivizó como tal en la Carta Magna, así que nuestra Sala Constitucional ha indicado que se deriva del artículo 21 de la Constitución Política.³³ Entre otros argumentos, ha dicho que la vida tiene un rango superior, pues sin ella, el sujeto no podría ejercer todos los demás derechos, y al Estado le corresponde velar por la Salud, de manera que nada atente contra ella.

Sin lugar a dudas, siendo que el derecho a la vida es un principio superior a cualquier otro, y como derivado de él tenemos el derecho a la salud, cualquier actividad que atente contra ella, le contraviene, y en consecuencia el Estado debe intervenir a favor de la vida. Dentro de nuestro ordenamiento, no existe derecho superior a ella.

B. ¿DERECHO O DEBER A CURARSE?

Esta es una pregunta que debe contestarse con la utilización de principios fundamentales. Existe un deber de curarse cuando la negativa a la curación pueda afectar a terceros. En este caso, la aplicación del artículo 28 de la Constitución Política es el que nos da la respuesta, ya que esta norma no permite que persona alguna sea perseguida por actos que no infrinjan la ley, o que no perjudiquen a terceras personas, la moral o el orden público. Con base en el segundo párrafo del artículo en mención, no podría alguien negarse a curarse si está en juego la salud de terceras personas³⁴. Además de la aplicación del

³² En este sentido, ver Sala Constitucional, resolución número 2771 de las once horas, cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

³³ Sala Constitucional, resolución número 5130 de las 17:33 horas del 7 de setiembre de 1994. En este mismo sentido, consultarse votos N° 131-94, 2233-93, 1297-92, 1833-91, 56-90, todos de Sala Constitucional.

³⁴ En este sentido, tenemos al Doctor Rubén Hernández Valle, señala “*La doctrina, en general, reconoce que bajo la expresión “derechos de terceros” o “derechos de los demás” están comprendidos los derechos subjetivos públicos y privados de los demás administrados. Dado que el ordenamiento jurídico concede “derechos” no a una persona en particular sino a todos los sujetos del ordenamiento los “derechos de los demás”...se deben conceptualizar como un límite a los “derechos de los gobernados”. Pero tal límite no solo está constituido por el derecho igual del otro, sino por cualquier otro derecho suyo, que eventualmente pueda interferir con mi derecho. En otros términos: cada derecho encuentra un límite genérico en la esfera jurídica que el ordenamiento reconoce a los demás sujetos del ordenamiento.*” HERNANDEZ VALLE (Rubén), Las Libertades Públicas en Costa Rica, Segunda Edición, San José, Editorial Juricentro, 1990, p.49.

artículo 28 señalado, debe tomarse en consideración que el derecho de salud es preeminente ante cualquier otro derecho, de manera que el Estado debe ponderar y decidir hasta dónde llega la libertad de autodeterminación de la persona que no desea curarse, frente al derecho a la salud de los que le rodean.

Diferente sería la situación de un adulto que podría perjudicarse personalmente con una decisión de no curarse. Ahí podría decirse que estamos frente a un derecho inalienable, pues la libertad de autodeterminación no incide en la salud o la vida de terceros, motivo por el cual, este sujeto está en plena libertad de definir si se desea curar o no. Más adelante será abordada la situación de los menores de edad, sobre quienes, tal y como se verá, recae un régimen de protección estatal diferente.

C. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

Este derecho fundamental no se encuentra regulado en la Constitución Política como tal, sino que se extrae de una interpretación integral de ella, debido a que el respeto a los distintos derechos, hace pensar que el constituyente deseaba proteger esta dignidad, y aunque no la materializó como tal, si la expresó en diferentes normas. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, lo incluyen de manera específica en el artículo 5, inciso 2.

Esto trae como consecuencia que todos los derechos y los deberes de las personas que se incluyen dentro de nuestro ordenamiento, deben ser aplicadas en atención estricta a este principio. La Sala Constitucional ha tratado de unir el derecho a la vida con este principio cuando se trata de enfermos terminales, en cuyo caso, aunque no ha admitido de ninguna forma la eutanasia, sí ha permitido el derecho a morir con dignidad³⁵.

Es únicamente en sentido positivo que la Sala Constitucional ha admitido la posibilidad que tiene la persona de recibir un tratamiento médico. Para poder desarrollar si efectivamente existe incidencia en ese derecho a la dignidad humana, cuando se trata de personas que por una creencia religiosa se niegan a un tratamiento específico, debe analizarse hasta dónde existe en nuestro ordenamiento ese derecho. A continuación, su desarrollo.

D. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Como derivación del derecho a la dignidad humana, el derecho a la libertad religiosa, se ha constituido como una norma fundamental, pues tiene incidencia directa en el desarrollo de la personalidad. Algunos autores, tales como Pedro Sagüés, indican que este derecho se deriva de la libertad de conciencia.³⁶ Nuestra Constitución Política contempla este derecho en el artículo 75, cuando establece que los ciudadanos pueden ejercer libremente otros cultos distintos a la

³⁵ En este sentido, consultar Sala Constitucional, resolución número 1915 de las 14:12 horas del 22 de julio de 1992.

³⁶ PEDRO SAGÜES (Néstor), Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 141.

religión católica, siempre que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres. El Pacto de San José, en su artículo 12, inciso 1., recoge la Libertad de Conciencia y de Religión.

Según la Sala Constitucional,

*“La libertad religiosa ...en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. **Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella.** En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia hecha propia. Además la integran la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, etc...”³⁷(El resaltado no corresponde al original)*

Con base en esta definición del derecho a la conciencia, si los Testigos de Jehová tienen por convicción, como parte de sus reglas de vida, que no deben admitir sangre ni hemoderivados, la Constitución Política, en su artículo 75 les concede esa posibilidad, derecho que se convierte en fundamental por tener incidencia directa con el derecho de pensamiento en su forma de conciencia, y éste se encuentra relacionado con el derecho a la dignidad humana.

Sin embargo, es importante hacer dos observaciones. Primero, debe ratificarse lo señalado en la sección anterior, con el fin de poder determinar quién puede o no dar el consentimiento, tomando en cuenta la capacidad jurídica para hacerlo, específicamente en el caso de los menores de edad y las personas inconscientes. La segunda, tiene relación con la ponderación de derechos humanos en juego, cuando es la vida humana la que debe anteponerse, por grado de importancia, a la libertad de conciencia. Este es un tema que no ha sido pacífico. En nuestro país, la vida es un derecho fundamental que está sobre cualquier otro, así lo ha indicado la Sala Constitucional, tal y como se citó en un apartado anterior. De esta manera, se admite que, frente al consentimiento informado, tal y como se indicó en secciones anteriores, una persona no se someta a un tratamiento médico que incluya riesgo. Sin embargo, cuando se trata

³⁷ Sala Constitucional, resolución número 3173 de las 14:57 horas del 16 de julio de 1993. En ese mismo sentido, la Sala Constitucional ha dicho: *“La libertad religiosa se inserta en la más comprensiva libertad de creencias nacida en la historia de la humanidad a partir de la Paz de Westfalia, como un reconocimiento a la tolerancia por parte de la Iglesia. El principal efecto de este reconocimiento es que nadie puede ser perjudicado ni favorecido por causa de sus creencias. También hay un trasfondo de respeto de igualdad ante la ley en este principio. El Derecho de profesar libremente el culto es la libertad de practicar una creencia religiosa. Ello significa libertad de exteriorización religiosa –no de creencia en la intimidad, pues ella escapa al alcance del derecho-, siempre que no afecte el orden, la moral o la seguridad pública (artículo 28 constitucional). También implica la facultad de asociación religiosa en comunidades de ese tipo. De modo que otra consecuencia inmediata de la libertad religiosa es el derecho que tienen los fieles y adeptos de asociarse en comunidades religiosas o de bien público.”* Sala Constitucional, resolución número 8557 de las 15:37 horas del 3 de setiembre de 2002

de menores, tal y como se dirá, la protección es, si se puede decir, privilegiada. De ello se hablará a continuación.

E. PROTECCION A LOS MENORES DE EDAD

Con respecto a los menores de edad, el Estado costarricense ha establecido un régimen de protección especial, a través del cual el interés superior del menor ha sido puesto de manera preeminente frente a cualquier otro interés, aún sobre el de los mismos padres. Es por ello que la Constitución Política en su artículo 51 obliga al Estado a brindar esa protección privilegiada. Con respecto al concepto de niño, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, señala que es toda persona menor de dieciocho años³⁸. Esta misma convención, ratificada por Costa Rica mediante Ley número 7184. En su artículo 3, inciso 1., se establece que

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Esta Convención, en el artículo 6.1 establece además que el Estado se encuentra en la obligación de reconocer el derecho a la vida del menor de edad. De la mano con este derecho, también encontramos el derecho a la religión y a la libertad de conciencia del menor, en el artículo 14. Esta norma es sumamente importante, pues le reconoce al menor la libertad de conciencia y de religión. Según ella, sólo las limitaciones legales estipuladas se pueden imponer al menor. Sin embargo, surge nuevamente la discusión de las condiciones en las que está el menor de edad que profesa una religión como la de los Testigos de Jehová, para decidir si se niega o no a un tratamiento donde se utilicen hemoderivados o sangre. Para ello, se debe acudir a la norma constitucional citada al inicio de este apartado, y al artículo 12.1 de esta Convención, la cual reza

“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

Para determinar cuándo el menor está en posición de decidir si recibe o no sangre o hemoderivados, no se cuenta con elementos suficientes, debido a que podría ser que un menor que casi esté llegando a la mayoría de edad no cuente con una madurez suficiente, para tomar una decisión de esta clase. Sin embargo, debe indicarse que en nuestro país, cuando se trata de personas menores de edad, siendo que tienen la cobertura especial, de acuerdo con el artículo 51 de la

³⁸ Así lo ha señalado también la Sala Constitucional, resolución número 647 de las 15:00 horas del 12 de junio de 1990.

Constitución Política, pareciera que esa libertad de autodeterminación se encuentra limitada en razón del derecho a la vida y su derivado necesario, el derecho a la salud, derechos fundamentales que el Estado se encuentra en la obligación de asegurar al menor de edad, sin importar su credo o religión, y que además se encuentra estipulado por el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Como reflejo de este régimen de protección especial al menor de edad, el artículo 144 del Código de Familia ordena lo siguiente:

“Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente aun contra el criterio de los padres”

Este principio de protección especial a los menores de edad, se refleja en el Código de la Niñez y la Adolescencia, ley número 7739, el cual considera en el artículo 46 lo siguiente:

“Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos en los términos del artículo 144 del Código de Familia.”

Esto implica que el derecho especial de protección a los menores de edad, es mucho más fuerte que la libertad de conciencia o de culto, pues lo que se pretende es mantener incólume la salud o la vida del menor de edad.³⁹

Más adelante, se analizará la posición de los padres frente a los médicos ante una situación donde la vida o la salud del menor de edad se encuentran en juego. A continuación, se desarrollará el fundamento que tienen los Testigos de Jehová para negar la transfusión sanguínea.

IV: NEGATIVA A RECIBIR SANGRE Y HEMODERIVADOS

Dentro de un Estado democrático como el costarricense, todas las personas gozan de la protección de sus derechos fundamentales. Como parte de esos derechos, se encuentra el de pertenecer a una religión o agrupación religiosa. Así

³⁹ Este principio se ha mantenido, aún en otros países, tales como en Argentina, donde Reinaldi indica *“prevalece el derecho a la vida del niño sobre el de sus padres a obrar conforme a sus convicciones religiosas. En igual sentido falló la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín...en un caso en el que la transfusión se consideraba indispensable para salvar la vida (sic) de un recién nacido.”* REINALDI (Victor Félix), Responsabilidad Penal de los Médicos por transfusiones e intervenciones quirúrgicas no consentidas, en Revista de la Facultad, Volumen 2, N°2, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1994., p. 94.

lo contempla el artículo 75 de la Constitución Política. Sin embargo, una de las sectas que produce mayor discusión es la de los Testigos de Jehová, pues su filosofía los lleva a impedir la transfusión sanguínea y el uso de hemoderivados. A continuación, se desarrollará el fundamento que ellos ofrecen para su negativa, confrontándolo con el aspecto jurídico.

A. FUNDAMENTO RELIGIOSO, CIENTIFICO Y FILOSOFICO DE LA NEGATIVA

El **fundamento religioso** a la negativa de recibir sangre o hemoderivados, se extrae de la interpretación que hacen ellos de distintos pasajes bíblicos. La base esencial de la prohibición que ubican en las Sagradas Escrituras, es que la sangre es intransferible, pues el alma está en la sangre⁴⁰.

El **fundamento científico**, es que

“...el organismo humano, puede lograr un equilibrio y que aunque presente un hematocrito muy por debajo de lo normal, puede llegar a recuperarse sin necesidad de recurrir en todos los casos a una transfusión.”⁴¹

Lo que los Testigos de Jehová no aceptan, es lo siguiente:

“transfusiones de ninguna de los componentes básicos de la sangre, a saber: Glóbulos rojos, Glóbulos blancos, plaquetas o plasma que se usen con un fin similar, más en cuanto a fracciones sanguíneas como la globulina inmunológica o la albúmina, concluyen que en cada caso la decisión se basará tanto en si están dispuestas o no a aceptar cualquier riesgo para la salud relacionados con una inyección de contenido tomado de la sangre de otras personas, como en la toma de la decisión personalmente ante Dios.”⁴²

Además, no permiten operaciones donde se utiliza la misma sangre del paciente, pues

“...esa sangre almacenada ha dejado de ser parte de la persona; “Ha sido completamente quitada de ella, y por lo tanto hay que deshacerse de la sangre de acuerdo con la ley de Dios: “Debes derramarla sobre el suelo como agua”. (Deuteronomio 12: 24)”⁴³

Todo esto puede ser explicado por una persona perteneciente a los Testigos de Jehová, si se encuentra consciente. Sin embargo, en caso de inconsciencia, algunos de ellos han encontrado la posibilidad de llevar consigo una

⁴⁰ REINALDI, op.cit., p. 92.

⁴¹ REINALDI, op. cit., p. 93.

⁴² SANCHEZ FONSECA (Angie), Los Testigos de Jehová y la negativa a la sangre, implicaciones jurídico-religiosas, su posición frente a las técnicas modernas de tratamiento médico sin sangre. Tesis de Grado para optar al Título de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2003, p. 22.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 22-23.

tarjeta donde indiquen que no admiten transfusiones de sangre, con el fin de exonerar al personal médico del uso de hemoderivados para salvarle la vida.⁴⁴

El **fundamento filosófico** se encuentra en el derecho fundamental de toda persona de tener libertad de religión y culto, derivado de la libertad de conciencia, como reflejo de la dignidad humana. En este sentido, los Testigos de Jehová, en el ejercicio libre y voluntario de su derecho, han elegido pertenecer y creer en los principios rectores que les caracterizan, incluyendo el asunto de la sangre, motivo por el cual, el Estado está en la obligación de brindarles protección frente a cualquier intromisión en su ámbito de autodeterminación.

A continuación, serán tratadas dos situaciones bajo las cuales puede colocarse tanto el médico como los padres, frente al caso de menores o personas inconscientes que requieren tratamiento con sangre.

B. POSICION DEL MEDICO FRENTE A LA NEGATIVA DE RECIBIR SANGRE

Con respecto al adulto consciente, es plenamente aplicable lo correspondiente al consentimiento informado. No hay discusión que se le ha reconocido al mayor de dieciocho años que llega a la consulta o al hospital consciente, la posibilidad de negarse a la utilización de sangre en su tratamiento. Esta posición ha sido criticada, sin embargo, frente al derecho a la vida o a la salud, en personas con derecho de autodeterminación plena, se antepone el derecho a la dignidad humana, compuesta en este caso por la libertad de conciencia y de culto⁴⁵.

En realidad la discusión surge cuando estamos frente a un paciente en estado de inconsciencia o un menor de edad. Tal y como se señaló en la parte correspondiente al consentimiento informado, excepto que en el expediente clínico exista alguna indicación expresa a la negativa a recibir sangre, el médico actúa amparado a su oficio médico, el cual tiene por fin procurar la salud al paciente.

Sin embargo, no sucede lo mismo con los menores de edad, cuyos padres no permiten el tratamiento con sangre por ser Testigos de Jehová. En estos casos, tal y como se dijo en la sección dedicada al régimen especial de protección a los menores, frente de un peligro para la salud o la vida del menor, el médico debe acudir a normas tales como la contenida en el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 46 y en el 144 del Código de Familia.

⁴⁴ *Ibíd*em, pp. 24-25.

⁴⁵ Algunos autores han apoyado esta posición indicando que *“Es deber de los médicos y de los jueces respetar la voluntad del paciente si es persona con discernimiento...de oponerse a toda intervención en su cuerpo, cualesquiera sean sus motivaciones, si esa voluntad ha sido válidamente expresada después de haber recibido adecuada información sobre su estado y las ventajas o desventajas que traerán aparejada su decisión. Ese deber subsiste aun cuando la falta de adopción de las medidas terapéuticas rechazadas ponga en peligro la vida, siempre que no afecte directamente a terceros o medie un interés público relevante o la negativa revele, en razón de las circunstancias que rodean al caso, una voluntad suicida.”*⁴⁵ REINALDI, op.cit., pp. 108-109

Esa voluntad suicida, evidentemente, no se refiere al deseo de no recibir tratamiento para lograr la muerte, sino aquellas situaciones donde se ha intentado, a través de un medio idóneo, de conseguir la muerte, sin embargo, es intervenido por un galeno para salvarle la vida.

En virtud de esta circunstancia, el médico podría estar frente a un estado de necesidad, previsto por el artículo 27 del Código Penal. Para determinar si el doctor se encuentra amparado bajo una causal de justificación, debe valorarse que la situación que atraviesa el menor provoque un peligro para la salud o para la vida de éste, que dicho riesgo sea inminente, que haya sido provocado por otro sujeto y que no sea evitable si no es a través de una transfusión sanguínea o del uso de hemoderivados. Bajo estas circunstancias, el médico puede actuar aunque exista negativa de los padres, y toda causa penal que intenten abrir estos contra el galeno y quienes actuaron en la tratamiento médico, no podrá prosperar, pues existe un evidente estado de necesidad, causal de justificación que elimina la antijuridicidad, y, por ende, el delito.

C. POSICION DE LOS PADRES QUE NO PERMITEN EL TRATAMIENTO CON SANGRE

El siguiente caso a analizar, es cuando el menor no llega al centro médico, sino que toda la situación que atenta contra su salud o su vida se da en el seno familiar. Bajo este supuesto el Estado costarricense ha optado por brindarle una protección especial a los menores de edad, tal y como se indicó en el apartado E de la sección III de esta investigación. Como reflejo de ello, los padres tienen la obligación de velar por distintos derechos de los menores, entre los que se encuentra la salud y la vida. En este sentido, si alguno de estos dos bienes fundamentales está en peligro, y los padres omiten actuar o impiden el tratamiento en virtud de la creencia religiosa, pueden enfrentar una causa penal.

En nuestro país, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, únicamente se registra un caso donde se haya denunciado a los padres de un menor y se les haya condenado por el delito de Abandono Agravado de Incapaz, previsto por el artículo 142 del Código Penal.

Sin embargo, debe indicarse que en el caso de los Testigos de Jehová, la situación tiene diferentes soluciones. Cuando ellos, en virtud de su creencia religiosa, derecho que le garantiza la Constitución Política, provocan las consecuencias previstas en el artículo 142 del Código Penal, puede alegarse en su favor un error de prohibición⁴⁶, el cual puede ser vencible o invencible, dependiendo de la corriente doctrinaria que se tome.

En Costa Rica, el Código Penal estipula el error de prohibición en el artículo 35, norma en la cual se determina que el error invencible elimina completamente la culpabilidad, por lo que no se termina de configurar el delito, mientras que el

⁴⁶ Para comprender mejor, debe definirse este tipo de error, como la situación donde *“...el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida...El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Por tanto, si los tres sujetos de los casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y han de ser absueltos. Si el error, como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad, sin oque conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena.”*ROXIN (Claus), *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, España, Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 861.

vencible, al ser una situación que puede superarse, atenúa la pena de manera proporcional al daño producido.

En este punto, es importante revisar si la conducta de los padres que profesan la religión de los Testigos de Jehová podría estar frente a una causa de exculpación a título de error de prohibición o no. De acuerdo con los requerimientos necesarios para que se configure la causal, todo parece indicar que, si la conducta de los padres encuadra en el tipo penal del artículo 142 de cita, y no existe causa de justificación que los ampare, podría aplicarse en el caso de la convicción religiosa un error de prohibición. Sin embargo, éste podría considerarse vencible o invencible.

Cabe la posibilidad de visualizarlo como invencible, si se piensa que los Testigos de Jehová, cuando impiden que al menor se le transfunda sangre o se le apliquen hemoderivados, lo hacen por la íntima convicción de que eso es lo correcto, creyendo que lo que hacen por el menor de edad es lo mejor para su alma y para él, ya que esas son reglas que rigen su forma de vivir –*hablando de reglas aprehendidas*-, debido a que lo aceptan como un mandato divino; y si esto se llegara a demostrar a través del contradictorio que se genera en el debate, determinando que ello es parte de su derecho de culto, y no transgrede el artículo 28 de la Constitución Política; no tendrían la obligación de superar la creencia, conociendo que eso está sancionado penalmente como delito, y en tal carácter, se convertiría en invencible.

Lo anterior, debe confrontarse con la tesis contenida en la única resolución de Sala Tercera que ha resuelto un caso de estos, es la 561-F-93, en la cual se analizó que los padres se encontraban bajo un error de prohibición por sus creencias religiosas, pero lo consideraron vencible, pues la madre del menor había sido católica antes de convertirse a la religión a la que pertenecía cuando el menor sufrió el deterioro de salud.

Como puede observarse, será en el debate donde se determine si el error es o no vencible, por el grado de exigibilidad de comprensión o no de la prohibición, pues podría pensarse que dentro de una sociedad como la actual, no es posible alegar ignorancia o desconocimiento de la ley humana. Para ello, nos parece importante traer a colación lo señalado por el Doctor Francisco Castillo, quien respecto a este error culturalmente condicionado, indica:

“...las tesis de Zaffaroni, del error de prohibición como error de comprensión de la criminalidad del acto y la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado, no tiene cabida en nuestro derecho. Si un indio de Talamanca desconoce que tener relaciones sexuales con una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años, aun con su consentimiento, es un hecho sometido a pena en Costa Rica, se encuentra en error de prohibición. El carácter evitable o inevitable de su error se medirá considerado sus calidades personales, intelectuales y sus relaciones con la civilización. Pero si el indio sabe que es un hecho es (sic) punible conforme a las leyes de Costa Rica reducir a la mujer a servidumbre y aún así realiza el hecho, no se ve por qué tiene que excluirse su culpabilidad, sencillamente porque no le dio la gana internalizar esa norma del deber ser, bajo el pretexto de que en su cultura se sigue una norma diversa. El

*respeto a la diversidad cultural debe estar sujeto al respeto de los derechos humanos de las demás personas.*⁴⁷

Como se puede apreciar, la doctrina no es pacífica en cuanto a que pueda existir o no error de prohibición. Sin embargo, tomando en consideración que existe un derecho fundamental a la libertad de conciencia y de culto, protegido constitucionalmente a través del artículo 75 de nuestra Carta Magna, y siendo que los Testigos de Jehová consideran que en la sangre se encuentra el alma de las personas, lo que han deducido de una interpretación que han hecho de la Biblia, pareciera que cualquier situación como la que nos ocupa desde el inicio de esta sección, puede ser amparada por un error de prohibición.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BEAUCHAMP (Tom L.) y otro. Principios de Ética Biomédica. Editorial Masson, S.A. Cuarta edición, Barcelona España, 1999.

CASTILLO GONZALEZ (Francisco). El Consentimiento del Derecho Habiente en Materia Penal. Editorial Juritexto. Primera edición, San José, Costa Rica, 1998.

CASTILLO GONZALEZ (Francisco), El Error de Prohibición, San José, Editorial Juritexto S.A., 2001.

FERNANDEZ HIERRO (José Manuel). Sistema de Responsabilidad Médica. Editorial Comares, Granada, España, año 2000.

FONSECA ESQUIVEL (Ingrid) y otras, La negativa a recibir transfusiones de sangre y su posible punibilidad: caso de los Testigos de Jehová, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciadas en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1991.

GRACIA (Diego). Fundamentos de Bioética. Editorial Eudema S.A. Ediciones de la Universidad Complutense S.A. Madrid, España, 1989.

HERNANDEZ VALLE (Rubén), Las Libertades Públicas en Costa Rica, Segunda Edición, San José, Editorial Juricentro, 1990.

⁴⁷ CASTILLO GONZALEZ (Francisco), El Error de Prohibición, San José, Editorial Juritexto S.A., 2001, pp. 115-116.

GISBERT CALABUIG (Juan Antonio). Medicina Legal y toxicología. Editorial Masson S.A. Quinta edición. Madrid, España, 1998.

KNIGHT (Bernard) Medicina Forense de Simpson. Editorial El Manual Moderno. Segunda edición en español traducida de la onceava edición en inglés. México, Distrito Federal, 1997.

KRAUT (Alfredo Jorge). Médicos y Deber de Información: Responsabilidad Civil en casos de Incumplimiento. En Derecho Privado, libro Homenaje a Alberto J. Bueres. Editorial Amurabi, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2001.

La Biblia Dios Habla Hoy, Tercera Edición, Corea, Sociedades Bíblicas Unidas, 2001.

MARLASCA LOPEZ (Antonio). Introducción a la Ética, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 7 reimpresión de la primera edición. San José, Costa Rica, 2002.

NAVA GOMAR (Salvador), El Estado Constitucional: Sinomía positivizada entre Constitución y Democracia, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2003.

NINO (Carlos Santiago). Ética y Derechos Humanos. Editorial Ariel, S.A., primera edición, Barcelona, España, 1989.

PATITÓ (José Ángel). Medicina Legal. Ediciones Centro Norte Carlos A. Vicino Editor. Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Argentina. 2001.

PEREZ DE LEAL (Rosana). Responsabilidad Civil del Médico. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 1995.

PÉREZ LUÑO (Antonio E.) Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ (Gregorio), Curso de Derechos Fundamentales, Madrid, 1995.

PEDRO SAGÜES (Néstor), Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.

RABINOVICH BERKMAN (Ricardo), Responsabilidad del Médico. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999.

REINALDI (Victor Félix), Responsabilidad Penal de los Médicos por transfusiones e intervenciones quirúrgicas no consentidas, en Revista de la Facultad, Volumen 2, N°2, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1994.

REY CANTOR (Ernesto) y otros, Las Generaciones de los Derechos Humanos. Bogotá, Colombia, Editorial Página Maestra Editores Ltda. 2002.

ROXIN (Claus). Citado por LLOBET RODRIGUEZ (Javier). Delitos en Contra de la Vida y la Integridad Corporal. Editorial Jurídica Continental. Segunda edición actualizada, San José, Costa Rica, año 2001.

ROXIN (Claus), Derecho Penal, Parte General, Tomo I, España, Editorial Civitas, S.A., 1997.

SANCHEZ FONSECA (Angie), Los Testigos de Jehová y la negativa a la sangre, implicaciones jurídico-religiosas, su posición frente a las técnicas modernas de tratamiento médico sin sangre, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2003.

VILLANUEVA CAÑADAS (Enrique). El Consentimiento. En Medicina Legal y Toxicología-Gisbert Calabuig Juan Antonio. 5 edición. Editorial Masson S.A. Madrid, España, 1998.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

LEYES Y CONVENIOS

Código Civil. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 12 edición, San José, Costa Rica, 2004.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 6 edición, San José, Costa Rica, 2005.

Código de Moral y Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, en [http/ www.medicos.sa.cr/leyes](http://www.medicos.sa.cr/leyes)

Código Penal, San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 16 edición, febrero del 2005.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Firmada por la República de Costa Rica el 26 de enero de 1990, publicada en la Gaceta número 149 del 9 de agosto de 1990.

Ley General de Salud número 5395 del 30 de octubre de 1973.

Código de Familia, San José. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 4ta edición, 1996.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional, resolución número 2771 de las once horas, cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

Sala Constitucional, resolución número 1261 de las quince horas con treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional, resolución número 5130 de las 17:33 horas del 7 de setiembre de 1994.

Sala Constitucional, resolución número 3173 de las 14:57 horas del 16 de julio de 1993.

Sala Constitucional, resolución número 8557 de las 15:37 horas del 3 de setiembre de 2002.

Sala Constitucional, resolución número 1915 de las 14:12 horas del 22 de julio de 1992.

Sala Constitucional, resolución número 647 de las 15:00 horas del 12 de junio de 1990.

El artículo trata muy bien el tema que propone, y recomiendo su publicación.