
*MORS TUA, VITA MEA**

APUNTES PARA LA DEFINICIÓN
JURÍDICA DE UNA RELACIÓN *SUI*
GENERIS EN EL DERECHO MEXICANO:
LA DONACIÓN DE ÓRGANOS¹

OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS

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

Con frecuencia, se dice que vivir no es nada fácil; pero cuando se trata de sobrevivir, la cuestión se torna esencial. La sobrevivencia, para quien está en espera de que la caridad de

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

¹ Participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en el II Simposium Interuniversitario. La bioética, un reto del tercer milenio, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, el 15 de marzo de 2001, en la Ciudad de México.

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 primer elemento de una ecuación que contiene muchos otros. A esta ecuación 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 el elemento fundamental de quien está en espera de una donación de órganos. Pero del otro lado de la ecuación, del lado de quien dona, se reúnen tantos elementos que resultaría imposible tratarlos todos en un intento tan modesto como el que en este momento emprendemos.

Elementos éticos, científicos,² culturales, sentimentales y psicológicos, entre otros, no dejan de estar presentes en una relación como la que trataremos de exponer; sin embargo, dos elementos esenciales se conjugan del lado de quien cede: el ánimo de trascender y el altruismo.

Todos estos elementos, presentes en el mundo de lo fáctico, han tenido que ser contemplados en el ordenamiento jurídico, considerando que el derecho es un instrumento idóneo para el aseguramiento de valores.³ Qué valores debe asegurar en este caso el derecho y qué valores debe desechar, se vuelven otro punto controvertido de los muchos que el tema reviste.

Pero, a fin de no desviar nuestra atención de los temas que queremos desarrollar en nuestra exposición, centremos ahora en uno que en la actualidad genera las más acendradas

² 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, *vid.* p. ej. Altieri, Miguel y Rosset, Peter. "La falsa panacea de la biotecnología". *Este país*, núm. 120, marzo de 2001, pp. 10-15.

³ Francesca Puigpelat, "Bioética y valores constitucionales". Casado, María (coord.). *Bioética, derecho y sociedad*. Trotta, Madrid, 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.

polémicas de nuestro moderno y *avanzado* mundo: la bioética.⁴ Una nueva disciplina que enlaza algunos de los campos más importantes del conocimiento humano: los del derecho, la ética y la ciencia.

Esta mezcla de disciplinas, agrupadas en el término bioética parece aglutinar los que serán, en un futuro no muy lejano, los temas que requerirán un mayor análisis desde todas las perspectivas.

Sin embargo, los temas de bioética ofrecerán al derecho, y creo que ya lo están haciendo, retos enormes, desafíos incommensurables, problemas que tendrán que resolverse, muchas veces con la aprobación generalizada, muchas otras con el rechazo e incluso el desprecio también generalizados; pero con consecuencias que quizás, quienes tengamos que abocarnos al conocimiento de estos problemas, de estos desafíos, nunca sepamos a ciencia cierta la trascendencia que nuestras decisiones tendrán.

Valores, parece ser entonces la constante en el tema de la donación de órganos. 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, etc. Pero aunados a éstos encontramos otros aspectos externos a las partes que intervienen en una donación o trasplante de órganos, éstos son, por ejemplo: la comprobación de la muerte y, en consecuencia, qué debemos entender por *vida*.

Vayamos entonces al tratamiento que el derecho mexicano le da a la figura de la donación de órganos.

⁴ 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.*, p. 75.

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: se trataba de un asunto importante, al cual no se le concedía la importancia debida.

Hoy, el asunto ha tomado dimensiones inimaginables. El tema se ha vuelto polémico y nos ha llevado a reflexionar sobre los aspectos que conlleva para cada una de las partes involucradas.

Por una parte, sabemos que, para conservar su salud o mejorar su calidad de vida, algunas personas requieren de un órgano específico de alguno de sus semejantes, mientras que, para éstos, la donación de ese órgano representa literalmente “arrancar” un trozo de su cuerpo para darlo a otro que lo requiere con urgencia para mejorar su vida o tal vez para salvarla.⁵

Lograr que la legislación 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, es decir, protegiendo tanto al donante como al receptor, ha sido un proceso largo y, en cierta medida, complicado. A pesar de ello, podemos afirmar que en la historia de los trasplantes de órganos, el salto evolutivo en la regulación ha sido considerable.

En la década de 1960 existía el *Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de Sangre*,⁶ ordenamien-

⁵ Emanuel Levinas (“Del uno al otro, trascendencia y tiempo”, *Entre nosotros. Ensayos para pensar en el otro*. Pre-Textos, Valencia, España, 1993, 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” (*op. cit.*, p. 135) señala: “El único valor absoluto es la posibilidad humana de otorgar a otro prioridad sobre uno mismo”. Este cuidado caritativo, apunta Levinas, es probablemente el origen de la medicina.

⁶ *Diario Oficial de la Federación*, 8 de noviembre de 1961.

to 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.⁷ Pero no fue sino hasta 1973, cuando se expidió el *Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos*,⁸ 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 del Distrito Federal*.⁹

Otras disposiciones fueron expedidas al respecto;¹⁰ pero para los efectos que nos proponemos, habremos de centrarnos en las disposiciones vigentes de la Ley General de Salud, particularmente en las recientes modificaciones publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de mayo de 2000, cuestión que habremos de abordar a continuación.

III. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Este avance en la regulación ha tenido que partir, necesariamente, de un supuesto: la salud como un derecho fundamental,¹¹ pues no podría legislarse respecto a una cuestión tan tras-

⁷ 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/InvMexCyt/5317>). El mismo funcionario señaló que en los últimos 35 años se habían realizado en el país alrededor de 20,000 trasplantes.

⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 13 de marzo de 1973.

⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 8 de enero de 1975.

¹⁰ 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., Porrúa, México, 1996, pp. 2-11.

¹¹ Robert Alexi (*Teoría de los derechos fundamentales*, 1a reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 436) considera que los derechos a protección, son derechos 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.

cedente como el trasplante de órganos si no se partiera de ese supuesto¹² como garantía constitucional.

Establecido lo anterior, es conveniente señalar que nuestra Constitución, en ese sentido, adolece de algunas lagunas que es muy importante señalar.

Si partimos del hecho de que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y que es a partir de ella que éste se estructura, tendríamos que considerar que en nuestra Constitución los valores que fundamentan la bioética en el mundo no están contemplados en su totalidad o bien encuentran deficiencias u oscuridad en su regulación.

Esta conclusión parte de comparar nuestra Constitución con otros ordenamientos constitucionales en los que sí se establecen principios y valores fundamentales que sustentan la legislación secundaria en materia de bioética. Es el caso, por ejemplo, de la constitución española,¹³ 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.

Sin embargo, en el caso de México, como se ha apuntado, 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, legalista¹⁴ del texto constitucional, que permita extraer del conjun-

¹² Puigpelat, *op. cit.*, p. 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 aquellos que el Estado se da como fundamentales, así como de los derechos que derivan de los valores consagrados en su texto.

¹³ *Vid.* Puigpelat, *op. cit.*, pp. 42-47, en donde se desarrollan estos valores constitucionales respecto al tema de la bioética, señalando su vinculación. *Vid.*, 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 Benda, Maihofer, Vogel, *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹⁴ 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”

to de ese ordenamiento la regulación de esos valores, para que sean aplicados como normas.¹⁵

Así, por ejemplo, encontramos regulado el principio de igualdad en diversos artículos, como son el 1o, el 5o o el 123, por citar algunos.¹⁶ Pero no encontramos referencia expresa a otros valores de los que se han señalado, como serían la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad o la libertad; 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.

Dicho lo anterior, debemos concluir estableciendo que el fundamento constitucional de la donación de órganos se encuentra expresamente en el derecho a la protección de la salud.

Desde 1983,¹⁷ la Constitución consagra como una garantía individual el derecho a la salud,¹⁸ al señalar, en su artículo 4o:¹⁹

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”. Carbonell, Miguel, compilador. *Teoría de la Constitución*, Porrúa-UNAM, México, 2000.

¹⁵ 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. *Vid.*, al respecto, Aragón, Manuel. *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, pp. 42-60. Véase, también, Guastini, Ricardo. “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell. Serie Estudios jurídicos, núm. 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999; así como “¿Especificidad de la interpretación constitucional?”. *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.

¹⁶ *Vid.*, Sánchez Cordero de García Villegas, Olga. “Mujer y derecho. Binomio indispensable para la construcción de una cultura jurídica de igualdad”. *Lex Difusión y análisis*, núm. 67, tercera época, año VI, enero de 2001.

¹⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de febrero de 1983.

¹⁸ Ver, al respecto, Sánchez Cordero de García Villegas, Olga. “El derecho constitucional a la protección de la salud”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, colección *Discursos*, núm. 6, México, 2000.

¹⁹ Un estudio integral de este artículo se puede consultar en Carbonell, Miguel. “Comentario al artículo 4o”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, UNAM-Porrúa, México, 2000.

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. Es así que, en 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 como un derecho que tienen los mexicanos.

El tratamiento que hace la legislación mexicana de la donación de órganos habremos de tratarlo de forma separada al considerar algunos elementos que consideramos importantes para el entendimiento cabal del tema.

IV. ASPECTOS ÉTICOS

1. La disposición corporal

El cuerpo es nuestra primera posesión. Es lo único con lo que llegamos al mundo y es también lo único que conservamos en el momento de la muerte. Pero la disposición del cuerpo encuentra condicionantes de todo tipo, desde las condicionantes religiosas,²⁰ 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.

²⁰ V. gr. 1 Cor 3,16.

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 le concedía derecho a disponer ni de su vida, ni de su cuerpo o sus miembros.²¹

En 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 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”.²²

Por su parte, Castan Tobeñas²³ 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 del ámbito amplio que la ley y la moral reconozcan, justificando en ocasiones que están motivadas por una finalidad de valor social.

El dilema se centra en determinar si la disposición corporal tiene alguna limitante por considerar, entre otras cosas, que se trata de una mutilación y si esto se permite o no en nuestro derecho.

²¹ “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, *op. cit.*, p. 54.

²² *Loc. cit.*

²³ *Los derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 1952. Citado por Domínguez García, *op. cit.*, p. 55.

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.²⁴ En este caso, se puede disponer del propio cuerpo para las acciones ordinarias de la vida.²⁵

Las opiniones en relación con la disposición del cuerpo son abundantes;²⁶ 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.

²⁴ Pacheco Escobedo, Alberto. *La persona en el derecho civil mexicano*, Panorama, México, 1998, p. 93.

²⁵ "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". Pacheco, *op. cit.*, p. 93.

²⁶ Una referencia más la da Ernesto Garzón Valdez ("Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos"), citando a Kant.

2. Disposición cadavérica

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

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 los requisitos que señala la propia Ley General de Salud.

El derecho sobre el propio cuerpo comprende 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.²⁷

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 científi-

²⁷ Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho civil*, Porrúa, México, 2000, p. 322.

cos; 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 e inmorales, en virtud de que la personalidad del hombre exige respeto aun después de la muerte.

Séptima época, tercera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 22, cuarta parte, p. 49. Informe 1970, segunda parte, tercera sala, p. 24.²⁸

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”.²⁹

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”.³⁰

Cabe hacer mención que el cadáver, de acuerdo con lo señalado por la doctrina y la legislación mexicana, por no estar

²⁸ En el mismo asunto se 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*.

²⁹ Pacheco, *op. cit.*, p. 118.

³⁰ Sagarna, Fernando Alfredo. *Los trasplantes de órganos en el derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 49.

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

Trascendencia, hemos dicho al inicio, 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.

La Ley General de Salud, en su artículo 343, señala que la pérdida de la vida ocurre cuando se presenta la muerte cerebral o cuando se presentan 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.

La muerte, jurídicamente hablando, 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 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 de-

terminar ser donante o no, conforme a 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.

4. Altruismo

En México, 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, etc. Sin embargo, en el caso de la donación de órganos no tenemos una cultura de altruismo acendrada. En nuestro país, difícilmente alguna persona se preocupa por establecer con claridad lo que en otros países se ha denominado testamento de vida, que es 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 a lo establecido por el artículo 324 de la ley citada.

A pesar de esta semiobligatoriedad, 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 13.4 donantes por millón de habitantes.³¹

Asimismo, los españoles parecen ser los ciudadanos más altruistas en lo que a donaciones se refiere. La Organización Nacional de Trasplantes en España tiene la tasa más elevada de donantes del mundo, con 29 donantes por millón de habitantes.³²

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

Definición

Indudablemente, la donación de órganos, para el derecho, es un acto *sui generis*. Basta 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.

³¹ <http://www.helathing.com/estadisticas/estadisticas.htm>

³² *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

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 pudiéramos llamar *derecho a la salud*, pues es en el derecho esencial a la salud que encuentra básicamente su regulación y fundamento.

No obstante lo anterior, y sin ser nuestro propósito profundizar sobre la naturaleza jurídica de este acto altruista que ha sido poco explorado por la doctrina mexicana,³³ creemos conveniente exponer, de manera breve, sus principales características.

Clasificación

Comencemos por señalar que el contrato de donación de órganos —si así pudiéramos denominarle— es de carácter *principal* en oposición a *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, o *gratuito*, en oposición a *oneroso*, pues es de la esencia misma del contrato que los beneficios sean exclusivamente para el donatario

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

³³ Una notable excepción la constituye el estudio de Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio*, 6a ed., Porrúa, México, 1999, además de las obras que han sido citadas a lo largo de este trabajo.

se le va a trasplantar 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, una vez confirmada la pérdida de la vida del donador (artículo 325).

Tanto el consentimiento expreso como el tácito tienen algunas restricciones (artículo 326).

No será válido el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier 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,³⁴ 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.

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.

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.

³⁴ 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 (*op. cit.*, 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, sería una declaración unilateral de la voluntad), sino que la denominación de este contrato debe ser la de *contrato físico somático*.

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 trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá consentimiento de sus representantes.

De igual forma, en el caso de incapaces, y otras personas 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.

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 con-

sentimiento expreso. Obviamente, previo a la consumación del trasplante.

VI. DERECHO COMPARADO

Resulta interesante conocer algunas cuestiones relacionadas con el tema en la legislación de otros países, con el fin de observar cuáles son 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 trasplantes, 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.³⁵

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

Esta organización surge en el año de 1989, en respuesta 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

³⁵ Sagarna, *op. cit.*, pp. 367 y 368.

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 con el grado de conocimientos técnicos y con los principios éticos de equidad que debe 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 trasplante de órganos se prevén las siguientes situaciones:

- No se percibe compensación alguna por la donación de órganos.
- El ministerio de Sanidad autoriza los centros sanitarios en donde se efectúa la extracción de órganos humanos.
- Debe existir una estricta confidencialidad. No pueden facilitarse informaciones que permitan la identificación del donante o receptor de algún órgano humano. Debe haber gratuidad en las donaciones. No se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.³⁶

En Argentina,³⁷ 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 ac-

³⁶ La información expuesta en relación con la legislación española se puede consultar en la siguiente página: http://www.msc.es/ont/esp/informacion/que_es.htm

³⁷ El caso aquí expuesto es narrado por Sagarna, *op. cit.*, p. 417. Los últimos 35 años se habían realizado en el país alrededor de 20,000 trasplantes.

ción, 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.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

México está transformándose en muchos aspectos. 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, la solidaridad y demás valores éticos será, sin duda, parte de esas transformaciones culturales.

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. Es mucho más.

Por otro lado, es de reconocer que hoy la ley nos hace donadores de órganos, y que ese hecho debe servir para detonar una cultura de la donación que pasa necesariamente por el altruismo y la solidaridad, y que desemboca en el mejoramiento de la calidad de vida de nuestros semejantes y en el mejoramiento 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 y, más aún, debemos empeñarnos en lograr que, a través del consenso, los valores fundamentales encuentren cobijo en el texto constitucional.

Qué país democrático, que se precie de serlo, no encuentra en su norma suprema los valores que la sociedad a la que rige se ha dado. 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 nuestros tiempos, no podemos permitir que nuestra teoría constitucional se anquilese en esta materia. La ciencia avanza de manera incontenible y se requiere 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.

Ponernos de acuerdo en cuáles son los valores fundamentales que 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 mínimo nivel, 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 un filósofo francés muy connotado: *“El único valor absoluto es la posibilidad humana de otorgar a otro prioridad sobre uno mismo”*.