

no, vive o muere. No obstante, siempre la vida por este medio sigue siendo una entidad elástica que puede pasar los límites de la vida humana. Aunque a los órganos humanos se atribuyen por sus características fisiológicas del organismo humano las mismas propiedades que a los órganos del material de reemplazo por

## DONACIÓN DE ÓRGANOS: LA BÚSQUEDA INCIERTA DE LA INMORTALIDAD

Gisela A. Oscós Said

SUMARIO: I. De cómo todo puede transplantarse, II. Las fronteras prácticas de la inmortalidad. III. Los sistemas jurídicos ante la donación de órganos. IV. Los límites jurídicos: 1. Sobre la naturaleza y comerciabilidad del cuerpo humano. 2. El consentimiento, condición sine qua non de la disposición de órganos. A. El consentimiento maduro y madurado. B. Los menores de edad e incapacitados. C. El consentimiento informado. D. Las formalidades del consentimiento. E. El consentimiento en la disposición de órganos de cadáveres. F. La omisión del consentimiento: a) Quiénes pueden suplir el consentimiento, b) La excepción en caso de necropsia. G. Otros sistemas para la disposición de órganos. H. El voluntarismo alentado como opción al caso mexicano. 3. El cadáver y la muerte. V. Los límites éticos.

### I. DE CÓMO TODO PUEDE TRANSPLANTARSE

Hace treinta años, nadie creía posible aventurarse más allá de las transfusiones de líquido sanguíneo o de los trasplantes de algunos órganos pares que no ponían en especial riesgo al ser humano; mas desde que el 3 de diciembre de 1969, Christian Barnard realizara la primera operación de trasplante de corazón, la aventura médica no se ha detenido: los implantes simultáneos de dos órganos a un mismo individuo, los trasplantes de órganos impares y no regenerables; los diversos experimentos para lograr el trasplante de partes cerebrales y la implantación en el útero materno de embriones provenientes de otras mujeres o de un vaso de precipitados, han demostrado que el hombre busca ávidamente los caminos hacia la inmortalidad.

La tecnología médica pretende crear órganos mecánicos, prótesis elaboradas en todo tipo de material, dotándolas de funcionamiento y movilidad casi humanos. Entretanto, la preferencia por la *provisión natural* de órganos sigue prevaleciendo y se buscan donantes huma-

nos, vivos o muertos.<sup>1</sup> No obstante, alargar la vida por este medio sigue siendo una quimera: el obstáculo más fuerte para los transplantes, estriba en el rechazo a los órganos, humanos o artificiales, por incompatibilidad inmunológica del organismo. Aunque las cirugías resulten exitosas, la muerte por rechazo del material es frecuente, por lo que intentar la sobrevida por medio del trasplante, suele ser un breve sueño.

Para los miles de requirentes de órganos, lo preferible sería obtenerlos de donantes vivos, sanos y capaces. Esto es por el momento impensable, al menos por lo que toca a órganos impares no regenerables que necesariamente deben obtenerse de cadáveres; pero es posible en el caso de órganos pares o de ciertos tejidos que sí se renuevan, como la sangre y la médula ósea, la piel, músculos y cartílagos, que pueden ser obtenidos incluso del propio cuerpo del receptor (autoplastia).

Por ello, en todo el mundo hay largas listas de requirentes que aguardan incluso por años a algún donante cuyos órganos resulten finalmente compatibles con su sistema inmunológico. La significativa desproporción entre la demanda y la oferta en el mercado de órganos, y la ingente necesidad de los mismos, han provocado que se coloque en un plano muy ulterior la valoración de la *calidad* de la vida humana. Un sinfín de problemas éticos y morales en torno a los transplantes, donantes y receptores, han sido dejados de lado por los sistemas de salud y legislativos en la urgencia por cubrir rápidamente estas necesidades. El Estado ahora no sólo deberá garantizar las condiciones de vida de los individuos, sino incluso *posibilitar la provisión de vida*, mediante un sistema por el que esos individuos puedan obtener de otros, la materia vital.

<sup>1</sup> En un artículo publicado recientemente, se hace relación de la *materia prima* que aporta un ser humano: "un cuerpo puede proveer: 1 corazón o 4 válvulas cardíacas; 2 pulmones; 2 riñones; 1 hígado; 1 páncreas; 2 articulaciones de la cadera; 1 mandíbula; 6 huesecillos del oído; 2 córneas; médula ósea; huesos de las extremidades y costillas; ligamentos, tendones y piezas de cartilago; piel; vasos sanguíneos". Christine GORMAN, "Matchmaker, Find me a Match", en *Time International*, no. 24, June 17 1991, p. 36; cfr. con el artículo 30 del *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos*, publ. D.O.F. 20 de febrero de 1985, reformado por decreto publ. en D.O.F. 26 de noviembre de 1987; en trece fracciones no limitativas, se comprenden todos aquellos materiales que pueden ser donados lícitamente según nuestra legislación.

## II. LAS FRONTERAS PRÁCTICAS DE LA INMORTALIDAD

Aunque quisieran obviarse, existen argumentos jurídicos, políticos, morales, sociales y éticos tras la tecnología del trasplante y los sistemas permisivos de la donación de órganos y tejidos, dados los avances técnicos que han logrado situar al hombre en una posición ventajosa sobre sí mismo con relación a límites que anteriormente eran infranqueables. Para algunos, parar mientes en estas cuestiones sólo propende a obstaculizar el irrefrenable progreso de la ciencia al servicio del hombre, con réplicas que suenan obsoletas y arcaicas.<sup>2</sup>

Sin embargo, hay casos en que se está a punto de transponer los límites de zonas más delicadas que no siempre se aprecian a primera vista.

Hace poco, un matrimonio concibió una hija con el único fin de extraerle médula ósea para transplantársela a otra hija, enferma de leucemia, y salvarle la vida. Aunque el procedimiento empleado es bastante sencillo y no reportó peligros específicos para ambas, lo cierto es que no puede pasarse por alto el hecho de que se planeó dar vida a un ser humano, no como un *fin en sí mismo* sino como *medio*, para dotar de materia vital a otro. Ese pequeño ser, concebido *ex-profeso*, no tuvo oportunidad de manifestar su consentimiento frente a la disposición que sus padres hicieron de una parte de su cuerpo. Si de la operación hubiesen resultado complicaciones, habrían sido sus propios padres quienes las hubiesen sometido a una situación de peligro indeseada —quizá con resultados fatales—, asumiendo un derecho sobre su cuerpo —sobre su vida— que no tenían, con el fin de devolver la

<sup>2</sup> En ese sentido, entre otros, se expresa Gert KUMMEROW: "El derecho a la integridad física, a los poderes que el ser humano puede desplegar sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de otros seres humanos, y la eficacia de los actos negociales cuyo objeto gravita sobre esos puntos de incidencia, no han podido liberarse del influjo de argumentos procedentes de confines extraños al Derecho Positivo... la considerable expansión [de los]... conceptos de orden público, buenas costumbres, orden social... obedece en gran medida a la recepción de ese tipo de argumentación por los organismos jurisdiccionales, con la premeditada finalidad de frenar la eficacia de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, o los derechos que otros ostentan sobre sus partes". "Perfiles Jurídicos de los transplantes en seres humanos", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 3a. época, mayo-junio 1970, no. 33, pp. 21 y 22; este tipo de opinión es ampliamente defendido por el cuerpo médico, que en un interés sincero por la sanidad colectiva y el ascenso de la técnica médica, soslaya otro tipo de imperativos, cuya importancia es innegable.

salud a otro ser ya existente.<sup>3</sup> Por muy encomiable que sea el esfuerzo de unos padres por salvar a un hijo, moralmente no resulta plausible el medio empleado.

Se han presentado múltiples casos en los que personas necesitadas de órganos se enfrentan a la negativa de sus parientes cercanos para donárselos, —lo que es frecuente y entendible— no obstante que dichos órganos podrían ser los únicos compatibles a su alcance. A pesar de que no se podría reprobar la actitud de quienes se niegan a dar sus órganos, en Estados Unidos se han llegado a plantear demandas legales con la pretensión de obtener una orden judicial que obligue a los posibles donantes a la cesión de sus tejidos.<sup>4</sup> Frente a semejante absurdo, si se llegaran a obtener mandamientos judiciales de tal tenor, se estaría coaccionando a los sujetos a la entrega de órganos y tejidos, pese a su derecho a no consentir en ello.

En los casos en que se mantienen en forma artificial los cuerpos de quienes están considerados clínicamente muertos, —con auxilio de mecanismos y aparatos diversos— se abre la posibilidad de que se les deje en ese estado en forma indefinida para que provean constantemente ciertos tejidos renovables. La cuestión podría presentarse, aún sin haberse obtenido el consentimiento de la persona, o bien, por medio de la autorización de sus familiares.<sup>5</sup> Tal vez en esa forma sería justificable el gasto que ocasiona al Estado la manutención de un individuo que quizá no se recupere jamás y a quien sus órganos "no le son de ninguna utilidad". Bajo esta mira podría colocarse asimismo a los incapaces mentales permanentes, facultándose a sus representantes legales para disponer de sus órganos y tejidos no "indispensables", para cederlos, por ejemplo, a familiares capaces, con una expectativa de vida promedio, remediando así alguna deficiencia orgánica. Con ello se resuelve un problema práctico, pero queda en duda la justificación ética y jurídica de tal proceder.

Como los anteriores, una serie de casos concretos evidencian una problemática ético-jurídica que en ocasiones podría diluirse y enmascararse con argumentos sofistas que recuerdan la roca Tarpeya y

<sup>3</sup> El caso ha sido referido varias veces en la prensa internacional durante el último año. La fuente utilizada es, Lance MORROW, "When One Body can save another", en *Op. cit., supra*, nota (1), pp. 30-34.

<sup>4</sup> Vid. los casos referidos por Robert STEINBROOK: "Unrelated volunteers as bone marrow donors" en *The Hastings Center Report*, vol. 10, no. 1 feb. 1980, pp. 11-14.

<sup>5</sup> Cfr. con Arthur L. CAPLAN, "Organ Transplants: the costs of success", en *The Hastings Center Report*, vol. 13, no. 6 dec. 1983, pp. 23-32.

nociones que quieren emparentar con falsos sentimientos humanitarios, alejándose de los genuinos propósitos. Se busca el mejoramiento del género humano, obteniendo las piezas de compostura de entre sus propios elementos, lo que es formidable; pero habría que preguntarse si puede obtenerse el material de aquellos seres que han dejado de tener una *vida de primera clase*, para asegurársela a los restantes, en una lucha por sobrevivir, cifrada sobre desbalances y que sacrifica los derechos humanos de unos, para proteger los de otros.

En vista de que, al parecer *todo se puede donar* o podría hacerse, habría que analizar *cómo se debe donar*. Habría que discernir si todo individuo puede hacer donación de sus partes, si pueden hacerlo sus familiares o el Estado; si la sociedad es acreedora de los órganos y tejidos de aquellos de sus miembros que ya no los usarán más o de quienes pueden prescindir de ellos. Habría que pensar si en los años que siguen, la humanidad defenderá el establecimiento de *verdaderos campos de cultivo* para poder levantar *cosechas de órganos humanos*, en forma ilimitada. Y tal vez, por último, habría que preguntarse si éste es el estadio de avance anhelado, minimizante de la calidad de la persona humana y amnésico de toda consideración ética.

### III. LOS SISTEMAS JURÍDICOS ANTE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

Con respecto a la remoción, donación y trasplante de órganos, los sistemas legales pueden agruparse según lo siguiente:

A) Sistemas que no regulan la donación y trasplante de órganos humanos. En la actualidad, son los menos, dados los avances técnicos y la necesidad de que la legislación de cualquier Estado, por atrasado que esté, vaya a la par con la tecnología en la medida de lo posible. Estos sistemas sin provisión específica al respecto, suelen:

1) considerar ilícito el trasplante de órganos para fines terapéuticos; con lo cual sólo admitirían la remoción de órganos a partir de cadáveres cuyo destino sea la docencia o la investigación;

2) regular la remoción de órganos de sujetos vivos mediante la integración de normas de Derecho Civil (familia, contratos, sucesiones), de Derecho Penal (lesiones, homicidio) y bajo los parámetros generales del orden público, interés y moral sociales y las buenas costumbres.

Así ocurre en algunos países de África y el Asia musulmana. La tendencia es lograr la incorporación legislativa de este rubro en todos los

sistemas sanitarios, para lo cual, resultan invaluable los esfuerzos que llevan a cabo diversos organismos internacionales y, asociaciones sanitarias de tipo privado.

B) Sistemas que regulan la remoción, donación y trasplante de órganos humanos. En la actualidad, la mayoría de los Estados Occidentales (europeos y americanos) cuenta con una normativa definida al respecto, que sin embargo aún guarda diversidad. Por ello, este grupo, a su vez, admite subclasificaciones:

1. En cuanto al origen del material del que se dispone:

a) Sistemas que distinguen entre material proveniente de sujetos vivos y de cadáveres. Estas legislaciones recomiendan el uso de material extraído de cadáveres para fines terapéuticos, docentes y de investigación, pero admiten la disposición a partir de personas vivas, siempre y cuando:

— se destinen únicamente para fines *terapéuticos*, con lo cual se excluye la disposición *ex-profeso* de material de vivos para la docencia y la investigación; solo en los casos en que se separen vísceras y tejidos por situaciones diversas (amputación o ablación necesarias de órganos o miembros, por enfermedad, accidentes o lesiones), podría destinarse el material desprendido a la docencia e investigación.

— exista una justificación médica que demuestre la urgencia y compatibilidad del trasplante (avalada con exámenes y probanzas físico-psíquicas, hechas a los eventuales receptor y donante);

— no se trate ni de órganos únicos, imprescindibles, o de material no regenerable;

— no se ponga al disponente (donante) en igual o mayor peligro que el que enfrenta el receptor necesitado, o se le incapacite por causa de la remoción;

— el disponente sea un sujeto capaz, mayor de edad, y esté conscientemente informado de todas las situaciones y riesgos que su disposición implica;

— En algunos sistemas, se exige como requisito que el donante guarde con el receptor del órgano, un grado específico de parentesco por consanguineidad, con la intención de dar mayores garantías a la compatibilidad de tejidos y con ello al éxito de la operación quirúrgica; en casos excepcionales, se permite que el receptor sea el cónyuge, concubino, hijo o padre adoptivo del donante;

— En general se excluyen como donantes, a los reclusos, mujeres encinta, (salvo situaciones especialísimas); a los incapacitados y me-

nores. En estos dos últimos supuestos, algunos sistemas permiten la remoción de órganos supliendo las deficiencias de la manifestación de voluntad por la de los representantes legales, con lo que se haría nugatorio cualquier intento de protección a este grupo de individuos.

— El requisito fundamental para que la donación sea válida, ya en el caso de órganos extraídos de vivos o de cadáveres, radica en la libre expresión de la voluntad del donante, que siempre y en todo caso, podrá ser revocada sin expresión de motivos, y sin responsabilidad alguna.

En algunos sistemas, el consentimiento debe ir acompañado de una orden judicial que lo avale.

b) Sistemas que sólo consideran lícita la donación proveniente de cadáveres o en su caso, restringen el tipo de órganos de donantes vivos de que se puede disponer. Este era el caso de los Estados Unidos sujetos al *Uniform Anatomical Gift Act* y del Reino Unido, bajo el *Human Tissue Act* de 1961, en los que no existían provisiones referidas a la remoción de tejidos de donantes vivos. En Italia, las donaciones de órganos vivos se limitan a los riñones y se requiere de una orden judicial. Es cierto que este tipo de medidas pretenden proteger la situación de los donantes, al promover por vía indirecta que la obtención de tejidos sea preferentemente de cadáveres o muy limitada con respecto a vivos. Pero tal vez se desea facilitar precisamente la cuestión del consentimiento, que resulta más problemática, en apariencia, en el caso de vivos que de cadáveres.

2. En cuanto a la forma de disposición del material humano:

a) Sistemas fundamentados en la voluntad del disponente originario (donador) y en algunos casos, en la de los disponentes secundarios (causahabientes del donador y diversas autoridades). Ante la reunión de todos los requisitos señalados en la clasificación antecedente (*supra* B,1), el accionador básico de la donación de órganos es la voluntad o el consentimiento del donante.

b) Sistemas en los que el Estado suple el consentimiento del disponente originario, ante la omisión de éste. En los sistemas en los que el valor del consentimiento del disponente originario tiene una relevancia secundaria, o cuando aquél no ha llegado a hacer expresión de la voluntad y no se suple esta laguna por el consentimiento de los disponentes secundarios, el Estado adquiere una función supletoria, como si fuese el último o único detentador de los residuos corporales de sus gobernados. En estos sistemas, el Estado puede incluso dispo-

ner de *motu proprio*, sobre los tejidos y componentes de los sujetos muertos, si las necesidades terapéuticas, docentes y de investigación lo requieren, en vista de que la demanda de órganos supera el abastecimiento voluntario de los mismos —como está sucediendo—.

En tales casos, subyace la noción de que el Estado, asumiendo actitudes perfeccionistas o paternalistas<sup>6</sup> con relación a sus gobernados, debe vigilar, detectar y proveer todas las necesidades colectivas, sustituyendo aún los deseos y acciones individuales, puesto que es el único que puede coordinar y desarrollar el avance social, sin dejar de considerar, en apariencia, a los sujetos individuales. Bajo un enfoque paternalista, el Estado protege y garantiza a los individuos frente a acciones provenientes aún de ellos mismos, cuyas consecuencias serían nocivas y de permitir las, entorpecerían la realización del *plan de vida de cada individuo*, ignorándolo éste. Con un espíritu perfeccionista, el Estado determina por medios variados la forma de dar satisfacción a los ideales de vida de los sujetos, haciendo por ellos la elección de lo que conviene o es mejor para sus intereses.

Así, ante la conflictiva de un mercado desequilibrado de órganos, en el que la demanda rebasa sin proporción alguna la oferta, y frente a la ineficacia de un puro voluntarismo de los donantes, el Estado, por medio de dispositivos legales que así lo facultan, toma los materiales de aquellos sujetos que no se han manifestado como voluntarios, en una presunción *iuris tantum* de que su intención silente es ceder sus órganos y tejidos.

#### IV. LOS LÍMITES JURÍDICOS

¿Cuáles son los límites de la posibilidad de disposición de órganos ajenos? Se ha analizado la naturaleza jurídica del cuerpo y sus partes componentes, preguntándose si éstos son propiedad del individuo como uno más de los atributos de la personalidad; qué derechos tienen los causahabientes sobre los restos de una persona, y si el Estado puede tener atribuciones sobre los órganos y tejidos de los cadáveres con el fin de proveer a las necesidades sociales que ahora surgen.

<sup>6</sup> Cfr. Carlos S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Argentina, Ed. Paidós, 1984, especialmente pp. 21 y 142.

#### 1. Sobre la naturaleza y comerciabilidad del cuerpo humano

Es discutible la naturaleza jurídica del cuerpo y sus partes, así como el aspecto de su comerciabilidad. En estos puntos, el análisis ha sido cauteloso y propende a asegurar una categoría excepcional al régimen de dominio sobre el cuerpo.

La noción teológica cristiana del *derecho sobre sí mismo* (*ius in seipsum*) hace del ser el curador y administrador de su cuerpo, y lo faculta con una serie de potestades sobre el mismo en razón de su libre albedrío, que nunca serán ilimitadas al grado de disponer de la vida misma o de ponerla en situación de riesgo.<sup>7</sup> La idea teológica fundamental en este punto, se resumiría en no poder definir "... las esferas de disposición del hombre respecto de su vida y de su cuerpo... como derecho de propiedad en sentido jurídico... Lo que entendemos por derecho de propiedad... es un derecho relativo; es una relación en sentido filosófico y en sentido jurídico... mas el ser del hombre o su vida son el mismo hombre en cuanto vivo y existente; no hay pues relación entre el hombre y su ser, su cuerpo o su vida, tampoco respecto de los miembros corporales. Es imposible en estos casos hablar de relación en sentido filosófico o de relación jurídica; por consiguiente es imposible hablar de propiedad".<sup>8</sup>

Con posterioridad, el cuerpo fue analizado predominantemente como "bien" o "cosa", distinguiéndose la situación del cuerpo vivo y del cadáver.

En el supuesto de *cadáveres*, autores como Fadda y Bensa —en las notas y comentarios que realizaron al *Derecho de las Pandectas* de Windscheid—, se manifiestan contrarios a la posibilidad de considerarlos bienes apropiables, pues ello se opone a las nociones de orden público, sanidad pública y moralidad social. Las únicas facultades ejercitables sobre el cadáver son las que el propio sujeto hubiera dispuesto en vida y que no violenten los principios del citado orden público.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Cfr. Pedro Domingo SOTO, *De Iustitia et iure*, Libro IV, cuestión 1, art. 5; Padre MOLINA, *De Iustitia et iure*, tomo 1, tratado 1, disp. XI, col. 21 B; GÓMEZ DE AMEZCUA, *Tractatus de potestate in seipsum*.

<sup>8</sup> DE LUGO, *De iustitia et iure*, T.I, disp. X sect. I, n. 9, en paráfrasis de Javier Hervada. "Transplantes de órganos" en *Persona y Derecho*, Facultad de Derecho, U. de Navarra, vol. 11, 1975, p. 205.

<sup>9</sup> Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSA, "Notas a los libros I (*Del diritto in genere*) y II (*Del Diritti in generale*)", de la obra *Diritto delle Pandette* de Bernardo Windscheid, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1943, vol. IV, pp. 138 a 151.

El carácter extra comercial del cuerpo, se fundamenta en que sobre el mismo no se pueden ejercer derechos privados de tipo patrimonial, puesto que el cadáver es objeto de derecho privado no patrimonial, noción de origen consuetudinario, cuyo contenido radica en la potestad de decidir la manera y forma de su destino último. En postura diversa, se ha dicho que con la muerte "...el cuerpo... se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero... ni sea susceptible de apropiación...".<sup>10</sup>

Tratándose de un organismo vivo, se ha hablado del cuerpo humano como de un atributo de la personalidad;<sup>11</sup> esto es, sobre el organismo humano se ejercen los derechos de la *personalidad*, como conjunto de derechos subjetivos que tienen por objeto las características que le son esenciales a la persona, fundadas en la personalidad misma. Así el individuo vería protegidas sus facultades físico-psicoespirituales como una "manifestación del modo de ser de la persona"<sup>12</sup> que descarta toda forma de intromisión ajena. Mas de esta forma, el objeto de la tutela jurídica no sería *la persona* sino uno de sus *atributos*, con lo cual se provoca la confusión entre derecho subjetivo y facultad, por una parte; y por la otra, entre sujeto y objeto: "No puede considerarse como derecho por sí mismo, a aquello que es fundamento de todos los otros derechos".<sup>13</sup>

Cuando se separan ciertas partes del cuerpo de un sujeto vivo, la posibilidad de apropiación, disposición y comerciabilidad de éstas parece adquirir un rango *sui-géneris* por lo que dichos actos serían permisibles, en vista de sus causas y fines, siempre y cuando no se contravirtiesen el orden público ni las buenas costumbres.<sup>14</sup> Sobre este

<sup>10</sup> Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, primer tomo, parte general, vol. I, Bosch, s.a., pp. 548 y 549.

<sup>11</sup> La cuestión relativa a los Derechos de la personalidad es añeja y en ella han intervenido, afirmándola, una serie de autores —entre otros, FERRARA (*Tratado de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1932); C. GANGI (*Personae físicas e persona jurídica*, A. Giuffré, Milano, 1948); J. Díez-Díaz (*¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?*, Reus, Madrid, 1963); J. CASTÍN TOBEÑAS (*Los Derechos de la Personalidad*, Reus, Madrid, 1952); y entre los nacionales, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (*El patrimonio pecuniario o moral. Los Derechos de la Personalidad*, Cajica, Puebla, 1971) —similar a los que la niegan—; SAVIGNY (*Sistemas de Derecho Romano Actual*, C. S. Góngora, Madrid, s. a.); THON (*Norma jurídica e diritto Soggettivo*, CEDAM, Padova, 1951); ENNECERUS (*Tratado de Derecho Civil*, op. cit. supra (10)); para ahondar sobre este punto es conveniente remitirse a ellos.

<sup>12</sup> Antonio DE CUPIS, *I diritti della personalità*, A. Giuffré, Milano, 1958, pp. 16 y ss.

<sup>13</sup> FADDA Y BENZA, *Op. cit.*, supra, nota (9), p. 126.

<sup>14</sup> DE CUPIS, *Op. cit.*, supra, nota (12), p. 77.

punto, se ha señalado: "algunas partes del cuerpo se convierten en cosas al ser separadas del cuerpo vivo...".<sup>15</sup>

Otros sectores opinan que, dada la entidad de los bienes objeto de la donación, debería adscribirse a éstos un valor patrimonial, o en todo caso no sería ilícito hacerlo.<sup>16</sup>

En tal orden de ideas, los órganos, tejidos, partes y componentes del cuerpo humano, ¿pueden ser poseídos? Es indudable que el hombre *se compone de* o en alguna manera *posee* —sin calificativa jurídica ulterior— sus partes orgánicas; y lo hace con *exclusividad*, por definición lógica, —aunque este parece ser el argumento que se discute en el presente asunto—; con los órganos nace, con ellos le es posible al ser la realización de la vida. Sin embargo, ante la lógica, resulta chocante la idea de considerar las partes humanas como bienes en el comercio o susceptibles de apropiación, sobre los que se pueden ejercitar los derechos que se tiene sobre cualquier otro bien. No obstante, la persona y sus partes no son bienes, sino la persona misma, pese a que lo anterior parezca tautológico. No puede distinguirse a la persona de las partes que necesariamente la componen, —el cuerpo y la esencia racional, ninguna de las cuales es contingente respecto a la otra y al individuo como totalidad—, bajo las categorías de escisión a las que ordinariamente se recurre para distinguir la parte del todo, referido a las cosas. "...La persona requiere precisamente de la fusión de un elemento espiritual con un elemento corpóreo y la muerte pone fin a esta fusión y con ello, a la persona...".<sup>17</sup>

El cuerpo es la expresión material de la persona, es la persona misma y no un mero *bien* de la persona.<sup>18</sup> A la protección de la persona y de los derechos interpersonales que ejerce respecto a su medio, se dirige el Derecho, en todas sus instancias.

<sup>15</sup> ENNECERUS, *et al.*, *Op. cit.*, supra, nota (10), *loc. cit.*

<sup>16</sup> Filósofos y juristas de distinta formación se han pronunciado a favor de ello, aunque siempre con matices, *v.gr.*, Javier HERVADA, quien apunta: "No es rechazable por principio cualquier compensación económica. Es cierto que pueden tener lugar graves abusos si se exige una retribución; pero sería exagerado juzgar ilícito por Derecho Natural cualquier retribución o exigencia de la misma. El caso es análogo al de la transfusión de sangre; es un mérito del donante rechazar una compensación, pero aceptarla no es necesariamente un acto ilícito", *Op. cit.*, supra, nota (8), p. 251.

<sup>17</sup> DE CUPIS, *Op. cit.*, supra, nota (12), p. 77.

<sup>18</sup> "...el cuerpo del hombre vivo no es una cosa, ni tampoco un objeto. A él pertenece también aquello que en los conceptos del tráfico, es considerado como miembro o parte de la personalidad humana..." ENNECERUS *et al.*, *Op. cit.*, supra, nota (10), p. 548.

En nuestra legislación, el art. 22 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y federal para toda la República, establece que las personas físicas adquieren capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte. El art. 24 dispone que la persona física mayor de edad, tiene la facultad de disponer libremente de su *persona* y sus *bienes* (principio que reitera el art. 647), salvo las limitaciones que establece la Ley.<sup>19</sup> Si se considera que los órganos y tejidos corporales son *bienes*, en atención a esta disposición podrían realizarse todo tipo de actos jurídicos lícitos sobre ellos. Paradójicamente, el mismo artículo es útil para autorizar la libre disposición de los órganos aunque no se estuviese de acuerdo en caracterizarlos como *bienes* con respecto al individuo, puesto que faculta a disponer libremente de la *persona*: dado que los órganos y tejidos no son otra cosa que la persona misma, el artículo es fundamento para la cesión y disposición *lícita* de partes corpóreas, en atención a las limitaciones del orden público, buenas costumbres y moral social.

El art. 747 del C.C. determina que "pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio y los artículos 748 y 749 señalan que están fuera del comercio por su naturaleza, las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente; y por disposición de la ley, están excluidas del tráfico comercial las cosas irreductibles a propiedad particular.

Respecto al primer punto, —la posesión en exclusiva de los órganos— si hace no demasiado tiempo era posible decir que los órganos y partes orgánicas eran *posesión exclusiva* del individuo, dado que sin ellas la persona no sería tal, esto no puede seguirse defendiendo con la misma facilidad, en virtud de la tecnología de trasplante moderna. Por el contrario, gracias a la medicina actual, un mismo órgano puede llegar a ser parte del cuerpo de varias personas, y poseído en tal virtud, por lo que el elemento de exclusividad se ha relativizado y debe interpretarse en relación a un momento actual de posesión, en su referencia al cuerpo. Con ello, dada la redacción del 748, podría caber duda respecto a si los componentes humanos están o no en el comercio.

En cuanto al segundo punto —la exclusión por disposición de Ley—, dentro de la legislación específica mexicana sobre la materia —Ley

<sup>19</sup> Estas limitantes serían las establecidas por el sistema normativo para amparar los intereses y el bienestar colectivo y jurídico; así, los principios a los que se refieren los artículos 8o. 16o. 1830 y 1831 del C.C.; y limitaciones específicas, como las que se refieren al estado de interdicción o las señaladas, *v.gr.*, por el art. 390 del mismo código.

*General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos*<sup>20</sup> (en adelante la Ley y el Reglamento) — hay algunas disposiciones que han hecho prohibición respecto a la comerciabilidad del material orgánico humano, pero con tan poca claridad y fortuna que la laguna permanece y la confusión aumenta. En el reglamento se dispone:

Artículo 21: La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito.

Lo que es concidente con el artículo 24-IX del mismo ordenamiento y con el artículo 8o. de la *Norma Técnica No. 323 para la Disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos*.<sup>21</sup>

Como puede apreciarse, la norma citada sólo obliga a la gratuidad de las disposiciones de los órganos y tejidos cuando se destinen a fines terapéuticos; por lo tanto, la disposición con fines de docencia o investigación podría, en apariencia, ser hecha a título oneroso. El artículo 346 de la Ley, en este sentido, prescribe que:

Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o parte de ellos (*sic*), con fines de docencia e investigación, se requiere permiso del disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios. . .

Cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la *disposición* de su cadáver, las personas a las que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta ley, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables.

De esta forma, el propio disponente originario es el que señalaría, al momento de expresar su voluntad respecto al destino de sus restos, si esta disposición de órganos o tejidos deberá ser a título gratuito u

<sup>20</sup> Ley General de Salud, publ. *D.O.F.* 7 de febrero de 1984, reformado por Decreto publicado en *D.O.F.* de 14 de junio de 1991; Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, publ. *D.O.F.* de 20 de febrero de 1985, reformado por Decreto publ. *D.O.F.* de 26 de noviembre de 1985.

<sup>21</sup> Publ. en *D.O.F.* de 14 de noviembre de 1968; reformada por *D.O.F.* de 28 de septiembre de 1990.

oneroso. No obstante que el art. 21 del Reglamento pareciera permitir la retribución a cambio de la cesión de órganos dispuesta de la forma apuntada, un contrato oneroso cuyo objeto sean los órganos y partes corporales, aparecería a primera faz como contrario al orden público y las buenas costumbres, por lo que podría anularse con base en los artículos 1830 y 1795 del Código Civil. En confirmación de esta interpretación, el artículo 320 de la Ley señala que se considera ilícita la disposición de órganos, tejidos y componentes cuando ésta se efectúe en contra de la Ley y el orden público.

Por lo que hace al segundo párrafo del artículo 348 (correspondiente en lo esencial al artículo 81 del Reglamento), si no le es dado al propio sujeto disponer a título oneroso de sus restos o sus órganos, —estando vivo o mediante disposición *post-mortem*—, no tendrían tal facultad los disponentes secundarios del fallecido, a los que el artículo sólo permite consentir sobre el destino del cadáver y sus partes;<sup>22</sup> pues si de alguna forma se convierte el cadáver en un bien cosificado esto no implica que pueda ser apropiable ni objeto de un contrato a título oneroso, y los sucesores del difunto no se convierten en causahabientes de su cuerpo.<sup>23</sup> Así lo confirma el artículo 336 de la Ley, que a la letra dice:

Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración.

<sup>22</sup> Esta facultad sería discutible también, pues la falta de expresión de voluntad del *de cuius* en este aspecto, no debería ser suplida por sus causahabientes, quienes no podrían colocarlo en el tráfico jurídico ni estarían facultados para elaborar los "negocios dirigidos a dedicar el cadáver a fines pedagógicos o a autorizar la separación de órganos o tejidos con miras a su aplicación a fines terapéuticos. Los herederos... sólo tendrían libertad para decidir sobre la forma y el modo en que deba darse sepultura a los despojos", KUMMEROW, *Op. cit.*, *supra*, nota (2), p. 65.

<sup>23</sup> "...con su muerte, el cuerpo (el cadáver) se convierte en una cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero (como lo revela también el deber de enterrar), ni sea susceptible de apropiación. Asimismo, algunas partes del cuerpo se convierten en cosas al ser separadas del cuerpo vivo". ENNECERUS, *et al. Op. cit.*, *supra*, nota (10), pp. 548 y 549: "De un modo casi general deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo, para fines científicos; en cambio, de acuerdo con la opinión dominante, un contrato oneroso de semejante contenido habría de considerarse nulo como contrario a las buenas costumbres. Las disposiciones de última voluntad sobre el cadáver... se deben considerar válidas en concepto de modos o de disposiciones sobre la ejecución del testamento... Las negociaciones jurídicas de los parientes o de los terceros sobre el cadáver, que no se refieran al funeral, a la autopsia o a cosas parecidas, se deben considerar en general, ... como nulos en concepto de inmORALES. La persona del hombre exige respeto, aún después de la muerte", Enneccerus, en nota al texto número (8), *loc. cit.*

De vuelta al Reglamento, otro artículo se refiere al punto en estudio.

Artículo 22: Se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.

En este caso, la prohibición respecto a la mercantilización de los órganos es terminante, y abarca el destino para fines terapéuticos, docentes y de investigación, puesto que el precepto no hace distinción alguna; deja fuera la posibilidad de que la voluntad de los disponentes, tanto originarios como secundarios, se imponga a la norma; sin embargo, la prohibición de realizar *actos de comercio* con los componentes humanos, no excluye el tráfico privado de órganos, distanciado de intenciones especulativas y mercantiles sobre los mismos.

Estas normas no son reproducidas por la Ley, en la que continúa faltando un dispositivo expreso que prohíba la comercialización de los componentes orgánicos y obligue a que las cesiones sean a título gratuito. El único artículo en ese tenor, es el 332 que señala:

La sangre humana sólo podrá obtenerse de *voluntarios* que la proporcionen gratuitamente y en ningún caso podrá ser objeto de actos de comercio.<sup>24</sup>

y que es coincidente en lo esencial con el Reglamento, en su artículo 39:

La sangre en ningún caso podrá ser objeto de actos de comercio.

La Ley establece sanción administrativa (art. 421) y tipifica como delito, la contravención de esta prohibición (art. 462-II).

Resulta curioso que ni en el proyecto de reforma a la Ley, presentado hace unos meses,<sup>25</sup> ni en los dictámenes del caso, ni en el decreto apro-

<sup>24</sup> Múltiples usuarios han informado que en ciertos hospitales públicos y privados, al requerirse de una intervención quirúrgica, se pone como *condición* (independientemente del costo que la operación importe), la presentación de uno a varios donantes de sangre, de tipo sanguíneo indistinto; aunque no se use la sangre para el paciente en cuestión, los "voluntarios" deben donarla. Según se investigó, no existe ninguna norma técnica sanitaria o similar que fundamente estas prácticas, que de ninguna forma alientan la donación voluntaria y que entrañan una grave ilicitud.

<sup>25</sup> "Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud", *Iniciativa Presidencial presentada ante el Congreso de la Unión*, 23 de noviembre de 1990. Expediente de la Presidencia de la República, en 49 fojas, s.a., s.p.i.

bado recientemente, se haya incorporado una norma que hiciese explícita la prohibición de comerciar con órganos y tejidos, y que se mantuviese intacto este artículo que sólo se refiere al tejido sanguíneo. Como uno de los problemas más serios suscitados por la tecnología de trasplantes, no se puede dejar de reconocer la existencia de mercados clandestinos del material orgánico humano, en los que los precios del mismo llegan a ser elevadísimos, pese a que los donantes perciban cantidades ridículas a cambio o hagan cesión gratuita de los mismos.<sup>26</sup> Una de las principales intenciones de toda legislación sobre donación y trasplante de órganos debe ser la gradual supresión de los mercados irregulares de material orgánico, en los que de la forma más aberrante se coloca precio a la piel y carne de los seres humanos; con una normativa que inhiba esa posibilidad, se dotaría de mayor seguridad jurídica y médica a los demandantes y oferentes, se alentaría la donación voluntaria de órganos, se haría accesible la tecnología de trasplantes a cualquiera que lo solicite —al no tener que “comprar” indignamente a precios incosteables el material para vivir— y sobre todo, se construiría un sistema de donación de órganos cuyas bases serían la verdadera solidaridad y el desinterés.

Es de proponerse, así, la incorporación a la Ley, —y no sólo al Reglamento— de normas que sin lugar a dudas prohíban la disposición de órganos y tejidos, a título oneroso, ya sea para fines terapéuticos, docentes y de investigación, y que expresamente se refieran a la prohibición del comercio de todo tipo de material humano (órganos, tejidos, células germinales, *preembriones*, embriones, fetos, productos y cadáveres, aplicando la nueva terminología del reformado artículo 314 de la Ley).

<sup>26</sup> En India, un riñón de donante vivo cuesta 1,500 dólares, una córnea 4 mil y un trozo de piel se vende por cincuenta dólares; en ese país y en Pakistán, existen secciones de anuncios en los diarios en las que se ofrecen órganos con tarifas determinadas; en Hong Kong se envían cartas de circulación privada, en las que se ofrecen “viajes redondos” que incluían tarifa aérea a China para operaciones de trasplante de riñón en donantes vivos; esto suscitó una investigación sanitaria, descubriéndose que se realizaron más de dos mil operaciones clandestinas en China Popular, utilizando riñones provenientes en muchos casos de prisioneros ejecutados. Christine GORMAN, “Trading flesh around the globe”, en *Op. cit., supra*, nota (1), p. 37.

## 2. *El consentimiento, condición sine qua non de la disposición de órganos*

Como se ha podido percibir de la tipología referida en el apartado III (*supra*), el valor que se atribuye al consentimiento de los donantes, marca la línea divisoria entre los diversos sistemas que legislan sobre trasplante y donación de material orgánico humano.

En tal sentido, el consentimiento se constituye como una institución jurídica autónoma, especial, y no como un contrato o acuerdo de voluntades, ni como acto unilateral, pues al expresarlo, se le “consiente” una cosa a un tercero, que será aprovechada por esa otra voluntad, por lo que el acto es bilateral.<sup>27</sup>

### A. El consentimiento maduro y madurado

El nivel de consentimiento requerido para la validez de la disposición de los órganos propios, debe tener los añadidos de la madurez emotiva y no sólo de la física. Cuando se precisa en forma inmediata de un órgano ajeno, hay una serie de circunstancias afectivas y humanitarias que deben ser relativizadas y sopesadas en su justa medida, pues de otra forma pueden orillar a la toma de decisiones precipitadas —aunque siempre nobles y altruistas—, que viciarían la libertad y autonomía de la decisión. Por ello, decidir con anticipación sobre la voluntad de donar órganos, sería un acto prudencial, que infortunadamente no es dable prever en todos los casos.

El consentimiento debe ser manifestado, entonces, con plena capacidad, libre de todo tipo de coacción ya sea violenta, subliminal, e incluso afectiva<sup>28</sup> características que no siempre se reúnen en los casos de incapaces y menores.

En la legislación mexicana, el artículo 324 de la Ley, determina que para tomar órganos y tejidos se precisa el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario; libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento ante dos testigos *idóneos*

<sup>27</sup> *Cfr.*, Filippo GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma 1924, cit. por Ricardo Levene, “Trasplante de órganos”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, S.A., Bs. As., Apéndice III, abril 1981, pp. 852.

<sup>28</sup> La Comisión Australiana de Reformas Legales ha recomendado que el consentimiento se exprese inclusive, “en ausencia de familiares y amigos” *Vid.* las referencias a las diversas legislaciones en Steinbrook, *Op. cit., supra*, nota 4, pp.1-14.

y con las formalidades señaladas por las disposiciones aplicables. Si bien los requisitos anteriores cumplen las expectativas de lo que se entendería como consentimiento lícito en la donación, la norma debe facilitar y hacer obligatoria la manera de difundir suficientemente y dar publicidad a los documentos por medio de los cuales se otorga el consentimiento. De tal manera, hay más razones para creer que el consentimiento ha sido madurado fundadamente.

#### B. Los menores de edad e incapacitados

En torno a este punto, algunas legislaciones, si bien prohíben de forma expresa la disposición de órganos de menores o incapaces, permiten que los adultos representantes legales de los mismos puedan suplir su consentimiento. Los representantes, tutores y curadores, son responsables de la guarda y administración de la persona y/o los bienes de quienes están incapacitados transitoria o permanentemente; pero carecen de facultades para determinar sobre la disposición de órganos de sus representados, independientemente de que el receptor fuera un consanguíneo cercano, o de la urgencia del trasplante.

Lo que se está tratando de proteger en estos casos, es la integridad física y psíquica de seres que probablemente tienen un grado de indefensión y fragilidad mayor al de los requirentes de los tejidos; la sustitución de la voluntad de los incapaces y menores para esos efectos, representa un terrible abuso y entraña ilicitud.

En cambio, los representantes legales de receptores menores e incapacitados sí pueden prestar su anuencia y suplir el consentimiento, puesto que en ese supuesto el trasplante orgánico tiene como finalidad mejorar las condiciones de vida de dichos incapaces, (artículo 27 del Reglamento, en relación con los artículos 24, 25 y 26 del mismo).

En el caso de nuestra legislación, el artículo 326 de la Ley establece que "no será válido el consentimiento otorgado por: I. Menores de edad; II. Incapaces, o III. Personas que por cualquier circunstancia no pueden expresarlo libremente". Sin embargo, el Reglamento establece una salvedad, refiriéndose a los menores:

Artículo 16: Tratándose de trasplantes entre vivos, el disponente originario del que se tomen órganos y tejidos deberá:

I. Tener más de dieciocho años y menos de sesenta;

II. Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;

III. . .

IV. . .

V. . .

Tratándose de trasplantes de médula ósea, la Secretaría (de Salud) podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito a que se refiere la fracción I de este artículo. Al efecto deberán presentarse ante la Secretaría los estudios y diagnósticos terapéuticos que ésta determine y, cuando proceda, el consentimiento de los representantes legales del disponente.

Es evidente que la excepción no abarca a los incapacitados (sean menores de edad o adultos), por lo que no podrían ser donantes de médula ósea, ni la Secretaría de Salud podría autorizar su extracción.

Ni la Ley ni el Reglamento establecen una sanción a la violación específica de estas normas, debiendo recurrirse en todo caso a la interpretación del concepto de *ilicitud* contenido en el artículo 462 fracción I que señala:

Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I. Al que *ilícitamente obtenga*, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos. . .

Es preciso incorporar una norma que sancione específicamente y con el rigor del caso la transgresión de las prohibiciones citadas; en ella debe incluirse como corresponsables a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del menor o del incapacitado.

Recientemente han circulado insistentes rumores respecto al tráfico de órganos de infantes en México, debido a denuncias de desaparición y posterior hallazgo de cuerpos descuartizados de niños, en los que se comprueba la extracción de diversos órganos.<sup>29</sup> Si esto es o no

<sup>29</sup> Hay infinidad de notas y reportes periodísticos que así lo evidencian, aparecidas en los periódicos *Excelsior*, *El Universal*, *La Jornada*, *El Financiero*, *Uno más Uno*, y *El Heraldo* desde el mes de mayo de 1989 a la fecha. El tema, desmentido oficialmente, ha motivado la reunión de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; en ella, el Director General del M. P. de lo familiar y lo civil en el D. F., Gerardo

fundado, lo cierto es que deben tomarse medidas preventivas para evitarlo, siendo necesario sancionar enérgicamente la transgresión de una norma concreta y expresa al respecto.

### C. El consentimiento informado

El donante debe estar plenamente consciente del tipo de acto que va a realizar; para ello, debe suministrársele todo tipo de información, ya sea técnico-médica, —a modo de que evalúe los diversos riesgos que el acto representa, tanto para él como para el receptor, ya en el momento de la cirugía de transplante como con posterioridad a la misma—, como jurídica— debe estar enterado del alcance de su consentimiento, de sus efectos *inter-vivos* y *post-mortem*, y de la posibilidad de revocarlo en cualquier tiempo.

A la obligación de *recibir* información se refiere el artículo 16-IV del Reglamento y a la de *otorgarla*, el artículo 34-IV.

Podría sugerirse la necesidad de información respecto al *destino* de los órganos y tejidos que se van a ceder; en los casos en que la disposición del órgano es inmediata y hay un requirente conocido, resulta innecesario; pero no lo es en otros supuestos, por ejemplo: si por cualquier causa se realiza la ablación de extremidades, quedando huesos y cartilagos en estado útil para transplante, el donante podría ser informado sobre el "banco" al que se dirigen esos componentes, y aún del destinatario determinado al que le fueron implantados;<sup>30</sup> en todo caso, podría hacerse la salvedad del anonimato, informando siempre que hubo un beneficiario concreto. Con esto se reduce la posibilidad de tráfico ilícito y simulado de órganos.

No debiera admitirse como válido el consentimiento que no haya sido precedido de una información adecuada y personalizada, tanto técnica como jurídica, hecha al donador.

PERDOMO, aseveró que en el año de 1989 y en lo que corría de 1990, "la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal no había recibido una sola denuncia de tráfico de órganos", y que lo que se decía al respecto estaba "más fundamentado en la famosa psicología del rumor que en datos y hechos concretos...". Vers. estenográf. de la reunión de la Segunda Comisión, 4 de mayo de 1990, turno 12 jf.

<sup>30</sup> El artículo 4º de la "Ley 30/1979 sobre extracción y transplante de órganos" española, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 27 de octubre de 1979 prescribe que la extracción de órganos de persona viva, sólo podrá hacerse para transplante a persona determinada, con lo que se prohíbe implícitamente la extracción para destinarla a bancos o depósitos de órganos.

### D. Las formalidades del consentimiento

Dada la entidad de los órganos, el consentimiento otorgado por el donante debe ser *expreso*, y por esto debe entenderse a su vez, que debe ser concreto y claro, tanto en relación al órgano preciso que se dona, como en específico para el transplante de que se trate; esto es, la manifestación debe ser indubitable y no inducir a interpretación alguna.

El consentimiento debe haber sido expresado *libre* de presión, violencia, amenaza, y con *plena e informada conciencia* según se ha asentado en párrafos anteriores. La expresión del consentimiento debe ser *por escrito*, por medio de un documento dotado de todas las formalidades (en el que se haga intervenir al personal médico que haya de hacer la intervención extractiva y que haya informado al donante), independientemente del tipo de tejido o material orgánico que se ceda, y aún si la extracción se hace estando el individuo despierto y consciente. Se hace especial mención de esto último, debido a que por lo general no se requiere consentimiento por escrito en las transfusiones sanguíneas. Este es el caso de nuestra legislación, ya que el artículo 324 de la Ley señala que "en el caso de la sangre, no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito". Si es cierto que las transfusiones de sangre son más frecuentes, no por ello dejan de ser disposiciones de tejidos, no habiendo motivo para un trato diferenciado; con ello se logra aportar mayor seguridad jurídica y se alienta la confianza en el donante.

El consentimiento tiene límites: no podría llegar a permitir el atentado contra el propio cuerpo, provocando una disminución perpetua respecto a las capacidades e integridad física; y no podría reconocérsele validez alguna cuando sea contrario a las buenas costumbres, al orden público y a la propia ley.

### E. El consentimiento en la disposición de órganos de cadáveres

Según lo que se ha dicho en secciones anteriores, el individuo puede disponer de sus órganos corpóreos en vida o con efectos después de su muerte; en este último caso la expresión de voluntad debe haberse otorgado conforme a los requisitos que se han señalado, es decir, expresarse claramente por escrito, libre de toda presión, consciente y plenamente informado. (Artículos 325 y 346 de la Ley). Se presenta un problema práctico cuando la disposición se hace por vía testamen-

taria, puesto que los trámites sucesorios obligarían a que la voluntad del testador sobre el destino y uso de sus restos se conociese hasta la apertura del testamento, con lo que se pierde un tiempo valiosísimo para un trasplante viable de aquéllos. Es preferible la expresión de la voluntad donatoria mediante un escrito, con todas las formalidades y ante testigos, al que se le dé plena difusión, para que no haya confusiones ni sacrificio de tiempo.

En ambos casos, los causahabientes del fallecido, tendrían que hacer lo preciso por cumplir la voluntad de aquél, —ya en el sentido de donar sus órganos o en el de *negarse* a la disposición— pese a que no estuviesen de acuerdo por motivos morales, religiosos o afectivos, puesto que si no hay causa o fin ilícitos, no podrían contrariar, sustituir o revocar el consentimiento legalmente manifestado por el disponente (artículo 346, 1er. párrafo de la Ley).

El problema vuelve a radicar en la falta oportuna de información y difusión de la voluntad reacia a la donación de material orgánico: si no es conocida en el momento debido y bajo la creencia de que ha habido omisión, los disponentes secundarios podrían llegar a autorizar la remoción.

Si el disponente originario expresó su voluntad en el sentido de que a su muerte, sus restos tuvieran el destino normal y no se utilizaran ni para fines terapéuticos ni para la docencia o la investigación, los disponentes secundarios a los que se refieren la Ley y el Reglamento *no podrán obrar en contrario*. Así lo confirma el artículo 9 del Reglamento:

En ningún caso se podrá disponer de órganos tejidos, productos y cadáveres, en contra de la voluntad del disponente originario.

La norma referida, que puede considerarse uno de los principios rectores de este rubro, se encuentra dentro del Capítulo I, de *Disposiciones Comunes*, por lo que debe entenderse referido tanto a disposiciones con fines terapéuticos, docentes y de investigación, como para disposición de tejido vivo o de cadáveres.

La voluntad expresada por el disponente es siempre revocable, y así lo establece el segundo párrafo del artículo 324 de la Ley, asentándose que esto no conllevará responsabilidad alguna por su parte. Ni la Ley ni el Reglamento señalan formalidad alguna sobre la manera de expresión de la revocación, pero debe entenderse que sigue en ge-

neral las señaladas para el otorgamiento del consentimiento, a manera de que conste fehacientemente.

Si no se llegara a revocar en vida, los disponentes secundarios no podrán revocarlo (artículo 12, segundo párrafo, del Reglamento).

#### F. La omisión del consentimiento

Los problemas más interesantes surgen cuando el sujeto fallece sin haber hecho expresión de voluntad respecto al destino de sus órganos, pues el cadáver es *res nullius*, y en tal sentido no es propiedad de nadie, ni puede aceptarse la existencia de derechos subjetivos al cadáver, o en torno al mismo.

##### 1. Quiénes pueden suplir el consentimiento

Pese a ello, ya se ha visto que entre los diversos sistemas legislativos, hay algunos que permiten a los causahabientes otorgar el consentimiento para la donación de órganos para fines terapéuticos, docentes y de investigación. La norma jurídica capacita a determinadas personas para autorizar la remoción de órganos del cadáver, ante la omisión del fallecido. En estos casos, se entiende que la disposición *no* controvierte la Ley, ni el orden público o las buenas costumbres, en vista de los fines que se persiguen.

Los sujetos autorizados a disponer de los restos, son de tres clases:

1. *Los deudos y personas relacionadas con el difunto*: el cónyuge, concubinario, descendientes, ascendientes y colaterales hasta un grado limitado, quienes, fundados en la relación de cercanía y el conocimiento que del difunto tenían, interpretan que el destino que eligen para los restos, no sería contrario a las intenciones de aquél. Es decir, la ley reconoce una *presunta voluntad* por boca de los deudos, en el sentido de autorizar o negar la donación.

Los deudos tienen una obligación de guarda, custodia y respeto frente al cadáver, pero esto no les faculta para disponer de él, por muy sensibles y humanitarios que sean sus fines, supliendo una voluntad *presunta*, que pese a todo es omisa.<sup>31</sup> Nuestro derecho reconoce en los deudos la facultad de consentir la disposición orgánica a falta de expresión del disponente originario:

<sup>31</sup> *Vid., supra*, nota 22.

Artículo 316: Serán disponentes secundarios:

I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;... (Correspondiente al 13-I del Reglamento).

Artículo 325: Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta ley... (Correspondiente al 14 pr. párr. del Reglamento).

Artículo 346, segundo párrafo: "cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la disposición de su cadáver, las personas a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta Ley, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables.

La preferencia entre los disponentes secundarios debe definirse según las reglas de parentesco precisadas en el Código Civil (artículo 15 Reglamento).

2. *Las autoridades sanitarias o competentes en la materia*, —en su carácter de responsables de los sistemas de remoción, donación y trasplante de órganos, y como delegatarias de las funciones estatales de provisión de Salud Pública— cuando falta el consentimiento del disponente y no existen las personas aludidas en el apartado anterior.

También se considera entre éstos, por delegación de la ley, a los directores y responsables de centros hospitalarios, quienes pueden asumir la decisión de tomar órganos para trasplante, investigación y docencia, en algunos casos.

En nuestro Derecho, la autoridad sanitaria correspondiente está definida en el artículo 313 de la Ley:

Compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres humanos...

El Reglamento es coincidente en lo anterior, precisando que debe ser la autoridad sanitaria "competente" (artículo 13-II).

3. *Otras autoridades y personas autorizadas por la Ley*. Así la autoridad judicial, instituciones educativas y representantes de menores e incapacitados.

El artículo 13 del reglamento se refiere a esto, señalando:

III. El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones;

IV. La autoridad judicial;

V. Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

VI. Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado, y

VII. Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Resumiendo lo anterior, en nuestro Derecho, el consentimiento para la remoción, donación, trasplante o utilización de órganos puede expresarse, en orden de preferencia:

1. Por el disponente originario, respecto a tejidos vivos o con efectos *post-mortem*. (artículos 324 y 346 de la Ley; 16-V del Reglamento).

2. A falta de éste, los parientes y personas a que se refiere la fracción I del artículo 316 de la Ley y el 13-I del Reglamento. (Artículo 325 primera parte, 346 segundo párrafo de la Ley; y 14 del Reglamento).

3. A falta de dichos disponentes, las diversas autoridades señaladas en el 13-II, III, IV, V, VI y VII del Reglamento.

Ya se ha dicho en diversas partes de este escrito, que no hay fundamento *lícito* —aunque lo haya *legal*— para que los terceros, independientemente de la entidad que tengan, puedan disponer de los restos de una persona y destinarlos a los fines que sean.

2. La excepción en caso de *necropsia*

A lo anterior, hay que añadir una grave contradicción que suscita el artículo 325 de la Ley (14 segundo párrafo del Reglamento):

Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autori-

zación de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta ley; *excepto* cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la *necropsia*, en cuyo caso, la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

Al parecer, la norma se interpretaría en el sentido de que, haciéndose necesaria la *necropsia*, ésta deviene en condición para que la autoridad correspondiente pueda "tomar" el material orgánico sin el consentimiento de los disponentes. La redacción del artículo es, de suyo, confusa: no queda claro si la excepción respecto a la obtención del consentimiento opera sólo cuando el disponente originario haya sido omiso o si obra también cuando éste haya manifestado su voluntad.

Atendiendo al precepto en la Ley y en el Reglamento, es obvio que la autoridad competente sólo podría disponer de tal forma de los órganos, cuando el disponente originario *no hubiera manifestado voluntad alguna*. Si éste expresó su rechazo a la donación de sus restos, pese a que se ordenase la *necropsia*, la autoridad no podría contrariar esta voluntad, pues al hacerlo, violaría el artículo 9º del Reglamento. El artículo 133 del mismo ordenamiento remite al 421 de la Ley para señalar la sanción correspondiente a dicha violación.

Confirma la interpretación anterior el artículo 19 del Reglamento:

El Ministerio público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos y productos de los cadáveres de personas conocidas o que no hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición, de conformidad con las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría y siempre que *no exista disposición en contrario, a título testamentario del disponente originario* y se cuente con la *anuencia de los disponentes* a que se refieren las fracciones I y V del artículo 316 de este Reglamento.

El artículo 70 del Reglamento, (correspondiente en lo esencial al 345 de la Ley), determina que para la práctica de *necropsias* se requiere:

- I. Orden del Ministerio Público, de la autoridad judicial o de la autoridad sanitaria;
- II. Autorización del disponente originario, o
- III. Autorización de los disponentes secundarios... si es que no existe disposición en contrario del disponente originario.

Con ello se da a entender que la práctica de la *necropsia* depende del consentimiento de los disponentes. De los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito resulta otra cosa; señala el Código del Distrito Federal;

Artículo 104. Cuando la muerte no se deba a un delito y esto se comprobare en las primeras diligencias, no se practicará la autopsia y se integrará el cadáver a la persona que lo reclame. *En todos los demás casos será indispensable este requisito, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.*

Artículo 105. Cuando se trate de homicidios, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, la harán también los peritos que practiquen la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarde y las causas que motivaron la muerte. *Sólo podrá dejarse en hacer la autopsia cuando el juez lo acuerde*, previo dictamen de los peritos médicos.

El Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 130. El Ministerio Público expedirá las órdenes para la autopsia e inhumación del cadáver y el levantamiento de las actas de defunción respectivas, cuando apareciese que la muerte fue posiblemente originada por algún delito y las diligencias de policía judicial no estén en estado de consignarse desde luego a los tribunales.

Si de las mismas actas apareciese claramente que la muerte no tuvo por origen un delito y por lo mismo, no procediere ejercer la acción penal, las órdenes para el levantamiento del acta de defunción y para la inhumación del cadáver se darán por el Ministerio Público.

Artículo 171. Si se tratare de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver y las causas que originaron la muerte...

*Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el tribunal como los peritos estimen que no es necesario.*

Es evidente que la práctica de la autopsia no depende de la voluntad de los disponentes en la mayor parte de los casos, pues ésta se realiza para determinar si la muerte ha sido provocada por acciones delictuosas.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Ninguno de los Códigos de Procedimientos Penales define lo que se entiende por *necropsia* ni la diferencian de la *autopsia*. Doctrinariamente se entiende por *necropsia*: "Autopsia o examen de los cadáveres que se realiza para averiguar las

Si se relacionan todas estas disposiciones con las sanitarias se tiene lo siguiente:

a) Según nuestro Derecho Procesal Penal, la autopsia es ordenada por el Ministerio Público o el Juez para el esclarecimiento del nexo causal delictivo en relación con la muerte de un sujeto; en tal caso, no puede dejarse a los disponentes la decisión sobre la práctica de la autopsia, ni hay norma en la legislación penal que así lo autorice.

b) La legislación sanitaria sobre disposición de órganos y tejidos implica a los disponentes (originario y secundarios) en la decisión de practicar o no la autopsia.

La contradicción puede resolverse en el sentido de que en toda circunstancia en que se precise la autopsia, según lo señalado en los Códigos de Procedimientos, no se requiere del consentimiento de ninguno de los disponentes; en tanto en los casos en que no haya delito alguno por perseguir, pero por alguna causa sea recomendada la autopsia, ésta se autorice por los disponentes secundarios, si el disponente originario no determinó en contrario por vía de última voluntad o fue omiso al respecto. Una interpretación diversa llevaría a obstaculizar la función investigatoria en materia penal.

Prosiguiendo el análisis del 325, las normas relativas del reglamento y la *Norma Técnica 323 sobre Disposición de órganos y tejidos en seres humanos con fines terapéuticos*, (en su artículo 16),<sup>33</sup> señalan el procedimiento a seguir en caso de toma de órganos al haber necropsia. Para llevar a la práctica estas normas, se ha celebrado un convenio de coordinación entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.<sup>34</sup> En éste se establecen once Bases de colaboración, señalándose entre otras:

causas de la muerte de una persona cuando se tenga duda de que el fallecimiento fue por causa natural"; autopsia es "el análisis anatómico y fisiológico que se practica en un cadáver; su finalidad es la de investigar cuáles fueron las causas que originaron la muerte del occiso para deducir la responsabilidad personal de quienes la motivaron en caso de delito..." DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal*, Porrúa, México, 1986, tomo II, p. 1153, y tomo I, p. 309, respectivamente.

<sup>33</sup> Vid., *supra*, nota 21.

<sup>34</sup> "Bases de coordinación que celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para los efectos del artículo 325 de la Ley General de Salud", publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 23 de marzo de 1989.

SEGUNDA: Las participantes reconocen que esta coordinación se aplicará únicamente en los casos de cadáveres que estén a disposición del Ministerio Público y respecto de los cuales está legalmente indicada la necropsia.

TERCERA: Las intervinientes reconocen para los efectos del artículo 462 de la Ley General de Salud, que la ilicitud en el obrar existe cuando el sujeto activo se conduce fuera de los términos y condiciones que establecen la citada ley, su reglamento en la materia y la Norma Técnica 323, en cuanto a la disposición de órganos y tejidos de cadáveres de seres humanos, incluidos los de embriones y fetos.

SEXTA: "No podrá realizarse la toma de órganos y tejidos que estén implicados en la causa del fallecimiento o aquéllos que sean indispensables para que la Procuraduría emita los dictámenes periciales que estime pertinentes, en cumplimiento de sus funciones.

Sin embargo, en ninguna de las bases se manifiesta que la disposición orgánica operará solamente en los casos en que no haya expresión de voluntad del disponente originario, con lo que se puede sobreentender que podrían tomarse aún en ese supuesto.

No es comprensible la *ratio legis* que funda estas normas, pues ¿qué es lo que justifica al Estado para que a la realización de la *condición* de la necropsia, y a través de ciertas autoridades, haga irrelevante el consentimiento de los disponentes secundarios?

En otras legislaciones, encontramos una tendencia similar, pues cuando el cadáver queda a disposición de las autoridades judiciales, y se practica la autopsia, puede disponerse de la materia orgánica pese a la manifestación en contrario de los disponentes. Parece ser que los antecedentes más remotos de este proceder se ubican dentro del Derecho Francés, con la publicación en el año de 1707 de un Edicto por el que se obligaba a los encargados y directores de hospitales a hacer entrega de los cadáveres que no fueran reclamados a las facultades de medicina, para dedicarlos a fines didácticos y a investigación. Hacia 1832, se publicó en Inglaterra la Ley Warburton, en la que se reglamentó la disposición y entrega de órganos y tejidos para los mismos fines de docencia e investigación.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Datos citados por Xavier PALACIOS MACEDO, "Los trasplantes de corazón y algunos aspectos médicos y legales en México" en *Criminalia*, año XXXV, no. 2, 28 de febrero de 1960, p. 64.

En este siglo, también en Francia, el artículo 27 del Código Administrativo (de 20 de octubre de 1947), señala que el Ministerio de Asistencia Pública puede autorizar a hospitales para que realicen inmediatamente la autopsia o la toma de órganos si el médico Jefe del Servicio considera de interés científico esos restos, sin que sea necesario tomar la autorización de los familiares.<sup>36</sup>

No queda claro el porqué se le adscribe a la realización de la necropsia un valor tal que permita que el Estado se convierta en detentador de derechos sobre los cadáveres ajenos.

Se dirá que lo que legitima la disposición de los restos de un tercero, es la finalidad de dar la oportunidad vital a seres con desventajas y a quienes puede auxiliarse. Nada más loable que ceder lo que nos ha permitido realizar la vida, a quienes pueden perderla —y que de otra forma estaría destinado al desperdicio irremediable e inútil—. Pero esto no autoriza a *suplir* la voluntad de quien ya no puede expresarla. El disponente originario es el único que puede señalar el destino de sus partes corporales, no así los mal llamados "disponentes secundarios". De otra manera, se está planteando que la *urgencia* por la dotación de órganos tiene mayor peso que la voluntad lícita (afirmativa o negativa) de los individuos. Y si, pese a todo, la Ley autoriza a los deudos y personas cercanas al difunto para suplir su consentimiento, los excluye inexplicablemente al presentarse la necropsia, lo que no entraña congruencia alguna, ni deviene de un razonamiento jurídico claro ni específico.

Al momento, y dada la normativa procesal penal mexicana, la práctica de la necropsia está indicada estrictamente para los casos de determinación de la causa de la muerte y el establecimiento de una relación causal delictiva; sin embargo, un dispositivo como el 325 de la Ley de Salud, resulta sumamente atractivo para permitir la remoción tan necesaria de órganos, evadiendo la vía del consentimiento de los disponentes secundarios. Según está estructurada la Legislación Sanitaria en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres, las autoridades competentes (y no sólo el Ministerio Público o las autoridades judiciales), podrían requerir la realización de la necropsia por *cualquier causa*, y no sólo ante la posible presencia de un delito, con tal de lograr que la remoción de órganos se lleve a efecto sin necesidad de tomar el consentimiento de los disponentes secundarios, pues así lo autoriza la Ley.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 65.

El cuerpo médico, que constata diariamente la carencia de material orgánico, se ha pronunciado por la tendencia al libre acceso de órganos, por esta vía o similares; así se ha expresado el doctor Rubén Argüero Sánchez, Director del Hospital General del Centro Médico La Raza del I.M.S.S.:

Dado el considerable número de pacientes que se atienden en los hospitales de traumatología, que llenan los requisitos médicos para ser considerados donadores de órganos y cumplen los requisitos de muerte del artículo 317, pero que por haber sufrido un accidente o agresión externa, deben ser manejados por el Ministerio Público correspondiente, quien indica invariablemente la práctica de necropsia hasta el fallecimiento del paciente, impidiendo la obtención útil de órganos, por lo que sugerimos se establezca el siguiente procedimiento, coordinado por las autoridades competentes para que los Hospitales del I.M.S.S. autorizados por éste puedan disponer de órganos y tejidos para trasplante, en aplicación de los artículos 317, fr. I, II, III y IV, 318 y 325 de la Ley General de Salud y 16 de la Norma Técnica 323, en los casos en que el donante originario fallece en circunstancias que determinen la práctica de la necropsia.

Los casos que integran el presente procedimiento son los siguientes:

Cuando se trata de casos previstos en el artículo 316 en relación con el 317 fr. I, II, III y IV de la Ley General de Salud, el Director del Hospital solicitará por escrito al agente del Ministerio Público, la autorización para la realización de la necropsia, la cual deberá efectuarse en el quirófano con técnica estéril para la obtención de órganos cadavéricos con fines terapéuticos para trasplantes...

...El agente del Ministerio Público contestará en máximo de una hora, el oficio por el que se haga constar que el caso amerita la práctica de necropsia y que se autoriza la disposición de los órganos y tejidos que se señalan en la solicitud, de conformidad con el artículo 1o. de la Norma Técnica 323.<sup>37</sup>

Si la necesidad de órganos es a todas luces impostergable, debe tenderse a fomentar un sistema en el que no se detecten contradicciones

<sup>37</sup> Ponencia presentada en el I Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano, durante el 1er. Congreso Panamericano de Derecho Sanitario, recogida en la *Memoria* respectiva, s.p.i., s.f., México, 1989, pp. 22 y 23.

técnico-legislativas de la seriedad de la apuntada; un sistema como el seguido por nuestra legislación sanitaria, tiene todos los visos de la coactividad simulada. Llama la atención que en la discusión doctrinaria mexicana sobre la donación y trasplante de órganos, no se haya hecho resaltar el punto de la libre disposición estatal por causa de la necropsia, y se preste cuidado a otro tipo de problemas, también importantes pero asimismo más sencillos, con consecuencias menos trascendentes.

El siguiente paso podría ser que las autopsias se hicieran obligatorias en todos los supuestos de muerte, permitiendo que *siempre se pudiera remover el material corporal útil, sin requerir consentimiento de los disponentes secundarios*.

#### G. Otros sistemas de disposición de órganos

Ante la ineficacia de sistemas puramente voluntaristas, que funcionan con base en la oferta de órganos hecha a parientes cercanos y sólo frente a una necesidad inminente, han surgido otras alternativas de inducción que buscan obtener el material corporal tan requerido.

El sistema de *consentimiento presunto*, consiste en que los médicos y las instituciones hospitalarias, por delegación de facultades de las autoridades sanitarias estatales, toman cualquier tejido u órgano de cadáveres, salvo en el caso de que la persona fallecida trajese consigo una credencial o tarjeta en que expresamente se hiciese prohibición de ello, o que los parientes del difunto no lo consintieran. En tales sistemas, los órganos tienen la caracterización de bienes y existe la consideración legal de que la remoción se funda en las atribuciones constitucionales del Estado para determinar el destino de los cadáveres. No es difícil detectar una alta coercitividad y una fuerte intromisión en las áreas de derechos individuales, en dichos procedimientos.

La variante con nuestro sistema radica en que en estas legislaciones, no se requiere de la necropsia como condición, sino que aún en su ausencia, pueden removerse los órganos. Pese a todo, esta política tiene la ventaja de seguir confiriendo valor al consentimiento de los disponentes secundarios; lo que no ocurre en la legislación mexicana en el caso excepcional de la necropsia.

Esta tendencia se ha adoptado en países como Finlandia, Noruega, Grecia, Italia, España, Suecia, Dinamarca, Israel, Austria, y se aplicaba antes de los recientes cambios en Checoslovaquia y Polonia. En

los cinco países primeramente mencionados, los médicos siguen solicitando el consentimiento de los parientes cercanos; en tanto que en los países restantes no se cuestiona a los disponentes secundarios, salvo que de *motu proprio* se opongán.<sup>38</sup>

Otra alternativa en materia de legislaciones sanitarias sobre disposición y uso de órganos, es la que se ha venido practicando en la mayor parte de los países anglosajones, superando los problemas del puro voluntarismo. El sistema que aquí se denominará de *voluntarismo alentado*, se ha puesto en práctica en Estados Unidos (aunque algunos estados recurren al *voluntarismo presunto*), Gran Bretaña e Irlanda, Australia y Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica.<sup>39</sup>

A través de este procedimiento, se faculta legalmente a las personas para que, con "testamentos vivientes o vitales" (*Living Wills*) puedan expresar en vida su voluntad respecto al uso de sus órganos y tejidos. El sistema se basa en una infraestructura de información y publicidad, dispuesta por el Estado y en gran proporción por grupos y asociaciones privadas; requiere asimismo de un sustento educativo constante, permanente y general, de forma que la población sea frecuentemente informada de los urgentes requerimientos en materia de órganos y de las consecuencias médico-legales de la posible donación que hicieren. Con ello, se hace imprescindible contar con sistemas actualizados y completos de Registro de Voluntarios y de Trasplantes que vincularan a donantes, centros hospitalarios y receptores, a lo largo de un territorio determinado, y aún ultrafronterizamente.

#### H. El voluntarismo alentado como opción al caso mexicano

La política del voluntarismo alentado, según lo que se ha dicho, puede cumplir varios objetivos:

- 1) Hacer consciente a la población adulta de la escasez de material donable y de la urgencia por conseguirlo;
- 2) Integrar un listado de órganos susceptibles de ser donados, con la ventaja del conocimiento anticipado de las características físicas de cada donante y de sus órganos y tejidos, para prever con mayor precisión y facilidad la compatibilidad inmunológica con los eventuales receptores y no perder tiempo cuando acaezca la muerte del donante.

<sup>38</sup> Cifras tomadas de Arthur L. CAPLAN, "How other countries consent", en *The Hastings Center Report*, vol. 13, no. 6, dec. 1983, p. 30.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

3) Despejar las dudas de carácter médico, ético y jurídico que pudiesen albergar los donadores potenciales a través de los grandes medios de difusión e información.

4) Lograr que el grueso de la población manifieste expresamente su decisión respecto al destino de sus partes corporales y se integre a un sistema confiable de voluntarismo alentado.

5) Reducir los casos de omisión del consentimiento, para evitar en lo posible que los disponentes secundarios sustituyan la voluntad de un tercero; se nulifica la posibilidad de que el Estado disponga de los restos de los gobernados, como si fuese su detentador.

6) Suprimir, a la larga, la existencia de mercados clandestinos del material orgánico.

7) Hacer accesible a mayor número de personas la tecnología del trasplante, al abaratare los "costos" por el aumento de la oferta y la gratuidad de los órganos y tejidos.

8) Desarrollar el voluntarismo sobre los sentimientos de genuino altruismo y solidaridad, sin caer en el sacrificio de los derechos humanos individuales.

9) Evitar el enfrentamiento de esferas de protección jurídica.

El establecer dentro de la legislación mexicana un sistema como el apuntado, sería de enormes beneficios. Ya hay intentos de adecuarse a él, como se destaca en la labor que han venido realizando la Secretaría de Salud, mediante el Programa Nacional de Trasplantes, coordinándose con las entidades sanitarias estatales; y otras instituciones, como la Fundación Mexicana para la Salud, mediante su Comité de Diálisis y Trasplante.

El Programa Nacional de Trasplantes, funciona con relación al Registro Nacional de Trasplantes, que tiene su fundamento en el artículo 313 de la Ley General de Salud y que coordina lo referente al manejo y disposición de órganos, tejidos, cadáveres y sus componentes. El Centro Coordinador de dicho Registro, proporciona todo tipo de información a los eventuales donantes, y los alienta a registrarse como tales en el Registro. Ofrecen un formato de tarjeta de donación, con la siguiente leyenda:

Yo \_\_\_\_\_, con la esperanza de poder ayudar a otros hago la presente donación si médicamente es aceptable al momento de mi muerte.

- DONO a) cualquier órgano útil  
b) sólo los siguientes órganos \_\_\_\_\_ con fines de trasplante, tratamiento, investigación o docencia.

A continuación se señalan el nombre y edad del disponente, el nombre y firma de dos testigos, y se asienta el lugar y fecha de la decisión.

El comité de Diálisis y Trasplante de la Fundación Mexicana para la Salud inició en junio de 1990 el programa "Yo soy un donador... de todo corazón", que también facilita la donación, mediante el llenado de una tarjeta similar a la anterior. Ambos formatos deberían incluir la especificación de que la donación se hace gratuitamente y que el receptor del órgano, no deberá pagar ninguna cantidad por el mismo.

El propósito de la tarjeta es poner en conocimiento de cualquiera, la intención del donante. Sin embargo, el efecto de difusión de estas credenciales se pierde si no se integran los portadores de las mismas al Registro Nacional de Trasplantes. El formato también debería permitir la posibilidad de negarse a cualquier tipo de remoción, como alternativa; o de otra forma, establecerse la presunción de que la persona que no porte algún tipo de documento alusivo a los trasplantes, se entiende que *no consiente* la remoción.

Al parecer, en ciertos estados de la República, se ha dado marcha a dispositivos similares, a través de las Secretarías de Salud Estatales. En Hermosillo y a partir del mes de agosto de este año, al hacerse la solicitud para obtener una licencia de conducir, se cuestionaría a los solicitantes sobre su disposición para ser donantes de órganos.<sup>40</sup> Antes la respuesta afirmativa, la persona tendría que someterse a una serie de análisis en el Laboratorio de histocompatibilidad, dependiente de la Secretaría de Salubridad Pública del Estado de Sonora. De esta manera, la actitud individual respecto al destino de los órganos y tejidos quedará incorporada a un documento oficial de portación necesaria como lo es la "licencia". El problema se presentaría en el caso de que la persona decidiese revocar su voluntad, —para dejar de ser considerado donante, o para integrarse finalmente al Programa—, pues el hecho de portar la licencia implicaría que subsiste su primera intención. Ante un accidente o enfermedad súbita, si el portador no ha

<sup>40</sup> Así lo ha expresado el Secretario de Salubridad del Estado de Sonora, Dr. Filiberto PÉREZ DUARTE, el 23 de julio de 1991. Esta información, ha sido obtenida por el estudiante Miguel BONILLA, cuya ayuda ha sido invaluable en la localización de diverso material útil para este artículo.

hecho el cambio de "voluntad", sería imposible presumir la revocación.

En Puebla, también se intenta un programa "piloto" de semejantes características.

Como se aprecia por los desarrollos apuntados, ya puede hablarse de un grado de sensibilización de la sociedad mexicana al sistema de voluntarismo alentado. Faltará afinar ciertos detalles, como el de la dificultad de la revocación de que se hablaba antes, la conveniencia de un Registro de Transplantes verazmente informado y completo, etcétera, que ya está previsto y en funcionamiento, al igual que los programas alternos de donación de córneas y de transfusión sanguínea.

No obstante, si la legislación sanitaria no se adecua a todo lo anterior y no se lleva a cabo una reforma eficaz de ciertas normas, se continuará entorpeciendo al sistema de transplantes y donación de órganos.

Ante todo es menester hacer hincapié en que nuestro sistema sanitario de remoción y trasplante de material humano sólo puede estar basado en el principio de la autonomía de la voluntad individual y que ésta no puede ser suplida ni presumida por terceros, incluyendo al Estado y sus dependencias; ni puede desarrollarse a partir de la realización de condiciones, como lo es la práctica de la necropsia.

Debe preverse un dispositivo que permita que, al alcanzar la mayoría de edad, los sujetos manifiesten en la forma legal idónea, su voluntad respecto al destino que se dará a sus restos, de tal manera que todo ciudadano de edad adulta exprese su consentimiento o negativa frente a la donación orgánica, y su decisión sea conocida e incorporada en los medios pertinentes. Debe asimismo asegurarse por medio de la normativa legal, que todo acto jurídico en materia de disposición y utilización de órganos humanos será un acto gratuito y sancionarse proporcionalmente cualquier violación al respecto. Así se garantiza un sistema de provisión orgánica *accesible* a las mayorías, reduciendo el riesgo de que la política de trasplante de órganos beneficie únicamente a sectores muy reducidos y económicamente capaces, como ha venido ocurriendo. Si se logra que haya más donantes, también debe lograrse que haya más receptores.

### 3. El cadáver y la muerte

El artículo 62 del Reglamento determina que para la realización de cualquier acto de disposición sobre cadáveres, "deberá contarse

previamente con el certificado de defunción, que será expedido una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas, por profesionales de la medicina o por personas autorizadas por la autoridad sanitaria competente".

En recientes décadas y por virtud de los logros médicos, ha surgido la cuestión de determinar el *momento legal de la muerte*. Este punto es importante, dado que al existir la posibilidad de mantener un organismo en condiciones "estables" a pesar de un dictamen médico de "muerte clínica", la extracción de órganos en cumplimiento de la voluntad expresada en vida por el donante resultaría delicada y podría conllevar conflictos éticos y afectivos en los deudos, para quienes resultaría difícil aceptar la muerte a la vista de un "cuerpo que aún respira", aunque de manera artificial. Atendiendo a estas situaciones, se ha redefinido el concepto de muerte, para efectos jurídicos.<sup>41</sup> Nuestra legislación ha adecuado los criterios de definición de pérdida de la vida en el artículo 317 de la Ley, y reformado los plazos para la extracción de los órganos de los sujetos considerados muertos, en el artículo 318:

La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos podrá realizarse de *cadáveres* en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 o de aquéllos en que se compruebe la *persistencia por seis horas* de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III, y IV del mismo artículo y además las siguientes circunstancias: I. electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado, y II. ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia...

El artículo 314-II de la Ley, reformado recientemente, define como cadáver "el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida"; por lo que al integrarse los signos de muerte legales y pese a que la persona aún presente ciertas respuestas artificiales de vida, la extracción de órganos sería posible, si el disponente así lo consintió.

<sup>41</sup> Sobre las consideraciones médico-legales para la determinación de la muerte y sus consecuencias, véase el artículo del Dr. Pablo A. RODRÍGUEZ DEL POZO, "La determinación de la muerte. Problemas morales y jurídicos" en este mismo número de la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la E.L.D.*

## IV. LOS LÍMITES ÉTICOS

La reciente reforma de la Ley de Salud en este rubro, ha incorporado una lista de los materiales considerados útiles a otros, actualizándose en relación a la tecnología médica.

De esta forma, también se puede disponer de las células germinales, y los productos ("todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano, como resultado de procesos fisiológicos normales"; artículo 314-IX de la Ley), así, la placenta y los anexos en la piel, que según el artículo 56 del Reglamento, pueden emplearse como "materia prima" para fines industriales, o para usos científicos (artículo 57), "ya mediante contraprestación o a título gratuito", siempre que sean manejadas de conformidad con las normas técnicas que emita la Secretaría. En ningún artículo hace referencia la Ley o el Reglamento a la necesidad de tomar el consentimiento de los disponentes; pese a que la placenta o la piel carezcan del rango de "órgano", han formado parte del organismo de una persona, y su consentimiento debería de estar implicado en ello. No obstante esa ilicitud, es la posibilidad de comercializar este tipo de material, y el destino que se persigue, lo que resulta inadmisibles.

La Ley también ha incorporado, a resultas de la reforma, una clasificación curiosa respecto a los seres nonatos (artículo 314-IV, V, VI): *preembrión* (desde la concepción hasta la segunda semana de gestación), *embrión* (de la tercera a la décimo segunda semanas) y *feto* (desde la décima tercera semana hasta el parto); de éstos también se puede disponer, según el artículo 349 de la Ley. Aunque falta una adecuación al Reglamento de las reformas últimamente hechas a la Ley, el artículo 73 de aquél señala:

Las disposiciones generales sobre cadáveres serán aplicadas en su caso, a los de embriones y fetos.

Esto implica que los órganos y tejidos útiles de procedencia embrionaria y fetal, pueden destinarse tanto a fines terapéuticos, docentes y de investigación; mediante autorización de los disponentes, siempre secundarios en este caso, pues la Ley no reconoce personas en estos seres, —indiscutiblemente humanos, aunque sin *personalidad le-*

*gal*.<sup>42</sup> En el caso de practicárseles la necropsia, las autoridades ya mencionadas en otros apartados, dispondrían de estos restos, sin tomar ningún consentimiento.

Ya ha habido casos en los que se procrea un ser humano para abortarlo a las pocas semanas y obtener ciertos materiales que sólo se extraen de embriones o fetos, para utilizarlos terapéuticamente. Si esto suena aberrante, no lo es menos el hecho de destinar a la industria cosmética o farmacológica los restos de esos seres, por disposición de sus padres.

¿Llegaremos a engendrar seres con el único fin de conseguir material para quienes lo requieren? Para ello, sobre todo en las legislaciones que lo admiten, sólo se requeriría abortar en un momento preciso, para permitir que se hayan empezado a desarrollar ciertos tejidos que puedan seguir evolucionando después de ser "tomados". ¿Tomaremos los órganos de los reclusos, de los incapaces permanentes, de quienes están en estado de coma indefinido, de los desahuciados?

Se sigue considerando a seres humanos como *medio* para la realización de *fines* de otros, sin recordar que la vida digna implica que toda persona debe ser entrevista, en cualquier circunstancia y con relación a cualquier meta, como *un fin en sí*. Si se busca solución válida para tantas urgencias y demandas razonables, habría que encontrarla en formas que no rebajen la dignidad humana. Después de todo, un trasplante puede salvar una vida, ...pero ¿por cuánto tiempo más?

Ante los problemas del hombre, la ciencia ha presentado formidables soluciones. Es loable intentar mejorar la calidad de vida propia y ajena. Es lícito y justo compartir la dote vital con quienes la precisan, y es encomiable la *voluntaria donación* de ello; pero habría que vadear los senderos que simulan la solidaridad y establecer bordes claros con lo que no puede ser lícito y que afecta jurídicamente a la persona humana. La donación de tejidos y órganos corpóreos tan necesaria, no puede llevar a considerar al ser humano como una despensa de material de todo tipo, ni producir el enfrentamiento de esferas jurídicas de la misma jerarquía.

Tal vez el remedio a este tipo de situaciones, es delicado. Pero puede no estar distante, si la conciencia humana se orienta hacia el respeto a su propia dignidad.

<sup>42</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual México es parte, dispone en su artículo 1.2: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", por lo que los embriones y fetos tienen esa categoría jurídicamente.