



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Pérez Daza, Abraham

Comentarios a la acción de inconstitucionalidad número 10/2005, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de trasplantes de órganos
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLI, núm. 123, septiembre-diciembre, 2008, pp. 1735-1763

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42712329>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

COMENTARIOS A LA ACCIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚMERO 10/2005,
RESUELTA POR LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS

Abraham PÉREZ DAZA*

Todo tiende hacia adelante, hacia el mañana y el pasado mañana... Lo inesperado es la regla, la sorpresa es lo que hay que esperar.

JONAS, Hans, *Técnica, medicina y ética*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La fundamentación ético-jurídica en el derecho a la salud, como legitimador del trasplante de órganos en México.* III. *Reflexiones sobre el principio de autonomía de la voluntad racional en las personas para la donación de órganos.* IV. *Avance jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de trasplantes de órganos en México.* V. *Comentarios finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 6 de noviembre de 2007, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió la acción de inconstitucionalidad número 10/2005, promovida por el procurador general de la República en contra de los poderes Legislativo y Ejecutivo del estado de Nayarit, al demandar la invalidez del artículo 24-A del Código Civil estatal publicado en el periódico oficial de la mencionada entidad federativa, el 16 de abril de 2005. La controversia suscitada por este precepto legal fue por la limitante para recibir un órgano por trasplante a un paciente, única y

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

exclusivamente de un familiar hasta el cuarto grado.¹ Por tanto, se consideró violatorio del derecho a la salud —artículo 4o., párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)—,² y con ello, impedir la posible donación de un órgano por cualquier persona fuera del parentesco —siempre y cuando reuniera los requisitos de compatibilidad que exige la Ley General de Salud (LGS)— y con fines altruistas para salvar la vida, o bien, mejorar la calidad de vida del paciente.³

Es importante tomar en cuenta que al momento de estudiar el Pleno de la Suprema Corte este recurso de inconstitucionalidad, ya contaba con un precedente sobre el mismo punto,⁴ pero en este caso fue motivado por el artículo 333, fracción IV, de la LGS,⁵ que de igual manera transgredía la misma garantía constitucional por establecer la calidad de parentesco para el donante. Si bien la resolución de este

¹ El escrito presentado por el procurador general de la República señalaba: “El requerimiento de órganos para trasplante es importante e impresionante, y muchas personas mueren día a día ante la falta de donantes, situación que se agrava al prohibir a una persona sólo hacerlo hacia un familiar; por ello, debe declararse inconstitucional la norma que así lo disponga, como en el caso [del] artículo 24-A del Código Civil para el Estado de Nayarit, porque limita el derecho a la salud”.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, la adición de un cuarto párrafo al artículo 4o. constitucional, en los términos siguientes: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establece la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

³ *Cfr.* Romeo Casabona, Carlos María, “Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos”, en *id.*, (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, Comares, 2005, p. 22; en la nota al pie 48, Romeo explica que en el caso de Francia, contemplado en la Ley núm. 654/1994, artículo L. 671-3, exige que el receptor deberá ser padre o madre, hijo o hija, hermanos o hermana, salvo en caso de extracción de médula ósea para injerto, y en caso de urgencia también podrá serlo el cónyuge. Por lo que respecta a Alemania, la Ley en su artículo 7.1, contempla una limitante, siempre y cuando se trata de órganos no regenerables, a los receptores parientes en primer o segundo grado, al cónyuge, novio, novia u otras personas con las que el donante mantiene una vinculación especialmente personal y habitual conocida, no sucede así con la Ley de España.

⁴ El afectado presentó un juicio de amparo ante la Suprema Corte el 6 de enero de 2003, y fue registrado con el número de toca 115/2003, por violentar el derecho a la salud.

⁵ La reforma al artículo 333 de la LGS, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 2000.

conflicto fue otorgar el amparo al afectado, las opiniones de los ministros de la Suprema Corte fueron divididas. Lo que no ocurrió con la nueva pronunciación de los integrantes del Pleno, porque tres de los ministros que resolvieron el conflicto anterior ya no estuvieron para conocer la acción de inconstitucionalidad número 10/2005.

Lo importante de esta nueva resolución del Pleno de la Suprema Corte está en las consideraciones ético-jurídicas vertidas en materia de trasplantes de órganos y tejidos (paternalismo, autonomía, altruismo, calidad de vida, solidaridad, etcétera) que envuelve al derecho a la salud y, por ende, al derecho a la vida constitucionalmente regulado en nuestro país. Y con ello, marcar una nueva dirección en materia de política-jurídica más justa y equitativa, para acceder a un sistema de salud en México con mayores libertades en la toma de decisiones, por parte de los ciudadanos, para afrontar casos difíciles, como ha sido el trasplante de órganos y tejidos, entre otros muchos que hoy en día la biotecnología exige atender con nuevos conceptos de justicia, equidad, libertad y autonomía —aun cuando no es el único tema a resolver—; actualmente existe otra acción de inconstitucionalidad presentada ante la SCJN, por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y de la misma Procuraduría General de la República (PGR) por legalizar el aborto antes de las doce semanas del embarazo. Dictamen aprobado por las comisiones unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, desde el 24 de abril de 2007.⁶

⁶ La Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), dominada por partidos de izquierda, votó en pleno la reforma al artículo 144 del Código Penal del D. F., que fue aprobada por 46 votos a favor, 19 en contra y una abstención. La decisión fue tomada después de más de cinco horas de debate y luego de una fuerte controversia entre los grupos antiabortistas, apoyados por la Iglesia católica y organizaciones a favor de la medida. Los votos a favor de la norma, que sólo aplicará para la capital mexicana —habitada por más de ocho millones de personas—, provinieron de los partidos de la Revolución Democrática (PRD), Nueva Alianza, Coalición Socialdemocrática —todos de izquierda—, así como del partido —del centro— Revolucionario Institucional (PRI). En tanto, votaron en contra los legisladores del conservador Acción Nacional (PAN), el Partido Verde Ecologista Mexicano (PVEM) y un independiente.

II. LA FUNDAMENTACIÓN ÉTICO-JURÍDICA EN EL DERECHO A LA SALUD, COMO LEGITIMADOR DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN MÉXICO

El avance de la medicina en la actualidad ha permitido grandes logros que anteriormente eran vistos como ciencia ficción,⁷ tal es el caso de los trasplantes de órganos y tejidos,⁸ con la finalidad de aliviar padecimientos crónicos y terminales.⁹ Pero al mismo tiempo, ha generado diversos conflictos ético-jurídicos en procedimientos uniformistas tradicionales como son el paternalismo o el autoritarismo decisorios de épocas pasadas.¹⁰

Hoy en día, el ordenamiento mexicano (en materia de salud) ha tenido que adecuar sus leyes ante las exigencias del cambio,¹¹ producidas principalmente por la biotecnología, en sintonía con los cam-

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Donación de órganos. Inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud*, México, 2004, serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 1, p. 11: “Durante siglos la sustitución de partes del cuerpo humano había sido una quimera, pero en el siglo pasado comenzó a tener una base científica con los adelantos en diversos campos de la medicina, como el descubrimiento de los grupos sanguíneos y los avances en materia inmunológica, con lo cual se ha generalizado como tratamiento terapéutico en nuestro país”.

⁸ Para Casado, “los primeros conflictos bioéticos de fuerte impacto en la opinión pública se suscitaron a propósito de los trasplantes de corazón, ya que la posibilidad de sustituir el corazón enfermo de un paciente por otro sano procedente de un donante fallecido produjo, además del natural impacto científico, una serie de interrogantes éticos y conceptuales de relevancia”. “Aspectos ético-jurídicos de la regulación sobre trasplantes”, en Rodès Teixidor, Juan (ed.), *Trasplante de órganos y células. Dimensiones éticas regulatorias*, Madrid, Fundación BBVA, 2006, p. 451.

⁹ “El trasplante, tras todo lo sufrido en su origen y en el inicio de su evolución, se ha convertido actualmente en una actividad sanitaria normalizada en nuestra sociedad, que además de contribuir a salvar miles de vidas, nace de la voluntad generosa y altruista de muchos ciudadanos, que toman la decisión de que después de la muerte sus órganos sirvan para salvar otras vidas”. Riopérez, Marina, *El jurista ante el trasplante de órganos. Régimen jurídico administrativo*, Granada, Comares, 2006, p. 40.

¹⁰ Cfr., al respecto, Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, capítulo X.

¹¹ Cambio producido en gran medida por los acuerdos que la comunidad ha tomado en la materia. Para conocer la reglamentación internacional y de los demás estados consúltese a Brena Sesma, Ingrid y Romeo Casabona, Carlos María (comps.), *Código de leyes sobre genética*, México, UNAM, 2006, 3 vols.

bios de forma de vida y de mentalidad,¹² al revisar los diferentes tipos de prácticas profesionales en la medicina,¹³ y al promover nuevos códigos deontológicos y comités de bioética¹⁴ acordes con los conflictos planteados en el mundo actual,¹⁵ afines con los principios éticos que estructuran la vida social —piénsese en los derechos humanos, o derechos fundamentales—,¹⁶ encaminados a garantizar el derecho a la salud,¹⁷ previsto constitucionalmente en el artículo 4o., párrafo

¹² Por todos, consúltense las obras de Romeo Casabona, Carlos María, *Del gen al derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; *Genética y derecho, responsabilidad jurídica y mecanismos de control*, Buenos Aires, Astrea, 2003; *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, Comares, 2005; así como las obras editadas por el mismo autor: *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina; su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Granada, Comares, 2002; *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Granada-Bilbao, Comares, 1998; y *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1988.

¹³ Al respecto, véanse los trabajos compilados en la obra que reúne Rhodes, Rosamond *et al.*, *The Blackwell Guide to Medical Ethics*, New Yersey, Blackwell Publishing.

¹⁴ *Cfr.* principalmente las Guías de Funcionamiento de los Comités de Bioética: Procedimientos y Políticas, UNESCO, 2006, donde establecen los cuatro tipos de comités de bioética: a) Comité Normativo y/o Consultivo; b) Comité de Asociación de Profesionales de Salud; c) Comité de Ética y Asistencia Hospitalaria; d) Comité de Ética de la Investigación; encargados de garantizar el respeto a los derechos humanos y defensa y apoyo a la libertad de las personas, en particular de pacientes vulnerables y voluntarios que participan en ensayos de investigación clínica, principalmente en beneficio de futuros pacientes; y por otro lado, el reconocimiento a la dignidad de pacientes y de las personas sanas o enfermas, que participan en ensayos de investigación biológica-biomédica, conductual y epidemiológica; y respaldo de programas educativos de bioética dirigidos a presidentes, y miembros actuales y futuros, de las diferentes formas de comités de bioética.

¹⁵ Véase, al respecto, *Deontología*.

¹⁶ La reconstrucción analítica de los derechos fundamentales ha generado diversas teorías, principalmente véase a Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Martha Gustavino, Barcelona, Ariel, 2002; Rawls, John, *Teorías de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, FCE, 1979; *id.*, *El liberalismo político*, México, FCE-UNAM; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, y Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 10.

¹⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, “El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina”, en Martínez Morán, N. (coord.), *Biotecnología, derecho y dignidad humana*, Granada, Comares, 2003, p. 268. “El derecho a la salud, en cuanto derecho social, es decir, en cuanto un derecho del que deben beneficiarse cuantos integran una comunidad política, requiere que no se establezcan cortapisas invisibles que puedan menoscabar su desarrollo. Un desarrollo que se manifiesta, básicamente, en dos esferas: la primera tendente a prevenir, tratar y erradicar las enfermedades infecciosas y contagiosas; y la segunda referida a la necesidad de no crear obstáculos que impidan el

cuarto,¹⁸ el cual señala: “toda persona tiene derecho a la protección de la salud...” y, para ello, el Estado adquiere una participación fundamental, al ser el encargado de prestar el bien o servicio (derecho prestacional), con la finalidad de preservar la garantía de igualdad y ser equitativo con el servicio sanitario.¹⁹

Ahora bien, a partir de la reforma de 26 de mayo de 2000, se reguló la donación²⁰ en nuestro país y, con ello, se logró elaborar un Programa Nacional de Trasplantes²¹ como parte del Programa Nacional de Salud 2001-2006, emitido por la Secretaría de Salud,²² para lograr una mayor participación de la sociedad para la donación de órganos, pero de preferencia (subraya la norma) con sujetos que hayan perdido la vida, tal y como lo indica el artículo 331 de la LGS,²³ bajo los siguientes requisitos que establece el artículo 334 en los siguientes términos:

- I. Comprobar, previamente a la extracción de los órganos y tejidos, y por un médico distinto a los que intervendrán en el trasplante o en la obtención de los órganos o tejidos, la pérdida de la vida del donante, en los términos que se precisan en este título.
- II. Existir consentimiento expreso del disponente o no constar su revocación del tácito para la donación de sus órganos y tejidos.
- III. Asegurarse de que no exista riesgo sanitario.

desarrollo de investigaciones médicas que tiendan a prolongar la vida y la calidad de vida, limitando incluso las posibilidades de una disposición absoluta de la misma por parte de los ciudadanos”. Flores, Imer B., “Derecho y salud: algunas consideraciones sobre el proyecto del genoma humano”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María del Carmen (coord.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, UNAM, 2006, pp. 229-245.

¹⁸ Adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983.

¹⁹ Sobre el particular, consúltese Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “El derecho a la salud: ¿un derecho individual o social?”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María del Carmen (coord.), *op. cit.*, nota 17, pp. 7-12.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 7, pp. 16-24.

²¹ El Sistema Nacional de Trasplante se encarga de coordinar a todos los organismos, instituciones y centros hospitalarios para facilitar la donación de órganos y tejidos, tomando en cuenta los principios de altruismo, solidaridad humana y gratuidad en la donación, bajo los lineamientos y políticas establecidas en la LGS.

²² Para conocer los antecedentes legislativos de la donación en México, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 7, pp. 25-32.

²³ “Artículo 331. La obtención de órganos o tejidos para trasplantes se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida”.

En el caso de realizarse una donación entre vivos, a partir de la reforma publicada el 5 de noviembre de 2004 en el *Diario Oficial de la Federación*, deberá estar sujeto a lo dispuesto por el artículo 332,²⁴ el cual establece las condiciones para seleccionar al donante y receptor siempre por prescripción y bajo control médico;²⁵ y en el caso del artículo 333 (ambos de la LGS), indica cuáles deberán ser los requisitos que deberá cumplir el donante:

- I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales.
- II. Donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.
- III. Tener compatibilidad aceptable con el receptor.
- IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante.
- V. Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos del artículo 322 de esta Ley.
- VI. Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

²⁴ “Artículo 332. La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud. No se podrán tomar órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso de los representantes legales del menor. Tratándose de menores que han perdido la vida, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor. En el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte”.

²⁵ En este sentido, Carlos María Romeo Casabona comenta: “dos son los aspectos jurídicos relacionados con la donación de órganos en vida: en primer lugar, determinar la extensión de la protección penal de la integridad corporal (personal), cuándo cede ésta —sus límites— y con qué efectos. En segundo lugar, perfilar los requisitos que se encuentren establecidos en el ordenamiento jurídico, normalmente a través de disposiciones jurídicas no penales, esto es, en la legislación específica sobre trasplante de órganos y tejidos, de existir”. Romeo Casabona, Carlos María, “Los principios jurídicos...”, *cit.*, nota 3, p. 17.

a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica.

b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante notario público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante.

c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.

Pero ¿cuál es el criterio para asignar un órgano y/o tejido de un donador no vivo?, el artículo 336 de la LGS refiere que se tomará en cuenta la gravedad del receptor, la oportunidad del trasplante, los beneficios esperados, la compatibilidad con el receptor y los demás criterios médicos aceptados. En cambio, aquellos casos en que no exista urgencia o razón médica para asignar preferentemente un órgano o tejido, ésta se sujetará estrictamente a listas que se integrarán con los datos de los mexicanos en espera, y que estarán a cargo del Centro Nacional de Trasplantes (Cenatra), el cual fue creado mediante acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, desde el 19 de enero de 1999 —encargado de elaborar un registro de las personas inscritas como donadoras, de las receptoras en espera de un trasplante por disposición terapéutica y de las donaciones efectuadas en todo el país (artículo 338)—,²⁶ a cargo del Consejo Nacional de Trasplantes (Conatra).²⁷

²⁶ “Artículo 338. El Centro Nacional de Trasplantes tendrá a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes, el cual integrará y mantendrá actualizada la siguiente información: I. Los datos de los receptores, de los donadores y fecha del trasplante;/ II. Los establecimientos autorizados conforme al artículo 315 de esta Ley;/ III. Los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes;/ IV. Los pacientes en espera de algún órgano o tejido, integrados en listas estatales y nacional, y/ V. Los casos de muerte cerebral”.

²⁷ Creado por acuerdo del Ejecutivo Federal publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 19 de enero de 1999, como una comisión intersecretarial.

La naturaleza jurídica de este Consejo sería la de una comisión intersecretarial de la administración pública federal,²⁸ con el objetivo de promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de trasplantes,²⁹ realizadas por las instituciones de salud de los sectores público, social y privado con el propósito de reducir la morbilidad y mortalidad por padecimientos susceptibles de ser corregidos mediante este procedimiento.

La difusión de la cultura de la donación de órganos y tejidos generó que el Centro Nacional de Trasplantes dimensionara la magnitud real que iba ganando este procedimiento en pro de la salud y la calidad de vida; para el 2000, el 85% de los donadores lo hicieron en vida,³⁰ y se regían por el derecho de “disposición”, esto es, con un sujeto titular denominado “disponente”, el cual puede ser cualquier donador,³¹ consciente de disponer de su cuerpo o cualquiera de sus componentes para un trasplante siempre y cuando sea aprobado por

²⁸ El Consejo se integrará por los siguientes secretarios de Estado: Salud, quien lo presidirá; Defensa Nacional; Marina; Educación Pública; y por un representante de la Secretaría de Salud. Para ello, tomarán todas las medidas necesarias para que el director general del Instituto Mexicano del Seguro Social y el director general del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado participen como miembros del Consejo. Asimismo, el presidente del Consejo invitará a participar en el mismo a un representante de la Procuraduría General de la República y a dos representantes de instituciones académicas, a los presidentes de las academias Nacional de Medicina, Mexicana de Cirugía y Mexicana de Ciencias, así como a aquellas personas e instituciones que por su experiencia puedan auxiliar al Consejo en la realización de su objeto.

²⁹ Las entidades de la República Mexicana se integran al Sistema Nacional de Trasplantes a través de la creación del Consejo Estatal de Trasplantes (Coetras), reconocido como un organismo público del poder Ejecutivo de los Estados, cuyo objetivo es “apoyar, coordinar, promover, consolidar e implementar las diversas acciones y programas, en materia de la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos”.

³⁰ El dato se obtuvo en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 7, p. 15.

³¹ La LGS, en el artículo 314, fracciones VI y VII, refiere que el donador es la persona física que otorga su consentimiento para que su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilice en un trasplante, y la persona que está facultada por la ley para realizar la disposición de su propio cuerpo y de órganos, tejidos, células y sustancias que lo integran.

la propia autoridad sanitaria, acorde con los artículos 330³² y 332³³ de la LGS, en el entendido de que no es un derecho de propiedad porque no está en el comercio, tal y como se encuentra regulado en el numeral 327 de la LGS, por ser una actividad altruista, a título gratuito, esto es, sin contraprestación alguna.³⁴

Ahora bien, los datos de la siguiente lista de espera, que muestra el Registro Nacional de Trasplantes hasta el 18 de marzo del presente año, son: córnea 5,727 (52.09%), riñón 4,817 (43.81%); el resto del porcentaje esta dividido entre hueso 1 (0.01%), hígado-riñón 2 (0.02%), paratiroides 2 (0.02%), páncreas 3 (0.03%), pulmón 5 (0.05%), corazón-pulmón 8 (0.07%), células p. h. (médula ósea) 13, riñón-páncreas 14 (0.13%), corazón 54 (0.49%) e hígado 349 (3.17%).

Los trasplantes que se han realizado entre 2005 y marzo de 2008, según los datos proporcionados por el Registro Nacional de Trasplantes, son los siguientes: corazón 49 (únicamente con cadavéricos), córnea 7,855 (entre nacional y extranjera), hígado 327 (entre cadavérico y vivo), pulmón 6 (cadavérico), células germinales 7,813 (entre

³² “Artículo 330. Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico”.

³³ “Artículo 332. La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud. No se podrán tomar órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso de los representantes legales del menor. Tratándose de menores que han perdido la vida, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor. En el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte”.

³⁴ En el mismo sentido está el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina; Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, y el Protocolo Adicional sobre el Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano, en su capítulo VII (Prohibición de lucro y utilización de una parte de su cuerpo, particularmente en el artículo 21).

vivos), páncreas 8 (cadavérico) y células p. h. (médula ósea) 327 (cph autólogo, cadavérico, vivo y cph alogénico).³⁵

Estas cifras confirman que el trasplante de órganos en beneficio de los pacientes que están en lista de espera en México es cada vez más recurrente. Sin embargo, es común en estas prácticas médicas un alto riesgo en su realización, por ejemplo, desde el propio procedimiento (una anestesia general), o bien, un riesgo añadido por las intervenciones quirúrgicas, o los peligros postoperatorios;³⁶ es aquí donde cobra vital importancia el principio de precaución que actualmente la doctrina ha desarrollado.³⁷

Sin embargo, esta situación crisis-necesidad de la salud por el paciente y cuidado del donante genera grandes controversias respecto de los valores ético-jurídicos arraigados en la sociedad desde el siglo pasado, con los del presente, y sobre cuáles deberán ser los valores del futuro en la práctica de los trasplantes de órganos y tejidos.

III. REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD RACIONAL EN LAS PERSONAS PARA LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

Uno de los planteamientos ético-jurídicos que más polémica genera en los trasplantes de órganos y tejidos es, en primer lugar, la autonomía de la persona, requisito fundamental para acceder al procedimiento legal de un trasplante, esto es, el consentimiento, el cual

³⁵ Para conocer más en detenimiento el procedimiento de aceptación del paciente para trasplante y sobre las cantidades de personas en lista de espera, véase Rivera López, Eduardo, *Ética y trasplante de órganos*, México, FCE-UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2001, pp. 12-14, 115-128.

³⁶ En este sentido, Harris, John, *Supermán y la mujer maravilla. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, trad. de Michel Angstadt, Madrid, Tecnos, 1998, p. 158, “generalmente se acepta que el riesgo del donante del órgano es pequeño (más o menos una posibilidad entre 1.600 de mortandad quirúrgica y un riesgo del 1.8 por 100 de tener complicaciones importantes), y si sobrevive con éxito la operación se acepta que su riesgo no es mayor que el de una persona normal que comparta el resto de sus características”.

³⁷ Por lo que respecta al principio de precaución en derecho penal, véase Romeo Casabona, Carlos María, *Principio de precaución biotecnológica y derecho*, Bilbao, Fundación BBVA, 2004; asimismo, *id.*, “El principio de precaución en el derecho penal”, *Iter Crimínis, Revista de Ciencias Penales*, 2a. época, núm. 9, enero-marzo de 2004.

conlleva implícitamente otro problema, establecer un concepto de persona a partir del cual se derivan los principios fundamentales encargados de orientar la moral social:³⁸ la libertad (autonomía), igualdad (equidad) y dignidad del ser humano. Lo cual impone deberes inexcusables a las instituciones por tutelarlos, y además, contar con una organización asistencial acorde con las demandas de una sociedad plural, tal y como lo señala Romeo Casabona:³⁹

La afirmación de la libertad y dignidad humanas en el donante, y de éstas y del mencionado derecho a la salud en el receptor. Y en ambos casos —donante y receptor—, en considerar al ser humano como fin y no como medio. El reconocimiento a la libertad humana, considerada como fuente de otros derechos, conlleva el de la no violación de su integridad corporal, cuando se trata de un ser vivo, o de respeto a sus ideas o creencias religiosas, una vez fallecido.

Y por otra parte, también será la sociedad misma⁴⁰ la responsable de sus decisiones⁴¹ (obviamente a través de las instituciones gubernamentales y, en cierta medida, de los organismos particulares),⁴² al

³⁸ Tal y como Nino, a lo largo del capítulo primero, analiza esta problemática de los derechos humanos como derechos morales. Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 10.

³⁹ Romeo Casabona, Carlos María, *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplante de órganos*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1979, p. 158.

⁴⁰ En este sentido, Riopérez, Marina, *op. cit.*, nota 9, p. 40. “De este modo, el trasplante es una actividad que trasciende el ámbito meramente sanitario, pues más que un acto terapéutico, se convierte en un verdadero hecho social en el que implica a toda la sociedad”.

⁴¹ Al respecto, Marina Riopérez explica: “constituyendo el cuerpo humano y sus componentes el objeto de un derecho de propiedad por parte de la persona, se sigue que los actos que conllevan la cesión o transmisión del dominio sobre alguno de aquéllos se sustentan a través de dicho contrato, o de otras figuras *sui generis* como el denominado contrato somático”. *Ibidem*, p. 52.

⁴² Marina Riopérez considera poco oportuno permitir al sector privado abrir el espacio para llevar a cabo operaciones, salvo excepciones que no desvirtúan la propia naturaleza del sector sanitario, con lo cual coinciden, según el propio autor, casi todos los países del Consejo de Europa. Porque es en el sector público donde conserva vigencia el “principio de gratuidad en el ámbito de la cirugía sustitutiva, la cual exige unos mecanismos de control que aparecen adecuarse más convenientemente al sector público, mientras que, por el contrario, podrían fácilmente diluirse en una compleja red de centros privados”. *Ibidem*, p. 207 (para profundizar, consúltense las pp. 97-107). Pero además el problema trascendería a la situación sanitaria, es decir, el

realizar prácticas de trasplante, las cuales deben estar apegadas a una reglamentación ajustada a sus necesidades y demandas por la simple razón de obtener una mejor calidad de vida del receptor,⁴³ y no por simple paternalismo del Estado quien restrinja la voluntad y decisión de cada uno de sus ciudadanos, o bien imposibilitando un carácter de solidaridad entre los miembros de la sociedad, tal y como lo hizo el legislador del Estado de Nayarit al regular en el artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit (CCEN), la limitación en la relación de parentesco, todavía condicionándola hasta el cuarto grado.

Con lo cual se encontraba a mi parecer restringido el principio de autonomía, entendido como criterio fundamentador de la capacidad de voluntad y/o decisión en la determinación de la acción del sujeto por sí mismo, esto es, querer donar un órgano; y esto conlleva inmediatamente a las nociones de “fin” y “máximas” de la voluntad que ocupa un lugar decisivo en la concepción del individuo humano y en la filosofía moral de Kant, que más adelante Rawls retomaría para crear su teoría de la justicia distributiva, al presentar una serie de bienes primarios que, una vez alcanzados y distribuidos entre todos los miembros de la sociedad, se podría garantizar una igualdad y por supuesto de manera justa. Sin embargo, este planteamiento de justicia no se encontraba en el contenido del artículo 24-A del CCEN, aunque sí alcanzaba este bien primario —la donación de órganos—, pero no era justa ni igualitaria, porque lo restringía a determinadas personas (calidad de parentesco) y, por ende, impedía a cualquiera realizar la donación por simple solidaridad.

verdadero problema de la participación del sector privado radica en la obtención de dinero, pero si una persona (pobre) necesita un trasplante no podría tener acceso a un hospital particular. Y si esto lo llevamos a una dimensión más amplia, como una sociedad económicamente poco desarrollada, se corre el riesgo de mercantilizar los trasplantes dentro de una sociedad con estas características. En este sentido, es importante indicar que si el Estado mexicano decide dejar el paternalismo y permitirle a cada persona que decida por sí misma, también es necesario intentar elevar el nivel de vida y un estado de bienestar en todos los sentidos (económico, ambiental, educativo, etcétera).

⁴³ Aunque hace falta mucho para determinar en qué consiste esa mejora del pronóstico vital o de las propias condiciones de vida. En caso de no lograr aclararlo, se estaría ante un concepto jurídico indeterminado. En este sentido, véase *ibidem*, p. 236.

En este sentido, resulta atractiva la aportación de Martha Nussbaum, con su teoría de “las capacidades”,⁴⁴ donde propugna una lista de capacidades humanas,⁴⁵ con la finalidad de poder ejercer cualquier bien primario —siguiendo a Rawls—, esto es, exigir un derecho fundamental, como lo sería por ejemplo el de la salud, ubicada en el segundo lugar de esta lista, al señalar: “*Salud corporal*: poder tener una buena salud”, lo cual denota que quien necesite y tenga la capacidad de ejercer la garantía constitucional del artículo 4o., párrafo cuarto, por tener una mejor calidad de vida con la donación de un órgano, se vería imposibilitado para los habitantes del estado de Nayarit, porque el artículo 24-A lo impedía, pero con la resolución de la Suprema Corte vino a corregir esta arbitrariedad del Legislador por asumir un papel proteccionista y no dejar al sujeto su libre elección, esto es su libre voluntad como sujeto autónomo.

En palabras de Colomer Martín-Calero:

La relación entre la voluntad como arbitrio y la ley de esa misma voluntad, en tanto legisladora, constituye el verdadero lugar en torno al que se construye la teoría kantiana de la libertad. En él se muestra la necesaria interdependencia de los conceptos de libertad del arbitrio y autonomía de la voluntad como razón pura práctica. El arbitrio humano es *arbitrium liberum*, porque es “afectado pero no determinado por los impulsos sensibles”. Ahora bien, predicar del arbitrio humano esta condición significa afirmar su capacidad para ser determinado por un móvil ajeno a todo lo empírico, que sólo puede ser el principio puramente formal de la razón práctica; por lo que aquella posibilidad no es otra que la posibilidad del arbitrio de ser determinado por la ley de la voluntad humana. Por eso, el arbitrio que puede ser determinado por la pura razón se llama libre arbitrio.⁴⁶

⁴⁴ La teoría de las capacidades está vinculada estrechamente con el tema de los derechos humanos; véase Nussbaum, Martha, “Capabilities and Human Rights”, en Brooks, Richard O. y Murphy, James Bernard (eds.), *Aristotle and Modern Law*, Ashgate Dartmouth, 2003, pp. 413-440.

⁴⁵ Nussbaum, Martha, *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2007.

⁴⁶ Colomer Martín-Calero, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 36.

Pero frente a este planteamiento kantiano del libre arbitrio, es necesario previamente determinar cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan, como es el de la salud, y sólo después se podrá definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos, y no sea la norma la que limite a estos individuos —donante y receptor— capaces de ejercer su derecho a la salud y mejorar su calidad de vida, garantías salvaguardadas por la Constitución.

Tal y como lo ha expresado Nino:

Esto quiere decir que los principios fundamentales de los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la *titularidad* de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Estos principios son *erga omnes*, o sea se aplican a todos o a todo. Es simplemente una cuestión de hecho que sólo ciertos individuos o entidades pueden gozar o ejercitar en cierto grado los derechos generados por estos principios. Esto presupone, naturalmente, la distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo.⁴⁷

En este sentido, se pronunció el Pleno de la Suprema Corte, al reconocer en la propia LGS las condiciones para realizar un trasplante de órgano, pero dejando al arbitrio del individuo con pleno goce de sus capacidades (mayor de edad), la libertad de ejercer su derecho como donante en ceder algún órgano de su cuerpo en beneficio de la salud del paciente y no que sea el Estado quien determine al individuo con determinada personalidad moral para la donación.

IV. AVANCE JURISPRUDENCIAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS EN MÉXICO

1. *El primer momento: reconocimiento de la libertad del donante para el trasplante de órganos (artículo 333 de la Ley General de Salud)*

En agosto de 2003, el Pleno de la SCJN resolvió un proyecto de resolución relacionado con la donación de órganos, el cual derivó en

⁴⁷ Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 10, p. 45.

la tesis aislada, P. IX/2003, correspondiente a la novena época, XVIII, de agosto de 2003, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, visible en la página 54, la cual más adelante me detendré a comentar. Por el momento retomaré el resumen vertido por el máximo tribunal de nuestro país sobre el conflicto suscitado:

Se presenta la situación de una persona que necesita un trasplante de riñón y que cuenta con un donador altruista, pero le es negado este tratamiento terapéutico por la institución hospitalaria, en virtud de que no cumple con el requisito establecido en la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud, consistente en una relación de parentesco entre donador y receptor.⁴⁸

Esta situación se ve confrontada con una posición utilitarista,⁴⁹ justificada éticamente para el trasplante de órganos y tejidos con las siguientes razones:

⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 7, p. 12. Para realizar trasplantes entre vivos debían cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante. La fracción VI del artículo 333 de la LGS señalaba: “Los trasplantes se realizarán de preferencia entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad; sin embargo, cuando no exista donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos: a) Obtener resolución favorable del comité de trasplante de la institución hospitalaria donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica; b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante notario público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre y consciente, y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante; y c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, se entiende de Salud, para comprobar que no se está con esta práctica”.

⁴⁹ Rivera López, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 129. “Consideraré que una teoría utilitarista de la distribución de órganos es aquella que considera: 1. Que el valor (único) que está en juego al realizar la distribución es el del bienestar previsible de los pacientes (tomando el conjunto de pacientes que incluye a los pacientes que han recibido un trasplante y a los que no); 2. Que la distribución óptima de órganos para trasplante es la que maximiza el bienestar previsible de los pacientes. Por lo tanto, cualquier criterio de distribución será utilitarista si, sobre la base de la información empírica disponible (médica o de cualquier otro tipo), la aplicación de ese criterio causa previsiblemente la maximización del bienestar de los pacientes”.

- a) El receptor quiere a futuro una vida con ciertos beneficios.
- b) Esa vida futura depende para el receptor de recibir cierto órgano.
- c) Un órgano como requisito general no debe disminuir la salud del donante o de cualquier otra persona.
- d) Por lo tanto, el órgano debe ser trasplantado.⁵⁰

Por tanto, lo que estaba en juego en el debate con los ministros del Pleno de la Suprema Corte, era determinar si debía resolverse por una violación al derecho a la salud del particular, únicamente; o si bien, debía ser en el sentido abstracto a lo que es el derecho a la salud, porque existió impedimento para recibir por parte de un particular el órgano de otro sujeto que quería donárselo y por no tener relación de parentesco, tal y como lo regulaba el artículo 333 de la LGS, por entenderse este planteamiento como un derecho subjetivo.

En este asunto, el ministro Aguirre Anguiano⁵¹ argumentó en contra de permitir a cualquier persona la donación de un órgano porque:

El parentesco hasta el cuarto grado tenía probabilidades de mayor compatibilidad, por un lado, y esto es testereando un problema médico, en el cual no estaba ni estoy en dominio; y en segundo lugar, normalmente la gama de parientes de hasta el cuarto grado no es tan reducida, y el problema de trasplante de órganos estaba sucediendo en 2003 en una forma vertiginosa y en perjuicio de las clases menesterosas, más humildes, más desvalidas, que vendían sus órganos para fines de trasplante, según daba cuenta y razón la prensa nacional y la internacional.

Al respecto, Rivera López⁵² explica que si un trasplante será previsiblemente beneficioso o no, depende de la compatibilidad entre el órgano disponible y el organismo del paciente receptor, por ejemplo, los rasgos anatómicos, sanguíneo e inmunológico. Pero también es

⁵⁰ En este sentido, Gillet, Grant, "Ethics and Images in Organ Trasplantation", en Trzepacz, Paula T. (ed.), *The Trasplant Patient. Biological, Psychiatric, and Ethical Issues in Organ Trasplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 240.

⁵¹ Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la SJCN, celebrada el martes 6 de noviembre de 2007 ("Sesión pública del Pleno"), p. 21, postura que modificará posteriormente.

⁵² Rivera López, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 124.

cierto que el éxito de un trasplante es el del grado de obediencia del paciente en el tratamiento post-trasplante:

Tanto la cantidad como la calidad de la sobrevida dependen de un conjunto de conductas y condiciones que deben satisfacerse muy estrictamente. Entre ellas:

1. Toma regular y frecuente de medicamentos inmunosupresores;
2. Cumplimiento de controles médicos regulares (análisis clínicos, biopsias, etcétera);
3. Cumplimiento de autocontroles (presión arterial, temperatura, peso, etcétera);
4. Auto-observación de síntomas ligados a un posible rechazo e inmediata comunicación con el médico;
5. Condiciones sanitarias de vida muy estrictas (dada la tendencia a desarrollar infecciones que producen las drogas inmunosupresoras).⁵³

Realmente, creo que el artículo 333 de la LGS no protegía en estricto sentido a los interesados (donante-receptor) de cualquier posible comercialización de órganos y tejidos, sino que la potestad del legislador al reformar este precepto legal⁵⁴ fue para circunscribir a aquellos que estuvieran más próximos al paciente y con ello asegurar el éxito del trasplante. Pero excepcionalmente, este artículo no contemplaba ninguna limitante para el caso de un trasplante de médula ósea, como lo establecía la fracción IV. Las razones de esta decisión seguramente son diversas: *a)* Por falta de una cultura en la donación de órganos; *b)* Por no aceptar los avances tecnológicos para determinar la viabilidad del trasplante por cualquier persona, me refiero a su compatibilidad; y *c)* Por una política paternalista simplemente.

En esta discusión sobre el grado de parentesco como una condición necesaria para la donación de un órgano entre vivos, el Pleno de la Suprema Corte consideró que tan drástica limitación no es indispensable para alcanzar dichos objetivos, ya que el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con los órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, p. 127.

⁵⁴ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de mayo del 2000.

⁵⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 7, pp. 51 y 52. “Para evitar la comercialización de órganos de personas, el legislador emitió, entre otras, las si-

Por tanto, el Pleno de la Suprema Corte lo centró en el derecho a la salud, al considerarse que:

La garantía establecida en el artículo 4o. de la Constitución es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, lo cual se confirma con la exposición de motivos y los dictámenes, tanto de la Cámara de Senadores como de la Cámara de Diputados, que dieron origen a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, en cuanto señalan que se considera de fundamental importancia la procuración del más alto nivel de salud de todos los seres humanos, obteniendo una mejor calidad de vida y prolongándola, con lo cual se busca lograr el pleno desarrollo y bienestar de la sociedad en general.⁵⁶

Lo consecuente con esta consideración del derecho a la salud es el reconocimiento que el artículo 1o. de la CPEUM hace a la dignidad humana, “toda vez que para vivir dignamente se requiere que la per-

guientes medidas: necesaria autorización sanitaria y un responsable sanitario en los establecimientos de salud para realizar trasplantes, así como un comité interno de trasplantes, un coordinador y un comité institucional de bioética como supervisor de estas acciones; prohibición de sacar órganos, tejidos y células del país, excepto cuando estén satisfechas las necesidades nacionales de dichos elementos, salvo casos de urgencia; se considera ilícita la disposición de órganos no autorizados por la ley; las personas son disponentes de su cuerpo y podrán donarlo total o parcialmente para los fines y con los requisitos que establece la ley, mediante consentimiento tácito o expreso; respecto al consentimiento expreso, que éste conste por escrito; además se podrá señalar al receptor o a la institución que se beneficie con la donación; el consentimiento se restringe para menores o incapaces y para la mujer embarazada; asimismo, estableció que la donación con fin de trasplante se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y solidaridad humana; respecto de trasplantes de seres humanos vivos, sólo se realizarán cuando sean satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, el riesgo sea aceptable para la salud del donador y receptor, y se justifique por razones terapéuticas; la selección de donante y receptor se realizará por prescripción y control médico; los que intervengan en trasplantes deberán tener entrenamiento especializado y estar inscritos en el Registro Nacional de Trasplantes, quien decidirá la asignación de órganos y tejidos de donador no vivo, tomando en cuenta la gravedad del receptor, oportunidad y beneficios esperados, y la compatibilidad del receptor; por último, se establecen diversas sanciones administrativas y penas de prisión por infracciones cometidas en materia de trasplantes”.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

sona tenga todos los apoyos necesarios para conservar, mejorar o recurrar su salud”.⁵⁷

Para Habermas:⁵⁸

La vida humana goza de *dignidad* y exige *honoración* también en sus formas anónimas. La expresión *dignidad* se impone porque cubre un espectro semánticamente amplio y contiene un eco del concepto de *dignidad humana*, más específico. Las connotaciones que lleva implícitas el concepto de *honor* surgen todavía más claramente de la historia de los usos premodernos de éste, y también han dejado huellas en la semántica de *dignidad*, a saber, la connotación de un *ethos* dependiente del estatus social. La dignidad del rey se encarnaba en un estilo de pensar y actuar diferente al de la mujer casada, el soltero, el artesano y el carnicero. De estas acepciones concretas de una dignidad determinada en cada caso se abstrae la *dignidad humana* universalizada que corresponde a la persona como tal.

Por lo cual, si alguien de manera libre, gratuita, altruista y solidaria, apeándose a los estrictos requisitos establecidos en la LGS, decide donar un órgano, estaría contribuyendo a la prolongación y mejoramiento de la salud y, por ende, a la calidad de vida del receptor, y entonces, se estaría dando cumplimiento a la finalidad del artículo 4o. constitucional, esto es, que “toda persona tenga derecho a la salud”.

Esta consideración final del Pleno de la Suprema Corte permitió otorgar el amparo y protección de la justicia al afectado y, en consecuencia, decretar la inconstitucionalidad de la fracción VI del artículo 333 de la LGS.

Por tanto, con la discusión mantenida por el Pleno en su sesión privada, celebrada el 14 de julio del 2003, aprobó, con el número

⁵⁷ *Ibidem*, p. 47. “Con el objeto de estudiar la aplicación de los principios constitucionales en materia de protección de salud y desentrañar los que rigen la donación y trasplante de órganos, el Tribunal en Pleno procedió al análisis de la Ley General de Salud en sus artículos 1o., 2o., 3o., 5o., 6o., 7o., y 10 en donde determinó que la finalidad de este ordenamiento es la procuración del bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, así como la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana”.

⁵⁸ Habermas, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 55 y 56.

IX/2003, y por mayoría de siete votos a favor y cuatro en contra,⁵⁹ resolver el amparo en revisión 115/2003; sin embargo, y de acuerdo a las reglas establecidas para la jurisprudencia derivada de juicios de amparo, sólo dio origen a la tesis aislada P. IX/2003, la cual señala:

TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado dispositivo legal, al establecer que para realizar trasplantes de órganos entre vivos, el donante debe tener necesariamente con el receptor parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, o ser su cónyuge, concubina o concubinario, transgrede los derechos a la salud y a la vida establecidos en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues priva a la población en general de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad. Es cierto que el legislador, al normar el trasplante de órganos entre vivos de la manera restringida indicada, lo hizo con el propósito de fomentar el altruismo y evitar su comercialización, pero también es cierto que tan drástica limitación no es indispensable para alcanzar dichos objetivos, ya que el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con los órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación. Además, aunque la existencia de una relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato permite presumir que una persona, ante la carencia de salud e incluso el peligro de que su pariente, cónyuge o concubino pierda la vida, le done un órgano movida por ánimo altruista, de solidaridad o afecto, es un hecho notorio que no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta el ánimo de solidaridad y desinterés, sino también entre quienes se profesan amistad y aun entre desconocidos. Por tanto, cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su ánimo de altruismo y solidaridad, podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin

⁵⁹ Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Para conocer en detalle el criterio minoritario sobre el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, consúltese Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 7, pp. 57-60.

desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto constitucional en cita.

2. *Segundo momento. La consolidación del derecho a la salud por donación de órganos: especial consideración sobre acción de inconstitucionalidad número 10/2005*

Como he indicado al inicio de este trabajo, el procurador general de la República presentó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 24-A del CCEN, en cuanto que limita la donación de órganos cuando no hay una relación de parentesco alguno: “Artículo 24-A. Toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco, siempre que tal disposición no le ocasione una disminución permanente de su integridad física, ni ponga en peligro su vida”.

Esta acción de inconstitucionalidad registrada con el número 10/2005 fue estudiada y presentada en Pleno con proyecto de resolución por parte del ministro Gudiño Pelayo, que en el fondo del asunto tomó como precedente la tesis 54, publicada en agosto de 2003: “TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO. TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, en el que habían manifestado por mayoría de votos, que el artículo es inconstitucional por resultar violatorio del artículo 4o., en virtud de que restringe esta posibilidad exclusivamente a los familiares.

Lo que a continuación analizaré, será el debate mantenido por los ministros del Pleno de la Suprema Corte para resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2005.

Debate de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en pleno de la sesión que resolvió la acción de inconstitucionalidad 10/2005

Uno de los primeros argumentos en la sesión del Pleno fue puesto por el ministro Mariano Azuela Güitrón, quien pidió considerar la

medida preventiva de la mercantilización con los trasplantes de órganos prevista en el artículo 24-A del CCEN, esto es, únicamente podía tramitarse un trasplante por solidaridad o por filantropía, aunque también reconoció su inadecuada reglamentación,⁶⁰ porque el artículo 24-D, 24-C, del CCEN, dispone: “la disposición de cuerpos, órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos y de investigación será siempre a título gratuito”.

El tema del altruismo que ciertamente debe ser prioridad en temas de trasplante de órganos y tejidos, tal y como lo pone el ministro Azuela, no es una cuestión de mera compasión, sino el reconocimiento en otras personas semejantes a uno mismo a compartir un interés objetivo en las necesidades y deseos en general por tener una calidad de vida dignamente.

Nagel⁶¹ ofrece una visión puntual sobre este reconocimiento por los otros, quien señala:

Es importante que las razones por las que tú crees que otros deben considerar tus intereses no se refieran a ellos específicamente como *tuyos*. Esto es, debes estar dispuesto a conceder que si estuvieras en la posición en cuestión, otra gente tendría como razón para ayudarte simplemente que *alguien* necesitaría tu ayuda. De otro modo, no habría forma de concluir de la presencia de tales razones, en la eventualidad de que tú necesitarías ayuda, la presencia de razones similares para el caso presente, cuando alguien más está en la infortunada situación y tú estás en posición de ayudarlo. Así que para explicar cómo trabaja el argumento, debemos descubrir un aspecto de tu actitud hacia tus propios deseos, necesidades e intereses que te permita verlos como dignos de ser considerados simplemente como las necesidades, deseos o intereses *de alguien*, antes que los tuyos.

⁶⁰ Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, *op. cit.*, nota 51, pp. 16 y ss. “En un momento dado esto puede propiciar situaciones que tengan como objetivo la obtención de riqueza, y que aún pueden ser hasta manipuladas por determinados organismos que den lugar a que de pronto personas de escasos recursos se vean ante la posibilidad de donar órganos, pero no tanto por una actitud generosa, sino por obtener algún lucro, eso es lo que pienso que está detrás de este tipo de disposiciones”.

⁶¹ Nagel, Thomas, *La posibilidad del altruismo*, trad. de Ariel Dilon, México, FCE, 2004, p. 93.

Puede darse el caso del egoísmo, alguien de la familia que decida no donar un órgano a su pariente, pero existen casos donde un amigo o cualquier extraño sí quiera hacerlo. Existen tales supuestos, pero el hecho de que haya sido el Legislador quien decida quién puede y quién no donar un órgano es lo cuestionable. No podemos aceptar que se restrinja cualquier posibilidad para mejorar la salud del paciente y por ende su calidad de vida. Y más aún, impedir un carácter de solidaridad en la sociedad mexicana, al reconocer el problema del otro como el problema de uno mismo en temas de salud.

Se debe mantener una política responsable y solidaria en nuestra sociedad, tal y como lo ha sostenido Cortina:⁶² “optar a favor de la democracia no significa elegir irracionalmente un modo racional de vida, sino efectuar la única elección voluntaria y libre, coherente con las condiciones ideales aceptadas al argumentar”. Precisamente, esta ética argumentativa tiende a considerarse como principio de una ética de la responsabilidad solidaria, porque tiene en cuenta las consecuencias de la conducta tomada por la persona. Esto es, será responsable de su acto quien done un órgano, aún y por los riesgos que conlleve el propio trasplante. Toda vez que habrá de considerar las necesidades de todos los implicados que ejerzan el derecho a la salud, y evitar que alguno de los interesados (donante-receptor) quede desatendido:

Se impone universalizar las necesidades o los intereses en una norma, en la que se convierten en exigencias y calcular a reglón seguido las consecuencias que se seguirían del cumplimiento de la norma. En el caso de que los afectados estuvieran de acuerdo en aceptar las consecuencias de la norma, ésta se encontraría moralmente legitimada. A diferencia del imperativo kantiano, el cálculo de las consecuencias y su aceptación dialógica por parte de los afectados son elementos esenciales en la comulación misma de la norma fundamental.⁶³

Este planteamiento de la solidaridad de forma altruista o gratuita del trasplante de órganos en nuestro país puede verse afectada por

⁶² Cortina, Adela, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Madrid, Sígueme, 1985, p. 181.

⁶³ *Ibidem*, p. 200.

las actividades de la delincuencia organizada en el tráfico de órganos,⁶⁴ preocupación notoria de la comunidad internacional al tratar de impedir esta actividad ilícita.⁶⁵ Sin embargo, en nuestro país no existe dato oficial alguno de esta actividad ilícita, que se encuentra prevista y sancionada por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (artículo 2o., fracción IV) y la Ley General de Salud (artículos 461,⁶⁶ 462⁶⁷ y 462 bis),⁶⁸ lo cual no significa que deban elimi-

⁶⁴ Para la Declaración firmada en la tercera Conferencia de los Ministros de Sanidad Europeos, celebrada en París el 16 y 17 de noviembre de 1987, refieren que “ningún material humano puede ofrecerse en venta”. Toda vez que el tráfico de órganos y tejidos humanos constituye una forma de trata de seres humanos, que supone una grave violación de los derechos fundamentales de la persona, y en particular de la dignidad humana así como de la integridad física.

⁶⁵ Véase fundamentalmente las referencias de Romeo Casabona, Carlos María, “Los principios jurídicos...”, *cit.*, nota 3, pp. 51-53.

⁶⁶ “Artículo 461. Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de cuatro a quince años y multa por el equivalente de trescientos a setecientos días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si el responsable es un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por siete años”.

⁶⁷ “Artículo 462. Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate: *I.* Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y *II.* Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y *III.* Al que trasplante un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera a que se refiere el artículo 336 de esta Ley. En el caso de la fracción III, se aplicarán al responsable, además de otras penas, de cinco a diez años de prisión. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará además suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia”.

⁶⁸ “Artículo 462 bis. Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de cuatro a nueve años de prisión y multa por el equivalente de cinco mil a doce mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de dos a cuatro años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más en caso de reincidencia”.

narse estos controles normativos, porque en cualquier momento se volvería una actividad de grandes riesgos para la población mexicana y por supuesto para toda la humanidad.⁶⁹

Otro de los temas señalados en la sesión, esta vez por Cossío Díaz, consistió en determinar si la acción de inconstitucionalidad fue por una violación al derecho a la salud del particular, únicamente, o si bien deba de atenderse la resolución en sentido abstracto, en lo que atañe al derecho a la salud, al considerar en los derechos fundamentales una doble dimensión. Primero, es una limitación al Legislador porque la Constitución indica cuáles son los derechos de los ciudadanos (libre circulación, de expresión, de asociación, etcétera), y ese derecho se acciona justamente por virtud del juicio de amparo; en palabras de Cossío Díaz:⁷⁰

Lo que se está protegiendo es un derecho a la salud, para que ese derecho a la salud, en este sentido de limitación, el Legislador no introduzca diferencias, no introduzca matices, no introduzca condiciones que no sean razonables. ¿Cuál es aquí la relación fin-medio?, y lo decía muy bien el ministro Azuela, lo que el Legislador quiso hacer en su exposición de motivos es impedir que se genere un tráfico indiscriminado de órganos, o una situación de mercantilización, o con base en esa mercantilización se genere una situación social indeseable, pero me parece que eso está bien analizado en el proyecto porque se dice: el sistema general de la Ley impide que se dé la comercialización de los órganos, tanto así que existen una serie de tipos penales que permitirían sancionar esas conductas; consecuentemente, yo creo que el fundamento no es, insisto, este derecho subjetivo que todos tendríamos a recibir los órganos de los demás por una condición de solidaridad humana que puede presentarse, sino por la discriminación, o más que la discriminación, la inadecuada materialización o la inadecuada regulación

⁶⁹ En un sentido similar se manifestó el ministro Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, *op. cit.*, nota 51, p. 23. “En este sentido no puedo estar de acuerdo con la propuesta de simplemente rasurarle al texto lo relativo al parentesco y dejar el permiso tan amplio para que se pueda negociar, y lo digo sin segunda intención en la expresión, un trasplante de órganos entre no familiares, por qué, porque no se toman precauciones, no se toman las más mínimas precauciones que el Legislador en la Ley General de Salud estableció”, pero si se cumplen mínimos requisitos para evitar el tráfico de órganos, Aguirre Anguiano cambiaría su postura y coincidiría con el proyecto; nuevamente reitera este planteamiento en la p. 41.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

que hace el Legislador por no resultar razonable en relación con los mismos fines que él presenta.

En este orden de ideas, el ministro Cossío Díaz habrá de puntualizar que el artículo 4o. constitucional tiene a su entender una función normativa, y por ende, no requiere de la LGS para satisfacer sus funciones,⁷¹ con ello se postula por la inconstitucionalidad del citado precepto legal.⁷²

⁷¹ Véase *ibidem*, p. 38. Otro tema de discusión, que para efectos de este trabajo no será tomado en cuenta, es el de la competencia; en palabras del ministro Cossío Díaz: “declarada la inconstitucionalidad por oposición directa a un precepto de la Constitución, entonces debemos hacernos la siguiente pregunta, ¿las condiciones de donación que se van a dar en el estado de Nayarit o en cualquier otro estado del país, son condiciones de donación que puede configurar el Legislador local?, ¿o son condiciones de donación que ya le vienen configuradas por el Legislador federal?”.

⁷² *Cfr. ibidem*, pp. 54 y 55, en donde el propio ministro reflexiona cuidadosamente de la siguiente manera: “Yo creo que uno de los elementos que son comunes a todos los tribunales constitucionales —y éste no es la excepción— es el carácter normativo de la totalidad de los enunciados constitucionales; es decir, no hay retóricas constitucionales —como se decía en otro tiempo—, no hay normas programáticas, no hay ninguno de estos elementos; la Constitución tiene una materialidad normativa completa. Si esto es así, yo me pregunto ¿cuál es el sentido normativo del derecho a la salud, previsto en la Constitución? Yo creo que desde el derecho a la salud, se pueden realizar un conjunto de operaciones o de funciones normativas, con absoluta independencia a lo que disponga la Ley de Salud. A mí me parece que hablar de la fracción XVI, del 73, o de la segunda parte del enunciado del derecho a la salud, son reglas competenciales las que están establecidas ahí y me parece que es muy peligroso en materia de un derecho fundamental, confundir la parte sustantiva del precepto con la parte estrictamente competencial. Si esto fuera así, la pregunta que nos tendríamos que hacer es: ¿qué de verdad todo el derecho a la salud es de configuración legislativa y la Constitución no dice nada, salvo lo que el propio Legislador dijera? Si esto fuera así, entonces yo me pregunto ¿cómo es posible que en el 2003, la Suprema Corte declarara la inconstitucionalidad del artículo 33,3 de la Ley General de Salud, por ser contrario justamente al artículo 4o., constitucional? Creo que si nosotros vaciamos de contenido al artículo 4o., en el enunciado que dice que: “todos los mexicanos tienen derecho a la salud”; y simplemente hacemos una remisión al Legislador para que el Legislador llene esta Ley con lo que mejor le parezca, creo que estamos realmente desconociendo la función normativa de la Constitución. Por esas razones, a mi parecer, el tema central que tenemos que analizar, como lo han dicho algunos de los señores ministros —y lo dijo al final la señora ministra Luna Ramos—, es ver si este artículo que está impugnado, es o no contrario al artículo 4o. constitucional. De ahí se da una violación directa, y de ahí se genera ya una serie de efectos diferenciados”.

Por su parte, Valls Hernández consideró indispensable examinar la constitucionalidad de la ley impugnada a partir del alcance del derecho a la salud, a la autonomía de las personas para disponer parcialmente de su cuerpo en los términos que fijen las leyes. Esta aportación del ministro es trascendental porque los descubrimientos científicos, en particular la medicina, son cada vez mayores, sobre todo respecto a los trasplantes de órganos, pues trae aparejado el reconocimiento de “los derechos a su preservación, a su atención y a su mejoramiento”,⁷³ lo cual tiene que ver, en opinión de Valls Hernández, con la “cultura de donación de órganos y trasplantes”. Otro punto de vital importancia es evitar ante todo un paternalismo del Estado; según palabras del ministro:

Por lo que, si en el caso se controvierte una disposición de carácter civil, esto es un derecho de la persona sobre su cuerpo, ello en todo caso debe regularse siempre partiendo de la autonomía y, por tanto, la dignidad de las personas, pues ésta última exige que el Estado respete las decisiones que en forma personal se toman, siempre y cuando no se perjudique a terceros o, claro está, se afecte la integridad o la propia vida de la persona que pretende disponer de una parte de su cuerpo, pues ante todo debe evitarse un paternalismo de Estado, en grado tal que afecte dichos derechos fundamentales o valores que además, en el caso de fines terapéuticos, se corresponden con otros como los ya mencionados: solidaridad, altruismo, filantropía, beneficencia, etcétera.⁷⁴

Es clara la preocupación del ministro Valls Hernández por dejar al sujeto solo en su libre voluntad para donar un órgano, y que no sea el Estado con políticas paternalistas quien restrinja o prohíba su voluntad, más aún en casos de altruismo entendido no como “abyecto al autosacrificio”, sino “meramente una voluntad de actuar en consideración del interés de otras personas, sin necesidad de motivos ulteriores”,⁷⁵ por lo tanto, “la intuición correspondiente es que, puesto que soy yo quien actúa, incluso cuando actúo en interés de otro, debe haber un interés mío que proporcione el impulso. Si es así,

⁷³ *Ibidem*, p. 26.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁵ Así lo entiende Nagel, Thomas, *op. cit.*, nota 61, p. 89.

cualquier justificación convincente de la conducta aparentemente altruista debe apelar a lo que *yo* quiero”.⁷⁶

Estas consideraciones tienen vinculación directa con el derecho a la vida, porque de conservar la salud, cómo se podría respetar la vida, para lo cual el ministro considera necesario garantizar ambos derechos, y establecer mecanismos necesarios acordes con los progresos de la ciencia médica. Por tanto, la postura de Valls Hernández es decretar la inconstitucional del artículo 24-A del CCEN, “pues atenta contra la autonomía de las personas, la solidaridad, el altruismo, la generosidad que debe imperar en todo Estado constitucional y democrático; así como violenta el derecho a la salud, pues no permite un acceso eficaz al mejoramiento de la misma y, por ende, violenta también el derecho a la vida”.⁷⁷

V. COMENTARIOS FINALES

Esta resolución confirma una nueva directriz de índole político-liberal en asuntos de salud para nuestro país que son de vital importancia, como es el trasplante de órganos y tejidos. Aunque faltan otros temas por atender (aborto, eutanasia, clonación humana, drogas, etcétera), es importante elogiar esta decisión del máximo Tribunal, por lo que respecta al reconocimiento de la autonomía del sujeto, quien tiene capacidades para ejercer su derecho a la salud, constitucionalmente reglamentado, y así dejar de lado las políticas paternalistas.

Enhorabuena por esta decisión que deja abierta la posibilidad de conseguir una sociedad mexicana apegada a principios éticos solidarios y responsables en cada uno de nosotros, y dejar en el pasado aquellas políticas impositivas y restrictivas de la voluntad del sujeto, esto es, su libre elección.

⁷⁶ Cfr. *ibidem*, p. 90.

⁷⁷ Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, *op. cit.*, nota 51, p. 28.