

<i>Mors Tua, Vita Mea</i>	307
I. Introducción	307
II. Antecedentes	309
III. Regulación constitucional	311
IV. Aspectos éticos	319
V. Naturaleza jurídica de la relación que se establece en la donación de órganos y sus elementos	327
VI. Derecho comparado	331
VII. A modo de conclusión	334

MORS TUA, VITA MEA²⁵⁵
La Suprema Corte de Justicia de la Nación
y la donación de órganos²⁵⁶

La vida no es sueño. El más vigoroso tacto espiritual es la necesidad de persistencia de una forma u otra. El anhelo de extenderse en tiempo y espacio.

Miguel de UNAMUNO

I. INTRODUCCIÓN

Se dice, muy continuamente, que vivir no es nada fácil; pero cuando la vida está en juego, cuando se trata de sobrevivir, esa frase adquiere otras dimensiones. La sobrevivencia, para quien está en espera de que la caridad de otro ser humano le comparta parte de la vida que le fue dada, a través de un trasplante, es una cuestión fundamental.

Pero sobrevivir es sólo el primero de los elementos de una ecuación que contiene muchos otros. A ella hay que agregar, por ejemplo, el estado de necesidad en que se vive cuando uno de nuestros órganos falta o falla, necesidad extrema tal vez sólo comparable con otras tales como el comer o el dormir. Sobrevivir es, pues, el primer elemento, el elemento fundamental para quien está en espera de una donación de órganos, el primero y el más importante de esta ecuación.

Del otro lado de la ecuación, del lado de quien dona, se reúnen también tantos elementos que resultaría imposible tratar todos en un intento tan modesto como el que en este momento emprendemos. Sin embargo,

²⁵⁵ “Tu muerte es mi vida”. El título se reproduce del capítulo X, de Frossini, Vittorio, *Derechos humanos y bioética*, Colombia, Temis, 1977.

²⁵⁶ Conferencia magistral organizada por la Asociación de Mujeres Profesionales en Derecho del Estado de Yucatán “Abogada Antonia Jiménez Trava, A. C.”, en la ciudad de Yucatán, el 23 de mayo de 2003.

es conveniente mencionar que elementos de tipo ético, científico,²⁵⁷ cultural, sentimental y psicológico, entre otros, no dejan de estar presentes en una relación como la que trataremos a continuación de exponer; pero considero que son dos los elementos esenciales que se conjugan del lado de quien cede, de quien dona: el ánimo de trascender y el altruismo.

Cuando hace un par de años preparaba esta ponencia para su presentación en otro foro, jamás imaginé qué tan rápido tendría que hacerme cargo del tema en mi labor en la Suprema Corte, ni que tendría que apoyar un proyecto en el que estas ideas que ahora reproduzco ante ustedes tomarían la forma jurídica de una sentencia. La vida nos va dando muchas oportunidades.

En aquella ocasión, como ahora, señalaba que todos estos elementos de que les hablo —la solidaridad, el ánimo de trascendencia, el altruismo— presentes en el mundo de lo fáctico, han tenido que ser tomados por el ordenamiento jurídico y plasmados en la legislación y la jurisprudencia, pues el derecho es un instrumento idóneo para el aseguramiento de valores.²⁵⁸

Qué valores debe asegurar el derecho y qué valores debe desechar se vuelve otro punto controvertido de los muchos que el tema reviste. La bioética²⁵⁹ y el derecho comienzan a enlazarse en este punto, generando las más acendradas polémicas de nuestro *moderno* y *avanzado* mundo, vinculando, igualmente, a dos de los campos más importantes del conocimiento humano: la ética y la ciencia.

²⁵⁷ La biotecnología, la prolongación artificial de la vida, los descubrimientos en materia de genética y biodiversidad, en fin, todos los avances científicos dan cuenta de ello. Ahora bien, sobre el cómo influyen estos temas en la vida humana y en el ambiente en general, se viene escribiendo muchísimo. Véase Altieri, Miguel y Rosset, Meter, “La falsa panacea de la biotecnología”, *Este país*, núm. 120, marzo de 2001, pp. 10-15.

²⁵⁸ Francesca Puigpelat (“Bioética y valores constitucionales”, en Casado, María (coord.), *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid, Trotta, 1998, p. 37) señala que existen, además del derecho, otros mecanismos informales de aseguramiento de valores, entre los que destaca la reflexión moral y la socialización, señalando los inconvenientes de ambos.

²⁵⁹ El término *bioethics* se viene utilizando desde 1971, cuando el oncólogo estadounidense Van R. Potter publicó el libro *Bridge to the future*. “El puente establecido hacia el futuro con la nueva disciplina debía permitir, según la intención del autor, el paso hacia una mejor calidad de vida; pero en su rápida suerte crítica y en su difusión, el término adquirió el significado, específico y científico, de una nueva dimensión de la búsqueda en el campo de los estudios académicos; inclusive se inició en Italia la cátedra de bioética en la Facultad de Medicina de la Universidad Católica del Sacro Cuore, en Roma”. Frossini, Vittorio, *op. cit.*, nota 255, p. 75.

Esta mezcla de disciplinas, agrupadas en el término bioética, ha producido lo que parece serán, en un futuro no muy lejano, temas que requerirán un mayor análisis desde todas las perspectivas posibles. Entre ellos se encuentra el que comentaremos.

Estos temas de bioética, además de los dilemas que ya nos van planteando, nos ofrecen un desafío incalculable en los problemas que tendrán que resolverse. Algunas veces con la aprobación generalizada, pero muchas otras con el rechazo e incluso el desprecio también generalizados. Las consecuencias de estos desafíos tal vez nunca las sepamos a ciencia cierta desde nuestro presente y por ello se tornan aún más importantes.

Pero, como señalaba, parece ser que la constante en el tema de la donación de órganos son los valores. ¿Pero cuáles son esos valores que han ido introduciéndose en nuestras legislaciones para regular el que es tal vez el acto más altruista de un ser humano?

Destacaría, entre otros, la solidaridad, el altruismo, la conciencia del otro, la sensibilidad ante el dolor humano, la trascendencia, etcétera. Pero aunados a estos valores, encontramos elementos externos a las partes que intervienen en una donación o trasplante de órganos, conceptos multidisciplinarios, médicos, científicos, éticos, como he venido señalando, como son, por ejemplo, la comprobación de la muerte y, en consecuencia, qué debemos entender por *vida*, la salud, los deberes del Estado, etcétera.

Por eso quisiera relatarles los aspectos más importantes de la sentencia que dictó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de abril 2003, en el Amparo en Revisión 115/2003, por el que se concedió al quejoso la protección de la justicia federal a efecto de que pudiera recibir la donación de un órgano por parte de una persona con la cual no guardaba parentesco.

II. ANTECEDENTES

La donación de órganos en nuestro país se perfilaba, hace cosa de 30 años, como un asunto similar al que hoy ocupan otros temas de actualidad científica como la medicina genómica, el trabajo con *células madre* o los alimentos transgénicos: se trataba de un asunto importante al cual no se le concedía la importancia debida. Pero hoy el asunto ha tomado dimensiones inimaginables, se ha vuelto polémico y, como casi todo lo

polémico, nos ha llevado a reflexionar sobre los aspectos que conlleva no sólo para cada una de las partes involucradas, sino para la sociedad en general.

Por una parte, sabíamos que para conservar la salud o mejorar su calidad de vida, algunas personas requerían de un órgano específico donado por alguno de sus semejantes; mientras que, para éstos, la cesión de ese órgano representaba literalmente “arrancar” un trozo de su cuerpo para darlo al otro que lo requería con urgencia para mejorar su vida o tal vez para salvarla.²⁶⁰

Lograr que la legislación reconociera esta situación, y avanzara a la par de los descubrimientos de la ciencia médica encaminados a favorecer y proporcionar salud al ser humano, sin perjudicar a un semejante, esto es, protegiendo tanto al donante como al receptor, fue sin duda un proceso largo y en cierta medida complicado. Pero, a pesar de ello, podemos afirmar que en la historia de los trasplantes de órganos, el salto evolutivo en la regulación jurídica ha sido considerable.

Alrededor de los años sesenta, existía el Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de Sangre,²⁶¹ ordenamiento legal en el que se regulaba todo lo relacionado con el que, para entonces, era el único trasplante posible.

Algunas fuentes citan el año de 1963 como fecha de los primeros trasplantes de órganos en nuestro país y al Instituto Mexicano del Seguro Social como la primera institución que los llevó a cabo.²⁶² Pero no fue sino hasta 1973 que se expidió *el Código Sanitario de los Estados Unidos*

²⁶⁰ Emanuel Levinas (“Del Uno al Otro trascendencia y tiempo”, *Entre nosotros, op. cit.*, nota 119, p. 178) ha fundamentado su fenomenología de la socialidad “a partir del rostro del otro hombre que expresa...una exposición indefensa al misterioso abandono de la muerte, que escucha en él ... una voz que ordena, una orden dirigida a mí para que no permanezca indiferente ante esa muerte, para que no deje al otro morir solo, es decir, para que responda de la vida de otro hombre y evite hacerme responsable de su muerte”. Asimismo, en “Filosofía, justicia y amor”, señala que “El único valor absoluto es la posibilidad humana de otorgar a otro prioridad sobre uno mismo”. Este cuidado caritativo, señala Levinas, es probablemente el origen de la medicina.

²⁶¹ *Diario Oficial de la Federación*, 8 de noviembre de 1961

²⁶² El dato fue proporcionado por el subsecretario de Salud, doctor Javier Castellanos Coutiño, en el marco de la celebración del Día del Médico en octubre de 2000 y puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://Clubs.Infosel.Com/cienciaytecnologia/articulos/Inv_mexcyt/5317. El mismo funcionario señaló que en los últimos 35 años se habían realizado en el país alrededor de 20,000 trasplantes.

*Mexicanos*²⁶³ que comenzó a regular la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Dos años después fue expedido el *Reglamento del Banco de Ojos de la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento Distrito Federal*.²⁶⁴

Otras disposiciones fueron expedidas al respecto;²⁶⁵ pero las más recientes son las disposiciones vigentes de la Ley General de Salud, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de mayo de 2000, que fueron materia de estudio en la sentencia que comentaremos adelante. Por ahora, conviene dejar sentado el tema más importante que tiene que ver con el trasplante de órganos.

III. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El avance que se dio en la regulación, a raíz de las reformas a que me he referido, ha tenido que partir, necesariamente, de un supuesto: la salud como un derecho fundamental,²⁶⁶ pues no podría legislarse respecto a una cuestión tan trascendente como el trasplante de órganos si no se partiera del supuesto de que la salud es una garantía constitucional.²⁶⁷

Así fue considerado, tanto en la sentencia que resolvió el amparo a que me he referido, como en el voto minoritario de los señores ministros Ortiz Mayagoitia, Aguirre Anguiano y Aguinaco Alemán.

Pero antes de comentar las consideraciones de mis compañeros ministros —que recogieron y confirmaron algunos criterios previos sobre las garantías de protección a la salud, a la vida y a la integridad corporal—

²⁶³ *Diario Oficial de la Federación*, 13 de marzo de 1973

²⁶⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 8 de enero de 1975.

²⁶⁵ Una relación de otros ordenamientos que se ocuparon del trasplante de órganos puede consultarse en Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo, *Trasplante de órganos, aspectos jurídicos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 2-11.

²⁶⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 436, considera que los derechos a protección son subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste organice y maneje, mediante acciones positivas (fácticas o normativas), el orden jurídico de una determinada manera, delimitando la esfera que corresponde a este derecho.

²⁶⁷ Puigpelat, Francesca, *op. cit.*, nota 258, pp. 42 y ss., parte del análisis de las disposiciones constitucionales para establecer la relación entre el derecho y la bioética, considerando, como ya se señaló, que la Constitución es aseguradora de valores y, como norma superior del ordenamiento, encargada de velar por aquéllos que el Estado se da como fundamentales, así como de los derechos que derivan de los valores consagrados en su texto.

quisiera mencionar que nuestra Constitución, en el aspecto de recoger valores superiores,²⁶⁸ adolece de algunas lagunas que es muy importante destacar.

En efecto, nuestra Constitución no contempla en su totalidad, o bien lo hace con deficiencias u oscuridad en su regulación, los valores que fundamentan la bioética en el mundo.

A esta conclusión se arriba al comparar nuestra carta magna con otros ordenamientos de la misma naturaleza en los que sí se establecen principios y valores fundamentales que sustentan la legislación secundaria en muchas materias, incluyendo, por supuesto, la bioética.

Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Constitución española,²⁶⁹ en la que se tutelan, de manera expresa, valores tales como la libertad, la igualdad, la justicia, la vida, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

En el caso de México la carencia de regulación expresa de estos valores fundamentales obliga al intérprete de la Constitución a realizar —casi en todos los casos en que se pone en tela de juicio alguno de esos valores— una interpretación sistemática y, en ocasiones, “legalista”²⁷⁰ del texto constitucional, que permita extraer del conjunto del ordenamiento la regulación de esos valores para que sean aplicados como normas.²⁷¹

²⁶⁸ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, “Valores superiores” en Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 88.

²⁶⁹ Véase Puigpelat, Francesca, *op. cit.*, nota 268, pp. 42-47, en donde se desarrollan estos valores constitucionales respecto al tema de la bioética, señalando su vinculación. Véase, también, para comparar la forma de regulación de la dignidad humana en el derecho, Alemán Benda, Ernesto, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Maihofer, Vogel *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996.

²⁷⁰ “Una cultura jurídica que esté mucho más apegada a la interpretación de la ley que de la Constitución, o mejor dicho, a los modos de interpretación “legal” que a los de interpretación “constitucional”, que conciba los derechos más como derechos legales que como derechos fundamentales, en definitiva, una cultura jurídica “legalista” y no “constitucionalista” es difícilmente compatible con la existencia de una Constitución democrática, esto es de una Constitución auténtica”. Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa-UNAM, 2000.

²⁷¹ Una discusión intelectualmente rigurosa respecto del concepto de Constitución es la que se ha entablado entre los defensores de la Constitución como norma abierta y quienes defienden el concepto de Constitución como sistema material de valores. Véase al respecto, Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1995, pp. 42-60. Véase Guastini, Ricardo, “¿Peculiaridades de la

De modo que estos valores, en cada caso concreto, tendrán que derivarse, en su caso, de la interpretación sistemática y armónica de la totalidad del ordenamiento constitucional, además de complementarlos con la regulación particular que en la legislación se haga de cada garantía, como se hizo en el caso que refiero, al relacionar el derecho constitucional a la protección de la salud con las disposiciones de la ley de la materia.²⁷²

Así, el asunto que nos interesa fue interpuesto mediante escrito presentado el 5 de octubre de 2000, en la Oficialía de Partes Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en Guadalajara, Jalisco. En él, el quejoso solicitó el amparo y protección de la justicia federal, señalando como acto reclamado, principalmente, el Decreto por el que se reformó la Ley General de Salud, de fecha 26 de mayo de 2000, particularmente en su artículo 333, que, en la parte que interesa, dispone:

Artículo. 333. Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito.

Ello en virtud de que diversas autoridades médicas y administrativas del Centro Médico de Occidente del Instituto Mexicano del Seguro Social de esa ciudad, se negaron llevar a cabo la operación de trasplante de riñón entre vivos, tomando en cuenta el dispositivo de la Ley General de Salud a que se acaba de hacer referencia, pues el donante no cumplía con el requisito del parentesco.

El juez de Distrito que conoció de la demanda sobreseyó por diversos argumentos y el quejoso interpuso el recurso de revisión del que conoció el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, mismo que se declaró incompetente para conocer del recurso inter-

interpretación constitucional?”, *Estudios sobre la interpretación jurídica, op. cit.*, nota 99; así como “¿Especificidad de la interpretación constitucional?”, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999.

²⁷² Esta forma de interpretar, podría encontrar analogía con el concepto de “bloque de constitucionalidad” construido en España y Francia para designar a ciertas *normas de referencia*, cuya infracción por normas del mismo rango determina la inconstitucionalidad de éstas. Véase Rubio Llorente, Francisco, “Bloque de constitucionalidad”, en Aragón, *op. cit.*, nota 88.

puesto y ordenó remitir las actuaciones correspondientes a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, admitió el recurso mencionado y determinó que, con el propósito de examinar los agravios propuestos por el quejoso, era conveniente tener presente el criterio del mismo Tribunal Pleno que señala que los diversos preceptos de la Ley de Amparo que regulan los medios de defensa no exigen requisitos para su formulación, y que el escrito a través del cual se hagan valer éstos, debe examinarse en su conjunto; “por lo que será suficiente que en alguna parte de éste se exprese con claridad *la causa de pedir*, señalándose cuál es la lesión o agravio que las respectivas consideraciones le provocan, así como los motivos que generan esta afectación, para que el órgano revisor deba analizarlos...”.²⁷³

De esta manera, el Pleno advirtió que el quejoso insistía en que el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, transgredía el artículo 4o. de la Constitución federal, por considerar, como idea medular, que tal precepto vulneraba y restringía su derecho a la salud y a la vida. En consecuencia, el Pleno se ocupó del análisis constitucional considerando

²⁷³ Se trata de la tesis P./J. 69/2000 emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, novena época, p. 5. “AGRAVIOS EN RECURSOS INTERPUESTOS DENTRO DEL JUICIO DE AMPARO. PARA QUE SE ESTUDIEN BASTA CON EXPRESAR EN EL ESCRITO RELATIVO, RESPECTO DE LAS CONSIDERACIONES QUE SE CONTROVIERTEN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, LA CAUSA DE PEDIR. Tomando en cuenta lo dispuesto en la tesis jurisprudencial 2a./J. 63/98, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, septiembre de 1998, p. 323, cuyo rubro es “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.”, esta Suprema Corte de Justicia arriba a la conclusión de que los agravios que se hagan valer dentro de los recursos que prevé la Ley de Amparo no necesitan cumplir con formalidades rígidas y solemnes, ya que, por una parte, los diversos preceptos de este ordenamiento que regulan los referidos medios de defensa no exigen requisitos para su formulación y, por otra, el escrito a través del cual se hagan valer éstos debe examinarse en su conjunto, por lo que será suficiente que en alguna parte de éste se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que las respectivas consideraciones le provocan, así como los motivos que generan esta afectación, para que el órgano revisor deba analizarlos; debiendo precisarse que esta conclusión únicamente exige al recurrente de seguir determinado formalismo al plantear los agravios correspondientes, mas no de controvertir el cúmulo de consideraciones que por su estructura lógica sustentan la resolución recurrida, o, en su caso, las circunstancias de hecho que afectan la validez de esta última”.

este argumento y determinó que el fundamento constitucional de la donación de órganos se encuentra expresamente en el derecho constitucional a la protección de la salud, pero implica también otras garantías, como el derecho a la vida, u otras que la Corte derivó de la interpretación de la Ley General de Salud, como la libertad de disposición del propio cuerpo.

En la sentencia se dice que

El artículo 4o. constitucional, en el aspecto que se viene examinando, ha sido reconocido como una norma programática, pues establece las directrices que deben acogerse por el legislativo al momento de reglamentar su contenido, así como los lineamientos que deben inspirar los programas de gobierno. De esta suerte, el derecho subjetivo que proclama la declaración de que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, está subordinado, en cuanto a su goce y ejercicio, a la regulación secundaria, así como a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica.

Desde 1983,²⁷⁴ la Constitución consagra como una garantía individual el derecho a la salud,²⁷⁵ al señalar en su artículo 4o.²⁷⁶ que:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme a lo que dispone la fracción XVI, del artículo 73 de esta Constitución.

Para llevar a la práctica este precepto, tuvo que ser expedida la legislación secundaria, tal como lo dispone el texto constitucional. Así que, para el año de 1984, aparece publicada la Ley General de Salud, misma que, en su artículo 2o., establece los fines para la protección de la salud

²⁷⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de febrero de 1983.

²⁷⁵ Véase Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, colección discursos, núm. 6, 2000.

²⁷⁶ Un estudio integral de este artículo se puede consultar en Carbonell, Miguel, “Comentario al artículo 4o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; y en *La Constitución en serio. Multiculturalismo igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa, 2001, se encuentra un estudio detallado del derecho a la salud en concreto.

como un derecho que tenemos los mexicanos. Entre los que se deben destacar, para los fines del tema que tratamos:

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

En esa tesitura, la Corte interpretó que dicho artículo desarrollaba de manera extensa y eficaz el alcance del derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 4o., pues, se dice en el proyecto:

las disposiciones de la Ley General de Salud están encaminadas a hacer efectivos los derechos a la vida y a la salud, consagrados en la Constitución Federal, pues se prevé como finalidad de tal ordenamiento la procuración del bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, así como la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

De esta manera, la interpretación constitucional se apoyó de manera preponderante en el desarrollo legislativo de la garantía constitucional, pues el derecho a la salud implica una obligación prestacional (positiva) de *hacer*, pero también una obligación (negativa) de *no hacer*, consistente en no dañar la salud.

Así, la interpretación constitucional partió originariamente de considerar que:

el derecho a la protección a la salud está vinculado al reconocimiento que el artículo 1o. de la Carta Magna hace a la dignidad humana, ya que para vivir dignamente es indispensable que, en la medida de lo posible, la persona cuente con todos los apoyos institucionales, médicos y psicológicos necesarios para conservar, mejorar o recuperar su salud, lo cual se traduce en una mejor calidad de vida e incluso en la prolongación de ésta.

De la misma manera, la Corte consideró que el derecho que le asistía constitucionalmente al quejoso, también se derivaba de la interpretación de otras garantías como el derecho a la vida y, en esa tesitura, la interpretación constitucional se sustentó en precedentes del mismo Tribunal sobre esas dos garantías, como por ejemplo:

- El amparo en revisión 2543/98²⁷⁷ en el que se reclamaron los artículos 5 y 24 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, relativos al derecho al servicio médico de los cónyuges o concubinos de las trabajadoras al servicio del Estado, mismo que les había sido negado.²⁷⁸
- El amparo en revisión 2231/97²⁷⁹ en el que se impugnó la negativa a suministrar medicamentos a enfermos.²⁸⁰
- La acción de inconstitucionalidad 10/2000²⁸¹ en la cual tuve el gran honor de ser ponente y en cuya resolución se fijó el alcance de la protección constitucional del derecho a la vida.²⁸²

²⁷⁷ Promovido por María Guadalupe Chavira Hernández y otras, resuelto en sesión de 18 de mayo de 1999 bajo la ponencia del señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. La negativa para acceder a tal servicio se basaba en una condición que era la edad de aquellos (más de 55 años) o su condición de salud (estar incapacitado física o psíquicamente y depender económicamente de ella).

²⁷⁸ Se trata de la tesis que aparece en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 58, bajo el rubro: “TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL”.

²⁷⁹ Resuelto en sesión de 25 de octubre de 1999, bajo la ponencia del señor ministro Mariano Azuela Güitrón. En dicha resolución se sostuvo el criterio que informa la tesis cuyo rubro es “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS”.

²⁸⁰ Se trata de la tesis P. XIX/2000, publicada en el *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, marzo de 2000, p. 112.

²⁸¹ Promovida por los diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, resuelta en sesión de 29 y 30 de enero de 2002 en la que se impugnaron el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal y el 131 *Bis* del ordenamiento adjetivo de esa entidad.

²⁸² En dicha resolución se sostuvo, entre otros, el criterio que informa la jurisprudencia cuyo rubro es “DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL”, y cuyo contenido señala, básicamente, que “del análisis integral de lo dispuesto en los artículos

De todo ello se desprende que la interpretación hecha por el Tribunal Pleno partió del texto constitucional; pero no omitió considerar el desarrollo legislativo de la garantía interpretada, como se ha visto al fundar su resolución en los fines de la Ley General de Salud, que fijan el alcance de la garantía de protección a la salud.

Ahora bien, el amparo fue concedido al quejoso, básicamente por considerar que el derecho a la salud es más que un asunto de política pública “se trata de un derecho del que todos pueden disfrutar porque las condiciones técnicas y tecnológicas lo permiten”.²⁸³ Pues, como se dijo en el proyecto,

del proceso legislativo que dio origen a la nueva regulación de los trasplantes de órganos, en la que se encuentra la disposición cuestionada, es importante destacar que *el legislador secundario... da un contenido mayor a esta garantía, pues considera que los avances de la ciencia médica deben ser aprovechados en beneficio de aquellas personas que necesitan un órgano para recuperar su salud y prolongar su vida.*

No quisiera omitir que el argumento esencial de los ministros que formularon voto minoritario en este asunto, fue que, al permitir la donación por parte de una persona que no fuera familiar del quejoso, se afectaría el principio de universalidad del derecho a la protección de la salud, y que se desatenderían “situaciones de interés general y orden público que son consustanciales a la acción del Estado en materia de políticas de salud pública”. Específicamente, porque no se respetaba el propósito expreso del legislador, desprendido de la propia exposición de motivos de la reforma impugnada, de impedir la comercialización o el nacimiento de un mercado de órganos de personas vivas; pues, cito textualmente

el derecho a la protección a la salud incluye la regulación de todos aquellos actos de disposición del cuerpo o parte de éste, que ocasionen un daño a la integridad física de las personas y, en ese contexto, *el trasplante de órganos claramente corresponde a una cuestión en la que no puede ni debe permitirse la donación indiscriminada que sólo pone en riesgo al conglomerado social, especialmente a los grupos económica y socialmente más desprotegidos.*

1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que... la propia norma constitucional... protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos”.

²⁸³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 9, p. 180.

Visto lo anterior, quisiera tratar el tema analizando algunos elementos que considero indispensables para su mejor comprensión y en los que, además de agrupar algunas opiniones al respecto, he tratado de relacionarlos con la sentencia de la que he venido hablando, cuando esto ha sido posible.

IV. ASPECTOS ÉTICOS

1. *La disposición corporal*

El cuerpo, pudiera decirse, es nuestra primera posesión. Es lo único con lo que llegamos al mundo y es también lo único que realmente conservamos en el momento de la muerte. Pero la disposición del cuerpo encuentra condicionantes de todo tipo, desde las condicionantes religiosas²⁸⁴ hasta las jurídicas. Es por ello que el tema de la disposición corporal es uno de los más álgidos y discutidos en las cuestiones de trasplantes de órganos.

Desde el punto de vista jurídico intentaremos precisar si, de acuerdo con la doctrina y la legislación mexicana, el ser humano puede disponer en vida de su cuerpo por completo o de una parte de él, y en apartado posterior si se puede disponer de alguna parte del cuerpo o su totalidad para después de la muerte.

La forma más común de donación de órganos se lleva a cabo *inter vivos*, medio que, como lo precisaremos, resulta ética y jurídicamente válido si se reúnen las condiciones que tanto el derecho como la ciencia médica han acordado establecer.

En el derecho romano, el tema de la disposición corporal fue concebido como una relación consigo mismo y, como consecuencia, no se concedía el derecho a disponer ni de la vida, ni del cuerpo o sus miembros.²⁸⁵

Para el siglo XVI, “los autores de la escuela tradicional española de derecho natural al estudiar las relaciones que pueden darse entre la persona y su cuerpo sostuvieron que el hombre sí tiene derecho sobre su

²⁸⁴ Por ejemplo 1 Cor. 3,16.

²⁸⁵ “En el derecho romano, sin que se llegara a profundizar demasiado en el tema, se consideró que el hombre no tenía derecho sobre su vida ni sobre su cuerpo y tampoco podía disponer de sus miembros de ninguna manera pues no podía aceptarse la posibilidad que existieran relaciones jurídicas consigo mismo”. Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 265, p. 54.

propio cuerpo y por lo tanto puede disponer de él o al menos de algunas partes, sin que esto llegue a significar un derecho de propiedad sobre el mismo”.²⁸⁶

Por su parte, Castan Tobeñas²⁸⁷ señala que el derecho a la vida y a la integridad corporal son irrenunciables y no susceptibles de disposición, pero reconoce que el consentimiento no deja de tener alguna repercusión en el ámbito del derecho a la conservación de la vida y a la integridad física, por lo que se trata, más que del ejercicio de un derecho autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, de manifestaciones de la facultad natural de uso o goce de la persona que puede desenvolverse dentro de ámbito amplio que la ley y la moral reconozcan, justificando en ocasiones que están motivadas por una finalidad de valor social.

En el voto minoritario a que me he referido, mis compañeros ministros invocan el artículo 5o. del Código Civil italiano, para fundar su desavenencia con el voto de mayoría, señalando que dicha norma es “considerada por la doctrina como un antecedente contemporáneo de gran relevancia para el tema ... y que establece: ‘Los actos o disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma, a la ley, al orden público o a las buenas costumbres’”.

El dilema, como se observa, se centra en determinar si la disposición corporal tiene alguna limitante básicamente por considerar, entre otras cosas, que se trata de una mutilación; o si esto se encuentra permitido en nuestro derecho.

La opinión de algunos tratadistas es que se tiene derecho a disponer del propio cuerpo si no se ponen en peligro la vida o la salud.²⁸⁸ En este caso se puede disponer del propio cuerpo para las acciones ordinarias de la vida.²⁸⁹ Y aunque existen otras que sustentan esta postura y otras que

²⁸⁶ *Idem.*

²⁸⁷ *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Reus, 1952, citado por Domínguez García, Jorge Alfredo, *ibidem*, p. 55.

²⁸⁸ Pacheco Escobedo, Alberto, *La persona en el derecho civil mexicano*, México, Panorama, 1998 p. 93.

²⁸⁹ “El sujeto no tiene derechos sobre su propio cuerpo, sin embargo esta afirmación es demasiado general y necesita ser matizada, pues cuando la disposición del propio cuerpo no pone en peligro la vida o al menos, no la pone directamente en peligro, no puede negarse que el sujeto posee una cierta disposición sobre su propio cuerpo. El bien del cual no puede disponer el sujeto es su propia vida pero puede disponer de su cuerpo en tanto que esta disposición no ponga en peligro aquélla”. *Idem.*

se oponen²⁹⁰ lo cierto es que a la luz de la Ley General de Salud la disposición sobre el cuerpo es expresa (artículo 320) y sólo se restringe a los requisitos establecidos por ella misma (sobre los que se abundará más adelante).

Nuestra legislación señala en el artículo 24 del código Civil Federal, que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley. De tal modo que las consideraciones éticas respecto a la disposición del cuerpo devienen a la vez de las limitaciones jurídicas que se tengan al momento de donar.

La donación de órganos, observando las restricciones y cumpliendo algunos requisitos de carácter científico, médico o moral, llevada a cabo en forma altruista y con la firme intención de tratar de salvar una vida o darle mejor salud a un semejante, es jurídicamente válida.

El esfuerzo realizado por la Secretaría de Salud a fin de llegar hasta la aprobación de las reformas a la Ley General de Salud en mayo del año pasado, tuvo un fuerte impulso en el hecho de que, en los últimos tiempos, se incrementó el número de trasplantes de órganos dentro de las instituciones médicas. Por lo que el legislador se vio en la necesidad de regular escrupulosamente la donación de órganos.

Y, como ya fue señalado anteriormente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el dictamen de la Cámara de Origen, al discutir la aprobación de la Ley General de Salud, fue en el sentido de que la donación de órganos incrementa las expectativas de vida y mejora la calidad de ésta en las personas que sufren un padecimiento crónico degenerativo, pero que también se destaca *la importancia de la libertad de una persona para disponer de su cuerpo*, incluso después de su muerte, *siempre y cuando se otorguen garantías para que el posible donante conozca todas las repercusiones que su decisión implica*. Lo que contraviene la opinión minoritaria que considera que al permitir la libre disposición corporal se está menoscabando la salud de quienes pudieran ser posibles donadores, situación que, en la especie, no acontece, debido a las limitaciones antes señaladas.

2. Disposición cadavérica

¿Qué sucede en el caso de que el trasplante se haga al fallecer una persona?

²⁹⁰ Una referencia más la da Ernesto Garzón Valdéz citando a Kant.

Los problemas sentimentales se dan en el momento en que el paciente fallece sin haber informado que quería donar sus órganos y en este caso los familiares cercanos tienen que decidir, y hay quienes consideran esto como una mutilación, y desean conservar el cuerpo íntegro para su sepelio.

Para disponer de un cadáver nos encontramos ante el dilema de si jurídicamente está o no permitido poder disponer de él, ya sea en su totalidad o en forma parcial, mediante el otorgamiento y previos requisitos que señala la propia Ley General de Salud.

El derecho sobre el propio cuerpo comprende, a mi parecer, el de la conservación de dicha integridad. El derecho admite la disposición de las partes separadas del cuerpo, si la ley y las buenas costumbres no se oponen a ello.²⁹¹

Sin embargo hay opiniones discrepantes sobre la disposición del cadáver en la doctrina e, incluso, existen algunas tesis aisladas en materia civil, relacionadas con este tema, como la que a continuación se transcribe:

CADÁVER. PROPIEDAD DEL. La doctrina es unánime al sostener que el cadáver es extracomercial, y no puede ser objeto del derecho de propiedad, esto es, que no es cosa que pertenezca en propiedad al heredero ni puede ser susceptible de apropiación, debido a que los más elementales principios de orden público, de sanidad pública, de moral social, están en directa oposición con el concepto de una propiedad sobre el cadáver, pues el destino normal del cadáver humano, según la conciencia general, es el de ser dejado a la paz del sepulcro, bajo aquella forma que la ley del Estado haya fijado, y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de la comerciabilidad del cadáver. 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 (entierro, incineración, etc.), se deben considerar válidas en concepto de modos o de disposiciones sobre ejecución del testamento. Los negocios jurídicos 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 es concepto de inmorales, en virtud de que la personalidad del hombre exige respeto aun después de la muerte.²⁹²

²⁹¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, México, Porrúa, 2000, p. 322.

²⁹² Séptima época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 22, cuarta parte, p. 49. Informe 1970, segunda parte, Tercera Sala, p. 24. En el mismo asunto se

Al cadáver, “no lo podemos clasificar jurídicamente como una cosa o al menos no debe considerarse sujeto al régimen de todas las demás cosas pues ninguna de ellas ha sido antes persona, así el cadáver en virtud de la dignidad de la persona, a la que perteneció y cuya forma y apariencia sigue conservando debe tener un régimen especial”.²⁹³

Así lo resalta el artículo 346 de la Ley General de Salud, al disponer: “Artículo 346. Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto dignidad y consideración”.

Ante la disponibilidad cadavérica “la persona tiene derecho a decidir sobre sus propios restos mortales, como también podrá hacerlo por el cadáver de un tercero”.²⁹⁴

Cabe hacer mención que el cadáver, de acuerdo con lo señalado por la doctrina y la legislación mexicana, por no estar en el comercio, no es susceptible de apropiación; sin embargo, la Ley General de Salud determina la forma y requisitos legales mediante los cuales es posible disponer de él, señalando que *debe ser con el único propósito de brindar salud a un ser humano e inclusive de salvar alguna vida*.

3. Vida y muerte

Al inicio dijimos que trascendencia es uno de los elementos presentes en el tema de la donación de órganos; ¿pero a qué tipo de trascendencia nos referimos? Pues precisamente a la forma de trascender a nuestro propio tiempo y espacio mediante la donación, al momento de la muerte, de uno de nuestros órganos.

Pero para determinar en qué momento termina la vida es necesario conocer qué debe entenderse jurídicamente por vida y qué por muerte, para poder determinar ante qué situación se encuentra quien decide prolongar la vida y evitar la muerte de un semejante, y en qué momento puede disponer de uno o más de sus órganos vitales.

Y aunque definitivamente nadie se ha puesto de acuerdo en cuanto a qué debe entenderse por vida, ni en qué momento esta comienza, la Ley General de Salud, en su artículo 343, sí establece cuándo ocurre la pérdi-

aprobó otra tesis que aparece en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 22, cuarta parte, p. 35, bajo el rubro “CADÁVER. DERECHO A LA DISPOSICIÓN DEL”.

²⁹³ Pacheco, Alberto, *op. cit.*, nota 288, p. 118

²⁹⁴ Sagarna, Fernando Alfredo, *Los trasplantes de órganos en el derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 49.

da de la vida al señalar que cuando se presenta la muerte cerebral, o bien cuando aparecen los siguientes signos: ausencia completa y permanente de conciencia, ausencia permanente de respiración espontánea, ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y paro cardíaco irreversible.

Jurídicamente hablando la muerte es muy importante para determinar, con la certificación del médico y en consecuencia con la correspondiente acta de defunción, en qué momento se pueden ejercer ciertos derechos sobre el cuerpo que la ley prevé; y, obviamente, no sólo para ello, sino para determinar muchas otras relaciones que la muerte define en el campo de lo jurídico, como son, entre otras, la sucesión y la extinción de obligaciones y derechos.

De la misma manera, el momento de la muerte es sumamente importante para que opere lo que la Ley General de Salud llama consentimiento tácito, que no es otra cosa sino la falta de manifestación de la voluntad de una persona para determinar ser donante o no, conforme con lo dispuesto por los artículos 323 a 326 de la citada ley.

Otro asunto, ciertamente polémico, lo constituye el hecho de que con las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de mayo de 2000, se establecen los signos que determinan la muerte cerebral y la posibilidad de que, con el consentimiento de las personas señaladas en el artículo 345, “se prescindiera de los medios artificiales que permiten que en aquél que padezca muerte cerebral comprobada se den los demás signos de muerte” que la ley prevé; pero de ello no habremos de ocuparnos en esta ocasión.

Quisiera simplemente hacer notar lo que en la sentencia en comento se señala al respecto:

El análisis de los artículos 1o., 14 y 22 constitucionales nos permite concluir que en la Constitución Federal se protege el derecho a la vida de todas las personas, pues la reconoce como un derecho fundamental e inherente al ser humano, sin el cual no cabe la existencia y disfrute de los demás derechos que la propia Constitución le otorga, pues establecen que todos los individuos que se encuentren en territorio nacional son iguales y por ello gozarán de los derechos que otorga la Constitución Federal, sin distinción de raza, religión, estado de salud, etcétera (artículo 1o.); se comprende a la vida, incluyendo en este concepto cualquier manifestación de ésta, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre, como uno de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, que debe ser protegido por la garantía de audiencia, pues se establece de

manera expresa y clara que nadie puede ser privado de ella sin que se cumpla con tal garantía (artículo 14), y, por último, el artículo 22 constitucional, restringe a determinados casos la aplicación de la pena de muerte, siempre cumpliendo de manera previa con la garantía de audiencia, lo que se traduce en que la vida, aun tratándose de personas que delinquen, se encuentra protegida, ya que la pena de muerte solamente puede ser concebida legalmente para aquéllos que cometen las siguientes infracciones penales: traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y, finalmente, a los reos de delitos graves del orden militar.

4. *Altruismo*

En momentos de duelo nacional, de catástrofes monumentales o de cooperación colectiva, los mexicanos mostramos una actitud altruista, una gran disposición para colaborar hasta el límite personal. Es el caso, por ejemplo, de las colectas de cooperación para la Cruz Roja, o bien en el caso de sismos, huracanes etcétera. Sin embargo, en el caso de la donación de órganos no tenemos acendrada una cultura de altruismo.

En nuestro país, difícilmente alguna persona se preocupa por establecer con claridad lo que en otros países se ha denominado testamento de vida, que no es otra cosa sino la voluntad expresa de, al momento de morir, convertirse en donador o no donador.

Las reformas a la Ley General de Salud publicadas en mayo de 2000 han convertido, casi automáticamente, a todos los mexicanos en donadores. Nos han hecho altruistas por disposición de la ley.

Claro está, este altruismo “forzado” encuentra sus limitaciones en la manifestación expresa de la voluntad que se oponga a esta disposición general, hecha en documento público o privado, o bien, a falta de esta manifestación de la voluntad en el momento de la muerte, con el consentimiento de quienes pueden otorgarlo, conforme con lo establecido por el artículo 324 de la ley citada.

A pesar de esta semi obligatoriedad, la intención principal y el espíritu de la ley con relación a la donación de órganos ha sido el que ésta se lleve a cabo *con total ausencia de ánimo de lucro*. En consecuencia, más que una disposición que nos obligue a convertirnos en donantes al momento de la muerte, esta norma parece más bien una invitación extensiva

a todos los mexicanos a cobrar conciencia de este papel que nos corresponde también desempeñar en la vida.

Argentina, por ejemplo, se encuentra a la cabeza de América Latina en los niveles de donación con el 13.4 donantes por millón de habitantes.²⁹⁵

Asimismo, los españoles parecen ser los ciudadanos más altruistas en lo que a donaciones se refiere. La Organización Nacional de Transplantes española tiene la tasa más elevada de donantes del mundo, con un 29 por millón de habitantes.²⁹⁶

Sobre este particular, dice la sentencia de amparo comentada:

[El requisito del parentesco] se encuentra vinculado con dos de los principios que rigen el trasplante de órganos, a los que ya nos hemos referido, a saber: La razón de tal vinculación radica en que el legislador *de altruismo en la donación, es decir, ausencia de ánimo de lucro y el de evitar el comercio de órganos* estableció el requisito impugnado con la única finalidad de evitar el comercio de órganos, presumiendo que la existencia entre el donador y el receptor de una relación de parentesco o de concubinato, implica que la donación se realice debido al ánimo altruista y a la solidaridad humana, pues en esos casos se presume que el donante no tiene ánimo de lucro.

Es cierto que la existencia de una relación de parentesco o de concubinato permite presumir que una persona, ante la carencia de salud e incluso el peligro de que su pariente o concubino pierda la vida, le done un órgano motivada por su ánimo de altruismo, solidaridad y afecto, pero también es cierto que *no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta ese ánimo de solidaridad desinteresada.*

En efecto, la solidaridad y el altruismo son características que no son ajenas a la especie humana; por tanto, no son exclusivos de las personas involucradas en una relación de matrimonio, parentesco o concubinato; y esta reflexión no es tomada en consideración por la norma impugnada, de la que se infiere que fuera del reducido grupo familiar que establece, automáticamente existe tráfico de órganos.

De no existir el requisito de que cuando se trate de donación entre personas vivas, es necesario que exista una relación de matrimonio, parentesco o concubinato, cualquier persona, sujetándose a los estrictos controles

²⁹⁵ <http://www.helathing.com/estadisticas/estadisticas7htm>

²⁹⁶ *El Mundo*, Sociedad, lunes 6 de abril de 1998. Una excelente explicación acerca del funcionamiento de esta organización se encuentra en http://www.msc.es/ont/esp/informacion/que_es.htm

que establece la Ley General de Salud, que tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su *ánimo de altruismo y solidaridad* podría decidir de manera libre donar gratuitamente un órgano, y esta posibilidad, sin lugar a dudas se traduciría en el mejoramiento de la calidad de vida y su prolongación, fines perseguidos por el artículo 4° de la Constitución Federal.

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN QUE SE ESTABLECE EN LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y SUS ELEMENTOS

1. Definición

Indudablemente, la donación de órganos, para el derecho, es un acto *suigeneris*. Baste recordar que el contrato de donación en nuestra legislación implica una transmisión de derechos, generalmente de carácter patrimonial, que debe versar sobre bienes que están dentro del comercio, lo que no ocurre en este caso.

Los órganos, tejidos y células del cuerpo humano, por disposición expresa del artículo 327 de la Ley General de Salud, no son susceptibles de comercialización, agregando dicho dispositivo que la donación de éstos se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

Por estas razones, no puede sostenerse válidamente que la donación de órganos se equipare a un contrato típico de donación, sino que, atendiendo a las diferencias sustanciales entre uno y otro, debe concluirse que se trata de un acuerdo de voluntades de carácter atípico, o bien de una declaración unilateral de la voluntad, según sea el caso, que escapa al ámbito de lo puramente civil y se inserta en otros ámbitos del derecho, como pudiera ser el que algunos han llamado *derecho a la salud*, pues es en ese derecho esencial que encuentra básicamente su regulación y fundamento.

No obstante lo anterior, y sin ser nuestro propósito profundizar exhaustivamente sobre la naturaleza jurídica de este acto altruista que ha sido poco explorado en la doctrina mexicana,²⁹⁷ creemos conveniente exponer, de manera breve, sus principales características.

²⁹⁷ Una notable excepción la constituye el estudio de Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 6a., ed., México, Porrúa, 1999, además de las obras que han sido citadas a lo largo de este trabajo.

2. Clasificación

Comencemos por señalar que el contrato de donación de órganos -si así pudiéramos denominarle- es de carácter *principal* en oposición al accesorio, pues no requiere para su existencia de otro contrato; *unilateral*, ya que sólo se generan obligaciones para el donante, mismas que se traducen en la entrega del órgano donado; *gratuito*, en oposición a oneroso, pues es de la esencia misma del contrato que los beneficios sean exclusivamente para el donatario.

3. Elementos de existencia

A. Consentimiento

Puede existir el acuerdo expreso de voluntades entre el donante del órgano y el receptor del mismo, o bien puede realizarse este consentimiento de manera unilateral, es decir, en los casos en que el donante no tenga conocimiento de la persona a la que se le trasplantará el órgano, pero acepta las consecuencias jurídicas de su declaración y se obliga a ella en los términos señalados. Esta circunstancia es una característica que hace única y especial la relación jurídica de la donación de órganos, pues en el contrato civil tradicional de donación, uno de los requisitos esenciales es que el donante conozca que el donatario está de acuerdo en serlo, lo cual, como es claro, no ocurre en este caso.

Por otra parte, la Ley General de Salud, en el artículo 324, hace referencia al consentimiento tácito, es decir, al que se produce cuando la persona no manifiesta su negativa de que su cuerpo o demás componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante.

El consentimiento tácito sólo se aplicará para donación de órganos y tejidos confirmada la pérdida de la vida del donador (artículo 325) y, en consecuencia, en este caso no se estará en el caso de su celebración *inter vivos*.

Pero tanto el consentimiento expreso como el tácito tienen algunas restricciones (artículo 326). Por ejemplo: no será válido el consentimiento otorgado por menores de edad incapaces o por personas que por cual-

quier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente. Asimismo, sólo será válido el otorgado por una mujer embarazada si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

Por otro lado, la ley de la materia señala que cualquier persona puede revocar, en cualquier momento y sin responsabilidad alguna, su consentimiento expreso para donar sus órganos.

B. Objeto

El órgano o tejido como contenido de la prestación de dar del donante, por la misma naturaleza de la donación, deben ser bienes presentes.

Aquí radica, como hemos afirmado, la imposibilidad de que a la donación de órganos se le catalogue como un contrato característico de donación, es más, que exista duda de si en realidad es un contrato existente,²⁹⁸ pues la cosa objeto del contrato, según lo disponen las leyes civiles, debe estar en el comercio, lo que no sucede tratándose de órganos y tejidos humanos.

C. Formalidad

La donación de órganos no requiere, para su existencia, que se siga una formalidad determinada, pues no existe en la ley de la materia disposición expresa que así lo establezca.

4. Requisitos de validez

A. Forma

Para su validez, la donación expresa debe realizarse por escrito. La misma podrá ser amplia cuando el donante se refiera a la totalidad del cuerpo o limitada cuando se refiera a ciertos órganos en específico.

²⁹⁸ El considerar que no es un contrato parte de atender a la teoría clásica de las obligaciones, punto de vista desde el cual el contrato de donación de órganos sería inexistente por falta de objeto. En diverso sentido se pronuncia Gutiérrez y González, (*ibidem*, p. 986) al afirmar no sólo que se trata de un contrato (siempre que en él intervenga otra persona más frente al titular del derecho, pues si no fuera así, considera, sería una declaración unilateral de la voluntad) sino que la denominación de este contrato debe ser la de *contrato físico somático*.

La donación tácita por definición carece de forma; sin embargo, para que ésta no opere, se requiere escrito de la persona en la que exprese su deseo de no ser donador. Este documento podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por el interesado, o bien, la negativa expresa deberá constar en alguno de los documentos públicos que al efecto determine la Secretaría de Salud.

B. Capacidad de las partes

La Ley General de Salud señala que toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos que la misma establece; no obstante lo anterior, no se podrán tomar órganos y tejidos de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de transplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá consentimiento de sus representantes.

De igual forma, en el caso de incapaces, y otras persona sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes ni en vida ni después de la muerte.

C. Licitud en el objeto, motivo o fin

Qué mayor licitud puede existir en un acto que una persona ceda, en beneficio de otra, una parte de su cuerpo. Así lo reconoce nuestro legislador al regular una actividad que tiene como propósito fundamental la preservación del individuo.

Sin embargo, cuando se violenten los principios rectores de esta actividad como son, entre otros, la gratuidad y la confidencialidad, el motivo determinante de la voluntad estará viciado y será obligación del Estado mexicano sancionar estas conductas delictivas. Así lo señala la multicitada sentencia al sintetizar los principios que rigen la materia en la ley aplicable, entre los que se destacaron los siguientes:

1. Que los transplantes de órganos siempre tendrán una finalidad terapéutica.
2. Que a toda persona le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes, en vida o incluso para después de su muerte.
3. Que la donación de órganos para transplantes se rige por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

4. Se prevé el riesgo menor para el posible donador o donante vivo, toda vez que el transplante de órganos sólo podrá llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante, ya que el órgano o la parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

5. Se garantiza la voluntad del donante, pues tiene que ser mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, se le debe de proporcionar información imparcial sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano y en cualquier momento tiene la posibilidad de revocar su consentimiento, sin responsabilidad de su parte.

6. La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico.

7. Queda prohibido el comercio de órganos.

La violación a cualquiera de estos principios, en mi opinión, deberá dar lugar a la correspondiente sanción penal.

D. Ausencia de vicios de la voluntad

Si bien la Ley General de Salud no hace referencia a alguno de los vicios de la voluntad que pueden afectar la validez de la donación —lo que se entiende por ser esta actividad esencialmente altruista—, lo cierto es que es consustancial a todo acto jurídico el que éste se realice sin que medien dichos vicios.

Por ello si tomamos como ejemplo un caso en el que a una persona le fuera *arrancado*, por medio de la violencia, su consentimiento para donar un órgano a determinada persona, aquélla podría válidamente solicitar la nulidad de dicho acto, además de que el afectado podría, en todo momento, revocar su consentimiento expreso. Obviamente, previo a la consumación del trasplante y con la consabida denuncia penal del hecho.

VI. DERECHO COMPARADO

Resulta interesante conocer algunas cuestiones relacionadas con el tema en la legislación de otros países, con el fin de observar los procedimientos y las condiciones legales que se establecen para regular la donación de órganos.

Así por ejemplo tenemos que, en Canadá, existe la Ley de Transplantes, que regula los trasplantes que se dan de un cuerpo vivo a otro cuerpo vivo. Cualquier persona con 16 años, competente para consentir, libre de decidir y mediante documento firmado en el que manifieste su voluntad de consentir la remoción de su cuerpo del tejido especificado en el consentimiento y su implantación a una persona viva, puede donar.

Los trasplantes post-mortem pueden llevarse a cabo por cualquier persona con 16 años, mediante documento firmado o en forma oral en presencia de dos testigos señalando que, en caso de enfermedad terminal, su cuerpo o las partes por él especificadas, podrán ser utilizadas después de su muerte para fines terapéuticos, de educación médica o investigación científica.²⁹⁹

En España existe la Organización Nacional de Trasplantes, siendo este un organismo técnico del Ministerio de Sanidad y Consumo. Su misión fundamental es la de promoción, facilitación, y coordinación de la donación y el transplante de todo tipo de órganos, tejidos y médula ósea.

Esta organización surge en el año de 1989, en repuesta a las dificultades que había en los programas de trasplantes de órganos sólidos en España.

Los profesionales sanitarios demandaban un organismo para realizar las acciones necesarias, a fin de atender las demandas de este sector y de los pacientes en espera de un órgano que deseaban una solución a las largas esperas que tenían que afrontar en razón de la limitada disponibilidad de órganos para trasplantes.

La Organización Nacional de Trasplantes actúa como una agencia de servicios para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, procurando el incremento de la disponibilidad de órganos y tejidos para trasplantes, y garantiza su correcta distribución de acuerdo al grado de conocimientos técnicos y a los principios éticos de equidad que deben presidir esta actividad.

Esta organización lleva un control muy exacto de los donantes y receptores, y cuando se tiene el órgano y no hay ningún receptor adecuado en todo el Estado, hace esta situación del conocimiento de otras organizaciones de trasplantes europeas, a fin de encontrar el receptor idóneo.

Dentro de la legislación relativa a la extracción y transplante de órganos se prevén las siguientes situaciones:

²⁹⁹ Sagarna, Fernando Alfredo, *op. cit.*, nota 294, pp. 367 y 368.

1. No se percibe compensación alguna por la donación de órganos.
2. El Ministerio de Sanidad autoriza los centros sanitarios en donde se efectúa la extracción de órganos humanos.
3. Debe existir una estricta confidencialidad. No pueden facilitarse informaciones que permitan la identificación del donante o receptor de algún órgano humano.
4. Debe haber gratuidad en las donaciones. No se exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado.³⁰⁰

En Argentina,³⁰¹ en un asunto en el que se solicitó ante los tribunales de San Martín la autorización judicial para suplir la voluntad de un incapaz (insano, en la terminología del país) por su representante legal, a fin de extraerle un riñón para donárselo a su hermano que padecía insuficiencia renal crónica terminal, la sentencia de primera instancia rechazó la acción, en razón de que el juez no podía suplir la voluntad de un insano en derechos personalísimos, más aún cuando se trataba de una manifestación de voluntad sobre su propio cuerpo.

Con posterioridad, se apeló el fallo referido basándose en que se vulneraban los principios constitucionales de protección al núcleo familiar, que se privaba al donante del derecho de preservar la vida de su propio hermano (quien en un futuro pudiera ser posiblemente su curador al desaparecer los padres de ambos) y que con esa decisión se causaba un daño, ya que tenían un hijo con una incapacidad irreversible y se veían impedidos de salvarle la vida al otro hijo.

También se alegó que se habían realizado estudios a los familiares, en los cuales se había evidenciado la incompatibilidad con el enfermo.

El fallo de primera instancia fue confirmado, señalando que no sólo estaba en juego el derecho a la integridad física del incapaz, sino aquél más íntimo de hacer ablación de su propio cuerpo.

También se señaló que la aplicación de la ley debía privar ante una petición contraria a la misma, puesto que los valores que estaban en juego no permitían lo contrario, y donde la ley ofrece dudas ésta debe hacerse cumplir. Se estableció lo anterior señalando que las peticiones no tenían apoyo conforme a derecho, ya que sobre la voluntad del juez está la voluntad de la ley.

³⁰⁰ La información expuesta en relación a la legislación española se puede consultar en http://www.msc.es/ont/esp/informacion/que_es.htm

³⁰¹ El caso aquí expuesto es narrado por Sägarna, Fernando Alfredo, *op. cit.*, nota 294, p. 417.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los derechos fundamentales no pueden ser limitados por el miedo. En este caso, el trasplante de órganos no puede limitarse a una relación de parentesco, bajo el argumento de que de otra manera se generaría la creación de un mercado negro en materia de órganos mediante el tráfico ilegal de éstos. Ningún derecho social, y menos aún el que nos ocupa, debe encontrar agentes limitantes, sino defensores y promotores.

La efectividad del derecho a la protección de la salud tiene deberes concretos, principalmente para el Estado en todo el ordenamiento, pero especialmente en la Constitución. Por ello no debe tratar de limitarse, sino de ampliarse.

El argumento de que la disposición combatida en el amparo tantas veces citado limita la universalidad de este derecho me parece opuesto al sentido y alcance que la Constitución ha querido darle a esta garantía.³⁰² Sobre todo si en esta oportunidad la interpretación del artículo impugnado se inscribe en este proceso creciente de transformación que vive México. Esa transformación no debe reducirse al ámbito de lo político, sino que debe extenderse a los aspectos económicos, sociales y sobre todo culturales del país.

Forjar una nueva cultura de la donación de órganos, fundada en los principios del altruismo, solidaridad y demás valores éticos, será sin duda parte de esas transformaciones culturales. Pero si a esas transformaciones nos sumamos todos los que de alguna manera participamos en las instituciones del país, ese cambio además de raudo será más eficaz.

Trascender a nuestra propia vida dando vida es mucho más que sólo ver a la donación de órganos como el darle una función social a nuestros restos mortales.

Por otro lado reconocer que hoy la ley nos hace donadores de órganos y que ese hecho debe servirnos para detonar una cultura de la donación que pasa, necesariamente, por el altruismo y la solidaridad, es reconocer también que ese hecho habrá de desembocar en el mejoramiento de la calidad de vida de nuestros semejantes y del género humano en general.

La solidaridad y el altruismo no se decretan por ley; pero por ello debemos empezar a construir una nueva manera de concebir estos valores

³⁰² Véase al respecto la fracción III, del apartado B del artículo 2o. constitucional que ordena asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud ampliando la cobertura existente.

y, más aún, debemos empeñarnos en lograr que, a través del consenso y, *sobre todo, de la interpretación constitucional*, los valores esenciales encuentren cobijo en el texto de nuestra Constitución y en sus medios de control. Ningún país que se precie de democrático debe permitir que, en su norma suprema, los valores que se ha dado a la sociedad que rige no sean tutelados. No podemos pasar por alto ese hecho, nuestra Constitución ha sido, desde su promulgación, pionera en la consagración constitucional de derechos de diversa índole que para su época eran innovadores.

En estos días no podemos permitir que nuestra teoría constitucional se anquilose en esta materia. La ciencia avanza de manera incontenible y se requieren cada vez más de seres humanos capaces de trascender a su propia vida dando parte de ella; pero también se requieren nuevas formas de regulación de los fenómenos que la ciencia trae consigo. La magistratura constitucional debe asumir el papel que le corresponde en la tutela de esos derechos fundamentales, en estos tiempos en los que abundan sus enemigos y en los que resulta cada vez más difícil su protección y defensa.

Ponernos de acuerdo en cuáles son los valores fundamentales que como derechos queremos consignar en la Constitución, es una tarea que nos concierne a todos, porque de su resultado dependerán no sólo el desarrollo de la sociedad en general; sino también el desarrollo humano en su nivel más primigenio: el de la individualidad.

Ahora que nuestra esperanza de vida es mayor y que la mortalidad va en descenso, debemos cuestionarnos sobre la posibilidad de que, no sólo durante nuestra vida, sino más allá de ella, nuestro ser pueda perpetuarse, contribuyendo a salvar la vida de otro que la reclama con urgencia.

Porque, como dijera Emanuel Levinas, un filósofo francés muy connotado: “El único valor absoluto es la posibilidad humana de otorgar a otro prioridad sobre uno mismo”.