

320809 20
7/1



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

CAMPUS TLALPAN

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

PERSPECTIVA GENERAL DEL DERECHO
CON RESPECTO AL TRASPLANTE
DE ORGANOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

PEDRO IGNACIO MARTIN SAMBOLA MORENO TAGLE

MEXICO, D. F.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

RECONOCIMIENTOS .

Abracé el estudio del derecho, por ser mi ideal la justicia, combatir la inequidad fue inquietud constante que absorbí de los ideales fervientes de mi abuelo y tía, inspirado continué el camino siguiendo los pasos del destacado jurisconsulto **IGNACIO MORENO TAGLE**, de quién me siento positivamente orgulloso.

De igual manera quisiera dar un reconocimiento a **XAVIER OLEA MUÑOZ, XAVIER OLEA PELAEZ Y VICTOR OLEA PELAEZ**, distinguidos jurisconsultos que han influido a que siga adelante con esta hermosa carrera.

DEDICATORIAS,

A mi madre:

Ana María Moreno Tagle de Sambola.
con infinito cariño y admiración.

A mi padre:

Jorge Sambola Oyarzabal.
con inmensa admiración y gratitud.

A mis hermanos:

Ana Paola y Jorge Eduardo Sambola
Moreno Tagle.
por el apoyo que me brindaron.

A mi abuelo paterno:

Dr. Pedro Sambola Cota.
en su memoria.

A mi abuelo materno:

Lic. Ignacio Moreno Tagle.
por el ejemplo que me ha dado en la
profesión que yo amo.

A mis abuelas:

Aurora Oyarzabal de Sambola y
Ana María Rincón de Moreno Tagle.
por el apoyo que me dieron en la
realización de este trabajo.

A mis tíos:

Carlos, Antonio, Rebeca, Alejandro y
Aurora Sambola Oyarzábal.
María de los Angeles, Laura Elena y
Carmen Luz Moreno Tagle.

INDICE:
PERSPECTIVA GENERAL DEL DERECHO CON
RESPECTO AL TRASPLANTE DE ORGANOS

Introducción:

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes Históricos sobre el Trasplante de Organos.	1.
1.- Grecia.	2.
2.- Roma.	4.
3.- Inglaterra.	7.
4.- México.	10.

CAPITULO SEGUNDO

Aspectos Generales Referente al Trasplante de Organos.	15.
1.- Definición de Trasplante e Injerto de Organos.	16.
1.1.- Concepto de Trasplante.	16.
1.2.- Concepto de Injerto.	17.
1.3.- Diferencia y Relación de Trasplante e Injerto.	18.
1.4.- En México no se han dado con éxito algunos Trasplantes.	22.
2.- Concepto de Donante.	25.
3.- Clases de Donante.	28.
3.1.- Intervivos.	28.
3.2.- Mortis Causa.	31.

4.- Consentimiento del Donador y Receptor.	37.
--	-----

CAPITULO TERCERO

Consideraciones Jurídicas Respecto al Trasplante de Organos.	40.
1.- Comentario al Código Sanitario.	41.
2.- Comentario a la Ley General de Salud.	47.
3.- Análisis del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.	49.

CAPITULO CUARTO

La Necesidad de una Reglamentación en Materia Civil para el Distrito Federal del Trasplante de Organos.	55.
1.- Problemática Actual del Trasplante de Organos.	56.
1.1.- Voluntad del Donador y Terceras Personas.	58.
1.2.- La Falta de Reglamentación en la Voluntad del Donador.	63.
1.3.- El Tráfico Indiscriminado de Organos.	65.
2.- El Trasplante de Organos como Institución de Interés Social o Público.	66.
3.- La Necesidad de la Inmensa Población de Candidatos a un Trasplante.	68.
4.- El Contrato como Expresión de Voluntad del Donador en Vida a la Mayoría de Edad como Solución a la Problemática.	69.
Modelo de Contrato de Donación.	77.

Propuestas.

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCION.

Este tema ha sido de los menos vistos en la cuestión del Derecho y ha sido objeto de investigación personal en cuyos lineamientos que he de seguir a este respecto, es interesante por la situación de que es poco comprensible al derecho por la simple situación de que al trasplante de órganos no se le ha encontrado una reglamentación a este respecto.

Es por eso que con esta investigación en donde es de importancia para la ciencia médica como para la legal por su relación tan estrecha y me lleva a un estudio más a fondo dentro de mi etapa profesional para investigar nuevos métodos o formas legales como médicas para el beneficio tanto del donador de órganos como para el receptor de los mismos.

Poniendo en antecedentes nos remontamos a que cada año en Estados Unidos de Norteamérica, 8,000 de 50,000 personas que padecen de insuficiencia renal en su etapa final presentan las condiciones adecuadas para recibir un trasplante de riñón que les prolongaría la vida, pero de ellas sólo 500 tienen el privilegio de recibirlo. Lo anterior se debe a la escasez de donadores, a que los tejidos del donador no son compatibles con los del receptor y a lo complicado y costoso del procedimiento quirúrgico.

Como en el Renacimiento, cuando la anatomía era muy importante no solo para estudiantes de medicina y médicos, y para resolver tal problema, los legisladores de Grecia, Roma e Inglaterra promulgaron leyes

que permitían el uso del cuerpo de personas muertas en hospitales y que no fueran reclamados por ningún familiar. Esas leyes obligaban a inhumar o cremar el cadáver o sus restos, una vez concluidos los estudios y prácticas que en ellos se hicieren.

En Inglaterra, el derecho a disponer de los restos de una persona muerta recae en el ejecutor del testamento; en Estados Unidos recae en el pariente más cercano; mientras que en México, las leyes a este respecto son similares a las estadounidenses.

En México, como en otros países, se han dictado leyes que hacen factible y práctico el trasplante de órganos. Al respecto, resultaría reconfortante que cuando algún órgano del cuerpo humano, ya fuese por enfermedad o por cualquier otra causa, dejara de funcionar, pudiera reemplazarse por otro en buenas condiciones. Con las primeras experiencias en trasplante de órganos, se aprendió que sólo los tejidos humanos se pueden cambiar de sitio, sin que sufran el fenómeno llamado rechazo.

Aunque se ha hecho el trasplante de pulmones, hígado, páncreas y otros órganos viscerales, los resultados no han sido tan satisfactorios como los del riñón; sin embargo, aún se investiga en técnicas jurídicas y quirúrgicas que los mecanismos de inmunidad que permiten el rechazo, por lo cual se vislumbra en un futuro cercano la posibilidad de hacer trasplantes no sólo de órganos viscerales, sino también de manos, brazos, orejas, nariz e incluso de extremidades superiores como de inferiores.

Como parte del análisis que se dá en esta investigación, se analizan los conceptos de trasplante e injerto, viendo sus definiciones; así como sus diferencias y relación entre ellos. Asimismo, se precisa qué es un donante y cuántas clases de donantes existen.

Con respecto a las legislaciones que se refiere a este tema, nos encontramos que cuando se aprobó la Ley General de Salud el 26 de Diciembre de 1983. Nos dice que los avances que se tienen en cuestión científica que han logrado los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos, representan un medio terapéutico, a veces único, para conservar la vida y la salud de las personas, por el cual la Ley General de Salud lo estableció.

También se tiene que en ejercicio de la facultad que el Ejecutivo Federal confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para proveer, en la esfera administrativa, a la exacta observancia de la ley, ha tenido a bien expedir un Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Teniendo como la necesidad de que se llegue a una reglamentación se analiza que existe una conducta típica al lesionar el médico, en una intervención, más esto no implica la creación de alguna falta o de un delito pues no se esta adecuando en el ejercicio de un derecho. Es decir siempre y cuando su objetivo sea, el bienestar o integridad corporal.

Pongamos ahora el consentimiento del paciente que es parte esencial para la autorización de tratamientos médicos relativos a la cirugía aunque este tenga todas las características de lesión, si existe consentimiento sea por razones de salud y de humanidad.

Por último se propone hacer una legislación en la cual se autorice para disponer de todo o parte de los restos de individuos, así como hacer una adición a nuestro Código Civil sobre una regulación de los derechos de la personalidad.

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes Históricos Sobre El Trasplante De Organos.

1.- GRECIA.

2.- ROMA.

3.- INGLATERRA.

4.- MEXICO.

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes Históricos Sobre El Trasplante De Organos.

1.- GRECIA .

Nuestros conocimientos están siempre ligados a las circunstancias de tiempo, situación y cultura, por lo que se ven sometidos necesariamente al peligro del parcialismo; y por consecuencia necesitan de un trabajo de corrección constante. Las circunstancias culturales son siempre nuevas, por lo cual la imagen del hombre está en continua mutación; fenómeno que tiene sus consecuencias para el Ethos y para la Etica en Grecia.

Sería necesario explicar los conceptos de "Etica y Ethos". Ambos proceden de la palabra griega "ethos", que significa procedencia o lugar de estancia permanentc.

Se entiende bajo el concepto de Etica en un sentido estricto, "la Ciencia Moral".

"El Ethos hace referencia a la conciencia, ética dominante en una comunidad; conciencia que está en relación variable con las formas de conducta que se consideran de hecho vinculantes y que frecuentemente comportan la sanción de la ley. Etica por el contrario es un concepto mucho más amplio. Etica es la reflexión sobre el ethos en lo que tiene de vitalidad en

cada individuo y en la comunidad. Esto pretende analizar críticamente que la idea del hombre está en la base del ethos. Su misión consiste en examinar y constatar científicamente el valor de esta idea del hombre y comprobar si de hecho las normas vigentes conciben el ser del hombre como realización de la convivencia humana y con ello deja en claro que ella es la luz que nos ilumina en lo que tenemos que hacer y omitir". (1)

En cuanto a una exigencia ética, debemos entender en toda plenitud lo que es la humanidad y su vivencia, haciendo un poco de reflexión, si es que queremos llegar a un mínimo de claridad, acercándonos necesariamente a la experiencia.

Una vez que se ha conseguido un cierto nivel humano, las gentes se rebelan contra los elementos que hacen humanamente indigna a una situación determinada, y ésta no por que ya tuvieran un concepto claramente perfilado de lo que significa "dignidad del hombre", sino porque en virtud de la experiencia del contraste se dan cuenta de que esta situación humanamente indigna resulta incompatible con la existencia digna que ellos pretenden conseguir.

Con esto damos a entender que existen infinidad de personas con una gran sensibilidad, una rica experiencia de la vida y una actitud vital extraordinaria con la cual han conseguido con el tiempo un sentido

(1) *Paul Sporken. "Medicina y Ética en discusión", Editorial Verbo divino, 1991, pág. 21.*

infalible en lo que respecta a las exigencias propias de la convivencia humana.

Paulatinamente nos estamos liberando de la ética del pasado que llevaba una orientación profundamente individualista y en la cual cada individuo se tenía que asegurar su propia salvación personal.

“Ya hace tiempo que venían practicándose investigaciones también sobre animales, y por lo tanto es claro, en toda hipótesis, que sólo se puede permitir una experimentación sobre el hombre cuando los ensayos realizados con animales descarten los accidentes mortales o del engrandamiento de monstruos. Es ésta una regla de carácter general que vale también, por ejemplo para un trasplante de órganos”. (2)

2.- R O M A.

Puesto que estamos hablando de la significación de la Ética, sería conveniente preguntarnos, qué es en sí el concepto de Moral en Roma, ya que con frecuencia se utilizaban ambas palabras como sinónimos; sin embargo, debemos reconocer que existe una gran diferencia entre ellas. Sin sometimientos a otras disciplinas como reflexiones filosóficas, podemos llegar a un concepto individualista, como decir que la Moral es la respuesta a

(2) *Idem, pág. 32.*

nuestra conducta, cada individuo mantiene conceptos sobre la Moral que emana de dichas conciencias de tiempo, época. La moral va evolucionando pero esa moral individualista determinará en una comunidad una moral general, o sea, teniéndose una visión valorativa para todos y ya no para cada individuo. Será entonces una vida moral social, la cual dará lugar a surgimientos en la Etica, ya que la moral es cultura y la ética es disciplina filosófica.

Todas las acciones tienen contenido moral, propios sujeto a consideraciones ya sean morales o no, pues en última instancia son acciones que por su moral destacan fundamentalmente beneficios no propios sino en general a todos los prójimos. Esto a propósito de los trasplantes de órganos, pero, no por ello, se afectará la integridad total, o el sacrificar algún órgano poniendo en peligro a éste, sino al contrario no por considerar que todas las acciones y hechos son voluntarios y por morales, pongamos en grave peligro la integridad total del individuo, sin analizar todas y cada una de las posibilidades de ceder partes del cuerpo que más adelante detallaremos, pero antes veremos la relación histórica que es de gran importancia e interés para nuestro tema.

“Desde el siglo V antes de Cristo, Enofilio, médico romano, seccionó seres vivos condenados a la pena capital a fin de estudiar las funciones de organismos humanos vivos. En el renacimiento, los experimentos sobre condenados a muerte se reemprenden y amplían; Luis XI permite a algunos médicos escoger a varios condenados para estudiar el mal

de la piedra y la fiebre amarilla. Otro tanto concede Leonardo Fiorovanti (siglo XVI), respecto a la peste; éste, empero, antes de hacer ninguna intervención, dormía profundamente a los sujetos en cuestión. En los archivos criminales de la Toscana entre 1545 y 1570 se topa una con estas expresiones: Que éste vaya traslado a Pisa para ser viviseccionada por los doctores”. (3)

“Hay que evocar el de Eusebio Valli, que a comienzos del siglo XIX se inyectó pus extraído de un apestado de viruela; el de Lázaro Spallanzani, que pocos años antes Valli, con el fin de conocer más a fondo el mecanismo de la digestión, ingirió en repetidas ocasiones cápsulas que contenían alimentos diversamente preparados, capaces de estimular de forma distinta la actividad gástrica. Alibert, se inoculó el cáncer; Parker contrajo voluntariamente la fiebre roja y murió a consecuencia de ello; Petenhoffer ingirió el cólera; en 1931, el joven médico Verner Foresmann, en un congreso, ilustró un experimento sobre sí mismo, consistente en la introducción en la vena del antebrazo de una sonda flexible hasta llegar al ventriculo derecho del corazón. Hoy su método se emplea con bastante frecuencia”. (4)

(3) *Idem, pág. 55.*

(4) *Idem, pág. 57.*

3.- INGLATERRA

En Inglaterra se da una referencia médica que se relaciona con la ética se desarrolla en la misma dirección.

Desde tiempos remotos ha persistido siempre el ejercicio de la profesión médica, una estrecha conexión entre la ciencia médica y la ética médica. Hipócrates es considerado como nuestro principal representante puesto que este personaje le debemos, no sólo del arte médico, sino también e igualmente de la Ética Médica.

En las culturas muy primitivas, existía el ejercicio del arte médico en relación estrecha con lo religioso. El médico y el sacerdote o el hechicero venían a coincidir frecuentemente en la misma persona.

La Ética estaba demasiado poco orientada a la vida humana real y concreta, para que pudiera aplicarse a la vida cotidiana y a la práctica de cada médico.

La actividad médica se orienta sobre todo a servir de ayuda al hombre enfermo. De ahí que sea de hecho un problema médico y al mismo tiempo ético el de buscar la mejor manera de ayudar a este hombre determinado y concreto. En la medida en que cambian las posibilidades de la asistencia médica, se van transformando también las declaraciones responsables y las normas, pensemos en los trasplantes de órganos.

Podríamos determinar, que si se trata de una asistencia médica al paciente en su totalidad, un obrar responsablemente desde el punto de vista de la medicina, coincide con un obrar correctamente desde el punto de vista de la ética y viceversa.

El material propio de una consideración ética avanzada no lo pueden aportar los representantes de la Iglesia ni los Filósofos Moralistas, sino aquellos que son verdaderos especialistas. Por tanto la comunidad debe defender valores humanos, proclamando, o dando testimonio en favor de determinadas normas éticas, no quiere decir "Imponerlas como Mandamiento". ni los Moralistas, ni la Iglesia pueden imponer una ética a los hombres dándole valor perceptivo, por el contrario, han de servir más bien para dar con la norma más conveniente, enfocando así a la Etica Médica a un socialismo, ya que las relaciones entre médico y paciente, desarrollan una atención especial sobre la idea del hombre y de los aspectos sociales. De hecho significa que el médico no sólo tiene que cumplir su misión de curar, sino que ha de servirse de la luz que puedan ofrecerles otras disciplinas, sobre todo teniendo en cuenta que, el cumplimiento de su misión, depende muchas veces de otros condicionamientos sociales, instancias e instituciones.

Podríamos decir, siendo más concretos, que la norma fundamental de la actividad médica será aquella que contiene el criterio con el que pueden valorarse, si un tratamiento médico es éticamente bueno o malo; consistente en saber si efectivamente se presta un servicio al hombre en su situación existencial, física y social, en orden a que pueda conseguir lo que el

considera como la misión de la vida, es decir si tal tratamiento representa para el paciente un fomentar en realidad sus posibilidades, con base en su autorealización en la convivencia.

Con esto debe mencionarse la confianza que existe entre médico y paciente y por lo tanto la obligación ética de decir la verdad. Nada es tan destructivo para las relaciones interhumanas como la mendacidad, la falta de sinceridad y la mutua desconfianza. La veracidad es sin duda una de las exigencias morales fundamentales de nuestra actitud vital. Esta verdad puede anunciarle vida y bienestar o liberación respecto al miedo o a la inseguridad.

Han sido múltiples los éxitos obtenidos en el arte médico-quirúrgico. El recurso al arte del trasplante de tejidos humanos, es cada vez más frecuente, y van abriéndose caminos, perspectivas favorable de éxito, incluso en casos en que, en el pasado, la reactividad inmunológica del organismo, no admitía los tejidos extraños.

“Entre los diversos casos, podemos citar el del alumno del profesor Davis, que aceptó la primera transfusión de sangre extraída de un cordero; los voluntarios anónimos que se han sometido a inyecciones de sífilis, blenorragia y úlcera blanda, bajo la asistencia del profesor F. Ricord; experimentos que se sabe ha repetido W. Wallance en jóvenes estudiantes, con diversos resultados”.(5)

(5) *Idem*, pág 84.

“Parece remontarse en 1915, en la colonia penal de Mississippi, para estudiar la pelagra. En 1942 se realizaron investigaciones sobre 222 detenidos en Norfolk (Massachusetts), en torno a un subrogado de plasma sanguíneo. En 1950 se inyectó a los presos de la colonia de Nueva Jersey, una sustancia preparada para el estudio de la hepatitis viral. Más recientemente en 1956, en el penitenciaría de Columbus (Ohio), 14 presos se hicieron inocular células activas de cáncer, extraídas de una enferma muerta tres años antes, y conservadas vivas”. (6)

4.- MEXICO

Sería conveniente y necesario enunciar algunos datos históricos sobre los primeros injertos realizados, ya que se cree que la iniciación de éstos es reciente, debido a la publicidad en los últimos años, pero podemos observar sin embargo, que el primer injerto de que tenemos noticia, cuya historia nos parece pertinente recordar, es el de la sangre.

La primera transfusión sanguínea se le atribuye a Denis en 1867 en París, utilizando sangre de cordero, se dice con éxito. La repetición del procedimiento por la frecuente aparición de accidentes graves, pronto obligo al tribunal de Chatelet a dictar penas severas para quienes lo practicaran. Blondell, en 1825 aconsejó el uso de la sangre humana en todos sus casos de

(6) *Idem*, pág. 55.

transfusión, con lo cual disminuyeron los accidentes sin desaparecer. No fue sino hasta 1900 cuando Landsteiner, en México al describir los tipos sanguíneos, sentó las bases científicas que hicieron de la transfusión un arma segura.

El iniciador de los trasplantes fue Alexis Carrel, quien en cursos aplicados en México llevo a cabo una serie de trabajos entre 1902 y 1911 llamó poderosamente la atención hacia este tema, que continúa apasionando a todos.

El trasplante de riñón constituye un procedimiento ya aceptado por la terapéutica quirúrgica. Entre 1963 y fines de 1967 se encuentran registrados 1,183 trasplantes renales. En éstos la sobrevivencia de los pacientes depende de sus relaciones genéticas con el receptor.

En 1945 se practicó el primer trasplante de riñones con pleno éxito entre mellizos de iguales características hereditarias. Desde algunos años se viene haciendo ensayos, con más o menos éxito, de trasplantes de hígado y pulmones. Ya desde hace muchos años se va desarrollando el intento de construir órganos artificiales que se encuentran en estado experimental. A pesar de todo ello, no pocas personas quedaron asustadas cuando oyeron hablar del primer trasplante de corazón llevado a cabo en un hombre por parte del Dr. Bernard. Esta sorpresa se manifestó en diversas reacciones junto a la constante pregunta de hasta donde iríamos a parar con esto; se hablaba de un inaudito éxito de la medicina, así como de un experimento salvaje.

Pero antes que el Dr. Bernard realizara el primer trasplante de corazón, es decir en su forma homoinjerto significante a la aplicación de órganos donado y receptor de la misma especie, tendríamos que hacer mención al primer trasplante en 1964, hecho por Hardy, en la Universidad de Mississippi, en el cual se utilizó el corazón de un chimpancé para ser trasplantado a un ser humano, y éste mantuvo la circulación extra corpórea.

“El primer trasplante cardiaco en el hombre fue realizado en la ciudad de México, por el Doctor Christian Bernard el 3 de diciembre de 1967”; (7) de ahí hasta la fecha se han practicado quirúrgicamente infinidad de trasplantes, de los cuales no todos los casos han sido satisfactorios.

Dice el Doctor Bernard que él es el primero en estar de acuerdo en que la técnica no está perfeccionada todavía, pero sí piensa que está desarrollada a un punto en el cual le podemos dar al paciente alguna esperanza y nosotros mismos tenerla al conseguir una parte del éxito.

No se podrían determinar cabalmente todos los datos necesarios para indicar un juicio sobre casos, ya que han sido dados a conocer parcialmente.

Los trasplantes de órganos efectuados en 1967 y 1968 por el doctor Christian Bernard en la Ciudad de México, inauguraron la carrera que involucró a numerosos cardiocirujanos en distintos países y a la vez dieron

(7) *Biblioteca Criminalia. "Los Trasplantes de Órganos". Colección Gabriel Botas, 1985. pág. 23.*

comienzo a la respectiva polémica. Múltiples son los aspectos que pueden ser considerados: el de la ética médica, a raíz de la desusada publicidad dada a esta cuestión, el carácter experimental de la intervención, que motiva la advertencia de Jiménez de Azúa de que no podemos experimentar *in anima nobili*, la situación del receptor, sobre quien se experimenta pudiendo resultar de aplicación la inhabilitación al médico que actuase en abuso de su profesión, sin perjuicio de la posibilidad de la imputación de homicidio culposo por imprudencia. El problema más grave es el de la muerte del donante, que se ha de considerar más adelante.

“En algunos países, en los que está en vigor todavía la pena de muerte, se sabe que aún se realizan experimentos en los condenados a la pena capital. Con esto queremos decir que en los trasplantes de órganos humanos ya no se trata de experimentos que ponen en peligro la vida, sino al contrario, se trata de volver a nacer y vivir esa vida que se le estaba negando; ya no son los experimentos brutales realizados en los campos de concentración alemanes para poder percatarnos hasta dónde puede llegarse una vez que se admite el principio de la primacía de la ciencia y de la razón de estado, incluso en lo que afecta a la vida humana. Es contrario a todo buen sentido, el que se violen valores fundamentales humanos para curar al hombre; está conforme con la sabiduría, en cambio, que se avance hacia su perfección y liberación de los males a través de riesgos que, además de no violar su esencia, parecen adecuarse más intensamente al ambiente social en que la persona opera. Y con miras a un bien de la humanidad”. (8)

(8) *Idem*, pág. 40.

Como reflexión a lo antes mencionado nos hacemos las siguientes preguntas:

¿Por qué no estar de acuerdo al avance de la ciencia médica?, ¿por qué negarse y estar en contra a la realización de los trasplantes de órganos humanos, si existen infinidad de personas que lo necesitan, que están perdiendo su vitalidad, y que existe una pequeña esperanza? No se priva al bienhechor de algún bien necesario para su vida propia; de otra manera sería atentar directamente contra la propia vida.

CAPITULO SEGUNDO

Aspectos Generales Referentes Al Trasplante De Organos.

1.- Definición de Trasplante e Injerto de Organos.

1.1.- Concepto de Trasplante.

1.2.- Concepto de Injerto.

1.3.- Diferencia y Relación de Trasplante e Injerto.

1.4.- En México no se han dado con éxito algunos Trasplantes.

2.- Concepto de Donante.

3.- Clases de Donante:

3.1 Intervivos.

3.2.- Mortis Causa.

4.- Consentimiento del Donador y Receptor.

CAPITULO SEGUNDO

Aspectos Generales Referentes al Trasplante de Organos.

1.- Definición De Trasplante e Injerto De Organos.

Antes de entrar a este tema debemos poner en claro quienes son los responsables de hacer tales trasplantes esto es que se requiere que los actos médicos que se practiquen de acuerdo con su régimen, sólo podrán ser realizados por profesionales o equipos de profesionales médicos especializados y de acreditada experiencia, reconocidos por la autoridad correspondiente conforme a lo establecido por la reglamentación.

1.1.- Concepto De Trasplante.

Se entiende por Trasplante de Organos Humanos, la sustitución total de un órgano que se encuentra incapacitado para realizar su función. Entre los trasplantes realizados podemos señalar el de riñón, los pulmones, el páncreas, tiroides, testículos, ovarios, intestino delgado, hígado, corazón y otros. Ultimamente, surgen grandes polémicas si se podría trasplantar el cerebro, ya que el problema principal surge en si cambiaría la personalidad o individualidad del sujeto que intervenga en dicha operación quirúrgica.

“Será problema de identidad e individualidad, cuando la ciencia trata los órganos centrales, que son los caminos inmediatos con el mundo de las ideas, del pensamiento, de la voluntad, de los sentimientos, es decir, de las características más expresivas del hombre. Entonces podría llegar al peligro de dañar la personalidad, será necesario examinar bastante atento la proporción entre el daño que se quiere evitar y el que se influya con la intervención, a fin de que el hombre, siquiera permanezca verdaderamente íntegro en su autenticidad humana”. (9).

1.2.- Concepto De Injerto.

Se entiende por Injerto, proviene del latín “insertus” que significa “introducido”. En la técnica quirúrgica consistente en sustituir accidentes, para realizar la exacta con de tejidos o integrantes de órganos, ya sea que en dicha aplicación de tejidos o integrantes de órganos, sean obtenidos de personas distintas, o se usen materiales fabricados por el hombre, que son artificiales, como el plástico.

Entre los injertos más sobresaliente podemos anotar los injertos de huesos, arterias, esófago, intestino, en los que se han obtenido resultados satisfactorios.

(9) *Leandro Rossi, Ambrogio Valsecchi; "Derecho Penal". Editorial Termis. Colombia. 1992. pág. 1137.*

Tenemos entendido, sin embargo, que el injerto de la piel, es uno de los injertos con mayores éxitos obtenidos, cuando su aplicación sea del tejido del mismo paciente, no aún en los injertos obtenidos de cadáveres.

También en materia de injertos podemos observar el logro que se ha obtenido en la aplicación de córneas.

Conviene señalar desde luego que la piel, la sangre y todos estos tejidos son utilizados ya de manera corriente en la práctica diaria.

1.3.- Diferencia y Relación De Trasplante e Injerto.

Ahora creemos conveniente señalar las diversas diferencias y relaciones que surgen a propósito de los trasplantes e injertos; y que son:

1.- "Se llama trasplante o injerto la operación quirúrgica por la que se inserta en el organismo receptor un tejido obtenido del donante. Pero se llaman, bastante a menudo con el mismo nombre también, los mismos tejidos determinados (muertos y conservados), sería bastante más adecuado hablar de implantación o exclusión, ya que los fenómenos vitales (supervivencia adaptación. Arraigamiento), que solicitan en el receptor la acción reconstructiva, han desaparecido. Esta observación podríamos encontrarla en el caso de la córnea, que, siendo avascular se comporta más o menos como un tejido inactivo y simplemente implantado".

“Se llama autoinjerto o injerto autoplástico el traslado de tejidos de un lugar a otro del mismo organismo”.

“En estos trasplantes, la identidad del organismo de que son obtenidos y al que son trasplantados, tienen una posibilidad de arraigamiento casi total en las que se incluyen intervenciones de cirugía reparadora o de estética como sustituciones de partes quemadas o infectadas, operaciones plásticas en zonas heridas o cicatrizadas, etc”.

“Se llama homoinjerto o injerto homoplástico o bien homólogo, el transporte de tejidos de un individuo (donante) a otro individuo (receptor) de la misma especie, en los que se incluyen las glándulas endocrinas, los tejidos óseos, tendones; entre otros, uno e los más importantes por la naturaleza del tejido, es el de córnea, la cual más que trasplantada es implantada ya que no sufre vascularización”.

“Se llama heteroinjerto o injerto heterólogo el trasplante de un tejido de un individuo de una especie a otro individuo de especie diferente”.

“Se llama trasplante pedunculado el que se realiza con fragmentos de tejidos no del desprendido del organismo del donante, y trasplante con anastomosis el que se completa mediante reconstrucción de uno más canales (vasos, bronquios, segmentos entericos, etc.)”.

II.- “Se llama Arraigamiento, aquél fenómeno vital por el que la mayor parte de los elementos del tejido injertado logra sobrevenir y se adapta a las nuevas condiciones de vida, de modo que el tejido puede participar duraderamente en la vida del receptor. Esto tiene lugar en los injertos autoplásticos. Si el arraigamiento no tiene lugar, se produce la lenta y gradual muerte de los elementos del injerto, seguida de eliminación de un arraigamiento pasajero y aparente, la atrofia progresiva, que conduce la desaparición de la parte injertada”.

Existieron diversos estilos oratorios dice el autor Paul Sporken, que han pasado al olvido a todo lo largo de nuestra vida. Como por ejemplo se oía que la gente que padecía dolores de riñones se le cambiarían a nuevos. Esto era una broma en aquéllos tiempos en que todavía no se podía pensar en una sustitución de órganos, una broma con que se encubría la compasión de sí mismos. También hace veinticuatro años hubo un especialista de corazón a quien sonaba a broma las palabras de un paciente suyo que el pedía un nuevo corazón. Desde el día 3 de diciembre de 1967, puede hacerse en serio esa solicitud, puesto que aquél día se convirtió en realidad lo que hasta entonces había sido poco menos que imposible.

La legitimidad de trasplantar un órgano de un hombre a otro se ha establecido con cierta rapidez. Cuando se trataba de órganos dobles, como por ejemplo los riñones, apenas si se planteó el problema, pues se puede vivir con un sólo riñón. La cuestión se torna más delicada cuando se trataba de un

órgano único o impar y muy especialmente en lo referente al corazón. Había que vencer inmensas dificultades técnicas.

Innumerables recién nacidos, que no pueden llegar a una conciencia plena, en tiempos precientíficos estaban irrevocablemente destinados a la muerte. En el estado actual de progreso médico, algunas de estas vidas pueden ser protegidas durante varios meses y en algunos casos durante varios años. Progresos aún más asombrosos pueden esperarse particularmente respecto de la prolongación de la vida de los ancianos. Donde según la práctica médica tradicional de hace pocas décadas la vida había ya desaparecido, actualmente los procedimientos de resucitación dan a muchos una nueva esperanza de vida. "El trasplante de órganos significa otro avance médico que puede salvar o al menos prolongar una vida condenada a muerte".
(10)

Mientras en tiempos pasados la mayor parte de los hombres morían en medio de sus parientes, las estadísticas en Estado Unidos revelan que más de un 80 por ciento mueren en el hospital donde todos los médicos para prolongar la vida están a la mano. Muy frecuentemente estas personas terminan sus días en un estado psicológico de aislamiento y alejamiento con tubos en todos los orificios, agujas en sus venas, en espera de emitir el último aliento. Se realizan esfuerzos heroicos para conservarles la

(10) *C.F.R. Bernard Haring CH. M. Letouwean, Dyingwith "Hospital Managment" (June 1970), pág. 30.*

respiración todo el tiempo usando máquina "corazón pulmón", si hay alguna disponible. En muchos casos, estas técnicas pueden garantizar la prolongación de signos vitales, pero no pueden ciertamente ser llamados prolongación de la vida.

1.4.- En México no se han dado con éxito algunos Trasplantes.

Surgen varios problemas acerca de estos casos que no han tenido un final exitoso, ya que el problema básico de los trasplantes no es de ninguna manera quirúrgica, sino biológico, y su solución habrá de encontrarse no en la sala de operaciones, sino en el laboratorio de inmunología y en los animales de experimentación, para continuarse más tarde, entonces sí, en seres humanos y cuando los conocimientos para controlar la reacción de rechazo hayan avanzado lo suficiente para esperar mejores resultados que los obtenidos hasta ahora.

La reacción de rechazo se debe principalmente al problema inmunológico, es decir, es un rechazo propio que se realiza en cualquier organismo al injertarse un tejido que no es el propio.

Cuando el tejido de un animal es colocado en otro, se provoca de inmediato reacción inmunológica por la cual el receptor trata de eliminar al tejido extraño, el del donante. Esta reacción llamada de rechazo es sostenida, en condiciones normales, hasta la desaparición del tejido no propio.

Por lo anterior se trata de decir que existe ya una labor preventiva del rechazo, ya que en el humano como en otros, se trata de disminuir la reacción inmunológica de rechazo, procurando que donador y receptor sean lo menos diferentes sobre el punto de vista genético y para ello se estudian los diferentes aspectos físicos, químicos y biológicos. Estos procedimientos mencionados tratan de eliminar la reacción inmunológica de rechazo, produciendo baja inmunitaria.

Otros de los problemas que se podrían presentar a pesar de que los pacientes se encontraran en constante vigilancia, podrían ser situaciones de naturaleza infecciosa por gérmenes del medio interno y del medio externo.

Desde luego que se trata de combatir ya sea con antibióticos en casos de infección interna, y con cámaras estériles en las infecciones externas.

Sin embargo, a pesar de todos los medios o procedimientos que se conocen y que pueden aminorar el rechazo, sobre todo en la viscera cardíaca trasplantada, está en estado experimental. En caso del trasplante renal es difícil que el enfermo muera de la insuficiencia renal, ya que el riñón es un órgano doble.

Conviene señalar que al lado del trasplante se estudia también la posibilidad de reemplazar el corazón enfermo; si tuviera éxito simplificaría notablemente el problema, pues evitaría las críticas de carácter ético y legal, desaparecería el problema del donador, y probablemente simplificaría lo

inmunológico. Para ello existirían graves dificultades para trasplantar un corazón mecánico, que está muy lejos de alcanzar los medios necesarios para su realización como son los siguiente:

I.- Encontrar la fuente de poder que pueden alimentarlos.

II.- Impedir la formación de coágulos intra-cavitarios.

III.- Lograr el revestimiento endotelial en sus cavidades.

“Convendría hacer notar que los trasplantes cardíacos son los que representan mayor complejidad, ya que el injerto de sangre, piel, renal, han alcanzado el que se les pueda considerar como procedimientos aceptados y de uso quirúrgico, ya que sus resultados son satisfactorios, en tanto que el corazón mecánico requiere ser estudiado para llegar a su desarrollo y perfeccionamiento”.(11)

Pero hemos visto que paulatinamente se han ido apagando las reacciones emocionales, por lo que podemos plantearnos ya objetivamente la cuestión del trasplante de órganos. Esta es sin embargo una constatación demasiado optimista. Desde el punto de vista más claro en enero de 1968, ha sido apareciendo una serie desmesuradamente abundante de

(11) *Biblioteca Criminalia. Op. Cit. Pág. 27.*

publicaciones a este respecto. Junto a las que demuestran una tendencia as bien general, hay otras muchas en las que tratan los aspectos médicos, éticos o jurídicos de la cuestión. Todavía no hay gran concordancia de opiniones, que sin embargo de acuerdo, y por lo tanto existe diversidad de criterio al respecto.

2.- Concepto de Donante.

Nuestro tema sobre trasplante de órganos ha sido materia de diversificación de criterios, y es menester apuntar que la cirugía ha alcanzado grandes progresos, por lo que nos permite en nuestra época ver los adelantos que antes se veían imposibles e irrealizables y que ahora existen posibilidades quirúrgicas con éxitos extraordinarios, pero que sin embargo falta mayor estudio al respecto, por lo que más adelante hablaremos de la urgencia de una reglamentación y en su caso de una legislación jurídica, ya que podrían cometerse delitos según el caso, que constituirían problemas para el médico. Pero antes, mencionaremos derechos y disposiciones de partes del cuerpo y también algunos puntos en relación con el donante y el receptor.

Al referirnos a la palabra donante, implica ciertamente que ha habido donación. En otras palabras es la traslación de propiedad de una cosa, es un derecho realizado y consumado.

“La palabra donación conforme a su etimología Doni-Datio, como liberalidad que una persona ejerce a favor de otra, desprendiéndose la primera, generosamente, de algo que es suyo”.

El derecho Civil define la donación en el artículo 2332 como: Un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente una cosa en favor de otra que la acepta (12)

En lo concerniente al primer concepto enunciado (muy semejante al del Código Civil del Distrito y Territorios Federales), el artículo 2332 del Distrito Federal expresa que:

“Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte a la totalidad de sus bienes presentes”, el Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba, no está de acuerdo en dicho concepto ya que dice: “Que falta precisión técnica, y que se ha dado en llamar donante o donador a la persona de quien proviene el órgano que se traspa a otra. Con alguna impropiedad, podría admitirse tal denominación en los trasplantes de órganos dobles, como los riñones, en la que se manifiesta su voluntad de que le saquen, uno para proporcionárselo a otra persona, o por que la figura jurídica de la donación se refiere a objetos dentro del comercio y ni el cuerpo ni ninguna de sus partes lo están; podría aceptarse por mediar una declaración de voluntad relevante y orientada a disminuir libremente los derechos el sujeto en beneficio de otro individuo. Pero esto no ocurre en los trasplantes de órganos únicos”. (13)

(12) *Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo IX, Ed. Bibliografía, Pág. 463.*

(13) *Rev. Mexicana, de Derecho Penal, Cuarta Epoca, no. 20, abril de 1987.*

El Doctor Rivacoba y Rivacoba, sugiere un concepto más comprensivo y menos comprometido, de cedente y cesión en lugar de donante y donación, ya que carece de liberalidad peculiar.

Opinamos, que una vez dada la definición por el Código Civil y el criterio del Doctor Rivacoba y Rivacoba, existen claras contradicciones al respecto, en el sentido de que nuestro Código Civil nos habla de donación, como disposición gratuita; sin embargo esto no nos sugiere el lucro como lo apunta el Doctor Rivacoba y Rivacoba, diciendo que la palabra donación es figura jurídica que se encuentra dentro del comercio, y por otra parte no sugiere que es preferible hablar de cesión por carecer de libertad peculiar.

Sobre esto, que la palabra cesión implica en sí un carácter lucrativo, a menos que se especifique que se trata de una cesión gratuita, mientras tanto la palabra donación, en sí se considera gratuita, es para nosotros una aceptación más clara y congruente. A mayor abundamiento la palabra cesión puede implicar una transmisión gratuita para conocer su naturaleza, a diferencia del término de donación que necesariamente debe ser a título gratuito.

Sin embargo, es materia de continuas polémicas puesto que unos opinan que debe ser gratuito y otros por el contrario que debe ser oneroso. No necesariamente debe ser gratuito, puesto que hemos observado que gente necesitada económicamente recurre a los bancos de sangre, considerándose que posteriormente su sangre servirá como transfusión que

implica un trasplante de líquidos. Todo esto con el fin de obtener dinero; por lo tanto se trata de un acto de comercio que alcanza fines especulativos.

De acuerdo con los anteriores conceptos sugerimos que se aceptara el término trasmittente trasmisionario en el cual teniendo un efecto ya sea gratuito u oneroso, podría especificarse por escrito y no se prestaría a confusión con los anteriores términos.

Ahora bien, ya que los conceptos surgidos con anterioridad no han sido aceptados, proponemos las denominaciones ya conocidas donante y receptor.

3.- Clases de Donante.

3.1.- Intervivos.

Dispone que únicamente podrá efectuarse el trasplante de uno de sus dos órganos pares o de materiales anatómicos cuya remoción no implique riesgos razonablemente previsible que pueda causar la muerte o incapacidad total y permanente del dador.

La persona tiene el derecho de disponer de las partes de su cuerpo, siempre y cuando no vaya en contra de las buenas costumbre, la moral, y el derecho. Esto significa que aún teniendo derecho de disponer, no

podrá donar partes esenciales para su existencia, puesto que afectaría la conservación de la humanidad, y aún más, de los familiares protegidos que quedarían desamparados.

El donante vivo dará su consentimiento libre y revocable, ya que de otra suerte se atentaría a la irrestricta libertad de la persona. Además el donante debe adquirir la responsabilidad personal ante sí mismo que le capacite para estar de acuerdo con plena libertad. Conforme a esta idea es importante las decisiones de hacer un preanálisis psicológico, pues no se aceptará de aquella persona que le afectara en su vida al extraerle un órgano.

La disposición que libremente una persona debe ser propia, más no podemos pensar que existen derechos de terceros para disponer de partes del cuerpo de una persona, a menos que será en el caso de una víctima de un accidente repentino y que se tenga que hacer con urgencia, intervención médico-quirúrgica, necesaria, para la salud, ya sea que proceda el médico profesionalmente o en su caso los familiares que se encuentren a disposición para resolver el problema.

Respecto de trasplantes entre vivos existen infinidad de ellos, ya sean líquidos como la sangre, el semen, o la leche, así como los órganos de páncreas, córneas y el más común o actualizado es el trasplante de riñones. En este último caso se requiere de familiares lo más cercano posible con el receptor de órganos pues existe el problema inmunológico es decir que debe haber compatibilidad de tejidos entre ambos para evitar un posible rechazo.

Por consecuencia se toma como donadores vivos, a los hijos a los padres o hermanos.

Ya hemos dicho que la palabra donación implica título gratuito; sin embargo existe la comercialización de los órganos como en el caso de “La señora Pretoria, el 22 de noviembre de 1968. Tenía tres riñones e hizo que le sustrajeran uno de ellos por la suma de cincuenta mil florines que habría de destinarse a la eliminación de la cicatriz, dado que con frecuencia vestía bikini”. (14)

En la actualidad existen infinidad de casos en que especulan y enajenan órganos por necesidades absolutamente primordiales para la vida; si no estamos de acuerdo con la comercialización de órganos, tenemos que poner remedio para la seguridad de la misma humanidad, pues si se permitiera el lucro, la gente abusaría de la integridad física, pues al faltarle lo indispensable, comercializaría con su persona.

Antonio Borell Macía nos dice: “Raros serán los casos, en los que una persona, con pleno juicio, proceda a mutilarse sin una causa suficiente, pero precisa examinar aquellos en los que puede darse o no esta razón suficiente. Y no existirá cuando se perciben finalidades de inferior categoría como, por ejemplo, castrarse para conservar la suavidad de la voz,

(14) *Paul SPORKEN; Op. Cit., pág. 357.*

lesionarse para percibir una renta simulando accidente de trabajo, o para dedicarse a la mendicidad pública". (15)

En la extracción de órganos hemos visto que se puede donar en vida, éste, pero también se puede hacer donación a su muerte.

3.2.- Mortis Causa.

Los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas fallecidas. En realidad, establece la obligación por parte de los servicios médicos, habilitados o no a los fines de la ley, de requerir, en caso de no existir disposición previa, al paciente la expresión de voluntad para el caso de fallecimiento.

La persona tiene el derecho de disponer partes de su cuerpo para después de su muerte, dando su consentimiento libre y revocable.

En este caso, se hacen posibles los trasplantes de órganos únicos, que son esenciales para la vida ya que son órganos irrenunciables, como el hígado, el corazón. En este último surgen infinidad de discrepancias, pues se cree que para extraer el corazón debe estar latiendo para hacer posible el trasplante; entonces se crea la interrogante si el supuesto donador ha muerto,

(15) *"La Persona Humana", derecho sobre su propio cuerpo vivo y muerto, derecho sobre cuerpo vivo y muerto de otros hombres.* Borsch, De. Urguez, Barcelona, 1990, pág. 45.

o se le esta quitando la vida, y si ha muerto ¿como es que se le debe extraer el corazón en condiciones activas?. Problema que más adelante abordaremos.

Por otra parte el donante muerto puede disponer de órganos no esenciales como en el caso del donante vivo.

“En relación con el trasplante de órganos, esto quiere decir que de una u otra forma ha de contarse con el consentimiento para la extracción de los mismos. Este consentimiento ha de ser emitido bien por el afectado, antes de su muerte, o bien por parte de sus familiares”. (16)

Como lo habíamos anotado respecto de donante vivo, también el consentimiento del donante muerto debe ser propio, más no deberá ser emitido por los familiares ni antes ni después de la muerte. No podemos admitir que existan derechos de terceros para dicha disposición, pues se daría una restricción al derecho y libertad de la persona.

En el caso del donante muerto, da su consentimiento por escrito, para después de su muerte, o una vez que éste se encuentra desahuciado, en un estado de agonía, donará el órgano requerido previo análisis para corroborar la normalidad de éste.

Pero también se necesita hablar del receptor de los trasplantes porque es una parte importante dentro del tema a tratar.

(16) Paul SPOKEN, *Op. cit.*, pág. 359.

El receptor es la persona que dispone libremente de su cuerpo para conservar la salud y su integridad.

El receptor da su consentimiento para ser intervenido quirúrgicamente con el objeto de trasplantarle el órgano requerido. Siempre se hará con el fin y objeto absolutamente curativo. Por otra parte a falta del consentimiento del enfermo o receptor o de sus familiares nos encontramos con decisión por parte del médico en caso de extrema urgencia. "Tal vez tengamos que avanzar un paso más y preguntarnos si se tiene sentido para este determinado enfermo el que prolonguemos su vida mediante un trasplante". (17)

El médico tiene el fin de proteger y conservar la salud del receptor, no tratará en ningún momento de dañar o experimentar, por lo que desaparece toda idea de responsabilidad legal. Sino por el contrario, el cirujano deberá tomar decisiones definitivas que le competen, tomando la medida necesaria basada en su diagnóstico al caso en particular.

Mencionamos la intervención de los familiares en cuanto al consentimiento en caso de extrema urgencia, pues se trata de la salud y de la vida que está peligrando, es decir la protección, la conservación del ser humano, caso contrario en cuanto al donador o abastecedor, pues no estamos de acuerdo en la intromisión de los familiares o en su caso de terceras personas pues sería una degradación originada por la falta de respeto hacia los demás.

(17) *Idem*, pág. 355.

Antes de la intervención quirúrgica, existe un gran problema que es la compatibilidad de tejidos del donador como del receptor para alcanzar las mayores probabilidades del éxito de los trasplantes. Debe existir la mayor igualdad genética. Para descartar el problema inmunológico, es de preferencia admitir como abastecedores a los familiares ya que son más afines a los receptores.

El problema de la histo-compatibilidad no sólo se refiere en el momento quirúrgico del trasplante para evitar un posible rechazo, sino que se acentúa en las factibles complicaciones que puedan surgir posteriormente, de tipo infeccioso o de otra naturaleza, que para evitarlo se someterán a tratamiento inmunodepresores.

Sobre la histo-compatibilidad de selección, serán médicos especializados quienes determinen la igualdad entre donador y receptor.

El receptor debe llenar los siguientes requisitos:

- 1.- "Sufrir padecimientos que no pueda tratarse efectivamente por medios distintos del trasplante".

- 2.- "No presentar otras enfermedades que interfieran con el éxito del injerto o que amenacen su propia vida en el futuro próximo; y preferentemente, no haber alcanzado la edad de 60 años".

3.- "Tener estado general capaz de tolerar el acto quirúrgico y los tratamientos inmuno-depresores".

"Los dos últimos requisitos tienden a obtener las mayores probabilidades de supervivencia para el receptor". (18)

En cuanto a los requisitos del donador se deberá distinguir entre el donante vivo y el cadáver.

Estos son:

1.- "Ser adulto sano, menor de 45 años, en pleno uso de sus facultades".

2.- "Tener dictamen favorable después de consulta psiquiátrica, en lo relativo a los aspectos psicológicos del trasplante".

3.- "Demostrar fisto-compatibilidad con el receptor en las pruebas correspondiente".

4.- "De preferencia, ser pariente en primer grado del receptor".

"Por añadidura, el riesgo de la intervención debe ser mínimo para el donador".

(18) *Dictamen emitido por la Academia Nacional de Medicina integrado por Doctores Isaac Costero, Bernardo Sépulveda, Manuel Quijano, Fernando Ortiz Monasterio y Félix Córdova. Biblioteca Criminalia, Op. cit. pág. 33 punto 2.2.*

En el caso de que el órgano se obtenga de cadáver, deben exigirse las condiciones expresadas a continuación:

a.- "Sujeto menor de 45 años, que no sufrió agonía prolongada, ni cáncer con riesgo de metástasis al órgano utilizado; y que tampoco presentó infecciones graves u otros padecimientos que pudieran afectar al receptor o comprometer el éxito del que pudieran afectar al receptor o comprometer el éxito del trasplante. Así mismo, las pruebas de compatibilidad deben ser favorables".

b.- "Certificación de la muerte por tres especialistas independientemente del grupo de trasplante. Es necesario que en el grupo de trasplante que certifica la muerte figuren un neurólogo, experto en electroencefalograma y un cardiólogo". (19)

Se dejará constancia de la expresión en un documento exclusivamente destinado al efecto, suscrito por el profesional autorizado, el paciente o el familiar autorizante en su caso y por dos testigos hábiles no pertenecientes al equipo. En el caso de efectuarse el requerimiento al paciente, es lógico el efecto psíquico que puede tener, que inclusive puede influir en desmedro del éxito del tratamiento o intervención determinantes de su internación. Recuérdese la advertencia de Bacon en donde nos dice que los hombres temen a su muerte como los niños a la obscuridad.

(19) *Idem. pág. 34.*

4.- Consentimiento del Donador y Receptor.

El consentimiento del paciente es parte esencial para la autorización de tratamientos médicos relativos a la cirugía aunque ésta tenga las características de lesión, si existe consentimiento sea por razones de salud y humanidad, supera los ordenamientos jurídicos. El médico se encuentra en absoluta libertad de su profesión y no podrá ser privado del ejercicio de su trabajo si no es por resolución judicial, así lo dice el artículo 4° y 5°, Constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales y en Materia Civil.

Apunta Pierre Bouzat, refiriéndose a los profesionistas de la medicina sin control del Estado: “Una mejor justificación consistente en decir que el cirujano no puede ser castigado porque obra en virtud de su diploma de doctor que lo autoriza y obliga a hacer todo lo que conviene para curar las enfermedades”.

En relación a esta circunstancia se nos presenta una idea general, al hablamos de justificaciones, cuando en ocasiones por falta de control adecuado de las instituciones relacionadas con sanidad, no saben los médicos no tienen idea de las funciones que realizan o que por descuidos clínicos, falta de absoluta seriedad o ineptos en la materia, finalizan con desenlaces fatales. Pero que en países como el nuestro, y específicamente en lo que se requiere autorización para el ejercicio de la medicina, de trasplantes

de glándulas, órganos y transfusiones, etc., con mayor razón sería correcto hablar del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Queremos anotar que además del cumplimiento o de un deber o ejercicio de un derecho, opera algunas veces el estado de necesidad, el cual siempre aplicado en la más amplia protección en cuanto a urgencias extremas como único medio de salvar la vida, actúa evidentemente sin requerirse la existencia del consentimiento, tomando en consideración que el paciente está en peligro de muerte y que la intervención quirúrgica si fracasó, sea una conducta lícita; en otras palabras el bien salvado es la vida, es bien jurídicamente protegido de mayor valor que el bien dañado o sea la lesión, parte de la intervención. Este es de menor entidad que el bien salvado, como nos lo menciona el maestro Vela Treviño: “La causa de inexistencia del delito en estas conductas típicas la ubicación en el estado de necesidad en los menos de ellos. El ejercicio de un derecho sólo opera cuando coincida con el principio de la valuación de los bienes jurídicamente tutelados”. (20)

Por otra parte el criterio anterior se basa en más de las veces en justificaciones y causas de licitud, sin contar que pueden derivarse conductas punibles debido a dolo o culpa cuando el médico incurre en responsabilidad profesional, pudiendo realizar el delito de homicidio o lesionar.

(20) *Sergio Vela Treviño. “Antijuricidad y Justificación”, De. Porrua. Quinta Edición, 1976, pág. 229.*

Una vez expuesto lo anterior, comentaremos sobre las causas de licitud respecto de las actividades médicas, como cualquier oficio desempeñando sus respectivos cargos. Así como se tienen los derechos y deberes que puedan ejercitar los abogados, vigilantes, policías, médicos, etc.

Ahora bien el consentimiento expreso del donante puede suplirse, en el orden de parentesco que se establezca pero esta disposición no resulta concordante con el Derecho Civil.

Por otra parte debo ratificar la oposición formulada en la *lege ferenda* en donde se especifica que no podía validarse un consentimiento para trasplantes en los cuales se acuda a la extracción de órganos vitales de personas cuya muerte no sea real o ineludible. Vaya ahora esta conclusión como crítica a la ley. Mi oposición al consentimiento se basa en la vocación que se le da al familiar o pariente de no autorizar el trasplante si bien en el carácter indisponible del bien jurídico de la vida.

CAPITULO TERCERO

Consideraciones Jurídicas Respecto al Trasplante de Organos.

- 1.- Comentario al Código Sanitario.**
- 2.- Comentario a la Ley General de Salud.**
- 3.- Análisis del Reglamento de la Ley General de
Salud en Materia de Control Sanitario de la
Disposición de Organos, tejidos y Cadáveres
de Seres Humanos.**

CAPITULO TERCERO

Consideraciones Jurídicas Respecto al Trasplante de Organos.

Antes de entrar en materia de este capítulo diremos que es imperioso afirmar el principio de la libre crítica científica. El Código Civil y el Código Penal, leyes esenciales de la Nación, han sido objeto de análisis, interpretación y crítica, y nadie ha pensado en ello como un alzamiento contra estas leyes. Lo mismo ocurre que se les considere a las leyes antes mencionadas como un dogma, puesto que no lo es, ni tiene jerarquía superior a las demás. Sólo se superpone a todas la Constitución Nacional. Sería llevar al extremo la teoría de la equivalencia de las condiciones a considerar la oposición jurídica y médica a la ley, como puede ser la causa de muerte de receptores expectantes, por el influjo de tal oposición sobre el ánimo de posibles donantes o por dificultades que puedan presentarse para la realización de trasplantes.

I.- Comentario al Código Sanitario.

Por otra parte el Código Sanitario en su título décimo trata de la disposición de órganos y tejidos de cadáveres de seres humanos no dejando muy claro si pretende regular el trasplante entre vivos o únicamente el aprovechamiento de partes de los cadáveres de seres humanos no dejando muy claro si pretende regular el trasplante entre vivos o únicamente el aprovechamiento de partes de los cadáveres, por lo que es pertinente hacer un breve comentario al título referido, puesto que aún cuando ya vemos la

intención del legislador de regular los trasplantes no toca el problema de fondo, y mucho menos sanciona las transgresiones a las normas establecidas en el Código Sanitario. (21)

Entre las facultades del Congreso de la Unión está la de legislar sobre salubridad general en materia Federal de la República.

De acuerdo con esta facultad del Congreso de la Unión del Poder Ejecutivo Federal, del Consejo de Salubridad y la Secretaría con este mismo nombre, se expidieron normas generales y su ejecución en materia de salubridad general del país. Este conjunto de normas recibió el nombre de Código Sanitario que es aplicable con carácter Federal en toda la República.

El Código Sanitario en el capítulo que nos ocupa procura no tocar de modo alguno reglas sobre el trasplante de órganos, concretándose a dar ideas generales, tales como que es atribución de la Secretaría de Salubridad y Asistencia establecer normas para la obtención de tejidos de seres humanos vivos o cadáveres con fines terapéuticos, de investigación y docentes.

Respecto de la atribución concedida a la Secretaría de Salubridad y Asistencia no se ha emitido ninguna ley que regule estrictamente los trasplantes de órganos, cabiendo la interrogación de si se llegara al día en

(21) Código Sanitario Vigente, Editorial Porrúa, 1996, pág. 203.

que se pueda contar con ese tipo de legislación pues el Código Sanitario fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de marzo de 1973, o sea hace más de 25 años sin que se haya utilizado la facultad de que goza la Secretaría antes señalada para regular tan importante capítulo.

Muy a pesar nuestro, tenemos que admitir que el ejecutivo ha sido negligente pues a pesar de que el propio Código Sanitario establece en su artículo 197, que la obtención, conservación, etc., de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres, sólo podrán hacerse en instituciones especializadas para ello, no se ha dado a conocer una lista de cuales instituciones son las autorizadas, provocando esto una situación de desconcierto, ya que cualquier sanatorio por elemental que éste sea se adjudica la atribución de operar en trasplantes de tejidos, órganos, etc., poniendo en peligro la vida de sus pacientes además de incurrir en serias transgresiones, como son la rapiña de órganos y la profanación de cadáveres, realizados con fines de trasplante sin que queden impunes por carecer de una legislación adecuada.(22)

Por otra parte, el propio Código Sanitario exige que para la realización de un trasplante se pueda asegurar un resultado satisfactorio, y que únicamente representa un riesgo aceptable para la salud y la vida de quienes den y reciban; ante una exigencia como ésta será normal que la propia ley preceptuará su exacto cumplimiento; de lo contrario es prácticamente imposible hacer valer lo primero en ausencia de lo segundo.

(22) *Idem. pág. 215.*

De lo anterior se desprende que se hace ya indispensable una legislación adecuada, ya sea de la ley independiente, o ley reglamentaria del título décimo del Código Sanitario.(23)

El propio ordenamiento establece la preferencia de utilizar órganos, tejidos, etc., de cadáveres, respecto de seres vivos, sin excluir la posibilidad de trasplantes entre vivos.

El Código Sanitario, en su artículo 200 prohíbe la perpetración de homicidios, so pretexto de trasplantes de órganos, vitales, únicos, no regenerables; en otras palabras no se acepta el trasplante de órganos único vital de un ser humano vivo a otro ser vivo, impidiendo tajantemente la posibilidad de esta circunstancia pero lamentablemente no se sanciona esta transgresión por el Código Sanitario; es necesario recurrir al Código Penal, a los capítulos de homicidio y de responsabilidad médica para sancionar esta conducta, por lo que una vez más insistimos en una legislación adecuada que imponga una penalidad adicional a las lesiones, al homicidio y a la profanación de cadáveres, sin que medie la autorización correspondiente, en los casos en que dicha autorización pueda ser legalmente otorgada.(24)

Más adelante el propio Código establece que donante y receptor deberán ser seleccionados de acuerdo con los términos que fije la Secretaría de Salud; términos que se desconocen porque no han sido fijados aún; así

(23) *Idem. pág. 215.*

(24) *Idem. pág. 216.*

continúa el propio ordenamiento imponiéndole la formalidad de que la donación que debe hacerse por escrito y en forma revocable, lo que en obvio de repeticiones referimos a otro. Por otra parte impone limitaciones a los incapaces mentales, personas privadas de conciencia, mujeres en estado de embarazo y menores de edad.

Por otro lado el Código Sanitario establece que para que puedan obtenerse órganos y tejidos de cadáveres de seres humanos con propósito de trasplante deberá contarse con certificado de muerte de la persona de que se trate.

El Código Sanitario requiere certificado de defunción expedido por dos profesionales distintos de los que intervengan en un trasplante para que puedan obtenerse los órganos o tejidos del cuerpo de que se trate.

Más adelante el Código Sanitario establece que para la utilización de cadáveres de seres humanos o de parte de ellos con fines de trasplante, de investigación, docencia o para autopsias no ordenadas por el Ministerio Público, o por Autoridad Judicial, se requiere del permiso del sujeto en vida o en su defecto del familiar más cercano, una vez más la intención del legislador es buena, pero toda norma sin sanción resulta incompleta por lo que insistimos en lo dicho anteriormente.

En la parte final del artículo 209 se dice textualmente lo siguiente: "En los casos en que esté legalmente indicada la autopsia no se

requiere dicho permiso para fines de trasplante".(25) Cabe observar que el legislador le está atribuyendo al Ministerio Público o a la Autoridad Judicial la facultad de disponer de los cadáveres y de los órganos que componen estos, sin que medie razón jurídica bastante para esta circunstancia pues siguiendo nuestro propio criterio en el que atribuimos una diferente naturaleza jurídica a los cadáveres y a los órganos, una vez que se separan de estos, es admisible que para fines de investigación las autoridades antes señaladas están facultadas para indicar la realización de autopsias o cualquier otro método de investigación adecuado, pero por ningún motivo debería eximirse a dichas autoridades de autorización para el aprovechamiento de órganos, tejidos con fines de trasplante de cadáveres a los que se ordenó se practicara autopsia en ellos. Con los adelantos de la ciencia los órganos de los cadáveres pueden llegar a valer fortunas y ante la circunstancia prevista por la ley, el aprovechamiento de esos órganos podría quedar en beneficio no sólo del receptor sino del bolsillo de quien indicó la práctica de la autopsia.

La intención del legislador al tratar los trasplantes de órganos es clara pero incompleta. Tal vez se deba a que no considera los trasplantes como un hecho inminente en México, pero no queriendo quedar atrás frente a las legislaciones de los demás países, abarca el tema en forma por demás superficial, a demás con el gravísimo error de no imponer sanción alguna al transgresor de las disposiciones de dicho, y como si esto fuera poco, no se ha dignado la Secretaría correspondiente a emitir la lista de instrucciones, así como de profesionistas, que deban estar autorizados por los efectos

(25) *Idem.* pág. 219.

de trasplantes, por lo que el criterio del legislador, al abarcar este tema, pierde su efectividad al dejarlo inconcluso y no determinar ni siquiera en forma enunciativa el tipo de nosocomio y de profesional, que quede autorizado para verificar los trasplantes.

2.- Comentario a la Ley General de Salud.

El 3 de febrero de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación en la cual definirá las bases y modalidades para el acceso de los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

El 26 de diciembre de 1983 el Congreso de la Unión aprobó la Ley General de Salud en donde la mencionada ley se definieron, en cumplimiento del mandato constitucional, las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud; la integración, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Salud, así como la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

El Sistema Nacional de Salud ha sido concedido y definido como la cual los sectores público social y privado deberán corresponsabilizarse en el efectivo cumplimiento del derecho a la protección de la salud, a través de mecanismos de coordinación y concertación de acciones, así como de racionalización de los recursos al efecto disponible.

La distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, representa un vigoroso avance hacia la descentralización de los servicios de salud y fortalece al Estado federal mexicano.

El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, como una de las materias de salubridad general, compete, de acuerdo con la Ley General de Salud, a la Secretaría de Salud, por lo que es necesario que esta dependencia cuente con los instrumentos legales y reglamentarios suficientes para ejercer eficazmente sus atribuciones.

Los avances científicos han logrado que los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos, representen un medio terapéutico, a veces único, para conservar la vida y la salud de las personas, por cual la Ley General de Salud estableció, en su título décimo cuarto, (26) las bases legales conforme a las cuales deberá realizarse el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, y En ejercicio de la facultad que el Ejecutivo Federal confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para proveer, en la esfera administrativa, a la exacta observancia de la ley, se expidió el reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

(26) Ley General de Salud, Editorial Porrúa, 1996, pág. 63.

3.- Análisis del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Que en las disposiciones generales nos explica que tiene por objeto proveer, en la esfera administrativa, al cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos con fines terapéuticos de investigación y de docencia. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

La aplicación de este reglamento compete a la Secretaría . los gobiernos de las entidades federativas, en los términos de los acuerdos de coordinación que suscriban con dicha dependencia, podrán participar en la prestación de los servicios a que el mismo se refiere.

Para los efectos de este reglamento, se entiende por: Disponible; Quien autorice, de acuerdo con la ley y este reglamento la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres, Disposición de órganos, tejidos y cadáveres y sus productos; El conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos.

Corresponde a la Secretaría controlar, programar y evaluar las actividades a que se refieren este reglamento, dentro del marco del Sistema

Nacional de Salud teniendo en consideración que en caso de conflicto entre los interés individuales y los de la sociedad, prevalecerán los de esta, en los términos de esta, en los términos de ley y del presente ordenamiento.

En los términos de esta ley y de este reglamento, los disponentes pueden ser originarios y secundarios. En los originarios la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo. El disponente originario podrá en cualquier tiempo revocar el consentimiento que haya otorgado para fines de disposición haya otorgado para fines de sus órganos, tejidos sin que exista responsabilidad de su parte.

El disponente secundario podrá otorgar su consentimiento para la disposición de los órganos así como de productos del disponente originario, en los términos de esta ley y reglamento.

Tratándose de trasplante entre vivos, el disponente originario del que se tomen órganos y tejidos deberá: Tener más de dieciocho años y menos de sesenta, contar con dictamen médico actualizado, tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas, haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano y haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante notario.

El Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos o productos de los cadáveres de personas conocidas o que hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición.

La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito. Se prohíbe el comercio de órganos y tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.

El documento en el que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines de trasplante deberá contener: Nombre completo del disponente originario, domicilio, edad, sexo, estado civil, ocupación nombre y dirección del cónyuge, si fuera soltero el nombre y dirección de los padres, el señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito consiste en la disposición del órgano, identificación clara y precisa del órgano, nombre del receptor del órgano, nombre y firma de los testigos cuando se trate de documento privado, lugar y fecha en donde se emite y firma y huella del disponente. (27)

El receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes:
Tener un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio de trasplante, no presentar otras enfermedades que predeciblemente interfiera en

(27) Reglamento de la Ley de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos de Seres Humanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación. 1985. pág. 476.

el éxito del trasplante, tener un estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante, haber expresado su voluntad por escrito, ser compatible con el disponente originario. (28)

Sobre las autorizaciones nos indica que la Secretaría de Salud expedirá, previo el cumplimiento de los requisitos correspondientes, las licencias, permisos y tarjetas de control sanitarios. Requieren de licencia sanitaria: Los establecimientos médicos públicos, sociales y privados que realicen los trasplantes. Los bancos de órganos y tejidos, los servicios de transfusión, los establecimientos dedicados a la obtención, manejo y suministro de productos del cuerpo humano, las instituciones educativas que dispongan de cadáveres para fines de investigación o docencia y los vehículos que se utilicen para el traslado de cadáveres o sus partes. (29)

Las licencias sanitarias a que se refiere este reglamento se otorgarán por un tiempo de dos años y su vigencia se iniciará a partir de la fecha de su expedición.

La Secretaría de Salud podrá exigir tarjeta de control sanitaria a las personas que realicen o que intervengan en alguno de los actos de disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos o cadáveres cuando exista riesgo de que se prolongue alguna enfermedad. Los permisos a que se refiere este reglamento podrán ser revisados por la Secretaría en cualquier momento.

(28) Idem, pág. 477.

(29) Idem, pág. 479.

La Secretaría de Salud podrá revocar las autorizaciones que conforme a este reglamento hubiere otorgado en los siguientes casos: Cuando por causas supervenientes, se compruebe las actividades que constituyan un riesgo o daños a la salud, cuando el ejercicio de la actividad exceda los límites fijados en la autorización, cuando se de un uso distinto al autorizado, por incumplimiento grave a las disposiciones de ley, por reiterada renuncia a acatar las órdenes que dicte la Secretaría en los términos de ley, Cuando resulten falsos los datos o documentos proporcionados por el interesado, cuando el interesado no se ajuste a los términos, condiciones o requisitos bajo los cuales se le haya otorgado la autorización, cuando las personas, transportes, objetos o productor dejen de reunir las condiciones bajo las cuales se les haya otorgado, cuando lo solicite el interesado y en los demás casos que determine la Secretaría. (30)

Corresponde a la propia Secretaría la vigilancia del cumplimiento de este reglamento y demás disposiciones que se dicten. Durante la inspección y para el caso de que la Secretaría lo estime necesario, se podrán obtener muestras-testigo de los órganos, tejidos y productos a que se refiere ese reglamento.

La aplicación de medidas de seguridad en materia de disposición de órganos se sujetará a lo que dice la Secretaría y que son: La suspensión de trabajos y servicios, el aseguramiento y destrucción de objetos, productos y

(30) Idem, pág. 482.

sustancias, la prohibición de índole sanitaria que pueden evitar que causen o continúen causando riesgos o daños a la salud.

Las violaciones a las disposiciones de este reglamento serán sancionadas administrativamente por la Secretaría, sin perjuicio de las penas que corresponden cuando sean constitutivas de delitos. Los procedimientos para la aplicación de las medidas de seguridad y sanciones se ajustarán a lo establecido en la ley. Contra actos y resoluciones de la Secretaría de Salud, que con motivo de la aplicación de este reglamento, den fin a una instancia o resuelvan un expediente, los interesados podrán interponer el recurso de inconformidad y su tramitación. (31)

(31) Idem, pág. 491.

CAPITULO CUARTO

La Necesidad de una Reglamentación en Materia Civil para el Distrito Federal del Trasplante de Organos.

1.- Problemática Actual del Trasplante de Organos.

1.1.- Voluntad del Donador y Terceras Personas.

1.2.- La Falta de Reglamentación en la Voluntad del Donador.

1.3.- El Tráfico Indiscriminado de Organos.

2.- El Trasplante de Organos como Institución de Interés Social o Público.

3.- La Necesidad de la Inmesa Población de Candidatos a un Trasplante.

4.- El Contrato como Expresión de Voluntad del Donador en Vida a la Mayoría de Edad como Solución a la Problemática.

CAPITULO CUARTO

La Necesidad de una Reglamentación en Materia Civil para el Distrito Federal del Trasplante de Organos.

1.- Problemática Actual del Trasplante de Organos.

Los derechos de la personalidad presentan rasgos particulares como:

Los problemas que se encuentran en los derechos “originarios” o “innatos” en cuanto a que nacen conjuntamente con la persona, sin necesidad del concurso de medios legales de adquisición. Como consecuencia surgen facultades del sujeto, que no pueden faltar en ningún instante de la vida, y son derechos inescindibles de la persona. Se trata, por lo tanto, de derechos necesarios. Se tienen fatalmente porque nacen con la persona y de por vida la acompañan. La no patrimonialidad de los derechos de la personalidad humana indica que los mismos no se traducen en valores pecuniarios y que no integran la noción de patrimonio, todo ello sin perjuicio de que su violación de lugar a consecuencias o indemnizaciones económicas. Son derechos absolutos, ya que se tienen contra todos y los demás están obligados a respetarlos, imponiéndose un deber general de abstención. (32)

(32) Tello Flores, Francisco Javier; "Medicina Forense", Editorial Avila. 1991. pág. 334

Establecido que son innatos, vitalicios y necesarios se deslizan otros menos radicales, pero también ubicadores. Indicándose como consecuencia inmediata la de indisponibilidad de estos derechos.

Esto no impide reconocer que en cierto sector de ellos admite una disponibilidad limitada, relacionada con el legítimo ejercicio de tales derechos, como ocurre en los actos de disposición del propio cuerpo o del cadáver.

El progreso y el avance de la civilización, conjuntamente con la necesidad de proteger a la persona frente al Estado y sus posibles excesos, aconsejan dejar abierto el camino para el advenimiento de nuevos derechos de la personalidad que garantizarán al individuo el goce integral de sus facultades.

También es importante mencionar la clasificación de los derechos de la personalidad pueden dividirse en corporales o incorpales que es lo que provoca un problema puesto que según que objeto afecte a la persona física como el derecho a la vida o a la integridad corporal o a las notas psíquicas, a la imagen. Esto nos dará que se le llame el sector físico de la personalidad en donde incluye el derecho de la vida, la integridad física, disposición del cuerpo y derecho al cadáver.

1.1.- Voluntad del Donador y Terceras Personas.

El derecho debe ajustarse a la realidad de los hechos humanos que le sirven de fundamento y a cuya regulación tiende, realidad que nos demuestra que el hombre dispone a diario de su cuerpo.

Porque no sólo dispone de sus fuerzas espirituales y creadoras en la constante búsqueda de su desarrollo integral, sino que también tiene facultad o posibilidad de libre determinación sobre una serie de actos que convergen hacia su esfera corpórea.

La disposición del propio cuerpo tiene en nuestros días proyecciones muy vastas; la problemática ha ido pasando del puro ámbito especulativo a una práctica concreta, en la que se hace necesaria la intervención de la norma jurídica. Ello es así puesto que la simple situación fáctica, indiferente al derecho en una primera época, adquiere relevancia jurídica cuando la comunidad le adjudica trascendencia social.

En el marco de estas facultades dispositivas, encontramos actos que revisten distintos matices e gravedad. Desde la comercialización de los cabellos, la donación de sangre para transfusiones, pasando por la asunción de riesgos en actividades deportivas y laborales, hasta llegar a los supuestos más comprometidos de los trasplantes de órganos y la experimentación científica en seres humanos, que hoy en día ocupa una gran trascendencia.

La naturaleza de las facultades que ostenta la persona en el área de la disponibilidad corpórea, es una cuestión muy debatida hoy en día.

Ya anteriormente se había referido al cuerpo humano que el derecho sobre la propia persona se entendía que así como el orden jurídico al conceder un derecho real declara que la voluntad de su titular es decisiva para la cosa, así la misma voluntad es decisiva con relación a la propia persona. También se ha atribuido el reconocimiento de un derecho sobre el propio cuerpo a partir de la distribución que se realizara entre pertenencia y propiedad.

Este razonamiento se explica al afirmar que ciertas cosas pueden pertenecer a la persona, sin someterse a los principios que rigen la propiedad. Este concepto genérico de pertenencia se va descartando en nuestros días y suplantándose por nuevas concepciones.

El auténtico señorío de la voluntad, referido al orden corpóreo, se configura como un verdadero derecho de la personalidad que permite al hombre ejercer facultades específicas y disponer, dentro de los límites legales, de su cuerpo.

El sector físico de los derechos de la personalidad, partiendo del presupuesto primario del derecho a la vida considera la integridad física y luego el llamado derecho a la disposición del propio cuerpo. Planteándose la problemática corporal en los siguientes aspectos:

1.- La protección del cuerpo humano contra atentados procedentes de terceras personas, tutela que se brinda a través del derecho a la integridad física, y

2.- La protección del cuerpo humano al poder de disposición del propio individuo, mediante el derecho a la disposición del propio cuerpo. (33)

Entonces se puede decir, que un derecho a la disposición del propio cuerpo, por la amplia gama de situaciones en la que se proyecta, debe ser receptado expresamente en el cuadro de los derechos de la personalidad. El reconocimiento de este derecho habrá de condicionarse, pues una conveniente facultad de disposición al respecto, exige señalar cuales son los límites dentro de los que aquella disponibilidad corporal puede legítimamente ejercitarse. (34)

La disponibilidad corporal o la misma voluntad nunca puede tener por objeto la cesión total del cuerpo de la persona comprende en sentido estricto, aquella innegable facultad del hombre de desarrollarse en el aspecto somático con un sentido constructivo de su personalidad.

Pero lo importante de este tema, es analizar aquellas decisiones del sujeto que entraña una alteración de su estructura corpórea y que son las

(33) Gelfand Le. "Modern Concepts of Property in Deadbody". Legal Medicine Annual. 1979. pág. 253.

(34) Tello Flores, Francisco Javier; "Medicina Forense", Editorial Avila. 1991. pág. 339.

que, en sentido estricto, corresponde tratar al tema del derecho a la disposición del propio cuerpo, Por eso para disolver esta temática nos adentramos al problema de las intervenciones quirúrgicas lasa que deben dividirse en dos categorías:

a).- La que comprende las intervenciones dirigidas a una mejora de la salud del sujeto, y

b).- Las intervenciones extrañas al interés del sujeto y autorizadas por éste en favor de terceros o de la ciencia.

En donde se puede considerar algunas determinaciones que la voluntad de la persona puede tener.

En su propio beneficio, con miras a la recuperación o mejoramiento de su salud y equilibrio psicofísico; el tema se relaciona tradicionalmente con las intervenciones quirúrgicas en la que la persona, ejercitando el derecho que asiste a tomar decisiones respecto a su cuerpo, autoriza lesiones a su integridad física. Este contexto no es criticado porque cuyo fin es la recuperación de la salud. (35) Cuando la intervención tiene finalidades estéticas y procura el perfeccionamiento físico del sujeto, estamos en presencia de las llamadas cirugías estéticas o artísticas. Este tipo de operaciones, que originalmente fue cuestionada por la carencia de finalidades

(35) Gelfand Le. "Modern Concepts of Property in Deadbody". *Legal Medicine Annual*, 1979. pág. 260.

terapéutica, debe distinguirse de la llamada cirugía plástica que si procura, en una relación de género a especie, la reparación o reconstrucción de algún aspecto de la persona frente a defectos congénitos o sobrevenientes.

En beneficio de terceras personas determinadas, permitiendo la utilización de órganos materiales anatómicos de su cuerpo con fines de implantes en otras personas; este tema supone lo relativo a los trasplantes de órganos con fines de implante. En consecuencia para que esta transferencia sea positiva, el presunto donante deberá ejercitar el derecho que le asiste para disponer, en este caso, de una parte de su cuerpo.

En los supuestos de consentir y ser sometida a una experimentación científica de naturaleza terapéutica, el avance de la ciencia y la técnica médica se cimienta en la experimentación científica, que de una manera u otra alcanza al ser humano.

Los principios básicos que rigen las experimentaciones en seres humanos como último estadio de las experiencias científicas, consignados en las declaraciones internacionales y receptado en numerosas legislaciones particulares, fijan los límites a la disponibilidad corporal en estos casos. Estos están dados por la relación entre el riesgo corrido y el beneficio esperado y no debe existir un riesgo grave para la salud del sujeto pasivo de la experiencia.

No se debe, además afectar la integridad psicosomática de la persona sometida a la investigación y es imprescindible el consentimiento informado de la persona, esto deberá ser una persona capaz cuando se trate de

investigación puramente científica. En cambio, puede recurrirse al consentimiento de los representantes legales en los supuestos de investigaciones terapéuticas o combinadas con atención profesional.

La experimentación científica es una temática que, al relacionarse con principios esenciales de la personalidad, exige también la formulación, de una norma general que, al regular los actos de disposición del propio cuerpo, proteja al propio individuo del uso abusivo de sus facultades dispositivas corporales, sin detener el avance de la ciencia, en aras de la sociedad o el bienestar general. (36)

1.2.- La Falta de Reglamentación en la Voluntad del Donador.

Sobre la materia se ha legislado, con diverso alcance, en Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Checoslovaquia, Italia, Japón, Siria, Gran Bretaña, Israel, Estados Unidos, Luxemburgo, España, Hungría, Suiza, Suecia, Sudáfrica, Brasil, Perú, Venezuela y Uruguay. Algunas de estas legislaciones, se refieren específicamente a los trasplantes de córnea. La mayoría de las leyes mencionadas enfocan el problema en su amplitud, como lo hace, precisamente, la ley Argentina y como debiera hacerse en la Mexicana.

En México, cuenta hoy en día con los medios suficientes para

(36) Tello Flores, Francisco Javier; "Medicina Forense", Editorial Avila. 1991. pág. 340

realizar todo tipo de trasplantes, ya que su infraestructura está altamente desarrollada; tal es el caso, en que se pueden afectar al doble de trasplantes que se llevan a cabo en nuestro país, puesto que representa un paso muy importante el hecho de contar con los medios materiales y científicos para cubrir cualquier intervención quirúrgica de esta índole. (37)

Uno de los principales beneficios que trae consigo esta ciencia, es que el individuo es reincorporado a su esfera social, a su familia y a su propio entorno, con una calidad de vida mucho mejor a la que tenía antes de que recibiera un trasplante; porque se vuelven personas capaces para realizar cualquier tipo de actividad y renace su propia independencia.

Otro caso que se ha demostrado es que la calidad de vida de los trasplantes es superior a la de los pacientes de diálisis.

Uno de los principales obstáculos por lo que no se lleva a cabo un mayor número de trasplantes, es debido a la falta de órganos, puesto que no se encuentra con un gran número de disponentes originarios, para satisfacer esta necesidad; otras de las causas es que existe un fuerte grado de desinformación o bien de información incompleta o falsa. Aunque últimamente las campañas para la disposición de órganos son más difundidas, falta mucho por hacer a este respecto, ya que se requiere intensificar aún más

(37) Porte Petit, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Editorial Jurídica Mexicana. 1988. pág. 340.

intensificar aún más la promoción a través de los medios masivos de comunicación. (38)

A pesar de los increíbles adelantos alcanzados en esta materia, el rechazo supone el problema principal de cualquier trasplante de órganos. Más del 50% de los pacientes trasplantados experimentan durante el primer mes después de la operación al menos un episodio de rechazo, el nuevo órgano o tejido es peligrosamente aislado por nuestras defensas, llegando incluso a matarlo.

1.3.- El Tráfico Indiscriminado de Organos.

La técnica empleada en la realización de los trasplantes de órganos, hace tiempo que ha dejado el laboratorio de investigación biomédica para incorporarse plenamente a la práctica médica contemporánea. Han sido ya, opciones sumadas a las que el médico cuenta en su afán de buscar alivio al dolor, la enfermedad e incluso a la muerte.

En nuestro país, este proceso ha requerido la adopción de tecnología extranjera en la consecución de un trasplante; pero la necesidad más la natural, se ha agregado un componente personal, humano. Hemos aprendido con experiencias externas las técnicas, pero también hemos aportado nuestra propia particularidad.

(38) Tello Flores, Francisco Javier; "Medicina Forense", Editorial Avila. 1991. pág. 342

En la actualidad, se presenta un serio problema que tanto pacientes como médicos, implicados en esta necesidad de vida, se enfrentan a la carencia de órganos, a falta de autorización de los familiares y de cooperación del personal de salud legal que se ve comprendido en la toma de decisiones, necesarias para poder realizar el trasplante de órganos; significando todo esto, las principales barreras que se había señalado. Por eso el objeto de este capítulo es de vital importancia, dado que es necesario involucramos más al tema, adoptando así un poco más de conciencia sobre los beneficios que trae consigo los trasplantes de órganos, ya que un factor de suma importancia lo constituyen los órganos y tejidos humanos, sin los cuales no sería posible la realización de este tipo de intervención quirúrgica. Para que los órganos se obtengan, es necesario contar con el consentimiento de la persona, pero en muchos de los casos no es conseguida, porque la idiosincrasia del mexicano actualmente todavía está muy arraigada. (39)

2.- El Trasplante de Organos como Institución de Interés Social o Público.

Con el conocimiento de los complejos mecanismos que regulan nuestro organismo, la frontera con lo desconocido se reduce casi a diario. Cada vez son más numerosas las piezas que se pueden sustituir en un ser humano sin que este pierda su individualidad, ya que nadie deja de ser quien es, por el simple hecho de recibir un corazón diferente del que tenía en el

(39) *Idem*, pág. 345.

momento de nacer, ni pierde su identidad por llevar un injerto de piel, unas córneas o un riñón que no le pertenecen.

Los trasplantes se encuentran dentro de la categoría de cirugías delicadas, pues para llevarlos a cabo es de vital importancia tomar en cuenta las características del receptor y las del donante, de lo contrario existe una alta incidencia de fracaso.

Los trasplantes de órganos puede ser de institución pública como social pero es muy complicado, debido a la carencia de órganos, por eso se propone el injerto que sólo aquellas células que son vitales para la supervivencia del paciente. Sus aplicaciones son diversas como en la cura del mal de Parkinson. También hoy es posible distinguir uno del otro o sea de lo público y lo social, como veremos ahora. En nuestra historia se han confundido los derechos públicos del hombre y los derechos de la personalidad no obstante son conceptos distintos.

Los derechos públicos del hombre son los derechos que tiene el individuo frente al poder público, frente al Estado, el cual debe respetar dichos derechos en su dimensión política con el objeto de preservar el orden público y buscar el bien común. En cambio, los derechos de la personalidad son aquellos que pretenden la protección de determinados bienes, cualidades, de la persona humana frente a los demás particulares. (40)

(40) Maggione, Giuseppe. "Derecho Penal". Editorial Termis, Colombia. 1990. pág. 172.

Al hacer la distinción anterior tocamos un punto sumamente discutido en la doctrina, que es la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad. Se debe establecer si realmente existe un derecho que pueda ejercitarse sobre la propia persona, es decir, un derechos que tenga por objeto a si mismo.

Posteriormente se llega a la conclusión de que no era materia jurídica la relación que existe entre el hombre y su propia vida o con su propio cuerpo, ya que no podría hablarse de relaciones jurídicas consigo mismo.

Otra posición al respecto establece que los derechos de la personalidad no son derechos sobre la propia personalidad sino sencillamente derechos a la inviolabilidad de la persona en sus diversas manifestaciones, el derecho a no ser turbado, perturbado o lesionado por los demás. (41)

3.- La Necesidad de la Inmensa Población de Candidatos a un Trasplante.

Los trasplantes de órganos como toda actividad humana son actos económicos conscientes que, basados en la identificación de una necesidad son realizados por el hombre en busca de soluciones que la satisfagan. Este factor es muy importante, por la simple razón de que corresponde a un aspecto muy importante a uno de nuestros objetivos el comercio y hasta que grado éste puede llegar.

(41) Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Editorial Argentina. 1982. pág. 415.

La demanda del trasplante de órganos ha estado condicionada por las variables de salud, los importantes avances tecnológicos y conocimientos científicos, las capacidades económicas y el marco ético - legal. La demanda satisfecha representa dependiendo del tipo de trasplante.

En México, de acuerdo con el Registro Nacional de Trasplantes hasta el mes de diciembre de 1994, se habían realizado 5,472, trasplantes correspondiendo 5,344, de riñón, 20 de corazón, 25 de hígado, 18 de páncreas y 65 de médula ósea.

La demanda se incrementa constantemente, no sólo por la ampliación del mercado y la aparición de nuevos pacientes, sino por los avances científicos y tecnológicos que permiten profundizar el mercado, al hacer factibles nuevos trasplantes o ampliar la posibilidad de que otro tipo de pacientes se incorporen al programa.

4.- El Contrato como Expresión de Voluntad del Donador en Vida a la Mayoría de Edad como Solución a la Problemática.

La donación, ha sido considerada desde antaño como un modo de adquirir la propiedad, como un negocio jurídico traslativo de dominio y por así decirlo es el contrato típico de los llamados gratuitos. (42)

(42)Gelfand Le. "Modern Concepts of Property in Deadbody". Legal Medicine Annual. 1979, pág. 260.

Actualmente la donación es un contrato por el cual una persona denominada donante, transfiere a otra persona llamada receptor, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, reservándose lo necesario para vivir. (43)

La donación, es actualmente conocida como un contrato por medio del cual una persona llamada donante, transmite gratuitamente. De la definición, se observa la siguiente característica:

Es un contrato porque exige un acuerdo de voluntades, no es suficiente la intención de donar por parte del donante, se requiere también la aceptación del receptor.

Es un contrato traslativo de dominio ya que el donante se obliga a transmitir el dominio de la cosa donada. Se debe entender como contratos traslativos de dominio aquellos en que se traslada una parte a la otra, la propiedad de una cosa o un derecho. Es traslativo de dominio en el sentido de que en virtud de ella, pasa una cosa o un derecho y en general un bien, al patrimonio del donador al receptor.

Es gratuito porque se recompensa en cierto modo al receptor, quien recibe el provecho, en tanto que el donador reporta el gravamen. Puede recaer sobre la totalidad de los bienes presentes, es decir que puede ser a título particular o a título universal, siempre que el donante se reserve los

(43) Código Civil Vigente, Editorial Porrúa, 1996, pág. 424, art. 2332.

bienes necesarios para su subsistencia en propiedad o en usufructo.

Se hace una clasificación sistemática de los contratos ofrece una gran dificultad, ya que su clasificación toma diversos puntos de vista. Al analizar la clasificación del contrato de donación tendremos únicamente en cuenta la que se desprende del Código Civil, en la cual se distinguen: Contratos bilaterales o unilaterales, onerosos y gratuitos, reales o consensuales, formales, principales o accesorios, instantáneos o de tracto sucesivo y conmutativos o aleatorios.

Es unilateral porque únicamente el donante contrae obligaciones que son: La de transmitir el dominio de la cosa y de entregarla al receptor, en cambio en los bilaterales hay obligaciones recíprocas. Es gratuito porque el receptor es quien recibe el provecho en tanto que el donante reporta el gravamen, en cambio en los onerosos imponen provechos y gravámenes recíprocos.

Es consensual en oposición al real, porque no requiere la entrega de la cosa de parte del donador para que se constituya el contrato. Estos contratos se forman desde que hay concurso de voluntades y la entrega de la cosa es objeto del contrato, pero no elemento constitutivo de él, en cambio en los contratos reales es elemento constitutivo del contrato la entrega de la cosa. es decir que mientras no haya entrega de la cosa no hay contrato.

Es formal cuando recaer sobre bienes inmuebles y consiste en el valor pecuniario de los bienes en escrito privado o en escritura pública. Es principal ya que existe por sí mismo, en tanto que los contratos accesorios dependen de uno principal. Pueden ser de tracto sucesivo cuando se refiere a prestaciones periódicas que el donante va entregando. Contrato conmutativo o aleatorio se tiene con reserva para los contratos onerosos, ya que la donación es un contrato gratuito. (44)

Por lo visto, podemos decir que la donación es un contrato principal, unilateral, consensual en oposición al real, puede ser formal e instantáneo o de tracto sucesivo según sea el caso.

Una vez expuesta la noción general del contrato de donación, de sus elementos, así como también la regulación actual de la disposición de órganos, se plantea la posibilidad de adecuar dicha disposición, al contrato de donación establecido en el Código Civil. En cuanto al objeto del contrato, lo serán precisamente los órganos de los seres humanos.

La forma será la escrita, ante Notario o ante dos testigos idóneos.

La donación será perfecta, en los términos del artículo 2340 del Código Civil, desde el momento en que el receptor la acepta y hace saber la aceptación al donante.

(44) *Sánchez Meda, Ramón. "De los Contratos". Editorial Porrúa. 1993. pág. 195.*

Será revocable, en todos los casos. Y por lo que respecta a los términos del contrato, éste se ajustará en todo lo conducente, a las disposiciones generales y especiales precisadas en la Ley General de Salud y su Reglamento.

Como las reglas generales de nuestro derecho no son acordes del todo con la naturaleza del contrato que proponemos, es necesario reformar el Código Civil, sin embargo y dado que las disposiciones de las leyes administrativas que se pretenden adecuar a la Ley Civil son de orden público y aplicación para toda la República, en su caso, adicionado el título relativo a las donaciones con un capítulo que comprenda, de manera especial, las donaciones de órganos y regale los actos que las consignan.

Atendiendo a las características del contrato de donación, éste exige un acuerdo de voluntades, ya que no sería suficiente la intención de donar un órgano por parte del donante, se requiere también la aceptación del receptor.

Los contratos en que se traslada de una parte a otra la propiedad de una cosa o un derecho, son los llamados traslativos de dominio. En este rubro, deberá incluirse la donación de órganos, toda vez que el donante transfiere una parte de su cuerpo al receptor. La donación de órganos es necesariamente gratuita, ya que de lo contrario, al admitirse su enajenación onerosa, se dará pábulo al tráfico de órganos, problema que se agravaría con la escasez de donadores.

En cuanto a los elementos del contrato, el Código Civil diferencia dos clases de elementos: los elementos esenciales y los de validez, siendo los primeros el consentimiento y el objetivo, y los segundos, la capacidad, la forma y la ausencia de vicios del consentimiento. El consentimiento es el acuerdo de voluntades que tiene por objeto la creación de derechos y obligaciones. En los convenios, el consentimiento es el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

La donación será perfecta desde el momento en que el receptor la acepta y hace saber la aceptación al donador. El consentimiento necesariamente tiene que ser expreso, manifestando por escrito la voluntad de transmitir un órgano, así como la de aceptarlo o recibirlo. En cuanto al objeto del contrato, el Código Civil establece que son objeto de los contratos: La cosa que el obligado debe dar y El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

La capacidad como elemento de validez en el contrato de donación, será la aptitud para el sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer.

En cuanto a las causas de invalidez, estas serán las mismas que señala el artículo 1795 del Código Civil: Podrán ser invalidados por la incapacidad legal de las partes o de una de ellas, por vicios del

consentimiento, porque su objeto, o fin sea ilícito y porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece. (45)

Ya hemos visto de acuerdo con el Código Civil, las donaciones no se pueden revocarse sino en los casos declarados en la ley. En este sentido coincidimos con la Ley General de Salud, en su artículo 324 último párrafo, en que el disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento, pero disintimos en cuanto a que dicha revocación sea sin responsabilidad de su parte, pues estimamos injusto que habiendo el receptor erogado gastos dispuestos todo lo necesario para el trasplante, incluso su persona, en el último momento, encontrándose éste a punto de ser operado, o incluso ya iniciada la operación, el disponente revoque en este momento su consentimiento exponiendo al receptor a toda una serie de consecuencias adversas a su persona y su patrimonio. (46)

Por tanto, consideramos que la revocación deberá ser regulada de la siguiente manera: Será sin responsabilidad para el donante si ésta tiene lugar treinta días antes de la fecha programada para la operación, una vez que tenga conocimiento de manera indubitable de la fecha en cuestión. Dicho término tendría el propósito de evitar que el receptor caiga en gastos y riesgos inevitables. En caso de que la revocación, por parte del donante, tenga lugar dentro del término de treinta días antes señalado, será responsable de los daños y perjuicio que ocasione al receptor.

(45) Código Civil Vigente, Editorial Porrúa, 1996, pág. 311. art. 1795.

(46) Ley General de Salud, Editorial Porrúa, 1996, pág. 66.

En caso de que el donador no haya revocado en vida su consentimiento, no tendrá validez la revocación que, en su caso, hagan su cónyuge, concubina, ascendientes, descendientes o los parientes colaterales.

Modelo de Contrato de Donación

Contrato de Donación de Organos:

Que celebran por una parte, _____
_____.

Quien en lo sucesivo será denominado "DONANTE" y el (la) Sr. (Sra. Srita.) _____.

(o nombre de la Institución de Investigación y Docencia), a quien se le designará en lo sucesivo como "RECEPTOR", bajo los siguientes Antecedentes y Cláusulas:

ANTECEDENTES

I.- Bajo protesta de decir verdad el Señor _____
_____, en su carácter de Donante, manifiesta los siguientes datos:

I.- Nombre Completo: _____

II.- Domicilio: _____

III.- Edad: _____

IV.- Sexo: _____

V.- Estado Civil: _____

VI.- Ocupación: _____

VII.- Nombre y Domicilio del Cónyuge, Concubina, Concubinario: _____

(Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de estos, de alguno de sus familiares más cercanos).

VIII.- Que es su voluntad conceder en vida al receptor, el órgano que se precisa en la cláusula número _____ de este contrato.

IX.- Que ha recibido información médica, a su entera satisfacción, sobre las consecuencias de la extirpación del órgano precisado en la cláusula número _____.

X.- Qué en ningún momento se ha visto presionado ú obligado por alguna persona para otorgar su consentimiento.

2.- Bajo protesta de decir verdad, el receptor declara:

I.- Nombre Completo: _____

II.- Domicilio: _____

III.- Edad: _____

IV.- Sexo: _____

V.- Estado Civil: _____

VI.- Ocupación: _____

VII.- Nombre y Domicilio del Cónyuge, Concubina o Concubinario: _____

(Si fuese soltero, nombre y dirección de los padres y a falta de estos, de alguno de sus familiares más cercanos).

VIII.- Que tiene un padecimiento (se expresara el tipo del mismo) que puede ser tratado de manera eficaz por medio del trasplante.

IX.- Que es su voluntad constituirse como receptor del órgano precisado en la cláusula número _____ a fin de que le sea trasplantado.

CLAUSULAS

PRIMERA.- El donante Señor(a) _____, por su propia voluntad transfiere gratuitamente un _____ (deberá especificarse el órgano de que se trate), componente de su cuerpo, al receptor, quien lo recibe en igualdad de condiciones.

Por tanto el donante Señor(a) _____, se obliga a someterse a la operación quirúrgica correspondiente a cargo del personal médico especializado de la Institución denominada _____ ubicada en _____ así como al tratamiento preoperatorio que en el caso se requiera, una vez que se le haga saber de manera indubitable la fecha en que deba efectuarse la intervención quirúrgica de que se trata.

SEGUNDA.- El receptor Señor(a) _____, se obliga a notificar al donador de manera inbutable la fecha, el lugar y la hora donde se llevara a cabo la intervención quirúrgica correspondientes, así como los nombres de los facultativos que habrán de efectuarla, con treinta días de anticipación.

TERCERA.- Todos los gastos inherentes a la extirpación del órgano de que se trata, correrán por cuenta del receptor, incluidos los de convalecencia y recuperación del donador.

CUARTA.- El donante deberá contratar un seguro de su preferencia para salvoguardar y tener una garantía tanto de el como del receptor a la hora del trasplante.

QUINTA.- El receptor se obliga a cubrir los gastos y primas concernientes a la contratación de un seguro de vida del donante en favor de la persona o personas que éste disponga.

SEXTA.- El donante podrá revocar la donación que por este acto otorga, sin responsabilidad de su parte, siempre y cuando dicha revocación la haga saber de manera indubitable al receptor cuando menos treinta días de anticipación a la operación de trasplante; en caso contrario responderá al receptor o a sus herederos en su caso, de los daños y perjuicios que su decisión en ese sentido les ocasione.

SEPTIMA.- El donante no se hace responsable del éxito o fracaso del trasplante efectuado.

OCTAVA.- Las partes manifiestan ser sabedoras y conscientes de los términos de este documento y se obligan a estar y pasar por el en todo tiempo y lugar. Una vez leído y enterados de su contenido, lo ratifican y firman en la ciudad de _____ a los _____ días del mes de _____ de 199__, ante los testigos que dan fe, señores _____ y _____ quienes declaran tener domicilio, el primero en _____, y el segundo en _____, quienes también suscriben este documento para constancia.

EL DONADOR

EL RECEPTOR

TESTIGOS

PROPUESTAS:

Se propone una legislación en la cual se autorice a disponer de todo o parte de los individuos seleccionados, para permitir la adquisición continua de riñones, corazón y otros órganos, internos o externos de su cuerpo.

Se propone que dentro de la legislación se considere una situación cívica en que al llegar a la mayoría de edad por propia voluntad el individuo llene una forma en la cual done sus órganos sin que intervenga una tercera persona y se proteja tanto al donador como al receptor, el médico y la institución médica en la cual se haga el trasplante.

Se propone modificar la legislación a fin de que el trasplante de órganos pueda efectuarse para beneficio de los pacientes y sin que médicos, instituciones hospitalares y bancos de órganos teman ser enjuiciados por no estar familiarizados con sus disposiciones, sería el primer paso para resolver el problema.

Se debe prever en la ley la necesaria infraestructura, al determinar que los establecimientos donde han de practicarse estas intervenciones, deben disponer de adecuada estructura física e instrumental, y contar con el personal especializado

Por lo que se ve debe haber prohibiciones para hacer los trasplantes y se proponen que sea: 1.- Sea prohibida la realización de cualquier trasplante por el profesional que haya atendido al fallecido durante su última enfermedad y por los médicos que establecieron su muerte. 2.- La comercialización de los órganos y tejidos que conforman el cuerpo humano, y 3.- La inducción o coacción al dador para dar una respuesta afirmativa a la cesión de órganos

Al igual se propone que se de tipo delictivo, al médico o institución que traficara con los órganos ilegalmente, se daría una pena de seis meses a dos años y pérdida de la licencia para practicar a quien , con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, con el fin de engañar a una autoridad judicial, en el curso de una diligencia, cambiare o alterare maliciosamente el estado de las cosas o de las personas y / o manifestase en falsedad o callara la verdad, en todo o en parte, en su informe ante la autoridad correspondiente. Si el hecho se cometiere mediante soborno, las penas se aumentarán en un tercio. En todos los casos, corresponderá la inhabilitación absoluta por doble tiempo de la condena.

Se propone que se tipifiquen los hechos de prometer o efectuar donaciones, pagos, retribuciones, cesión de derechos o servicios de cualquier especie susceptibles de valor pecuniario para el dador o terceros. El delito debe ser de acción bilateral, penándose igualmente a quien recibiera los referidos beneficios. la pena sería semejante a la anteriormente descrita. Se equipararía al delito de cohecho y al de soborno.

Se impondría una penalidad semejante, en donde la acción reprimida consiste en inducir o coaccionar, por sí o por terceros, a cualquier posible dador o receptor a decidir por la afirmación o negación acerca de la cesión de órganos o materiales anatómicos, propios o de terceros.

Como última propuesta sería que se sancionaran en forma administrativa a los establecimientos o servicios privados donde se produzcan violaciones a esta ley propuestas, consistentes en suspensiones, clausuras e inhabilitaciones; también resultan aplicables algunas de estas sanciones a establecimientos o servicios oficiales, provinciales o municipales. La autoridad sanitaria nacional puede, sin perjuicio sumario pertinente, adoptar medidas preventivas, como la clausura de establecimientos o servicios, total o parcial, la orden de suspensión de los actos médicos referidos, y la clausura de establecimientos o servicios que funcionen sin autorización.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La ciencia médica ha puesto a la disponibilidad del género humano un procedimiento para rehabilitar organismos afectados de deficiencia o falta de funcionamiento total de determinados órganos, utilizando aquéllos que son tomados de otros seres humanos vivos o de cadáveres, cuyos órganos aún están en condiciones de funcionamiento.

SEGUNDA.- A pesar de que no se ha alcanzado un dominio cabal de esa técnica quirúrgica, ofrece perspectiva que ameriten su consideración jurídica para resolver problemas derivados tanto de conceptos tradicionales respecto a la persona humana y sus parte orgánicas, así como de los cadáveres, y de la necesidad de asegurar condiciones mínimas de recomendabilidad y de ejecución técnicamente adecuada de las intervenciones respectivas; y de prevenir desviaciones, comercializaciones y corrupciones.

TERCERA.- Desde el punto de vista del Derecho Civil, las configuraciones delictivas existentes entran en conflicto aparente con los trasplantes de órganos, pero esa situación se resuelve con la aplicación del criterio excluyente de responsabilidad penal consistente en considerar la cirugía de trasplante como un estado de necesidad y justificarla y autorizarla solamente cuando se verifica la presencia de una auténtica necesidad y no de inclinaciones de mera conveniencia o de vanidad.

CUARTA.- En nuestro país existe apenas un principio vago, general y esquemático de normación jurídica sobre este tema, que se presta a las desviaciones, impropiedades de ejecución, comercialización y corrupciones que hemos mencionado.

QUINTA.- Es de recomendarse que cuanto antes se llene esa laguna jurídica y se corrijan algunas contradicciones mencionadas, para hacer que el avance científico obtenido para el alivio de la humanidad cumpla sus nobles funciones, reduciendo al límite adecuado la discrecionalidad de autoridades administrativas, médicas y la investigación científica, con los controles pertinentes a través de normas preventivas y correctivas adecuadamente sancionadas y procedimientos eficaces, en congruencia con las finalidades perseguidas.

SEXTA.- Debe mantenerse en mente que el trasplante de órganos es un recurso extremo, médico-quirúrgico, de carácter rehabilitante, al que debe acudir en circunstancias de excepción cuando los otros recursos de la terapéutica ya no están disponibles; y, en general, las autoridades de salud pública y los profesionistas médicos deben ejercer su función orientadora, con la más amplia difusión, para educar a toda la población en el campo de la higiene y medicina preventiva, de manera de actuar conforme a la naturaleza racional y valiosa del ser humano y reducir al mínimo absoluto la utilización del recurso excepcional médico-quirúrgico con convertir en un arquetipo de buena moda, elegancia o índice de posición económica.

SEPTIMA.- El Código Civil no contempla de manera expresa, la donación de órganos de seres humanos.

OCTAVA.- La Ley General de Salud y el Reglamento de la misma en materia de control sanitario de la disposición de órganos de seres humanos, son omisas en cuanto a la especie de contrato que debe regularla.

NOVENA.- Las características de la disposición de órganos de los seres humanos, solo encuadran parcialmente dentro de las reglas genéricas del contrato de donación.

DECIMA.- Debe reformarse la ley para establecer expresamente las reglas generales del contrato de donación de órganos de los seres humanos.

DECIMA PRIMERA.- El contrato de donación de referencia intervivos o mortis causa, deberá considerarse como susceptible de ser revocado cinco días antes de la intervención quirúrgica.

DECIMA SEGUNDA.- El incumplimiento, solo constreñirá al obligado al pago de daños y perjuicios.

DECIMA TERCERA.- Tratándose de actos mortis causa, deberá prevalecer el derecho del donante para obligar a los parientes a respetar su

decisión y al receptor para obligar a los parientes del donante ya fallecido a permitir los actos necesarios para el cumplimiento del contrato.

BIBLIOGRAFIA

Borell Macía, Antonio: "La Persona Humana". Derecho Sobre su Propio Cuerpo Vivo y Muerto. Derecho Sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de Otros Hombres. Borsh, Editorial Urguez, Barcelona 1987.

Cárdenas, Raul F: "Derecho Penal Mexicano". Editorial Jus, S.A. México 1984.

Carranca Trujillo, Raul: "Derecho Penal Mexicano". Parte General: Tomo II Editorial Robredo 1982.

Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo IX Divi-Emoc. Editorial Bibliografía, 1985.

Gómez, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal". Editorial Cía, Argentina 1982.

Jiménez de Asua, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1987.

Leandro Rossi, Ambrogio Valsecchi. "Derecho Penal". Editorial Termis. Colombia. 1992.

Maggione, Giuseppe. "Derecho Penal". Editorial Termis. Colombia. 1990.

Mezger, Edmundo. "Derecho Penal". Editorial Bibliográfica Argentina. 1991.

Peinador, Antonio. "Moral Profesional Navarro". Editorial Católica. Madrid. 1986.

Porte Petit, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Editorial Jurídica Mexicana. 1988.

Sánchez Medal, Ramón. "De los Contratos". Editorial Porrúa. 1993.

Soler Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Editorial Argentina. 1982.

Sporken, Paul. "Medicina y Ética en Discusión". Editorial Verbo Divino. 1991.

Taylor Harold, E. "Pathology of Organ Trasplantation in Man". Pathology Annual. Appleton Century Crofts. Nueva York. 1979.

Tello Flores, Francisco Javier. "Medicina Forense". Editorial Avila. 1991.

Vela Treviño, Sergio. "Antijuridicidad y Justificación". Editorial Porrúa: Primera Edición. 1976.

Legislación Consultada.

Código Sanitario Vigente, Editorial Porrúa, 1996.

Código Civil Vigente, Editorial Porrúa, 1996.

Código Penal Vigente, Editorial Porrúa, 1996.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. Porrúa. 1996.

Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación. 1996.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos de Seres Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación. 1996.

Otras Obras Consultadas.

Biblioteca Criminalia: “Los Trasplantes de Organos”, Colección Gabriel Botas; 1985.

C.F.R. Bernard Haring CH. M. Letouwean, Dyingwith “Hospital Managment” (june 1970).

Gelfand, L.e. “Modern Concepts of Property in Deadbody”, Legal Medicine Annual. 1979.

Dictamen Emitido por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 1988.

Periódico. “Excelsior”, de fecha 8 de abril de 1996.

Periódico. “El Día”, de fecha 18 de febrero de 1996.

Periódico. “El Día”, de fecha 9 de julio de 1996.

Revista Mexicana de Derecho Penal. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, numero 120 de 1992.

Ucla. Law Review. num 5. 1991.