

IX. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO	67
1. ANTECEDENTES	67
2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	68
a) Petición del quejoso	68
b) Respuesta de los órganos jurisdiccionales	69
c) Comentario	71
3. DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN	73
a) Argumentación del quejoso	73
b) Comentario	74
4. CONCLUSIÓN	77

IX. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

*Doctora Ingrid Brena Sesma**

1. ANTECEDENTES

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia que ahora se comenta, se emitió después de que el Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco conociera y resolviera el caso que más adelante se refiere, y de que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito efectuara el estudio respecto de las cuestiones que incidieron en el sobreseimiento decretado por aquél, y reservara jurisdicción al más Alto Tribunal del país para realizar el examen de la cuestión de constitucionalidad planteada.

El quejoso refirió que a pesar de haber celebrado un contrato privado por medio del cual la señalada como tercera perjudicada le donó un riñón, el jefe de Transplantes Renales del Instituto Mexicano del Seguro Social se negó, a través del personal médico que atendía el caso, a realizar el trasplante

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

del riñón que le fue donado. Tal negativa se fundó en la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud, reformada por el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 2000. El quejoso consideró que tal conducta fue violatoria de sus garantías individuales consagradas en dos artículos constitucionales: el 4o., el cual consagra, entre otros, el derecho a la protección de la salud, y 5o., en cuanto a que se reconoce el derecho a la libre contratación.

En vista de lo anterior, el quejoso solicitó ante el mencionado Juez Tercero se dejara sin efecto el citado precepto, el cual establece como requisito para la donación que el donante que pretenda disponer de alguno de sus órganos o tejidos en vida, tenga parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, o sea, cónyuge, concubina o concubinario del receptor.

El análisis que ahora se presenta pretende revisar los derechos que el quejoso consideró habían sido violados, y los diferentes criterios sustentados por los órganos jurisdiccionales que conocieron y resolvieron el asunto.

2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

a) *Petición del quejoso*

En su demanda, el quejoso consideró violado su derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 4o. constitucional bajo los siguientes argumentos:

Este precepto constitucional, enuncia el derecho que tengo a la Protección de la Salud, y con mayoría de razón a

la protección a la vida, y por consiguiente, la obligación que tiene el Estado de salvaguardarme y garantizarme el uso y disfrute de dichos derechos inherentes a la naturaleza humana, como una de las garantías que todo individuo tiene derecho a gozar, la cual no se le puede restringir ni suspender, y es el caso que este ilegal decreto que, modifica a la Ley General de Salud, sí restringe mi derecho a la salud y a la vida.

b) Respuesta de los órganos jurisdiccionales

El Juez Tercero de Distrito argumentó en su sentencia:

... contrariamente a lo esgrimido por la parte quejosa no se advierte en forma alguna que el mismo contravenga las garantías individuales contenidas en los artículos 4o. y 5o. de nuestra Carta Magna; habida cuenta que el primero de los ordinales sólo se constrañe a señalar una serie de requisitos para realizar trasplantes entre seres vivos, extremos que fueron establecidos fundamentalmente para la protección del donante, para el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Centro Nacional de Trasplantes.

El mismo Juez añadió:

Desde esta óptica debe destacarse que las reformas a algunos artículos de la Ley General de Salud, que se impugnan de inconstitucionales, fueron emitidas en beneficio fundamental de una mejor calidad de vida y una mayor expectativa de la misma para un importante número de mexicanos que, de esta forma, vieran cubierto su derecho a la protección de la salud, consagrado en nuestra Carta Magna; empero, siempre en beneficio de un control sanitario de las diversas donaciones y trasplantes de órganos,

tejidos y células de seres humanos, por conducto de una institución desconcentrada reguladora, motivo por el cual con la emisión de los actos impugnados a las autoridades responsables no se advierte en forma alguna violación a las garantías individuales del impetrante, menos aún que el ordinal 333 de la Ley General de Salud impugnado en esta instancia constitucional, pugne con lo establecido por los diversos artículos 4o. y 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, motivo por lo que es jurídico concluir negándole al quejoso... el amparo y protección de la justicia federal que solicita.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia

Por su parte, la Suprema Corte sostiene diferente criterio al considerar que el requisito establecido en el artículo 333, fracción VI, sí viola el derecho a la salud del quejoso. El Tribunal Supremo fundamenta su decisión bajo el argumento de que el requisito exigido en la fracción mencionada se encuentra vinculado a la intención del legislador de evitar el comercio con órganos humanos, según se desprende de la exposición de motivos manifestada en las reformas a la Ley General de Salud, en los términos de que, por la relación establecida y la carga sentimental que de ella deriva, en un momento dado el donador podrá poner en riesgo su propia vida para salvar o mejorar la de un ser querido, 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.

Sin embargo, la Suprema Corte tomó también en cuenta que existe una gran demanda de órganos por personas que

esperan mejorar su vida o salvarla, ya que su condición no podría mejorar o sería fatal de no someterse a un trasplante, "... por lo que el requisito que se reclama no encuentra justificación constitucional ..."

En cuanto al posible tráfico de órganos, la Suprema Corte expresó que en la Ley General de Salud se establecen otras medidas que permiten un control estricto de las instituciones, de los médicos y de las personas involucradas en el trasplante de órganos; medidas que pueden evitar su comercialización y, por tanto, no hay justificación para continuar exigiendo el requisito de parentesco o relación de matrimonio o concubinato. Por otra parte, el ánimo de altruismo y solidaridad humana no es exclusivo de las relaciones antes mencionadas.

Por tanto, "... el requisito contenido en el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, es contrario al artículo 4o. constitucional, pues priva a la población en general de un medio tendiente a prolongar la vida y mejorar la calidad de ésta."

c) Comentario

El Juez de Distrito, en su primera sentencia, analizó la petición del quejoso con una visión amplia sobre los trasplantes de órganos tejidos, pues se refirió al beneficio que obtiene un importante número de mexicanos con una estricta reglamentación sobre el trasplante. Desde su punto de vista, los requisitos establecidos en el artículo 333 de la Ley General de Salud fueron introducidos fundamentalmente para proteger tanto al receptor como al donante, así como para ejercer un buen control sanitario sobre los trasplantes.

Una corriente de opinión médica coincide con los argumentos expresados por el Juez. Tal es el caso del doctor Javier Castellanos Coutiño¹, especialista en trasplantes, quien además fuera director del Registro Nacional de Trasplantes. En opinión del citado doctor, está demostrado, tanto experimentalmente como en la práctica de más de 40 años de experiencia clínica, que el pronóstico de un trasplante de tejido u órgano tiene una relación directa con el grado de parecido genético existente. Fue en la búsqueda del beneficio de la compatibilidad, que la ley permitió recurrir a los familiares directos del enfermo, hermanos, padres, hijos, según la edad, para que éstos fueran donadores.

Sin embargo, el mismo doctor Castellanos Coutiño reconoce la insuficiencia en el acopio de órganos y tejidos, por lo que se vuelve necesaria la búsqueda de alternativas. Una de ellas podría ser permitir la donación apoyada en las relaciones sentimentales existentes entre el donador y el receptor, como es el caso de cónyuges o amistades; en tales casos, podría hablarse de "donadores emocionalmente relacionados". Para estos casos serán necesarias normas que regulen o justifiquen las donaciones, que respeten la voluntad altruista del donante, y que sigan los criterios técnicos de compatibilidad, es decir, resulta necesario someter las donaciones a criterios técnicos.

La intención del legislador al introducir reformas a la Ley General de Salud fue la de asegurar un mayor control sobre los trasplantes y evitar conductas transgresoras. Conforme al criterio médico y a la exposición de motivos de la reforma

¹ Castellanos Coutiño Javier, "Consideraciones éticas y jurídicas del trasplante de órganos" *Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 11 y 12.

a Ley General de Salud, se justificó la exigencia del vínculo parental entre donante y receptor, pero con excepción de la donación entre personas relacionadas por matrimonio o concubinato.

Sin embargo, las reformas de mayo del 2000 no sólo establecieron los requisitos del donador, también introdujeron medidas como la presencia de un responsable sanitario en cada establecimiento que se dedique a trasplantes, además de un comité interno de trasplantes y un coordinador, todos ellos supervisados por el comité de bioética respectivo. Este estricto control sobre los trasplantes motivó a la Corte a considerar que la normativa actual es suficiente para evitar la comercialización de órganos y tejidos, por tanto, el requisito contenido en el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, es contrario al artículo 4o. constitucional ya que impide a cierta parte de la población acceder a un trasplante por falta de donadores.

3. DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN

a) Argumentación del quejoso

Estrechamente relacionado con el punto anterior, el quejoso presentó en su demanda, como segunda argumentación, la violación, en su perjuicio, del artículo 5o. constitucional, ya que, según afirmó, el jefe de trasplantes renales del Instituto Mexicano del Seguro Social desconoció el contrato por medio del cual el tercero perjudicado le donó uno de sus riñones, bajo los siguientes argumentos:

... acorde con lo dispuesto por el artículo 5o., del ordenamiento legal, anteriormente mencionado, el cual en su

parte conducente dice: (LIBERTAD) '... El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa ...'.--- El numeral constitucional antes invocado nos indica que el Estado no puede permitir ninguna clase de contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad, por consiguiente y en sentido contrario o a *contrario sensu*, el Estado deberá permitir y por ende salvaguardar toda clase de contrato, pacto o convenio que tenga por objeto, que alguna de las partes obtenga un beneficio, un aprovechamiento o una ganancia, y no hay mayor beneficio, aprovechamiento o ganancia que evitar la muerte y conservar la vida; ello siempre y cuando no se restrinja derechos de terceros o no se ofenda a la sociedad, y es el caso concreto que nos atañe del contrato de la donación de órganos entre vivos, cuyo único fin es por humanidad o altruismo, no por otros intereses, sino preservar la vida del donatario sin perjudicar a la donante.

b) Comentario

Además de la violación al derecho a la protección de su salud, el quejoso consideró, como se acaba de referir, violado su derecho a la libre contratación. Se desconocen los motivos que impulsaron a la Suprema Corte a no argumentar y decidir sobre este cuestionamiento a pesar de la estrecha relación entre esos dos derechos, desde el planteamiento presentado en la demanda de amparo.

El quejoso consideró violada su libertad contractual, consagrada en el artículo 5o. constitucional, pues la autoridad sanitaria no respetó el contrato de donación celebrado

entre el tercero perjudicado y él. Esta débil fundamentación era fácilmente rebatible, pues la libertad contractual no sólo se encuentra limitada por el artículo 5o. constitucional; el sistema jurídico de nuestro país establece múltiples limitaciones a la libre contratación.

El quejoso relató haber celebrado un contrato privado de donación de un riñón con la designada como tercero perjudicado, y en términos de la teoría general del contrato, el objeto del mismo debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie, posible, lícito y estar en el comercio.² De ahí que "La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato, produce la nulidad absoluta del mismo en vista de que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo, y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público y de las buenas costumbres ..."³

De esta lectura nos queda claro que si los órganos y tejidos no están dentro del comercio, un contrato cuyo objeto no esté dentro del comercio sería ilícito. ¿Se podrá sostener un derecho, cualquiera que éste sea, sobre un contrato nulo de pleno derecho?

También es discutible que el contrato de donación de órganos sea un contrato privado. El objeto del mismo, una parte del cuerpo humano y su finalidad, restablecer la salud de una persona, implican que estos convenios tengan una naturaleza distinta a la privada.

² Chirino Joel, *Derecho civil III. Contratos civiles*, Mc Graw-Hill, 2a. ed., México, 1996.

³ Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, México, D.F., Ed. Porrúa, p. 43.

Con relación a la posible naturaleza jurídica de estas donaciones, Mario Melgar ha expresado "La disposición del cuerpo es un asunto personalísimo, pero al mismo tiempo, de interés público".⁴ El interés privado de la libre disposición de nuestro cuerpo está presente, pero también lo está el interés público en evitar que con estas disposiciones se dañe a alguien o se comercialice con los órganos y tejidos, y procurar que el trasplante se efectúe con las mayores probabilidades de éxito. Este doble interés torna necesaria la intervención de las instituciones públicas y el establecimiento de procedimientos especiales para la donación de órganos, tanto en el orden médico como en el médico-administrativo.

Por ello, la donación de órganos y tejidos está regulada en la Ley General de Salud, no por la legislación civil. La donación con fines de trasplantes se rige por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que la obtención de órganos y tejidos debe ser estrictamente a título gratuito, refiere el artículo 327 de la Ley General de Salud. La selección del donante y receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico en los términos que fije la Secretaría de Salud.

No sólo la Ley General de Salud regula las donaciones, también lo hace el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, el cual expresa en su artículo 1o. que sus disposiciones son de orden público e interés social. El mismo texto legislativo señala las formalidades que deben revestir las donaciones, incluida la declara-

⁴ Melgar Adalid Mario, *Temas selectos de salud. Derecho. Los trasplantes, una aproximación jurídica*, pp. 129 y 130.

ción del donante de haber recibido información sobre las consecuencias que la extirpación puede llegar a producir. También el receptor debe manifestar su voluntad de someterse a la operación de trasplante, bajo los requisitos y formalidades que exige el mismo reglamento.

Estos procedimientos claramente marcan que la donación de órganos debe cumplir con los requisitos legales y estar autorizada por las autoridades sanitarias. Los contratos privados de donación no tienen porqué surtir ningún efecto, y se debe considerar disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos aquella que se efectuara sin cumplir con las disposiciones legales.

No resulta tarea sencilla descubrir la naturaleza jurídica de la donación de órganos, en vista de las características *tan sui generis* del objeto y de su finalidad, pero podríamos aventurarnos a asemejarla a un acto-condición, en vista de que se trata de una manifestación de voluntad de particulares, tanto del donante como del receptor, pero cuya reglamentación y efectos son señalados por la ley.

4. CONCLUSIÓN

Es incuestionable la necesidad de obtener órganos para todos aquellos que tienen urgente necesidad de un trasplante. Ante esa demanda debe, por una parte, incrementarse la cultura de la donación y, por otra, ponerse en práctica un estricto control sanitario en beneficio de quienes requieren de un trasplante, pero también de los donantes.

El derecho a la protección de la salud debe considerar al ser humano que requiere de un trasplante en su individua-

lidad, pero sin excluir la dimensión colectiva de los trasplantes; habrá de garantizarse al conglomerado social respeto por el cuerpo humano y una protección a los posibles donantes. El derecho debe tutelar a quienes quieren disponer de su cuerpo en forma altruista y a quienes requieren de un órgano o tejido para recuperar su salud, pero también a los intereses generales de la comunidad que están en contra de la comercialización de órganos.

La Suprema Corte de Justicia resolvió amparar al quejoso al considerar que la Ley General de Salud establece todo un sistema que tiene como objetivo controlar los trasplantes que se efectúen en el país. La reglamentación y el control son suficientes para evitar la comercialización de órganos y, por tanto, el requisito de la relación de parentesco, de matrimonio o concubinato entre donante y receptor, no es indispensable para evitar el comercio de órganos, puesto que la solidaridad y el altruismo no son exclusivos de las personas involucradas en una relación de matrimonio, parentesco o concubinato.

Conforme a este planteamiento, estamos de acuerdo con que el riesgo de la comercialización de órganos y tejidos puede evitarse con una adecuada reglamentación y vigilancia. Sin embargo, podría resultar peligroso dejar abierta la posibilidad de que dos personas suscriban un contrato privado de donación de órganos —que por demás son ilícitos— y que además exijan su cumplimiento.

En todo caso, el planteamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituye un reto para el sistema de salud, porque centra en él toda la responsabilidad del correcto funcionamiento de los trasplantes, sostenidos en criterios médicos y bajo un estricto control para evitar el comercio de órganos en beneficio de toda la colectividad.