

PERSPECTIVA DEL HABITANTE FRENTE A LOS RIESGOS DE TRANSFUSION DE SANGRE O HEMODERIVADOS

El caso del VIH-SIDA.
Donación de sangre: Peligrosidad o resultado.

Carlos José Valerio

Apdo. 802 - 2400 Desamparados, San José, Costa Rica

RESUMEN

La legislación costarricense no enfrenta adecuadamente los peligros de la transfusión sanguínea. Se propone un texto legal que mejore la selección de los donantes, las condiciones de consentimiento, la evaluación de la sangre antes de utilizarla, el uso de sustitutos sanguíneos, la gratuidad de la donación y el castigo de quienes estando infectados, de mala fe donen sangre.

Palabras clave: Legislación costarricense, transfusión sanguínea, donantes, consentimiento.

ABSTRACT

Costa Rica legislation does not deal appropriately with the dangers of blood transfusions. Legislation is proposed to improve donor screening, conditions of consent, evaluation of blood before use, use of blood substitutes, gratuity of donation and punishment of infected persons who knowingly donate infected blood.

Key word: Costa Rica legislation, blood transfusions, donor screening, consent.

Introducción

Muchos podrían ser los riesgos en la salud y las implicaciones legales, producto de una transfusión de sangre o hemoderivados. El riesgo de contagio por el VIH/sida ofrece una franca posibilidad de discutir los peligros a los que se enfrenta un habitante en este sentido aún a pesar de la existencia de instrumentos jurídicos, de organismo de defensa de derechos e intereses de las personas y de una moderna tecnología en salud. El presente estudio pretende delimitar el tema a las implicaciones de riesgo de la donación de sangre en relación con el VIH/sida como un punto de partida para la discusión de las implicaciones legales de la donación de sangre y el papel de la ley.

1- Epidemiología y transfusión de sangre.

De conformidad con un informe del

Departamento de Control del Sida de Ministerio de Salud de Costa Rica, 1,71% de los casos han sido por transfusión sanguínea. (1)

2- Legislación en torno a la donación de sangre en Costa Rica.

Los riesgos inherentes a la transfusión sanguínea disminuyeron en relación con el VIH/sida en Costa Rica desde que, mediante adecuada legislación y consolidación de eficientes servicios de salud en relación con la donación, tamizaje y transfusión, se establecieron controles de la calidad contra los agentes patógenos, incluido el VIH.

El Decreto 19933-S del 13 de setiembre de 1990 establece la prohibición para personas incluidas en los grupos de riesgo, de donar sangre, semen y otros tejidos y órganos. Los grupos de alto riesgo considerados en el

decreto son: hombres homosexuales y bisexuales, mujeres y hombres que practican la prostitución, mujeres y hombres promiscuos, personas que se inyectan drogas ilícitas, personas que recibieron sangre antes de octubre de 1985 (sin perjuicio de la discrecionalidad que el médico tenga en casos posteriores a esta fecha) y personas que se relacionan sexualmente con individuos incluidos en los grupos anteriores.

Dispone que todos los bancos de sangre deberán realizar las pruebas correspondientes para la hepatitis B, sífilis y VIH en hemoderivados destinados a uso humano. Ningún producto podría ser administrado si alguna de estas pruebas resulta positiva.

Finalmente, la infracción a esta disposición deberá ser denunciada a la autoridad judicial competente a fin de que se establezca la responsabilidad penal prevista en las disposiciones contempladas en la Ley General de Salud y cualquier otra disposición legal aplicable.

El Decreto 11726-S hizo obligatorio para los fabricantes de hemoderivados y productos biológicos de origen humano, certificar que estos productos y la sangre a partir de la cual los preparan no es portadora de anticuerpos contra el VIH.

El médico que vaya a aplicar productos derivados de la sangre deberá solicitar por escrito el consentimiento expreso del paciente o su responsable, teniendo la obligación de explicarle que a pesar de que estos productos han sido sometidos a métodos recomendados mundialmente para eliminar la presencia de VIH y que esto disminuye en forma muy importante el riesgo de transmisión del virus, no hay garantía absoluta por parte de los fabricantes de que el producto no transmita el VIH. De la letra de ambos decretos nos preguntamos:

a- ¿Qué sucedería cuando una persona de las pertenecientes al grupo de riesgo de conformidad con el decreto de cita y no obstante las prohibiciones de ley, donaré su sangre?

b- ¿Qué sucedería si una persona que conoce que esta infectada por el VIH deliberadamente donaré sangre o cualquier otro hemoderivado?

c- ¿Qué sucedería frente a los casos de emergencia médica en los cuales se debe suministrar sangre a una persona de manera obligatoria aún cuando la misma no cuenta con el respectivo proceso de tamizaje?

Las preguntas parecen sencillas, no obstante las respuestas requieren de un profundo análisis.

2- Donación de sangre. Lesión o peligrosidad.

Inquietudes y problemas.

a- Premisa

La calidad y la inocuidad de la sangre deben ser controlados y garantizados:

"Es deber del Estado tratar de asegurar que el suministro de sangre y hemoderivados, tan necesario en la medicina moderna de todos los países, se encuentre libre de agentes patógenos". (2)

En igual sentido se manifiesta Alberto Arteaga Sánchez en su artículo Sida, Sangre, Ética y Derecho, (2) en la misma obra, al mencionar que:

"En cuanto a los exámenes practicados a donantes, debe quedar claro que es obligación del estado velar por el mantenimiento de la Salud Pública, y correlativamente que es deber de la comunidad que se tomen medidas para impedir el contagio y la propagación de un mal como el SIDA" (3)

b- El Principio de Legalidad Penal

El decreto Número 19933-S del 13 de setiembre de 1990 es claro al estipular que por razones de Salud Pública, el control de la donación de sangre es un imperativo sanitario. Es menester aclarar que el decreto de comentario no prevé la pena en concreto. Para tal efecto remite a la Ley General de Salud:

"La infracción a las normas procedentes será denunciada a la Autoridad Judicial competente, a fin de que se establezca la

responsabilidad penal prevista en las disposiciones contempladas en la Ley General de Salud, sin perjuicio de cualquier otra disposición legal que fuere aplicable”

El artículo 378 de la Ley General de Salud textualmente reza:

“ El omiso en el cumplimiento de las órdenes o medidas especiales o generales, dictadas por las autoridades de salud, suplirá la pena de cinco a treinta días multa, si el hecho no constituye delito”

Brevemente indicaremos en este decreto enfrenta un inconveniente jurídico de conformidad con el Principio de Legalidad Penal, el cual exige que las conductas reprochables y debidamente tipificadas deben establecer expresamente la pena o sanción respectiva. La remisión, como en este caso, a la Ley General de Salud ofrece desventajas para la garantía de la Seguridad Jurídica, pues en particular, el donante de sangre, no podrá conocer con exactitud la sanción a su conducta violatoria del decreto que aquí nos ocupa.

Sería aconsejable a fin de satisfacer las exigencias de Salud Pública y de Seguridad Jurídica, advertir al futuro donante que su actuación tiene implicaciones legales que posteriormente, el juez, en sede jurisdiccional deberá determinar.

c- El donante y su intención

Frente al caso de una persona, que de manera voluntaria, se ofrezca a donar sangre y en la entrevista que se efectúe, niegue la realización de conductas de alto riesgo de conformidad con lo ya precitado, y posteriormente se pruebe que efectivamente la persona efectúa conductas de este tipo, el trabajador de salud, público o privado, deberá denunciar esta situación ante las autoridades judiciales competentes, únicamente si la persona donó su sangre, porque la falta se consuma en el momento de donar a sabiendas de su conducta de riesgo, y no en el momento de negar dicha actitud: deben presentarse los dos elementos para que la infracción se constituya.

No parece que la denegación pura y simple de conductas de alto riesgo por sí misma sea considerada riesgosa para la Salud Pública. La intención, a pesar de que se conoce que se realizan conductas de alto riesgo, requiere adicionalmente de la materialidad del acto de donar para configurar una actitud peligrosa para la sociedad.

El peligro es aún más serio, si esa persona sabe que esta infectada por el VIH. Frente a este caso en particular, cabe destacar además una distinción importante en relación con lo anterior, y es que negar la realización de cierto tipo de conductas y además donar sangre no se bastan por sí mismos para constituir el delito; necesariamente se requiere la intención de ocasionar posteriormente un daño a una o varias personas, pues para que ello suceda en términos de culpabilidad penal, debe existir además conocimiento de la portación de una enfermedad contagiosa y la intención de causar daño.

“ Tratándose de una exigencia positiva de carácter psíquico, este requisito constituye un elemento subjetivo de la figura que no puede ser suplido por la obligación que el sujeto tuviera de saber. Es más, constituye un error identificar ese enunciado con la culpabilidad misma. Tal enunciado no es sino un elemento fáctico (psíquico) de la figura, sin cuya concurrencia fallaría en este caso de modo patente el encuadramiento del hecho. Por otra parte, la existencia de ese encuadramiento no supone necesariamente, por sí mismo, la existencia de culpabilidad la cual, en este caso, se apoya en ese conocimiento, pero no consiste en tal conocimiento, que es mero dato, sino en el conocimiento y la voluntad del hecho definido por la ley como delito, esto es, el hecho de propagar la enfermedad”. (4)

d- Delitos de peligrosidad o de resultado.

En presencia de delitos contra la Salud Pública como los que nos ocupan, el bien jurídico tutelado de la seguridad se vincula de manera muy estrecha con la idea de peligro común.

Frente a la duda de que la donación de sangre constituya un delito de peligrosidad y

no de resultado, en el que el daño se consume al ocasionar una lesión o muerte determinados a una o varias personas en particular, cabe reflexionar en torno a lo siguiente.

“ Para la existencia de un delito contra la salud pública es indispensable la existencia de un peligro común para las personas, un peligro indeterminado”

“ Este tipo de delitos de peligro no requiere para su tipificación que se produzca un resultado material lesivo, se perfeccionan sólo con la infracción de las medidas o disposiciones sanitarias dictadas al poner en riesgo el bien jurídico tutelado que es la Salud Pública.” (5)

En tesis de principio, la peligrosidad general para la sociedad de la transmisión del sida por vía transfusional, por ejemplo, se puede presentar frente al riesgo o peligro en que se coloca a la seguridad de las personas cuando un individuo que conoce la posibilidad de propagar, extender o aumentar esa enfermedad, sin que sea preciso que haya sido efectivamente transmitida o otra persona por esa transfusión, de manera efectiva done sangre. Lo que ocurre comúnmente es que la posibilidad de transmisibilidad a terceros implica siempre un peligro para la comunidad, pero cuando esa sangre fue transfundida a una persona en particular, dejamos de estar en presencia de un delito de peligrosidad para enfrentarnos a un caso de resultado: infección en otra persona.

Con base en lo anteriormente expuesto, arribaremos a las siguientes conclusiones:

Negar conductas de alto riesgo y donar sangre de conformidad con la legislación vigente, no debe necesariamente llevarnos a pensar que el sujeto desea contagiar (delito de lesividad o daño), pues para ello en primer lugar requeriría de conocimiento de la portación del virus y tener intención dolosa, o que a pesar de este conocimiento, se represente la posibilidad eventual de causar daño efectivo: lesiones o muerte. La donación de sangre constituye esencialmente un delito de peligrosidad. Es decir de advertir, no obstante,

que pueden presentarse casos límite en los que la donación de sangre deja de constituir un delito de peligrosidad para convertirse en uno de resultado. Por ejemplo, en los casos de emergencia, en los cuales se hace un llamado público para donar sangre de manera urgente para salvar la vida de una persona o, cuando algún familiar o persona allegada es llamada para aportar la sangre de una persona que la requiere y ante el eventual caso de que estas personas sepan que están infectadas y no obstante actúen, el dolo es claro y la intención es directa: estamos en presencia de un delito de resultado.

e- La obligatoriedad de la denuncia y los grupos con conductas de alto riesgo.

Finalmente, la obligatoriedad de denunciar estos hechos ante las autoridades judiciales encuentra sustento en mandatos de Salud Pública. Así, es menester advertir que la omisión de este deber por parte del trabajador de la salud, puede acarrear para él responsabilidades de diferente índole no sólo de manera personal, sino también al establecimiento de salud público o privado de que se trate.

Una dificultad más enfrenta la situación que analizamos: La prueba de la conducta riesgosa. En otras palabras, resulta imposible determinar a ciencia cierta en la entrevista previa a la donación si una persona es o no trabajadora (or) del sexo, homosexual o drogadicto.

Finalmente debemos reconocer que la peligrosidad no puede ni debe ser restringida a un determinado sector de la población o a un grupo de conductas en particular. El decreto de comentario aunque necesario, sesga la realidad en cuanto a “conductas de alto riesgo” y la “promiscuidad”, pues olvida que de conformidad con los modernos preceptos de Salud Pública y prevención de enfermedades contagiosas, en especial de las de transmisión sexual, todas las personas constituyen un riesgo para la salud y de conformidad con esa premisa debe actuarse en todo momento.

Conclusiones y recomendaciones

La legislación en Costa Rica debe ser revisada con el fin de que los controles de la donación de sangre sean más efectivos.

Se presenta a continuación una propuesta normativa que pretende regular la materia:

1- Selección del donante:

"A todas las personas infectadas por enfermedades contagiosas mediante transfusión sanguínea se les prohíbe donar sangre o sus derivados, órganos o tejidos. Los bancos de sangre, órganos y tejidos deberán además realizar acciones de selección tendientes a restringir la donación de estos productos por parte de personas que realizan prácticas reconocidas de alto riesgo de adquirir enfermedades contagiosas por vía transfusional."

2- Condiciones para la transfusión de sangre.

"La transfusión de sangre, sus derivados y sus tejidos constituye una medida excepcional para salvar la vida de un paciente y requiere además:

a- El consentimiento del paciente o de sus familiares en los casos en que sea posible. En ausencia de dicho consentimiento privará el criterio del médico tratante.

b- La información de los riesgos de esta intervención médica.

c- El examen previo sobre la existencia de anticuerpos. A juicio del médico tratante, en casos muy calificados de urgente necesidad para salvar la vida del paciente y para evitar un mal mayor, se podrá transfundir sangre sin la debida realización de pruebas diagnósticas".

3- Uso de sustitutos de la sangre.

"Para evitar el contagio por enfermedades, se promoverá el uso de sustitutos sanguíneos, especialmente cristaloides y coloides, o el mecanismo de la transfusión autóloga cuando sea posible".

4- Gratuidad de la donación.

"La donación de sangre deberá ser gratuita. se prohíbe su comercialización".

5- Peligrosidad y resultado

"La donación de sangre infectada constituye "per se" una acción de peligrosidad y la donación de sangre infectada y transfundida a un sujeto configura un delito de resultado".

Los problemas jurídicos y probatorios que pudieran presentarse para la aplicación de

sanciones en torno al contagio por transfusión sanguínea pudieran resolverse si el Código Penal previera un delito que sancionara la donación de sangre por parte de sujetos que saben que están infectados, independiente de que contagien o no a una persona; para lo cual estaríamos frente a un caso de Peligrosidad y por otra parte una circunstancia de agravación que sancionara al que donó sangre contaminada que fue transfundida sin las respectivas pruebas de detección de anticuerpos- por la emergencia del caso- valga la pena aclarar, para lo cual estaríamos en presencia de un delito de resultado, como a continuación se expone:

" Donación de sangre, semen, tejidos u órganos.

Se impondrá prisión de uno a cinco años al que, conociendo que está infectado por una enfermedad contagiosa, donará sangre o sus derivados, tejidos u órganos".

Circunstancia de agravación:

"La pena será de tres a ocho años de prisión si producto de la donación descrita en el párrafo anterior, alguna persona resultara infectada. La pena será de diez a veinte años, si se tratare de una enfermedad que no tuviera cura al momento del contagio".

La acción de la persona que, con mala intención donará con fines de infectar, no quedará impune, pues si no se lograra demostrar en sede jurisdiccional que con su sangre se infectó a determinada persona, por la aplicación del beneficio de la duda para el imputado, no se aplicaría la circunstancia de agravación sino la primer parte del artículo en relación con la donación de sangre infectada.

Bibliografía

- 1- Departamento de control del SIDA. Ministerio de Salud. Informe de casos reportados acumulados hasta mayo de 1995.
- 2- Tullio, A. Sangre y SIDA: Estado de la situación en Argentina. Aportes de la Etica y el Derecho al estudio del SIDA. Organización Mundial de la Salud. Publicación Científica No 530. pag. 244
- 3- Ortega, A. Sida, Sangre, Etica y Derecho. Op.cit. Pag 246
- 4- Soler, S. Op.Cit. Pags 563 y 564.
- 5- Soler, S. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina. 1976. Pag.553