

PROVIDENCIA

PROVIDENCIA N°.- 001-2015-DPE-DNDBV-PC
TRÁMITE DEFENSORIAL N°: 1701-170104-9-2015-000128

DEFENSORÍA DEL PUEBLO.- DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DEL BUEN VIVIR DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Quito, 30 de abril de 2015, a las 10h03.-

I. Referencia:

A los primeros días del mes de diciembre de 2014, Susy Hinojosa de Peralta, de 36 años de edad y persona con discapacidad, acudió por emergencia al Hospital Carlos Andrade Marín y -tras el respectivo diagnóstico- se sometió a una intervención quirúrgica y recibió diálisis. Se le indicó que requería un trasplante de riñón y mientras tanto debía continuar recibiendo diálisis.

Posteriormente se hizo el análisis de quién entre sus parientes podría donar en vida el órgano requerido. Siendo imposible que sus padres y hermanos sean donantes por circunstancias médicas, su cuñada, Daniela Peralta, se sometió a exámenes y resultó ser compatible para la donación y cumplir otros requisitos de condición física.

Sin embargo, el Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células, negó la autorización para que se realice el trasplante a través de un oficio, de 8 de abril de 2015, que cual indicaba que su parentesco (segundo grado de afinidad) no es el que exige la ley para una donación en vida, refiriéndose al Art. 33 literal b de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

Con estos antecedentes, Susy Hinojosa exige que el INDOT y el Ministerio de Salud Pública autoricen la realización de su trasplante porque cuenta con una persona que, inspirada por razones altruistas, quiere salvar su vida donando su órgano. Por tal razón, el 17 de abril de 2015 interpuso su petición ante la Defensoría del Pueblo.

Objeto:

Dada la situación y con la fin de de que se garanticen los derechos de Susy Hinojosa a vida digna y salud, así como el derecho a la autonomía y consentimiento de las personas de Daniela Peralta, se interpuso una acción de protección, el 21 de abril de 2015, a favor de las peticionarias.



-68-
JIT
SS



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

Disposiciones:

1. **Agréguese** al expediente defensorial, la Acción de Protección interpuesta a favor de Susy Hinojosa y Daniela Peralta el 22 de abril de 2012.
2. **Poner** en conocimiento de las peticionarias la presente providencia con el contenido de la Acción de Protección, radica en la Unidad Judicial de Tránsito, del Distrito Metropolitano de Quito, conformada por el Juez Jackson Gutemberg Ovalle Samaniego y el Secretario Patricio Corneli Noboa Colem. Juicio N° 17460201500658.
3. **Se designa como responsable del presente trámite defensorial al abogado Pablo Campaña,**

Notifíquese y cúmplase.

Rodrigo Varela Torres

**DIRECTOR NACIONAL DE DERECHOS DEL BUEN VIVIR
DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR**

Notificaciones:

Señora

Susy Hinojosa Gabela
Ave. República E2-59 y Atahualpa
Teléfono: 098135740

EN 621757891EC

30 ABR 2015

-69-
Sesenta y
nueve
2014



Defensoría
del Pueblo

SEÑOR JUEZA CONSTITUCIONAL DE PICHINCHA:

ACCIÓN DE PROTECCIÓN

1. Patricio Benalcázar, Adjunto de Derechos Humanos y de la Naturaleza, José Luis Guerra, Director General Tutelar, Ab. Rodrigo Varela, Director Nacional de Derechos del Buen Vivir, y Pablo Campaña, especialista 3, todos funcionarios de la Defensoría del Pueblo, legitimados para solicitar la interposición de Garantías Jurisdiccionales, conforme a lo dispuesto en los Art. 11 numeral 3; 215 numeral 1 de la Constitución del Ecuador; y Art. 9 liberal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Susy Hinojosa Gabela y Daniela Peralta Donoso, comparecemos para interponer la siguiente Acción de Protección:

IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA O LEGITIMADO PASIVO

2. La presente acción se dirige contra la Dra. Carina Vance Mafla, Ministra del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, y contra la Dra. Diana Almeida Ubidia, Directora Ejecutiva del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células (en adelante INDOT).

FUNDAMENTOS DE HECHO

3. Susy Hinojosa Peralta, de 35 años de edad, es una persona con discapacidad que sufre Glomerulonefritis desde los doce años, hace siete fue diagnosticada de insuficiencia renal crónica y desde entonces recibe controles periódicos. Seis meses atrás, los primeros días de diciembre de 2014, acudió por emergencia al Hospital Carlos Andrade Marín porque presentaba un estado de salud preocupante. Efectivamente, fue necesaria la realización de una cirugía para que reciba diálisis. Superada la emergencia su médico tratante concluyó que requiere un trasplante de riñón y que mientras tanto debería continuar con el tratamiento de diálisis. Cabe señalar que la enfermedad renal que sufre la califica como una persona con discapacidad física de un 56% de acuerdo al carné emitido por el Ministerio de Salud Pública.
4. Para determinar la posibilidad del trasplante, Susy Hinojosa acudió al médico nefrólogo Dr. Fernando Jiménez, quien atendió a Susy Hinojosa quien en su informe médico detalló la enfermedad que presenta la paciente y sus antecedentes patológicos, concluyendo en sus observaciones que "No tiene contradicción para trasplante renal". Adicionalmente, el médico examinó entre los familiares de la paciente para determinar quiénes podrían ser donantes del órgano. Tras consecutivos exámenes médicos se concluyó que ni sus padres por su avanzada edad, ni sus hermanos por sus condiciones de salud, podrían ser aptos para donar; sin embargo, su cuñada María Daniela Peralta Donoso, expresó libre, generosa y solidariamente su voluntad de donar su riñón, siendo que tras los exámenes médicos pertinentes se demostró que tenía las condiciones de salud necesarias y era compatible para donar su riñón.
5. Es necesario indicar que por lo establecido en la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de

Órganos, Tejidos y Células (en adelante Ley de Trasplante), vigente desde el año 2011, el médico tratante indicó a Susy y Daniela que no se realicen los exámenes de compatibilidad, incluso por los costos que estos exámenes representan; sin embargo, de manera libre y voluntaria, la paciente y su cuñada se realizaron los exámenes para determinar dicha compatibilidad. Posterior a esto, Daniela Peralta cumplió lo establecido en el artículo 35 de la Ley en mención para mediante escrito notariado expresar de forma libre y voluntaria su decisión de donar uno de sus riñones a su cuñada Susy Hinoja Gabela.

6. Entusiasmada por la noticia de la compatibilidad, solicitaron al INDOT la autorización para la realización del trasplante. Sin embargo, la institución, en oficio de 8 de abril de 2015, refiriéndose al artículo 33 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, indicó la imposibilidad de realizar esta donación por existir una prohibición expresa legal que no faculta a familiares del segundo grado de afinidad el donar un órgano, como en este caso. Al respecto, el INDOT señaló que:

"[...] considerando que la ley antes citada limita los procesos de donación en vida hasta el cuarto grado de consanguinidad y al conyuge o conviviente en unión libre, como relación existente entre el donante y el receptor no es posible autorizar la realización de dicha donación, ya que el vínculo familiar entre cuñados es de segundo grado de afinidad el cual no se encuentra comprometido dentro de lo permitido por la Ley".

7. En ese mismo documento, el INDOT indica que la alternativa que tiene la paciente es inscribirse en la Lista de Espera Única Nacional de acuerdo a lo que expresa el Art. 25 de la Ley, para esperar un donante cadavérico. Para el INDOT, este sería "el mecanismo que establece la ley para los pacientes que no cuentan con un donante compatible hasta el cuarto grado de consanguinidad o cónyuge o conviviente en unión libre, que *les posibilite acceder a una donación en vida*". En este contexto, el INDOT indicó que tiene la obligación de cumplir con lo establecido por la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células para garantizar los derechos de salud, como a los trasplantes de todos los ecuatorianos y ecuatorianas, en aplicación de los principios de equidad y solidaridad, por lo que instaron a que con su médico tratante se inscriban en la Lista de Espera Única Nacional.
8. En la actualidad, Susy Hinojosa, está inscrita en la Lista de Espera Única Nacional, en el puesto 444 a la expectativa del apareamiento de un donante cadavérico compatible. Mientras tanto debe someterse a diálisis y vivir sus efectos, que le impiden llevar una vida digna y cuidar de su hija, además que le obliga a depender de una máquina para realizarse el tratamiento. Los días lunes, miércoles y viernes debe acudir al hospital para recibir un tratamiento que dura un promedio de tres horas treinta minutos (3h30), mismo que lo realiza en tempranas horas de la mañana. Luego del tratamiento sufre fuertes mareos que le impiden llevar a su hija de ocho años al colegio y le dificultan trabajar hasta las 10h00 de la mañana.
9. Adicionalmente al tratamiento, debe llevar una dieta estricta, incluso ella observa que su fortaleza física ha disminuido y tiene un uso limitado de su brazo izquierdo por cuanto en ese brazo donde tiene implantado el dispositivo para que le realicen la diálisis. En su



delicada situación Susy afirma:

“Que una institución me niegue la posibilidad de seguir viviendo, me condena a la muerte, teniendo la posibilidad y la bendición tan grande que es tener un donante vivo y compatible para mi trasplante”¹.

10. Susy también está consciente de lo que implica aceptar el trasplante del riñón de su cuñada con una compatibilidad del 30%; esto es que tiene conocimiento del tratamiento posterior que deberá recibir, incluso la dieta y rutina que deberá adoptar para mantener un estado de salud estable. En definitiva, conoce que debe recibir un tratamiento de inmunodepresores que implicarán que deba protegerse de las enfermedades y el contacto por un tiempo prudente prescrito por su médico, puesto que este tratamiento permitirá que su organismo no rechace el riñón de su cuñada.
11. La prohibición del trasplante de una persona viva persiste a pesar de que es medicamente no recomendable. Según cifras del propio INDOT del año pasado, es el doble el porcentaje de fallecimientos de personas que recibieron un trasplante de un cadáver (6%) que el de aquellas que lo recibieron de un donante vivo (3%). Además, mientras más se posterga el trasplante aumentan las secuelas del tratamiento de diálisis y se reducen las probabilidades de éxito de la intervención.
12. Por su parte, Daniela Peralta, la cuñada y potencial donante, siente frustración por verse impedida de donar un órgano que salvaría la vida de la madre de su sobrina. Además, no sólo manifestó su voluntad de dar su riñón, sino que a través de la campaña “*Yo tengo derecho a donar*” (#yotengoderechoadonar) ampliamente difundida en redes sociales, en la prensa escrita, radio y televisión, ha generado consciencia y apoyo en la sociedad ecuatoriana sobre esta situación que dispone un límite a su propio cuerpo y la autonomía que tiene para decidir ante lo que ella considera un límite de disponer sobre su propio cuerpo para de una manera altruista donar su riñón con un fin legítimo y así salvar la vida de su cuñada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Derechos vulnerados a Susy Hinojosa

- Derecho a la vida digna y derecho salud

13. El derecho a la vida digna está garantizado constitucionalmente, e incluye la obligación de que se “asegure la salud” (Art. 62). En este sentido, en el texto constitucional este derecho no se limita a que el Estado no prive arbitrariamente de la vida de las personas, sino que este derecho -como también lo han expresado instancias internacionales- “está directa e inmediatamente vinculado con la salud humana”².

¹ Anexo, Petición a la Defensoría del Pueblo.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta contra Ecuador*. Sentencia de 19 de mayo de 2013, Serie C, Nº 226, párr. 43.

- 40 -
uta
88

14. Además, el Estado ecuatoriano reconoce de manera autónoma el derecho a la salud (Art. 32) y específicamente el derecho a la salud de las personas con discapacidad, estando obligado a tomar todas las medidas para que “tengan atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas”(Art. 47.1).
15. Estos derechos sintonizan con la obligación internacional del Ecuador de garantizar que las personas con discapacidad tengan derecho a la vida y “derecho a gozar el más alto nivel de salud”, según los artículos 10 y Art. 25 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este derecho implica garantizar que las personas tengan “los servicios de salud que necesiten como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda”, según el mismo artículo, en su literal b).
16. A nivel legal, la Ley de Trasplantes señala como parte del derecho a la salud la obligación del Estado de “Garantizar el acceso a trasplantes para las y los ciudadanos ecuatorianos” (Art. 3.c).
17. En síntesis, los derechos a la vida digna y a la salud están garantizados constitucionalmente y en caso de las personas con discapacidad incluyen la atención de sus necesidades específicas, entre ellas el acceso a trasplantes cuando así lo requieran.

- Límites desproporcionales del derecho a la salud de las personas con discapacidad

18. A pesar de que se reconoce el derecho a la salud, a la atención especializada y expresamente al trasplante de órganos de personas con discapacidad, el Ministerio de Salud Pública y el INDOT han negado la autorización para que Susy Hinojosa reciba la donación de su cuñada, amparándose en el Art. 33.b) de la Ley de Trasplantes que indica que se requiere “que la o el receptor tenga parentesco, hasta el cuarto grado de consanguinidad con el donante, o se trate de su cónyuge o conviviente en unión libre”.
19. Si bien los derechos fundamentales puede ser regulados, el juez constitucional debe realizar especial escrutinio ante limitaciones que recaen sobre el derecho de acceso a la salud de un grupo de atención prioritaria como son las personas con discapacidad. Para tal efecto, la Corte Constitucional³ y también la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 3. numeral 2⁴, establecen la necesidad de realizar un *test de proporcionalidad* de las limitaciones de los derechos. Según las palabras de Carlos Bernal Pulido, hechas suyas por la Corte Constitucional:

“(…) En el estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo aquellas restricciones que sean: **idóneas** para contribuir a la

3 Corte Constitucional en Caso N.º 0354-12-CN, Gaceta Constitucional N.º 004, 23 de septiembre de 2013.

4 La *Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional*, en su Art. 3, establece entre los métodos de interpretación constitucional: “2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.



obtención de cierto fin legítimo; **necesarias**, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y **proporcionales** en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implantación representa y los perjuicios que ella produce”⁵.(negritas añadidas)

20. Como explica la Corte Constitucional “deberá someter a la 'medida' analizada al examen sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”⁶, en este caso se debe analizar si la negativa del INDOT a la solicitud de que autorice la donación en vida del trasplante de Daniela Peralta a Susy Hinojosa cumple estos criterios.
21. En el presente caso, la no autorización del INDOT persigue el fin legítimo de prohibir el tráfico de órganos limitando el parentesco de las personas que pueden donarlo. Sin embargo, no es idónea la prohibición porque no existe un vínculo de causalidad entre la donación y el tráfico de órganos. No existe duda de que la cuñada de Susy Hinojosa, Daniela Peralta lo hace de manera altruista y sin buscar beneficio económico de ningún tipo. Por lo que, en el presente caso, no es idóneo prohibir la donación del riñón para limitar la actividad ilícita del tráfico de órganos.
22. Más allá de la limitación legal, la desautorización del INDOT para la realización del trasplante se muestra innecesaria. Si en otros casos, la norma cumple la función de que no se mercantilice con órganos, en el caso *sub judice* es distinto. Ante la evidente motivación altruista de la Daniela Peralta de donar un órgano a quien es la madre de su sobrina, la norma no está limitando un hecho ilícito.
23. Finalmente, cuando el INDOT impide la realización del trasplante está afectando el derecho a la vida digna y a la salud de forma desproporcional. Por un lado un daño imposibilitando la donación de un órgano que es vital para la existencia de Susy Hinojosa, pero no está logrando evitar el cometimiento de un crimen de tráfico de órganos, del que no existe ninguna evidencia, ni sospecha que exista. Por tanto, no existe un equilibrio entre el perjuicio que causa y el nulo beneficio que provoca la norma. En este caso, existe una evidente desproporcionalidad cuando el INDOT no autoriza la realización del trasplante.
24. Por todo lo anterior, se deja en claro que Susy Hinojosa tiene derecho a la vida digna y la atención de salud especializada, lo que incluye el derecho a recibir el trasplante de órganos que requiere para continuar su vida. Sin embargo, el INDOT, no autorizó la realización del trasplante, a través de su escrito de 8 de abril, aplicando una norma jurídica cuyo objeto pretende normar otros hechos diferentes a los que definen este caso en particular, impidiendo a una persona con discapacidad la prestación de servicios de salud que atiendan su necesidad específica de un trasplante renal, que puede salvar su vida. Por lo tanto, y más allá de la norma legal la no autorización del INDOT del trasplante de riñón de Daniela

5 Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*. Universidad del Externado, Bogotá, 2008, p. 82. Citado por la Corte Constitucional en Caso N.º 0354-12-CN, Gaceta Constitucional N.º 004 . 23 de septiembre de 2013.

6 Corte Constitucional en Caso N.º 0354-12-CN, Gaceta Constitucional N.º 004 . 23 de septiembre de 2013.

71
Ulla
23

Peralta, en calidad de donante, a su cuñada, en calidad de receptora, constituye una medida desproporcional que vulnera los derechos a la vida digna y a la salud de Susy Hinojosa.

25. Este análisis se respalda en un precedente jurisprudencial argentino. El caso tiene características muy similares al que ahora se están tratando: una persona requería trasplante renal y pronta atención médica, los familiares no era compatibles para donar el órgano y existía la misma limitación legal que en la legislación ecuatoriana⁷, pero un donante vivo no relacionado al paciente era compatible y expresó libremente su voluntad de donar su órgano. Ante la limitación, el Juez de lo Civil y Comercial recalcó la misión judicial de “velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales”⁸. En ese sentido, consideró que al no comprobarse que el donante quiere obtener un beneficio comercial (tráfico de órganos) ni de otro tipo:

“La limitación carece de sustento en el caso, de tal suerte que verificada la existencia de una finalidad exclusivamente altruista, humanitaria y fundada en razones de afecto también suficientemente justificadas, corresponde otorgar la autorización requerida”⁹.

26. De lo que se concluye, que en el presente caso -al comprobarse que no existe interés comercial en el trasplante y existir una relación de afecto entre donante y receptora- se debe excepcionalmente autorizar el trasplante para garantizar el derecho a la vida digna y salud de Susy Hinojosa.

Derechos de Daniela Peralta.

27. En este apartado analizaremos el derecho a la libertad de decisión en temas relacionados a la salud que tiene Daniela Peralta como donante de su riñón que está vinculado a su consentimiento informado en relación a las consecuencias que tendría este procedimiento quirúrgico.

Derecho al consentimiento libre en relación a la autonomía de las personas.

28. En este apartado desarrollaremos la importancia del consentimiento libre para garantizar la autonomía de las personas para decidir libremente sobre su salud y su proyecto de vida en. Este derecho se establece en el Art. 66 num. 10 de la Constitución, que reconoce el “[...] derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud [...]” que se encuentra vinculado al derecho contenido en el num. 5 del mismo artículo, que se refiere al “[...] derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos

7 Ley 293, Art. 3:ARTICULO 15° - Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.

8 Juzgado Nacional de Primera Instancia de lo Civil y Comercial Federal N° 7. Sentencia de 13 de septiembre de 1996.

9 Juzgado Nacional de Primera Instancia de lo Civil y Comercial Federal N° 7. Sentencia de 13 de septiembre de 1996.



Defensoría
del Pueblo
ECUADOR

El desafío de ser diferentes es enfrentarlos

-72-
selección y
dos

de los demás.”

29. Por la complejidad de este derecho de libertad de decidir informadamente sobre su salud, es necesario realizar un breve análisis ético de la donación de órganos en general para abordar el caso específico.
30. De acuerdo a Luis Contreras A., la donación tiene una finalidad, que es la de salvar la vida de las/os pacientes; por tal razón, esta alternativa terapéutica es de última opción en aquellos casos que otras opciones terapéuticas no han tenido resultado, y que la falla irreversible del órgano ha ocurrido. En esos casos, el trasplante de órganos es una opción real que conlleva la restauración de la salud y como consecuencia, la salvación de la vida de una persona, generando un aumento en su expectativa de vida. Por tal motivo, la donación de órganos para el trasplante es un verdadero acto de altruismo, que corresponde a una verdadera solidaridad por el beneficio de otras personas.
31. Bajo estos parámetros la Defensoría del Pueblo concuerda con el criterio de que si existe una compensación económica por el trasplante, deja de ser un acto de verdadero altruismo, y deja de ser una verdadera donación. En tal virtud, se podrá observar el altruismo con el que manifiesta Daniela Peralta Donoso actuar en el presente caso en relación a su cuñada, donde usted señor juez/a podrá incluso requerir a la donante que manifieste su consentimiento informado que ha manifestado verbalmente a la Defensoría e incluso lo ha recogido en un documento público. Este consentimiento libre e informado es el que deben recoger las autoridades del Ministerio de Salud Pública para en el caso particular proceder con el trasplante del riñón frente a la deficiencia renal de Susy Hinojosa de Peralta.
32. En ese sentido, señor juez/a usted podrá verificar si Daniela Peralta Donoso tiene información del procedimiento quirúrgico que le van a realizar, y las consecuencias de la aplicación de este procedimiento. Igualmente, podrá verificar si Susy Hinoja de Peralta conoce la situación en la que se encuentra, y el tratamiento que deberá recibir una vez que se haya realizado el trasplante, que implica el uso de inmunodepresores para que pueda asimilar el órgano que recibiría de su cuñada.
33. En el derecho comparado de Argentina se observa que en estos casos se realiza un análisis relacionado al derecho a la integridad corporal, que tiene como consecuencia el que las personas puedan realizar actos de disposición en vida de algún órgano de su propio cuerpo, de manera que se lo pueda implantar en otro ser humano. Este derecho es de los denominados personalísimos, donde la decisión personal tiene un rol primordial y no secundario.
34. En consecuencia, lo que debe observar señor juez/a es que el donante vivo no sufra un daño sustancial e irreparable para su vida y su operatividad, en el sentido de que no disminuya su derecho a la salud y su autonomía personal; para lo cual, debe observarse que la donante efectivamente puede vivir con uno de los riñones.
35. En la jurisprudencia de la República de Argentina encontramos una que se refiere a la donación de órganos entre vivos que no se encuentran relacionados hasta el cuarto grado de

consanguineidad y primero de afinidad. En este caso, el Juez Federal de Buenos Aires Argentina, examinó dentro del caso que estuvo en su conocimiento que la peticionaria ratificó su voluntad de donar uno de sus riñones a su ahijada; para lo cual, recurre a los criterios de una interpretación sistémica con el objeto de desentrañar la finalidad de la ley de trasplantes; además, aborda la cuestión del conocimiento que la donante y la persona que recibirá el órgano, tienen sobre las secuelas, riesgos, posibilidades de éxito y derecho de retractarse que tiene el dador antes de la intervención. Con estas cuestiones, el juez aborda finalmente que el análisis de la sentencia debe verificar si el resultado en el caso concreto de prohibir la donación entre estas partes es justa.

36. Para ello, igual que en el caso concreto de Daniela Peralta, se debe analizar los principios en los que se funda la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. De acuerdo a la ley que regula estos actos de donación, se funda en los principios de altruismo, voluntariedad, gratuidad, solidaridad, transparencia, interculturalidad y bioética contenidos en el Art. 4 de la mencionada ley.
37. En razón de estos principios que definen la finalidad de la ley se observa que es necesario que usted señora o señor juez analice si el consentimiento informado de Daniela Peralta para donar su riñón a su cuñada se funda en una conducta de altruismo, voluntariedad, gratuidad y solidaridad. Esto es, que el acto de la donante refleje una actitud de servicio voluntaria, expresándose una preocupación o atención desinteresada por el otro; que su decisión sea libre y potestativa, demostrando su intención en participar en el proceso de donación; que en el proceso de donación no se ofrezca ni reciba compensación económica o valorable económicamente; y que finalmente exista una relación entre estas dos personas que se derie de la justicia fundamentada en la igualdad, y que busque el bien del prójimo.
38. En este orden de ideas, señora o señor juez, de autorizar el trasplante de riñón entre Daniela Peralta y Susy Hidalgo, podrá establecer el derecho que tiene la dadora de revocar el consentimiento para el trasplante que ha autorizado "*[...] hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad [...]*" tomando lo realizado en la sentencia del caso de la República de Argentina.
39. En definitiva, esta verificación que podrá realizar señor juez/a sobre el altruismo en la donación que quiere realizar Daniela Peralta, le permitirá dar cumplimiento a otra de las finalidades de la ley que se inspiró en los Principios Rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos. De acuerdo al preámbulo de estos principios es obligación de los Estados controlar el tráfico comercial de órganos humanos, sobre todo cuando se trata de donantes vivos no emparentados con los receptores.
40. Incluso, su decisión para garantizar el derecho a donar de Daniela Peralta, puede fundarse en el segundo inciso del principio rector 3 de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos, que establece que en
"La donación de personas vivas es aceptable si se obtiene el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se organiza debidamente y se aplican y supervisan escrupulosamente los criterios de selección de los donantes. Los donantes vivos deberán ser informados de



- 13 -
se cuenta y
tres
del

los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida”.

41. Para desarrollar más este principio, la misma OMS es del criterio de que

“Muchas donaciones altruistas tienen su origen también en donantes relacionados desde el punto de vista emocional, aunque puede ser difícil evaluar el grado de conexión alegado. [...] [Y añade] [e]n el caso de las donaciones entre personas vivas, especialmente de donantes no emparentados, es preciso realizar una evaluación psicosocial para asegurar que el donante no actúe bajo coacción y evitar el comercialismo prohibido por el Principio Rector 5. Las autoridades sanitarias nacionales deberán velar por que dicha evaluación corra a cargo de una parte independiente debidamente cualificada. Al determinar la motivación del donante y las expectativas del donante y el receptor con respecto a los resultados, esa evaluación podrá contribuir a identificar, y a evitar, donaciones forzadas o que sean, en realidad, transacciones retribuidas.”

42. Este criterio de la OMS en relación la necesidad de determinar la motivación del donante y que su decisión sea informada, podrá ser observado por usted mismo en la audiencia. Incluso, bajo este criterio usted señor Juez/a podrá disponer las acciones que sean necesarias para que el Ministerio de Salud Pública por medio del INDOT realicen los exámenes pertinentes que cumplan con el estándar establecido en el principio rector 3 en relación a la donación entre personas vivas. Estas verificaciones, y la autorización para que Daniela Peralta pueda donar su riñón a Susy Hinojosa, estarán encaminadas a alentar que en este proceso de donación se respete también la dignidad de la donante, y se promueva y reconozca su motivación altruista.

43. Finalmente, al garantizar el derecho a donar que tiene Daniela Peralta, su decisión se apegará a lo expuesto por la OMS, que tiene el criterio de que existe una

“[...] necesidad de que la decisión sea auténtica y se tome con conocimiento de causa, para lo cual es necesario disponer de información completa, objetiva y localmente pertinente, y excluir a las personas vulnerables que sean incapaces de satisfacer los requisitos que comporta un consentimiento voluntario e informado. Un consentimiento voluntario supone también la existencia de disposiciones adecuadas para poder retirar el consentimiento hasta el momento en que las intervenciones médicas en el receptor hayan llegado a un punto en que éste estuviera en serio peligro si el trasplante no siguiera su curso. Este aspecto deberá comunicarse en el momento de manifestarse el consentimiento.”

IDENTIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN

44. Por los antecedentes de hecho y de derecho expuestos se pueden comprobar vulneraciones del derecho a la vida digna y salud de Susy Hinojosa y de Daniela Peralta del derecho al consentimiento en relación a la autonomía de las personas, por una disposición del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células (Oficio N° INDOT-DE-

2015-0427-O, de 8 de abril de 2015), entidad adscrita al Ministerio de Salud Pública. Siendo que la disposición del INDOT no da autorización a que se realice el trasplante renal de Daniela Peralta, como donante, a Susy Hinojosa, como receptora y pone en peligro la vida de la persona que necesita el trasplante.

45. Con estas consideraciones, interponemos la presente ACCIÓN DE PROTECCIÓN conforme a lo establecido en el Art. 88 de la Constitución de la República y los Arts. 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para que en sentencia se disponga a la Directora del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células, Dra. Diana Almeida Ubidia, proceda a autorizar la donación en vida para trasplante renal de Daniela Peralta, como donante, a Susy Hinojosa, como receptora.

DECLARACIÓN JURADA

46. Declaramos que no hemos interpuesto otra acción de la misma naturaleza por los mismos hechos y las mismas personas.

DOCUMENTOS DE PRUEBA

47. A fin de demostrar la vulneración de los derechos antes mencionados, nos permitimos adjuntar la siguiente documentación que prueba nuestros argumentos de hecho y de derecho:

Petición ante la Defensoría del Pueblo, 17 de abril de 2015.

Petición de autorización de trasplante presentado ante el INDOT, 25 de marzo de 2015.

INDOT: Respuesta a la solicitud de Donación en vida entre cuñados, 8 de abril de 2015.

Solicitud de Ingreso en lista de Espera Única de Órganos Sólidos, 26 de marzo de 2015

Certificado de Discapacidad del Ministerio de Salud Pública, 12 de marzo de 2015.

Declaración de decisión de donar riñones de Daniela Peralta y reconocimiento de firma, 24 de marzo de 2015.

Informes Médicos de Viabilidad del Trasplante

CITACIÓN Y NOTIFICACIONES

48. A la Dra. Diana Almeida, Directora Ejecutiva del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células, se le citará en las dependencias de la institución pública a su cargo en la calle Yaguachi E6-68 y Numa Pompilio Llona Barrio "El Dorado", en la ciudad de Quito.

49. A la Dra. Carina Vance Mafla, Ministra del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, se le



Defensoría
del Pueblo
ECUADOR

El trabajo de la Defensoría del Pueblo es permanente.

-74-
setenta y
cuatro
df.

50. Notificaciones que nos correspondan, en función de lo previsto en el Art. 8 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las recibiremos en la casilla judicial N° 998 del Palacio de Justicia de Quito, y en los correos electrónicos jguerra@dpe.gob.ec, rvarela@dpe.gob.ec, pbenalcazar@dpe.gob.ec.
51. Por mandato de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, deberá contarse en la presente causa con el señor Procurador General del Estado, a quien se le notificará en la Ave. Amazonas N39-123 y Arizaga.

Patrio Benalcazar
Adjunto de Derechos Humanos y de la
Naturaleza
DEFENSORIA DEL PUEBLO

José Luis Guerra Mayorga
Director General Tutelar
DEFENSORIA DEL PUEBLO

Rodrigo Varela Torres
Director Nacional de Derechos del Buen Vivir
DEFENSORIA DEL PUEBLO

Pablo Campaña Carrera
Especialista Tutelar 3
DEFENSORIA DEL PUEBLO



**REPÚBLICA DEL ECUADOR
OFICINA DE SORTEOS Y CASILLEROS JUDICIALES - QUITO**

Recibido el día de hoy, martes 21 de abril de 2015, a las 16:58

El proceso GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES por ACCION DE PROTECCION, seguido por: HINOJOSA GABELA SUSY, PERALTA DONOSO DANIELA, en contra de: VANCE MAFLA CARINA, MINISTRA DE SALUD, ALMEIDA UBIDIA DIANA, DIRECTORA EJECUTIVA DEL INDOT. Al que se adjunta UNA DEMANDA EN SEIS FOJAS Y TRES COPIAS DE LA MISMA, UN ANEXO EN TREINTA Y DOS FOJAS como anexos. Por sorteo de ley la competencia se radica en la UNIDAD JUDICIAL DE TRANSITO CON SEDE EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA, conformado por el JUEZ: ABOGADO JACKSON GUTEMBERG OVALLE SAMANIEGO (PONENTE). SECRETARIO: PATRICIO CORNELIO NOBOA COLEM. Juicio No. 17460201500658 (1)

QUITO, martes 21 de abril de 2015

MARIA CECILIA MUÑOZ NEIRA