

LOS TRASPLANTES, UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA

Mario MELGAR ADALID*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. La necesidad de la reforma y su relevancia para la salud pública. IV. Vida y muerte. V. Las personas y su dimensión social. VI. Cuerpo y disponibilidad corporal. VII. El cadáver. VIII. Suicidio y eutanasia. IX. La normatividad sanitaria sobre los trasplantes. X. El respeto a determinados principios esenciales de contenido jurídico, social y moral. XI. Donación.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los trasplantes de órganos ingreso a la agenda social, política, religiosa, médica y legislativa del país. En términos generales existe consenso de la sociedad mexicana sobre la viabilidad de generar cambios que permitan atender de mejor manera la salud precaria de quienes requieren de un trasplante.

Los avances de la medicina moderna dejaron atrás a los abogados conservadores que no reconocen que el mundo ha sufrido un enorme cambio. ¿Qué abogado hubiera pensado que su noción de la propiedad, de la unidad de la persona, de las partes como integrantes de un todo, cambiara de repente, en unos cuantos años, para darse cuenta que al cuerpo humano se le pueden incorporar sustancias y elementos, incluyendo órganos de otras personas y hasta provenientes de cadáveres? ¿Quién hubiera imaginado los avances prodigiosos de disciplinas como la medicina genómica y molecular?

Por eso, el asunto de los trasplantes es fundamentalmente de carácter médico pero también jurídico. El derecho no puede detener, así se susten-

* Profesor de la Facultad de Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

te en el prejuicio de la prudencia, el avance científico, sino por el contrario, debe regularlo para impulsarlo.

No obstante los indudables beneficios que una nueva legislación progresista y moderna traerá a la salud pública del país, la tradición, algunas creencias ancestrales y mucha desinformación hacen del tema de trasplantes un asunto delicado. Por ello es oportuno revisar algunas de las reflexiones que acompañaron el proceso de consulta y preparación de la reforma a la Ley General de Salud en materia de trasplantes, órganos y tejidos que fue aprobada por el Congreso de la Unión.¹

Este trabajo tiene como propósito contribuir al proceso de divulgación de la reforma, así como incorporar al debate sobre el derecho a la salud algunos elementos que permitan una discusión más informada entre abogados y entre quienes tengan interés en la materia.

II. ANTECEDENTES

La historia refiere muchos intentos de la humanidad por encontrar la restauración de la salud o de la belleza a partir de ablaciones o implantes de partes humanas. Así en la India hace dos mil años el médico Susruta, utilizaba tejidos de algunas partes para restaurar las narices de sus pacientes. La historia religiosa refiere los milagros de los santos Cosme y Damián en el siglo III, que lograron trasplantar la pierna de un negro a un hombre blanco en Dámasco.

No obstante, los antecedentes científicos más remotos en materia de trasplantes datan de 1668, año en que se llevó a cabo la primera transfusión de sangre. En Francia, el médico Juan B. Genis, quien era consultor de Luis XIV, práctico la primera transfusión con resultados negativos, pues el paciente murió por incompatibilidad de los grupos sanguíneos.

En 1954 se efectuó el primer trasplante de riñón en la ciudad de Boston, en los Estados Unidos. Fue un trasplante entre gemelos monicigóticos. En 1964 se llevó a cabo el primer trasplante de corazón entre chimpancés. Este experimento, llamado trasplantexenogénico, sirvió de antecedente al primer trasplante de corazón que realizó el cirujano Cristian Barnar en diciembre de 1967, en Ciudad del Cabo, Sudáfrica.²

1 Reforma a la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 2000.

2 El paciente vivió 18 días y el suceso ocupó la atención de todo el mundo.

A partir de entonces la ciencia médica ha tenido un notable desarrollo, en particular en materia inmunológica, que ha ido resolviendo el problema inicial y más complicado del rechazo.

Los avances científicos en esta materia generaron un conflicto y falta de equilibrio, pues por un lado es evidente e incuestionable la ventaja y relevancia de los trasplantes para el desarrollo de la medicina y de la salud pública y, por el otro, existe incapacidad u obsolescencia de las normas jurídicas para enfrentar la nueva realidad. De la misma manera surgió la preocupación de la filosofía, la moral, las religiones y la biología.

Los tratadistas de derecho civil han planteado que esa rama del derecho ha atravesado por una *publificación* que ha quebrantado la autonomía de la voluntad, otrora principio irrevocable. Han surgido nuevas ramas del derecho y otras se han ido transformando. El derecho familiar se ha ido desmembrando del derecho privado y ya no es posible aplicar un criterio patrimonialista a las relaciones familiares. El interés individual está ahora sometido al interés de la familia como grupo social.³

Juan González Alcántara ha planteado que la constelación de descubrimientos médicos traerá consecuencias en el ámbito de los derechos de la personalidad y señala algunos: la recombinación genética que crea nuevas formas de vida, la manipulación química de la mente humana, la selección del sexo, la corrección de la agresividad y la reducción del sueño, el congelamiento del embrión, entre otros.⁴

González no contempla los trasplantes y la omisión es explicable solamente por la importancia mayor de este tema frente a otros desarrollos. Los trasplantes son una realidad científica y tienen un desarrollo futuro insospechado como fuente de vida y de salud. Por ello es necesario que el derecho civil recoja las experiencias científicas que han venido a revolucionar conceptos tradicionales que parecían inmutables. Deberán fortalecerse conceptualmente algunas instituciones como los derechos de la personalidad, los patrimoniales, la filiación, los derechos de los menores, las adopciones, las incapacidades jurídicas y el papel del Estado frente a las innovaciones tecnológicas.

El tema de las reformas a la Ley General de Salud en materia de trasplantes hace evidente el viejo debate sobre el papel del derecho en la so-

³ González Alcantará, Juan Luis, "Panorama actual y perspectivas del Derecho Civil", *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 705.

⁴ *Ibidem*, p. 698.

ciudad. ¿Corresponde al derecho esperar los cambios sociales, científicos y tecnológicos, antes de adecuar el marco jurídico?, o bien ¿debe adelantarse y ser factor de cambio?

III. LA NECESIDAD DE LA REFORMA Y SU RELEVANCIA PARA LA SALUD PÚBLICA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de toda persona a la protección de su salud.⁵ Existe una obligación pública de ir generando las condiciones para el disfrute generalizado de la salud. Nuestro país ha dado a la salud pública un papel relevante como instrumento fundamental para la justicia social y para avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria. La salud abarca cuestiones de carácter cultural, educativo, tecnológico, demográfico, ambiental y jurídico.

Los sanitaristas han identificado transiciones en el perfil de la salud de los mexicanos. Nuestro país vive lo que los expertos conocen como transición epidemiológica. La industrialización y la tendencia hacia la urbanización han generado problemas de salud propios de sociedades altamente desarrolladas y al mismo tiempo subsisten problemas derivados de la pobreza y la marginación.

Nuestro sistema de salud ha permitido que se abatan enfermedades como la poliomielitis o el sarampión o la difteria, gracias a una eficiente política de prevención de enfermedades a través de los programas de vacunación. Adicionalmente, los programas de ampliación de cobertura han permitido dotar a prácticamente toda la población de servicios básicos de salud, y se ha logrado la cobertura universal de servicios, con certificación de las organizaciones internacionales, en casi todo el territorio nacional.⁶

No obstante, es necesario un sistema de salud que pueda atender el desequilibrio ecológico, los cambios en los hábitos alimenticios y la transición de una sociedad predominantemente rural a una sociedad urbana, todavía desigual e inequitativa. Al mismo tiempo, no pueden perderse de vista los avances científicos y tecnológicos que han revolucionado la ciencia médica. En materia de trasplantes los avances científicos nos per-

5 Artículo 4o.

6 En el año 2000, la Organización Panamericana de la Salud, certificará a todas las entidades del país, con excepción de los estados de México y Oaxaca, y el Distrito Federal.

miten avizorar un mundo lleno de esperanza de salud y de vida para quienes requieren de acciones curativas.

En nuestro país hubo una expresión unánime a favor de la propuesta de generar una nueva cultura en materia de donación y trasplante de órganos.⁷ La espera de miles de pacientes que de no ser atendidos perderán irremediamente la vida, así como la insuficiencia de órganos e instituciones especializadas y equipadas para realizar trasplantes, llevó a las autoridades sanitarias a una consulta previa que desembocaría en una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud en materia de trasplantes de órganos y tejidos.

Algunas ideas tradicionales sobre la inviolabilidad del cadáver o su carácter casi místico han ido desapareciendo ante los avances contundentes de la ciencia. Llama la atención que la propia Iglesia Católica, tan prudente y conservadora en estos temas, haya desarrollado una posición de avanzada y de adhesión a la práctica de los trasplantes, bajo ciertas condiciones. Así desde 1984, en la instrucción pastoral “Solidaridad con los enfermos” los obispos de Galicia no encontraron problema moral en la práctica de trasplantes.⁸

Uno de los aspectos médicos que han generado un optimismo fundado en las posibilidades técnicas de los trasplantes es el abatimiento del rechazo del material anatómico por parte del receptor, cuyo sistema inmunológico lo considera extraño y por tanto lo ataca. A fines de la década de los setenta entraron en uso las drogas inmunosupresoras que abrieron perspectivas notables a los trasplantes.⁹

La reforma a la Ley General de Salud en materia de trasplantes responde a la necesidad de atender decenas de miles de pacientes y generar las condiciones para una cultura de donación en el país. Es claro que las leyes por sí solas no van a curar a los pacientes, ni harán exitosos los trasplantes y que será necesario preparar las condiciones para una reforma de tal naturaleza. Las críticas y reservas a la reforma han tenido como sustento la falta de capacidad instalada del sistema sanitario mexicano. El dilema que se planteó era mantener el *status quo* y no dar paso a la refor-

7 En una encuesta televisiva a la pregunta ¿Usted estaría dispuesto a donar sus órganos? 3164 personas (75%) contestaron “sí” y 1045 (25%) contestaron “no”, *Noticiero de Joaquín López Dóriga*, jueves 29 de abril de 2000.

8 “En concreto el hecho de trasplantar un órgano sano de una persona viva a otra no constituye problema moral. Las trabas anteriores dependían más de circunstancias históricas como ...la poca seguridad de la medicina”.

9 La ciclosporina abrió perspectivas promisorias en particular para los trasplantes cardiacos.

ma por la falta de instalaciones por una parte, o por la otra, utilizar el debate público que la reforma generaría para mejorar las condiciones de infraestructura hospitalaria y técnica y enfrentar los nuevos requerimientos que la reforma traería consigo. Se optó por la segunda posibilidad y establecer un sistema de autorización ágil y eficiente para permitir la práctica de trasplantes a profesionales de la salud y hospitales capacitados para ello.

El punto central de la reforma es la necesidad de generar en la sociedad una cultura de donación altruista de órganos, tejidos y células, basada en principios éticos y morales, respeto a los derechos de la persona y sentido social. Lo anterior para resolver los problemas de miles de pacientes que morirán irremisiblemente de no contar con un trasplante.

La estrategia consistió en modificar el sistema de autorización expresa y por escrito con formalidades, vigente durante dieciséis años, por un sistema más libre que consiste en considerar a toda persona como donadora a menos que exprese su negativa, lo que se conoce como sistema de donación presunta o tácita; exista constancia de no oposición por parte del donante o de su familia o al no existir ésta, la familia autorice la donación de órganos. Se consideró oportuno establecer un sistema de listas que debe observarse rigurosamente y sobre el que exista un control y auditoría social.

IV. VIDA Y MUERTE

Los conceptos “vida” y “muerte” tocan la parte más sensible de los seres humanos y por ello ha sido los motivos que ha ocupado las más profundas reflexiones y análisis de la filosofía y de las religiones, así como de otras expresiones del saber y de la cultura humana. El arte, la literatura, la psicología, la arquitectura han dedicado al tema de la vida y la muerte extensos capítulos. Lo propio ha ocurrido con el derecho en tanto la persona viva es titular de derecho y obligaciones y al morir ocupa una situación *sui generis*, en tanto deja de ser persona al instante de morir, lo que genera tratamientos jurídicos diversos.

El desarrollo de la ciencia y las tecnologías médicas ha incidido sobre conceptos tradicionales y ha modificado el tratamiento jurídico de conceptos tales como vida, muerte, cadáver, producto de la gestación, disposición de cadáveres, embrión, momento de la muerte, momento en que inicia la vida y otras cuestiones no menos interesantes y complejas.

V. LAS PERSONAS Y SU DIMENSIÓN SOCIAL

En el terreno filosófico el concepto de persona corresponde a un centro de atributos y facultades, pero en el plano jurídico, más allá de la definición de Kelsen, se refiere al ser humano en su dimensión social. La distinción entre persona e individuo es que la persona vive con los demás. Es indispensable que exista la condición social para que pueda darse la personalidad.

La filosofía del derecho divide a las personas jurídicas en dos grupos: las personas físicas y las morales. Las primeras son los seres humanos, es decir los sujetos jurídicos individuales; las segundas, las asociaciones dotadas de personalidad jurídica, capaces de tener derechos y deberes.¹⁰

Los derechos de la persona han sido motivo de muchas disquisiciones filosóficas y jurídicas. Las definiciones de persona ocupan las primeras páginas del conocimiento jurídico y son el punto de partida de cualquier sistema normativo. Se ubican de manera general en el campo de la filosofía del derecho y en lo particular en el derecho civil. No obstante, por la interrelación y por la interdependencia entre los seres humanos, el derecho público y en esta rama el derecho administrativo, se ocupan también del tema de la personalidad jurídica.

El concepto “persona” tiene una historia muy compleja. Desde el punto de vista técnico, los juristas aceptan que se trata de una entidad dotada de existencia jurídica susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.¹¹

El significado de “persona” viene de la careta que utilizaban los actores cuando recitaban en escena. De esa acepción deviene seguramente la idea teatral de “personificar”, es decir designar no solamente a la careta sino al personaje.

En el derecho romano solamente se reconocía la plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos. Deberían reunir tres requisitos:

- Tener el *status libertatis* (ser libres no esclavos).
- Tener el *status civitatis* (ser romanos, no extranjeros).

10 García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1964, p. 271.

11 Tamayo Salmorán, Rolando, “El concepto de persona jurídica”, *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, México, 1984, p. 779.

— Tener el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad).¹²

Es decir, en el derecho romano no bastaba con ser *homo sapiens* para ser persona. Con la idea de persona en el derecho romano emergió la necesidad de resolver si todos los hombres y todas las mujeres, es decir los seres humanos son o no personas.

De ahí surge, según lo explica Rolando Tamayo, la asociación entre persona y *homo*, en tanto solamente los seres humanos protagonizan o representan a alguien en escena. No obstante, el desarrollo jurídico del concepto llevó a diferenciar los dos conceptos, persona no significa necesariamente *homo*.

Para Kelsen la persona no es necesariamente el hombre. El hombre, escribe el autor de la *Teoría pura del derecho*, es un objeto esencialmente distinto del derecho; el hombre de la biología y la psicología, no está, en realidad, en tal relación con el derecho que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica. El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona.

En el derecho moderno el concepto de persona coincide con el de ser humano. El derecho mexicano no reconoce la posibilidad, existente en otros sistemas, de que haya seres humanos sin personalidad jurídica. Nuestra Constitución prohíbe la esclavitud en el territorio nacional y no existe la llamada condena a muerte civil. Todos los mexicanos tenemos capacidad de goce y cabe la posibilidad de que menores, incapaces, dementes y otras categorías puedan carecer de personalidad de ejercicio.

Persona, desde el punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones. Como lo planteó el propio Hans Kelsen en la definición que los estudiantes de derecho teníamos que aprender de memoria: persona es el centro de imputación de derechos y obligaciones. La definición nos lleva a otro concepto: la capacidad jurídica, que es el atributo esencial de la persona jurídica y que consiste en la aptitud de tener derechos y facultades o de ser sujeto de obligaciones o responsabilidades.¹³

Existe una tendencia, difícil de rebatir, de asignar a todos los seres humanos derechos y obligaciones, la cual se inserta en el campo de la moral

¹² Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Esfinge, México 1965, p. 118.

¹³ *Ibidem*, pp. 788 y 789.

y generalmente coincide con el derecho positivo. No obstante, para que todos los seres humanos tengan esos derechos y obligaciones es necesario que tengan razón y voluntad, lo que no siempre ocurre. Por ello, la dogmática jurídica utiliza una salida que es la de distinguir entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. De tal manera quienes sean incapaces psíquica o intelectualmente, no tendrían capacidad de ejercicio, pero sí de goce.

En el fondo lo que se plantea es que la persona, la personalidad o la capacidad jurídicas deben estar reconocidas por el derecho. Ser persona significa *ser* titular de derechos y obligaciones y *ejercerlos*, lo cual nos lleva a una afirmación de principio y es que quien no sea titular de derechos y no los ejerza, no es persona; esto es, que la personalidad jurídica se pierde por varias causas, la más contundente es la muerte.¹⁴

El derecho vigente precisa quiénes son considerados como sujetos de derecho. La ley resuelve este asunto de manera indubitable. El Código Civil del Distrito Federal señala que la capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte. Agrega que desde el momento que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el propio Código.

El asunto parece simple pero tiene gran complejidad. La determinación del nacimiento, por ejemplo, ha llevado múltiples teorías científicas, religiosas y morales al debate. La norma jurídica tiene la última palabra, en tanto es la expresión de la verdad legal y de las consecuencias jurídicas que se generen. Lo mismo ocurre con el concepto “muerte”, de contenido esencialmente científico, pero cuya determinación jurídica produce consecuencias en el mundo del derecho.

VI. CUERPO Y DISPONIBILIDAD CORPORAL

Existen diversas teorías que abordan el tema de la disponibilidad corporal bajo diversas ópticas, como podrían ser el derecho a la disposición corporal, el derecho al cuerpo, el derecho sobre el cuerpo. La naturaleza de este derecho es relevante, pues constituye el punto de partida para una

14 La capacidad jurídica puede disminuir. En Roma el ciudadano tenía status compuesto por el *status libertatis*, el *status civitatis* y *status familiae*. La pérdida de estos *statorum* generaba la *capitis diminutio*, o restricción de su capacidad.

teoría de disponibilidad de los componentes del cuerpo. La teoría debe responder, desde el punto de vista jurídico, a varias interrogantes: ¿El cuerpo es efectivamente una cosa? Si es cosa a quién le pertenece, ¿a la persona mayor de edad y capaz? Si es menor de edad, ¿a quiénes ejercen la patria potestad? Si pertenece a la persona ¿puede ésta disponer de él irrestrictamente, al grado de poder atentar contra él, sea por medio de lesiones autoimpuestas o hasta el extremo del suicidio? ¿Si el cuerpo es cosa está en el comercio? ¿Los cuerpos de los esclavos eran mercancías? Si las teorías modernas convergen en la idea de que los cuerpos de personas vivas no son cosas y están fuera del comercio ¿los cadáveres pueden considerarse como cosas? Estas y otras interrogantes derivan de lo que conocemos como derecho a la disposición del propio cuerpo.

La acepción de “bien” procede del latín *bene* que significa beneficio, utilidad, hacienda, caudal. Desde el punto de vista jurídico bien es todo aquello que puede ser objeto de apropiación, entendiendo como tal, las cosas u objetos que no se encuentran fuera del comercio por naturaleza o disposición de la ley.¹⁵

La teoría denominada del pleno dominio corporal está actualmente superada. Lo anterior no significa que hubiera carecido de cierta lógica. La noción de propiedad deriva de una manera directa de la noción del yo. De esta manera las palabras “mío” y “tuyo” significan la propiedad referida a la persona que la detenta. Habría que preguntar qué otra cuestión está más ligada a la noción del yo, de lo mío o de lo tuyo, que no sea la noción del propio cuerpo. Mi cuerpo o tu cuerpo son expresiones de propiedad íntima, como lo son las partes que lo integran: mis manos, mis cabellos y mis ojos.

La expresión derecho sobre el cuerpo y las demás que giran alrededor de la misma idea y son, en realidad, un vulgarismo. En el fondo se habla de tres derechos diversos: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud o a la protección de la misma, como lo conceptualiza nuestro texto constitucional.¹⁶

Desde las cumbres de la literatura universal se ha considerado al cuerpo humano como inherente a la persona de manera íntima.¹⁷ No obstante,

15 Artículos 747-749 del Código Civil.

16 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o.

17 En *El Mercader de Venecia* de William Shakespeare, Antonio afianza la cantidad de 3,000 ducados que Shylock ha prestado a su amigo Basanio y se establece que en el supuesto de no devolver

el marco en que oscilan las diversas hipótesis varían de manera considerable. No tiene la misma magnitud social o jurídica la comercialización de los cabellos que la disposición de órganos o tejidos para fines científicos o terapéuticos, la donación o comercio de sangre, los riesgos físicos del trabajo o de las actividades deportivas profesionales, hasta las cuestiones relacionadas con el tema de este trabajo, la disposición o el trasplante de órganos y la experimentación científica en seres humanos.

Los romanos resolvieron el asunto, y está acreditado en una sentencia del Digesto de Ulpiano, de que el hombre no es dueño de sus miembros.¹⁸ Esta declaración tiene sentido con cuestiones como el suicidio o la mutilación, que eran las únicas que podrían tener relación con el cuerpo humano, en tanto los trasplantes habían sido, hasta antes de la medicina quirúrgica, pasajes de la literatura religiosa o mística.¹⁹

Aun cuando no se profundice en el tema, por no ser el objeto de estudio, no puede dejar de mencionarse que el derecho se ha pronunciado todavía con timidez sobre cuestiones como la autolesión, la automutilación, la inseminación artificial, la esterilización o la fecundación fuera del cuerpo (*in vitro*).

Podemos afirmar, aunque el asunto de la disponibilidad del cuerpo es compleja, que existen ciertas reglas que simplifican esta cuestión. La disposición del propio cuerpo es un asunto personalísimo, pero al mismo tiempo de interés público. Es un derecho especial que trae aparejada la libre disposición de nuestro cuerpo con las restricciones que impongan las leyes, la moral, las creencias religiosas y las buenas costumbres. Está

la cantidad prestada el usurero podrá cobrarse con una libra de carne del cuerpo del fiador. Desde entonces se ha utilizado este pasaje del genio shakespereano para condenar la usura. Sirve también para mostrar que el derecho al cuerpo tiene limitaciones que impone la naturaleza, la moral, el sentido común y también las normas jurídicas.

18 Dig. X. 2, 13: "Liber homo suo nomine utilem Aquilae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur". El hombre no es dueño de sus miembros.

19 Desde la creación del hombre existen pasajes ligados a la idea del cuerpo como la expresión de la vida. La creación de Eva a partir de la costilla de Adán. La desobediencia de Prometeo al robar el fuego y sufrir la terrible venganza de Zeus que le impuso la pena de recibir la visita de un águila que le roe el hígado cotidianamente. La naturaleza obra a favor de Prometeo cuyo hígado se regenera por las noches para cancelar la devastadora tarea del águila. A finales del siglo XX la medicina descubre que el hígado, órgano vital, es regenerable y que su extracción parcial es posible y susceptible de trasplante.

fuera del ámbito de los derechos de propiedad.²⁰ Está sujeto a disposiciones jurídicas que impiden legalmente el suicidio o la práctica de la eutanasia por resultar contrarios al principal bien jurídico que tutela el derecho y que es el derecho a la vida.

La irrupción de la ciencia médica y de sus avances ha generado un movimiento a favor de los trasplantes de órganos y tejidos como una alternativa de vida. El éxito científico ha propiciado que se dé un nuevo tratamiento jurídico al cuerpo humano y que las nociones tradicionales sufran significativas modificaciones. Ya no es suficiente hablar de las reglas tradicionales relativas al tratamiento de las lesiones, asunto que ha ocupado al derecho penal, como respuesta a la necesidad de respetar la integridad física de las personas. Es necesario defender a las personas de ataques ilegítimos a su integridad. El asunto ha tenido un tratamiento doble: por una parte la protección del cuerpo humano contra atentados procedentes de terceros, generalmente sancionados y reprimidos por el derecho penal, que preserva la integridad física y, por el otro la protección del cuerpo humano frente a la disposición del propio individuo, mediante la disposición del propio cuerpo.

En el fondo, lo que se plantea es la necesidad de que el derecho dé respuesta a una nueva realidad científica y social, como resulta ser la necesidad de curar a miles de personas que sufren enfermedades que tienen solución terapéutica a través de la técnica de trasplantes. Se trata de promover y facilitar jurídicamente lo que conforme a la técnica jurídica es viable, y evitar que el derecho constituya un obstáculo para el avance de la salud pública. Por el contrario, sin que esto resulte hiperbólico o demagógico, que el derecho promueva el cambio científico y social.

VII. EL CADÁVER

Desde siempre, el hombre ha visto en los cadáveres la manifestación más cercana del misterio de la muerte. Por ello existe una natural inclinación humana a darle consideración especial a los cadáveres, y hasta a considerar como actos delictivos los relativos a su profanación.

La historia refiere el peregrinaje de Juana la Loca, madre de Carlos V, con el cadáver de su marido, Felipe el Hermoso, a cuestras durante largos

20 Bergoglio de Brouwer de Koning, Ma. Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *Trasplantes de órganos entre personas, con órganos de cadáveres*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pp. 19 y 20.

meses en que se oponía terminantemente a que hubiera cualquier acto que pudiera lastimar la dignidad del cuerpo del rey ya muerto.

René González de la Vega hace una interesante reflexión jurídica que muestra cómo los cadáveres quedan fuera del mundo mágico e inasible que las tradiciones religiosas y algunas creencias les han conferido. Al comentar uno de los artículos del Código Penal sobre delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, señala que para que pueda darse el delito de profanación de cadáveres o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación obscenidad o brutalidad, es indispensable que exista el *animus injuriandi*. De tal manera que si a un cadáver se le mutila un dedo para apoderarse de un anillo, el delito será de robo y no el de profanación.²¹

El derecho a la disposición del propio cuerpo

El Código Civil italiano ha dado una solución que es invocada por los tratadistas para explicar los alcances del llamado derecho a la disposición del propio cuerpo. El antecedente de la disposición que más adelante comentaré fue un conocido asunto que llegó hasta la Corte Suprema de Roma en 1934. Se efectuó un trasplante homoplástico²² mediante la ablación de un testículo de una persona a otra que se encontraba disminuida de su capacidad sexual. Salvatore Paolo era el dador y Vittorio La Pegna quien recibió el trasplante. El primero aceptó voluntariamente mediante una suma de dinero. Se inició un proceso penal en contra de los médicos que efectuaron el trasplante y el caso llegó, como habíamos mencionado, hasta la Suprema Corte italiana.

El Tribunal de Nápoles consideró que el trasplante homoplástico era lícito, pues la operación del testículo no afectaba el funcionamiento del aparato genital y absolvió a los imputados al no configurarse ningún delito. La Corte de Apelaciones sostuvo que la operación causaba, por el contrario, un daño al dador, consistente en la disminución estructural y funcional de su aparato genital. Es decir estimó que se había producido un daño. No obstante la Corte estimó que no se trataba de un delito pues la

21 González de la Vega, René, *Comentarios al Código Penal*, México, Cardénas Editor y Distribuidor, 1975, p. 390.

22 Homoplastia: sustitución operatoria de pérdida de tejidos con partes similares de individuos de la misma especie.

regla de que las personas no pueden disponer a su antojo de su cuerpo está sujeta a excepciones. Según la Corte de Apelaciones no se vulneraban derechos, pues el dador estaba en condiciones de cumplir con los ordenamientos jurídicos; tampoco se vulneraban las leyes de la naturaleza, pues el dador conservaba la facultad de procreación; ni las de la moral, toda vez que el dador recibió una compensación económica por la utilidad prestada al receptor.

La Corte Suprema confirmó la resolución pero se apartó de la argumentación. Señaló que si bien hubo un debilitamiento del órgano del dador, no era de naturaleza grave ni impedía al dador el cumplimiento de sus deberes sociales. Las lesiones a la integridad corporal que traigan aparejado un perjuicio de relevancia para el cuerpo, pero no conviertan al individuo en un ser física y socialmente incapaz para el cumplimiento de sus deberes con la familia y el Estado, son perfectamente lícitas.

En la elaboración del Código Civil italiano se tuvo a la vista este caso, que estaba sustentado en argumentaciones de carácter predominantemente médico. Esta disposición es la que se ha considerado como la norma más avanzada y más moderna en la materia.²³

El artículo 5o. antes referido 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”.²⁴

Sobre este apartado los tratadistas no dejan de invocar el artículo 5o.

VIII. SUICIDIO Y EUTANASIA

El suicidio es el acto por medio del cual una persona se priva voluntariamente de la vida. En las distintas culturas el acto suicida ha tenido diversas consideraciones por parte de la sociedad, el estado y el derecho. En Roma, era un acto permitido, ordinario y hasta honroso, a excepción de aquellos que incurrieran en el suicidio para evitar la imposición de una pena o castigo. Para el cristianismo el acto atentatorio de la vida debe

23 Gordillo Cañas, Antonio, *Trasplantes de órganos: “pietas” familiar y solidaridad humana*, Madrid, Cuadernos Civitas, p. 44.

24 Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica o quando diano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

considerarse como pecado y algunas legislaciones lo prohibieron y establecieron sanciones espirituales y penas infamantes para los cadáveres, así como penas patrimoniales a los herederos.

Su tratamiento en la ley ha sido diverso. El Código de Manu establecía como forzoso el suicidio a la mujer de casta muy elevada que sostenía relaciones sexuales con un hombre de casta inferior. En Japón, por ejemplo, el emperador puede entregar el arma letal a uno de sus súbditos para que con el *harakiri* libere el alma manchada por una acción moral o socialmente reprochable.

Cualquier legislación sobre el suicidio es inconsistente desde el punto de vista penal, pues si se considerara como delito, resultaría impune. La causa de impunidad del suicidio, escribe Francisco González de la Vega, es el suicidio mismo.²⁵ El suicidio no es un delito, así se consume o se frustra. Las lesiones que pudieran autoimponerse en un intento fallido tampoco constituyen delito. Cuestión diferente es la atención que distintas disciplinas del conocimiento deben prestar a este fenómeno médico y social de perfiles preocupantes.

Por el contrario, la figura delictiva conocida como inducción al suicidio está regulada por el derecho penal.²⁶ Esta figura lleva a la llamada piedad que se ofrece a quienes padecen difíciles enfermedades y se conoce como eutanasia: el acto de morir pacíficamente y el arte médico de lograrlo.²⁷ La doctrina no se ha puesto de acuerdo y existen todavía diferencias en la manera de resolver jurídica y moralmente este problema. En lo que no existe divergencia es en la idea de que existe un derecho a morir con dignidad.

González de la Vega expresa que se adhiere a la posición del notable penalista Luis Jiménez de Asúa sobre este particular. Sin llegar a legitimar las prácticas eutanásicas, considera que el juez, haciendo uso del arbitrio judicial, pueda perdonar o mitigar sanciones para quienes hayan actuado en base a la piedad. Da algunas condiciones para ello:

25 González de la Vega, Francisco, *Derecho penal mexicano, los delitos*, México, Porrúa, 1966, p. 84.

26 El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión, si se le prestare hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años. Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas en el homicidio calificado o a las lesiones calificadas (artículos 312 y 313 del Código Penal).

27 Nuñez Carpizo, Elsie, "Eutanasia, un problema de axiología jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, vol. XLIX, núms. 223 y 224, enero-abril de 1999, p. 254.

- a) Que el paciente reclame la muerte.
- b) Que el padecimiento sea cruento, profundamente doloroso.
- c) Que el padecimiento sea mortal.
- d) Que el ejecutor mate exclusivamente con el propósito de aliviar el sufrimiento.²⁸

La conclusión sobre este apartado es que no pueden darse generalizaciones en tanto cada caso es particular y sujeto a variables. Independientemente del sentido noble y altruista de las prácticas eutanásicas debe prevalecer el principio de la ilicitud de matar, así sea por razones humanitarias o piadosas.

IX. LA NORMATIVIDAD SANITARIA SOBRE LOS TRASPLANTES

La Ley General de Salud sustituyó al Código Sanitario y estableció un criterio de control sanitario en materia de trasplantes de órganos. El título decimocuarto cambió su denominación a “Donación, trasplantes y pérdida de vida”, que son los elementos sustanciales de la reforma.

El decreto por el que se reforma la Ley General de Salud en esta materia fue el resultado de un proceso de consulta de los distintos actores que intervinieron en las discusiones previas al proceso legislativo, y de quienes se sumaron al proceso legislativo que generó una interesante movilización ciudadana.

La iniciativa del Ejecutivo federal contiene elementos que procuran generar una cultura de donación altruista y sentar las bases jurídicas para impulsar el desarrollo de la técnica de trasplantes como alternativa de salud. La exposición de motivos contiene explicaciones sobre la propuesta.

El punto de partida es que se han generado esfuerzos importantes para ensanchar la cobertura de servicios básicos, se han fortalecido los programas de prevención de enfermedades, a través, fundamentalmente, de la vacunación infantil y se ha dado un desarrollo en materia de promoción de la salud.²⁹

Consecuentemente el siguiente reto es la elevación de la calidad en la prestación de los servicios y la mejoría de la práctica médica mexicana. Una asignatura pendiente era la adecuación del régimen normativo al no-

²⁸ González de la Vega, Francisco, *op. cit.*, p. 89.

²⁹ Una muestra de este esfuerzo es la celebración en México de la Quinta Conferencia Mundial de Promoción de la Salud, que reunió en nuestro país a más de 100 naciones. En esta reunión se produjo la declaración de México sobre promoción de la salud.

table desarrollo médico del mundo y de nuestro país. El tema de los trasplantes de órganos, tejidos y células requería de una modernización legislativa.

Nuestro país tiene una tradición médica notable que ha sido paradigmática para muchos países, cuyos médicos se han formado en las escuelas y hospitales mexicanos. Un grupo de médicos mexicanos ha desarrollado una verdadera escuela de trasplantes en nuestro país, por lo que la iniciativa presidencial consideró conveniente proponer la revisión del marco normativo.

La iniciativa de reforma está sustentada en cuatro elementos centrales: a) el respeto a determinados principios esenciales de contenido jurídico, social y moral; b) la donación; c) los trasplantes y d) las precisiones técnicas sobre la pérdida de la vida.

La Secretaría de Salud inició un proceso de consulta que abarcó al sector académico médico (representado por los Institutos Nacionales de Salud), la Academia Nacional de Medicina y la Academia Mexicana de Cirujía, médicos de las instituciones públicas de salud (como el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado), los secretarios de salud de las entidades federativas del país (agrupados en el Consejo Nacional de Salud), agrupaciones de hospitales privados, en donde se practica un número importante de trasplantes.

También se consultó a otros grupos: abogados, sociólogos, economistas, filósofos, psicólogos, antropólogos, comunicadores sociales, por citar algunos.³⁰

X. EL RESPETO A DETERMINADOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE CONTENIDO JURÍDICO, SOCIAL Y MORAL

La consulta llevó a debate cuestiones morales y axiológicas. La iniciativa tocaba asuntos de extrema sensibilidad como la extracción de algunos órganos del cadáver, y el riesgo de vulnerar o lastimar los sentimientos de los deudos, sin embargo por otra parte estaba presente la conciencia social

30 Se celebraron reuniones públicas y privadas. Entre las reuniones públicas sobresale el Coloquio sobre Trasplantes celebrado del 23 de marzo de 2000, donde participaron los señores: Dr. Rubén Argüera Sánchez, Dr. Mario Antonio Cardona Pérez, Lic. Marco Antonio De Stefano Sahagún, Dra. Paulette Dieterlen, Dr. Víctor Manuel Martínez Buyé-Goyri, Lic. Alfredo Murguía Cámara, Dra. Graciela Rodríguez Ortega, Dr. Armando Soberanes Hernández; Coordinador: Dr. Mario Melgar Adalid.

sobre la conveniencia de avanzar en la salud pública y en la atención de personas enfermas. La naturaleza atávica y sagrada del culto a nuestros muertos no debería impedir la contribución *postmortem* del ser humano a la preservación del bien más precioso que le es otorgado.³¹

Los principios de la iniciativa de reforma se refieren a la libertad personal, a los derechos de la dignidad de la persona, a los derechos de la familia, a los llamados derechos de naturaleza especial, como es el derecho que recae sobre los cadáveres, a las creencias y en forma particular a un derecho público, consagrado constitucionalmente como el de la protección de la salud de todas las personas.

La libertad personal tiene una doble dimensión en materia de trasplantes, según se trate de la modalidad de trasplantes entre vivos (*a vivo*) o *post mortem*. La reforma pretende limitar la posibilidad de trasplantes entre personas vivas, y propiciar una cultura de donación altruista de trasplantes de cadáver. Es obvio que *a vivo* la única posibilidad de trasplante se puede dar si el donador expresa fehacientemente su consentimiento. Es decir, el individuo es libre de disponer de sus órganos, cumpliendo los requisitos legales y reglamentarios para efectuar una donación.

La donación de cadáveres presenta dificultades, pues la persona dejó de ser al morir y su voluntad no puede expresarse. Su voluntad pudo haber sido expresada antes de su muerte en el sentido de aceptar, en vida, que a su muerte sus componentes pudieran ser susceptibles de trasplantes o bien, por el contrario, negarse a ser donador. Nadie podría jurídica o moralmente oponerse a esta voluntad expresada en vida.

Sin embargo el asunto se complica si se trata de órganos de cadáveres pertenecientes a personas que no hubieran hecho ninguna manifestación sobre sus componentes anatómicos. La reforma de ley dio un paso importante al seguir el modelo español, con alguna variable que veremos adelante, y establecer el sistema de donación tácita.

Los llamados derechos especiales como el que corresponde a la dignidad que merecen los cadáveres humanos, quedan supeditados en jerarquía inferior a otros derechos como el que corresponde a la protección de la salud o al derecho a la vida que ocupa la cúspide de la pirámide. No obstante están presentes en la normatividad sobre trasplantes, como están los derechos de familia o la *pietas* familiar que ha ocupado la atención de juristas sobre el tema.

31 Angoitia Gorostiaga, Víctor, *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., p. 129.

XI. DONACIÓN

El concepto de donación de órganos debe mirarse como resultado de una nueva vertiente jurídica que reconoce bienes y derechos de la personalidad con su propia técnica jurídica.³² Coloquialmente se utilizan expresiones que se refieren a nociones jurídicas que podrían resultar equívocas miradas bajo el cristal de categorías jurídicas del derecho patrimonial. Así por ejemplo escuchamos o leemos que hubo donación de órganos, de semen, de óvulos o alquiler de úteros o vientres.

El régimen jurídico de los componentes del cuerpo humano se ha visto alterado por los avances científicos y tecnológicos. Es indispensable por ello que el ordenamiento jurídico haga declaraciones generales y establezca principios que cancelen cualquier posibilidad de considerar los componentes del cuerpo humano como objetos patrimoniales. No pueden ingresar al tráfico jurídico de bienes y derechos de la personalidad, a riesgo de vulnerar y contradecir normas y principios que determinan que tales derechos son intransmisibles.

Los componentes del cuerpo humano separados del organismo vivo al que pertenecen, al igual que del cadáver, pueden ser considerados como cosas —en la acepción jurídica del término— que deben estar situadas fuera del comercio.

Hay quienes piensan que puede existir un mercado de órganos y sujetar a donadores y receptores a las fuerzas de la oferta y la demanda. La sujeción de órganos a un mercado potencial de donadores y receptores generaría un escenario de explotación en que solamente los ricos podrían hacerse de órganos, dadas las características del valor inestimable de los bienes al ser necesarios, escasos y consecuentemente caros. Se vulneraría por otra parte la situación de personas que pudieran “comprar” órganos, o se vulneraría la de aquellas personas que en extrema necesidad se vieran obligados a vender sus órganos.

La determinación de que tales cosas como podrían ser los órganos, tejidos o células estén fuera del comercio, sirve para confirmar la dignidad de la persona humana.

Los trasplantes de órganos, con el advenimiento de las nuevas técnicas, remedian carencias vitales, sin perjuicio para el donante en el caso de

32 Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho español*, Valencia, Universidad de Valencia, Civitas, S.A., p. 51.

personas fallecidas o con el menor riesgo y perjuicio posible en el caso de personas vivas.

Sería relevante avanzar en el derecho internacional público para propiciar tratados internacionales que detengan el comercio ilegal de órganos o sustancias de origen humano. Nuestra legislación, en los términos de la reforma a la Ley General de Salud, prohibió el tráfico de órganos en nuestro país.

La práctica de trasplantes tiene una doble perspectiva: la que se refiere a la obtención de órganos y la de su adjudicación. Existen donadores y receptores. En cuanto a la donación existe una exigencia social y jurídica del anonimato de los donantes. Los órganos se pueden obtener de personas vivas o de cadáveres. La exigencia del anonimato es congruente con el principio de gratuidad de las donaciones de órganos para materia de trasplantes. El secreto absoluto de las donaciones impide el comercio de bienes de la personalidad.

Existe una discusión ética sobre el respeto a la voluntad del difunto. Si no se respeta la voluntad de quien en vida expresó deseo de no donar, habría daño por contravenir su abedrición y por ello debería prohibirse no acatar la decisión del finado. No obstante hay quienes piensan que únicamente las personas vivas pueden desear o esperar algo, por lo que la violación de los deseos o intereses de la voluntad de una persona muerta podría ser un contrasentido. Se piensa que como la persona presuntamente sujeta al daño de no ver acatada su decisión ha dejado de existir, no puede ni siquiera enterarse de que su voluntad ha sido burlada.

No obstante, esta posición contradice ciertos principios que dan sustento a la vida en sociedad, como el respeto a la voluntad de los muertos. Sería la negación del derecho sucesorio y crearía un caos en el sistema de propiedad liberal burgués en el que vivimos.

Por otra parte, dado que un cadáver no es persona, no se puede hablar de derechos fundamentales y podría intervenir en su cuerpo para salvar vidas. Si existe la posibilidad de efectuar una autopsia para conocer causas de muerte en ciertas hipótesis, ¿cómo no va a darse la intervención de un cadáver para salvar vidas?

El cumplimiento de las promesas entre vivos es uno de los pilares de la vida en sociedad. La palabra empeñada tiene un sentido de honor y de dignidad. Los humanos debemos tener la certeza de que nuestros deseos van a cumplirse si son razonables y si están sustentados en la confianza recíproca, son moralmente aceptables y no contrarían el orden público.