



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Brena Sesma, Ingrid

Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre, 2002, pp.

797-816

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710502>

- ▶ 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

REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO A LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN UN TRASPLANTE DE ÓRGANOS

Ingrid BRENA SESMA*

RESUMEN: El objeto del presente artículo es formular algunas reflexiones sobre los sujetos participantes en los transplantes de órganos y la forma en que diferentes legislaciones norman sus conductas y les atribuyen consecuencias jurídicas. La autora parte de que la donación puede ser en vida o para después de la muerte. Considera que la donación en vida tiene ciertos límites tomando en cuenta que ésta puede implicar para el donante algún perjuicio grave o el menoscabo de su salud en forma irremediable. Por otro lado, examina las distintas hipótesis que pueden darse en las donaciones para después de la muerte. Asimismo, analiza la legislación nacional y extranjera que regula la donación de órganos de los menores de edad. Por último, analiza los conceptos, derechos y deberes del receptor y del equipo médico que participa en un trasplante de órganos.

Palabras clave: trasplante de órganos, donación, donante, receptor, equipo médico.

ABSTRACT: The goal of this article is to put forward a series of reflections concerning the subjects of human organs and the way in which different legal systems regulate their conduct and assign to such conduct legal consequences. The author starts from the premise that the donation of organs can imply that the transplant occurs during the lifetime of the donor, or after the latter's death. She considers that the transplant during the donor's lifetime is subject to certain limitations, taking into account that it can produce a detriment to the donor's health in an irremediable way. On the other hand, she examines the different hypothesis that can arise in the case of donations in which the actual transplant of organs takes place after the donor's death. Moreover, the author analyzes Mexican and other countries' legislation concerning the donation of organs of minors. Lastly, she studies the rights and duties of the recipients of organs and of the medical team that participate in a transplant.

Descriptors: *transplant of organs, donation, donor, recipient, medical team.*

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Diversidad de sujetos.* III. *El donante.* IV. *Receptor.* V. *Equipo médico.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Restablecer la salud de una persona a partir de implantes de órganos o tejidos partes de otra persona ha sido anhelo de la humanidad durante mucho tiempo. Históricamente se registran múltiples aunque infructuosos intentos de trasplantar miembros de un ser a otro. Pero es hasta la segunda mitad del siglo XX cuando se logra practicar con éxito trasplantes de órganos; riñón, hígado, corazón, páncreas o tejidos como médula ósea en un difícil proceso que registra numerosos fracasos derivados, en gran medida, por los rechazos de los sistemas inmunológicos. Afortunadamente, los avances científicos han logrado descubrir los medios adecuados que reducen el peligro del rechazo, y los trasplantes se han visto multiplicados en forma significativa.

El trasplante implica la extracción de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo de un individuo y su transferencia al cuerpo de otro con el fin de restablecer la salud de éste último. Esta operación, sin embargo, no se limita a sus aspectos técnicos, o médicos, ya que en ella van implícitas consecuencias científicas, sociológicas, psicológicas, filosóficas y desde luego, jurídicas. Ello obliga a los especialistas en estos conocimientos, y a la sociedad en general, a plantearse serios cuestionamientos y una reflexión sobre los límites necesarios a este tipo de actividades de manera que, además de beneficiar el estado de salud de personas que la han perdido, se preserven los valores profundamente enraizados en la persona humana.¹

Las nuevas situaciones creadas con el desenvolvimiento de prodigiosas técnicas médicas suscitan la atención de los juristas y obligan a repensar ciertos conceptos considerados como inmutables y

¹ Gazcon, Suzanne, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Les editions Yvon Blais inc. Collection Minerve, 1993, p. 1.

que ahora son trastocados, tales como la libre disposición de nuestro propio cuerpo, la vida, la salud o el concepto mismo de muerte.

¿El cuerpo humano es un bien o forma parte inseparable del concepto de persona? ¿Corresponde únicamente al sujeto de cuyos órganos se trate la facultad para disponer del cuerpo, o puede un tercero, en su sustitución, inclusive el Estado, autorizar la ablación de órganos una vez ocurrido el deceso? Si se trata de menores de edad o incapaces ¿cabe la representación en forma general o sólo en casos especiales? ¿Qué tienen que saber tanto el donador como el receptor acerca de las técnicas y posibles resultados del trasplante para que podamos considerar como libre su decisión de aceptar el trasplante? ¿Quiénes tienen, en todo caso, la obligación de proporcionar la información necesaria?

Estas preguntas implican la necesidad de descubrir, en primer término, a los sujetos involucrados en cada trasplante: una persona enferma que requiere de un trasplante para recuperar la salud, alguien dispuesto a donar algún órgano o tejido en vida o después de su muerte para que otro alcance su propósito. En el caso de una persona fallecida, su pareja o el pariente autorizados por la ley para efectuar la donación y los diferentes equipos médicos que intervienen en los distintos momentos del trasplante.

Con el presente trabajo se pretende formular algunas reflexiones jurídicas en torno a los participantes en los trasplantes y a la forma en que algunas de las diferentes legislaciones norman sus conductas y les atribuyen consecuencias jurídicas.

II. DIVERSIDAD DE SUJETOS

Los órganos y tejidos, objeto de trasplante, pueden obtenerse de persona viva, de un fallecido o de alguien que se encuentra en estado de pérdida de la vida,² para destinarse a ser implantados en un receptor. Las extracciones e implantes requieren la intervención de diferentes cuerpos de médicos, tomando en cuenta la secuencia de los trasplantes.

² El artículo 343 de La Ley General de Salud describe las características que tipifican la "pérdida de la vida".

El proceso se inicia con el diagnóstico de la enfermedad o disfunción de un órgano que pueden ser resueltos con un trasplante, pasando por la declaración de muerte o pérdida de la vida del donante y la ablación, hasta el implante en el paciente y finalmente el seguimiento post-operatorio.

Los profesionistas especializados y el receptor serán siempre los sujetos del trasplante de órganos, en cambio, el o los donantes variarán si se trata de los órganos de una persona viva o de los de un fallecido.

III. EL DONANTE

“El derecho a disponer de bienes implica un poder, una libertad integrada a la autonomía y ligada a un principio de autodeterminación de la persona humana dentro de los límites de un proyecto de vida en sociedad”, expone Suzanne Gascon.³ María Berloggio agrega: “El derecho a disponer de órganos y tejidos derivados de materiales anatómicos con fines terapéuticos pueden responder a sentimientos del sujeto de solidaridad humana o a fines altruistas”⁴.

¿Quién mejor que la persona puede decidir sobre la donación de una parte de su cuerpo? Los sentimientos de quien pretende realizar un acto altruista deben ser respetados, sin embargo, los mismos se ven limitados en razón del bienestar del mismo donante y del sistema de valores de la sociedad.

Habremos de distinguir entre dos posibilidades para analizar cuándo y en qué medida existen limitantes. La persona puede donar órganos y tejidos para que sean extraídos durante su vida o para después de su muerte.

1. *Donante en vida*

La libertad para disponer de órganos y tejidos para que sean extraídos durante la vida del donante no es absoluta, la mayoría de los ordenamientos jurídicos consagran la protección del cuerpo

³ Gazcon, Suzanne, *op. cit.*, nota 1, p. 3.

⁴ Bergoglio de Brouwer de Koning, María y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *Trasplante de órganos entre personas, con órganos de cadáveres*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pp. 20 y ss.

humano aún contra la decisión de quien pretende disponer de sus órganos. El derecho protege al individuo, de aquella declaración de voluntad que le pudiera producir un grave perjuicio o le signifique el menoscabo de su salud en forma irremediable.

La Ley General de Salud prohíbe las donaciones que puedan causar la muerte o la incapacidad total o permanente de la persona que pretende realizar una donación,⁵ y agrega: “Sólo se podrá realizar el trasplante cuando represente un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico”.⁶

En nuestro país estas donaciones deben cubrir los requisitos señalados en la propia Ley General de Salud:⁷ se exige la mayoría de edad del donante y el pleno uso de sus facultades mentales como garantía de una libre expresión de la voluntad. Médicamente se debe determinar que la función del órgano que se pretende extraer pueda ser compensada por el organismo del donante en forma adecuada o segura y que existan, además, datos precisos que permitan suponer la compatibilidad entre donante y receptor para que el acto altruista no sea condenado al fracaso.

Salvo el trasplante de médula ósea, entre donante y receptor debe existir una relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato. Tal exigencia sirve para garantizar la acción altruista del donante como un acto de solidaridad y afecto con el receptor, y no como un acto mercantil, por el cual un “vendedor de órganos” —no un donante— obtendría una gratificación económica.

La voluntad de los donantes puede ser considerada libre en la medida que el sujeto haya recibido toda la información posible. Las decisiones son complicadas; el sujeto, posible donante, debe saber que será sometido a una intervención quirúrgica nunca exenta de riesgos, y si se trata de órganos, existe la posibilidad de un incremento de riesgos futuros para su salud. Los médicos que

⁵ La Ley General de Salud de nuestro país expresa que toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente (artículo 320), y que la donación consiste en el consentimiento, en vida o después de su muerte, para que su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilice para trasplantes.

⁶ Artículo 330 de la Ley General de Salud.

⁷ Artículo 333 de la Ley General de Salud.

atienden al donante deben valorar si la voluntad es expresada en forma libre o si el sujeto ha sido sometido a influencias psicológicas o emocionales. Las presiones llegan incluso ha hacer sentir a una persona como responsable de que otra viva o muera, y asumir, en forma personal, las consecuencias que llegarán a producirse por una falta de trasplante.

2. Donación para después de la muerte

También en vida podemos expresar nuestro deseo de que al morir nuestros órganos sean utilizados en un trasplante. Una tercera opción es declarar expresamente la prohibición de que nuestros órganos sean separados del cadáver después de ocurrir la muerte.

Todas estas posibilidades implican una manifestación de la voluntad, aunque por desgracia lo frecuente es que las personas no expresen deseo alguno sobre el posible destino de los órganos o tejidos de su cadáver. De ser así, ¿se justificará la utilización de esos órganos para preservar la vida o la recuperación de la salud de otra persona? En todo caso ¿quién autorizará o quien negará la autorización para tales actos? ¿La decisión corresponderá a los herederos del fallecido? o ¿podrá el Estado suponer un consentimiento tácito cuando la persona que fallece no manifestó expresamente su desacuerdo con la ablación de sus órganos o tejidos? Quienes legislan sobre el tema se hacen estas preguntas, y las han resuelto en forma por demás variada, sustentados en una serie de soportes filosóficos, sociológicos y jurídicos.

A. Decisión del donante

Un sujeto puede donar sus órganos y tejidos o negarse a la ablación. Lo más prudente es permitir que cada cual decida sobre el destino de su cuerpo, incluso después de su muerte en función de sus creencias.⁸

⁸ Núñez Muñiz, Carmen, "Respeto a la voluntad del fallecido en la legislación sobre trasplantes de órganos", *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, España, UNED, núm. 7, 1994, p. 342.

Resulta indiscutible en estos momentos aceptar la libertad de una persona para decidir sobre su cadáver. Si el derecho permite a una persona disponer de sus bienes para después de su muerte ¿por qué no aceptar que corresponde al individuo decidir sobre sus restos mortuorios?

La mayoría de las legislaciones aceptan, en principio, que esta decisión *post-mortem* corresponde a la persona de cuyo cuerpo se trata, si una persona dona su cuerpo en tales circunstancias, su decisión no puede ser violada por terceros a quienes sólo corresponde respetar las decisiones del difunto, siempre que el contenido de las mismas sea moralmente legítimo.⁹ Esta donación debe constar por escrito, en todo caso, y la voluntad de los familiares sobrevivientes se subordinará a la voluntad manifestada en vida por quién fallece.¹⁰

B. *Decisión por terceros*

La mayoría de las veces, la muerte sorprende a quien no se ha puesto a meditar en ella ni en la posibilidad de donar sus órganos. ¿Cómo actuar ante la ausencia de una voluntad? Los autores que han analizado el tema presentan diversas posturas, algunas extremas y otras más conciliatorias.

Para Ernesto Garzón Valdés, Rodolfo Vázquez y Carmen Núñez no hay razón para no admitir un consentimiento tácito. El primero señala que la tendencia actual es reconocer la importancia de los órganos y tejidos y su notable escasez. Esto lo induce a presumir el consentimiento no expresado, “un cadáver es, además, una fuente de bienes vitalmente útiles, cuya no utilización puede causar daño a seres vivientes”.¹¹ Esta tendencia “se justifica por su carácter solidario y realista”, agrega Rodolfo Vázquez.¹²

⁹ Garzón Valdés, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *Isonomía*, México, núm. 1, octubre de 1994, p. 116.

¹⁰ Gordillo Cañas, Antonio, *Trasplantes de órganos: “pietas” familiar y solidaridad humana*, Madrid, Civitas, 1987, p. 89.

¹¹ Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 177.

¹² Vázquez, Rodolfo, “Consentimiento y extracción de órganos”, *Isonomia*, México, ITAM, núm. 1, octubre de 1994, p. 193.

El mismo Vázquez¹³ justifica plenamente la presunción del consentimiento cuando el fin terapéutico de la ablación es inmediato. El valor de la vida del receptor debe prevalecer sobre el consentimiento o la autorización de los disponentes secundarios. En el caso del motivo terapéutico mediato, es decir cuando el órgano va a dar a un banco, Vázquez se inclina en pensar que tampoco en estos casos se requiere del consentimiento o de la autorización de los disponentes secundarios. Si el motivo es únicamente científico de investigación, considera la prevalencia de la *pietas familiae*.

Carmen Núñez opina que si alguien, teniendo posibilidades reales de hacerlo, no manifestase su voluntad, sería perfectamente admisible una presunción legal, interpretando el silencio, en sentido favorable a la donación en aras de la salud colectiva.¹⁴

La legislación brasileña ha aceptado el consentimiento tácito, sin embargo, esta decisión legislativa no ha sido bien recibida por la doctrina. En concepto de Roberto de Gouvêa Medina,¹⁵ la nueva legislación rompe abruptamente con las costumbres arraigadas y las creencias y tradiciones religiosas. El mismo autor reflexiona que su país cuenta con 18.4% de analfabetismo, cifra indicativa de que buena parte de los habitantes carece de capacidad de discernimiento suficiente para decidir sobre el destino del propio cuerpo después de su muerte. Celso Rivero, citado por De Gouvêa, ha expresado que la manifestación tácita es una verdadera confiscación del cuerpo humano por el Estado.¹⁶

¹³ *Ibidem*, p. 198.

¹⁴ Gouvêa Medina, en cambio, considera que “el silencio produce efectos jurídicos cuando, debido a circunstancias o condiciones de hecho o falta de respuesta a interpellaciones, abstención o aptitudes omisivas voluntarias, induce a la otra parte, como a cualquier persona a la creencia legítima de que el silente ha revelado de cualquier modo una voluntad seguramente identificada”. La falta de manifestación de donar los órganos y tejidos no cumple, sino tal vez en casos aislados, con esta interpretación del silencio, sino que se trata la mayoría de las veces de una ignorancia tanto de lo que es el trasplante y su fin, así como de la legislación. Gouvêa Medina, Roberto de, “Donación de órganos del cuerpo humano”, *Revista da ordem dos advogados do Brasil*, Brasilia, año XXVI, núm. 63, julio-diciembre de 1996, p. 65.

¹⁵ Gouvêa Medina, Paulo Roberto de, *op. cit.*, nota anterior, p. 64.

¹⁶ *Ibidem*, p. 66.

Otros autores justifican¹⁷ que el Estado goce del poder de disponer de los cadáveres de sus ciudadanos con el fin de obtener órganos y tejidos necesarios para salvar vidas humanas, e incluso proponen que los cadáveres sean declarados “bienes de utilidad pública”. Estas corrientes extremistas han sido fuertemente criticadas por no respetar el consentimiento de los deudos e ir en contra de las creencias y sentimientos de las personas.

El sentimiento de respeto a los muertos, nacido en las tradiciones más antiguas, impide la consideración del cuerpo humano sin vida como un bien del dominio común del cual el Estado puede disponer bajo el pretexto de la no manifestación en contrario de la persona.

En una posición intermedia, Romeo Casabona, citado por Bertoldi, defiende el sistema del consentimiento presunto, pero matiza: “la presunción legal sólo cede ante la oposición expresa de la persona en vida”.¹⁸

Son numerosas las legislaciones (Brasil, España, Francia, entre ellas), que plantean la aceptación tácita, en caso de ausencia de una manifestación expresa, pero también son numerosos los doctrinarios que se oponen a ella con fundamentos religiosos, sociales y jurídicos.

En nuestro país se intentó legislar en 2000 la aceptación tácita, sin embargo, los autores del proyecto percibieron tal oposición social ante ella que modificaron su postura en los términos que ahora se explican.

La Ley General de Salud, reformada en materia de trasplantes, en una posición conciliadora regula la aceptación tácita cuando se requiere para fines de trasplante, pero exige el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme a la prelación señalada.¹⁹

17 Bergoglio de Brouwer de Koning, María y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *op. cit.*, nota 4, p. 258.

18 *Ibidem*, p. 260.

19 Se considera la conveniencia de reflexionar que el orden de prelación señalado por la ley mexicana rompe con las reglas de parentesco del Código Civil federal, pues entre el adoptado y el adoptante existe el mismo grado de parentesco que entre padres e hijos, y no se justifica la preferencia legal de otros parientes más lejanos.

Dentro de la misma tendencia, la legislación venezolana establece:²⁰ “Deberá constar por escrito el consentimiento del receptor o, en su defecto, el de sus familiares o representantes legales, y a falta de éstos, o si no pudieran prestarlo, el de las personas que convivan con el receptor....”.

En España no es necesario el consentimiento de los familiares, se presume la voluntad del donante; sin embargo, en la práctica siempre se solicita este consentimiento a pesar de que la ley en ningún momento la menciona.²¹

María Bertoldi²² considera que las legislaciones que posibilitan escuchar la opinión de los sobrevivientes, atribuyendo a éstas facultades dispositivas o de oposición a la extracción, como la nuestra, están más acordes con los sentimientos de piedad que anidan en la sociedad.

3. *Objeto de la donación post-mortem*

La donación para después de la muerte, independientemente de quien haya manifestado la voluntad, es tratada legislativamente en forma distinta a la donación en vida. Ya no se intenta proteger la integridad física de un donante que ha dejado de existir. En vida, el cuerpo humano es el sustrato de la persona: “Se dice que es la persona misma”,²³ sin embargo, muerto el donante desaparece el gran obstáculo de la integridad física entendida está en función del bien de la vida y de la persona.²⁴

A falta de norma expresa que prohíba o limite la donación de órganos o tejidos para después de la muerte, ésta está permitida. Las diferentes legislaciones pasan de la minuciosidad a la laxitud.²⁵

²⁰ Artículo 6o. de la Ley sobre Trasplante de Órganos del 3 de diciembre de 1992.

²¹ Núñez Muñiz, Carmen, *op. cit.*, nota 8, p. 350.

²² Bergoglio de Brouwer de Koning, María y Bertoldi de Fourcade, María, *op. cit.*, nota 17, p. 260.

²³ Gascon, Suzanne, *op. cit.*, nota 1, p. 5.

²⁴ Gordillo Cañas, Antonio, *op. cit.*, nota 10, p. 62.

²⁵ *Ibidem*, p. 72.

Lo único exigible es la comprobación, previa a la extracción de los órganos y tejidos de la pérdida de la vida del donante, del consentimiento expreso del disponente o la inexistencia de negativa expresada por las personas señaladas en la ley, en nuestro país, por los artículos 324 y 334 de la Ley General de Salud.

4. *Menores*

El tema de los trasplantes no se limita al mundo de los adultos, son numerosos los casos de menores enfermos que requieren de órganos o tejidos adecuados a su desarrollo físico, los cuales sólo pueden ser proporcionados por otro menor. Estos trasplantes, por tratarse de donadores más vulnerables, sin capacidad jurídica para disponer de sus órganos y tejidos, merece una especial reflexión.

El principio “Nadie puede disponer de nuestro propio cuerpo” podría verse quebrantado en el caso de los menores, en tanto que ellos carecen de capacidad jurídica para disponer de su cuerpo en vida o para después de su muerte, pero permitir la disposición de ciertas partes del cuerpo de un menor por su representante legal sin que aquel exprese su voluntad podría parecer una transgresión a varios de los derechos fundamentales del menor como su salud o integridad física.²⁶

Los menores de edad e incapacitados no han alcanzado el grado de discernimiento y autonomía personal para gobernarse y decidir por sí mismos todos y cada uno de sus actos, por lo cual “deben ser salvaguardados de la posibilidad de autorizar un atentado a su propia identidad física”.²⁷ Sin embargo, el menor debe ser tomado en cuenta según sus características personales, edad y grado de madurez para expresar su decisión de donar o negar su médula ósea que es el único tejido que la ley permite que sea donado.

²⁶ Se debe cuestionar el poder otorgado a un representante legal para consentir un atentado corporal sobre su protegido, aún cuando sea para proteger a una persona más vulnerable expresa: Gascon, Suzanne, *op. cit.*, nota 1, p. 8.

²⁷ Angoita Gorostiaga, Víctor, *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos; problemática jurídica*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 293.

El artículo 3o. de la Convención de Derechos del Niño expresa: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La noción de interés superior del menor se torna de difícil comprensión si la disposición consentida por un tercero no le reporta ningún beneficio a la vida del menor, a su integridad física y favorece exclusivamente al receptor.²⁸ ¿Bajo qué circunstancias puede legitimarse la toma de un tejido perteneciente a un menor?

Pueden darse casos concretos que justificarían un perjuicio al menor en aras de reintegrar la salud a un miembro muy cercano de su familia, por ejemplo, un hermano. Esta donación de alguna manera gratificaría al menor cuando tuviera conciencia de haberle salvado la vida a su familiar. Se considera que los casos de excepción deben estar expresamente regulados en la ley, o sujetas a revisión judicial. La legislación de Canadá, por ejemplo, cuya regulación requiere de un control judicial sobre la decisión del representante legal del menor.

La normativa española exige la intervención personal del donante aún cuando este sea menor de edad. Sus padres o tutores no lo sustituyen en el acto de donar, se limitan a autorizar el acto de donación, en vista de que éste es un acto personalísimo en el que el donante no puede ser sustituido.²⁹

La ley venezolana acepta como donante al menor de edad cuando sea pariente consanguíneo del receptor, pero la decisión, por tratarse de acto de disposición sobre su cuerpo, debe ser tomada por el menor, no por su representante legal o el juez.³⁰

²⁸ *Ibidem*, p. 85.

²⁹ El Real Decreto de 22 de febrero de 1980 de España expresa: “La extracción de médula ósea en el menor de edad ha de ser no sólo autorizada por los padres o representantes legales, sino muy especialmente consentida por el menor, cuyas condiciones de madurez le permitan comprender la naturaleza del acto”, Gordillo, *op. cit.*, nota 10, p. 67.

³⁰ Párraga de Esparza, Marisela, “Los derechos corporales; trasplantes e indisponibilidad comercial de las partes anatómicas del ser humano”, *Fróñesis*, Maracibo, vol. 4, núm. 3, 1997, p. 38.

La ley francesa excluye al menor de edad como posible donante, no obstante se permite la extracción de la médula ósea en beneficio de un hermano o hermana. En tal supuesto se requiere el consentimiento de quien ejerce la patria potestad o sea su representante legal. La autorización para efectuar la extracción de la médula se acuerda por un comité de expertos el cuál se asegurará de que el menor ha sido informado de la posibilidad de extracción con objeto de que manifieste su voluntad, si ello fuera posible. La negativa del menor constituye un obstáculo para la donación.³¹

Desafortunadamente, la legislación mexicana no toma en cuenta la voluntad del menor, ni siquiera su opinión, tampoco señala los casos de excepción en los que se justificaría la extracción de su medula ósea ni prevé una supervisión judicial. La Ley General de Salud de nuestro país expresa simplemente en el artículo 332: “No se podrán tomar órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos”, a esta regla general se aplican excepciones “cuando se trate de trasplantes de medula ósea, para lo cuál se requerirá el consentimiento expreso de los representantes del menor”.

La norma permite que cualquier representante del menor, padre, madre o en su defecto alguno de los abuelos, o lo que es más grave hasta un tutor aun no ligado al menor por vínculos afectivos, puede autorizar el trasplante de médula del menor a cualquier clase de receptor. Estas posibilidades nos lleva a cuestionar los límites y alcances de los derechos de quienes ejercen la patria potestad.

Además, el artículo 323 de la Ley General de Salud expresa: “El consentimiento tácito o expreso otorgado por menores de edad e incapaces no será válido”. Ante tal expresión nos preguntamos si la manifestación de voluntad del menor no merecía ser escuchada, tomada en cuenta y valorada de acuerdo con la edad, madurez y motivaciones del menor para que su representante, en su caso, avalara la decisión del menor.³²

³¹ *Ibidem*, p. 39.

³² La representación en derecho de familia implica, en algunos casos, sustituir la voluntad del menor, cuando debido a su edad o estado general no puede expresarla, pero cuando es posible una manifestación de la voluntad del menor en estos casos, el representante sólo

En cambio, la donación de órganos de un menor que ha fallecido puede ser realizada por quien fue su representante en vida o por sus parientes más cercanos, según decida la legislación. En este caso ya no se trata de proteger un interés superior y la ablación está plenamente justificada si se obtiene el consentimiento de quien en vida fue su representante.

IV. RECEPTOR

Receptor es la persona cuya salud se encuentra en tal grado de deterioro que precisa el reemplazo de un órgano o tejido para recuperar, en algún grado, el estado de salud o mitigar su padecimiento.

El médico debe aconsejar el trasplante cuando no se puedan aplicar al enfermo ninguno de los procedimientos convencionales o estos han fracasado: “El trasplante es el último medio terapéutico para la recuperación del paciente”.³³

En todo caso, la decisión corresponde al posible receptor y la información que reciba debe comprender datos completos sobre el diagnóstico de su enfermedad, los riesgos de la intervención, incluido el rechazo y las posibilidades reales de conservar la vida, mejorar la salud o aliviar el dolor. Sólo cuando una persona cuenta con información completa y, de acuerdo con sus propias experiencias y valores, puede decidir acerca de la calidad de vida que desea o por lo menos con la cual se conforma.

El trasplante debe realizarse en las mejores condiciones posibles con el fin de garantizar la satisfacción de las expectativas del receptor.³⁴ Esta afirmación implica la selección de los profesionales

debe dar su consentimiento, avalar la voluntad expresada por el menor, tal es el caso del consentimiento necesario para que un menor se case, se divorcie o reconozca un hijo. En todos los casos señalados, la representación del menor se justifica por la protección de intereses de la persona a quien se representa.

³³ Bergoglio de Brouwer de Koning, María y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *op. cit.*, nota 4, p. 333.

³⁴ El receptor es definido por la Ley General de Salud como la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o producto.

habilitados para la ablación y trasplante, y la fijación de los establecimientos asistenciales capaces de contar con la tecnología adecuada.

Toda persona con necesidad y posibilidad de recibir un trasplante tiene derecho a estar en las listas que para el efecto se forma en cada Estado. “Para la asignación de órganos y tejidos de donador que ha fallecido se tomarán en cuenta: la gravedad del receptor, la oportunidad del trasplante, los beneficios esperados, la compatibilidad con el receptor y los demás criterios médicos aceptados”, señala el artículo 336 de la Ley General de Salud. Sin justificación, ese mismo artículo expresa: “Cuando no exista urgencia o razón médica para asignar preferentemente un órgano o tejido, ésta se sujetará estrictamente a la lista que se integrará con los datos de los mexicanos en espera...”. La pregunta obligada es ¿porqué se excluye a los extranjeros que radican en el país de la posibilidad de recibir un trasplante? ¿no podríamos catalogar de discriminatoria a esa norma?

El receptor de un órgano o tejido de donante vivo debe ser pariente por consanguinidad, por afinidad o civil o tener relación de matrimonio o de concubinato con el donador, a menos que se trate del trasplante de médula ósea.³⁵ Se exige este requisito para comprobar lo estrecho de la relación entre el donante y el receptor, y justificar la actitud altruista del primero sin suponer una intención de lucro a cambio de la donación.

En general las legislaciones analizadas directamente o comentadas por diversos autores³⁶ se refieren con mayor precisión al consentimiento del donante expresado por sí o por sus representantes que al del receptor. La mexicana, por ejemplo, no regula formalidades para la expresión de ese consentimiento ni hace diferencia entre receptores adultos y menores de edad o incapaces.

³⁵ Artículo 333 de la Ley General de Salud.

³⁶ Véase la bibliografía de este trabajo.

V. EQUIPO MÉDICO

El trasplante de órganos y tejidos requiere todo un soporte médico y con ello me quiero referir tanto a los profesionales como a los equipos y a los establecimientos adecuados para tales operaciones.

Los centros hospitalarios deben contar con la infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios para garantizar la extracción, trasplante o implantación de órganos y tejidos.

El profesional que inicia el largo proceso del trasplante es aquel que diagnostica a la persona su enfermedad y le indica la conveniencia o necesidad de un trasplante. A él corresponde proporcionar al enfermo toda la información relacionada con el estado real de su salud y la explicación de por qué recomienda un trasplante. También debe informarle sobre las expectativas reales de éxito y aún las probabilidades de un fracaso, así como de los riesgos que representa tanto para él como para el donador, si se trata de persona viva. La mayoría de las legislaciones recomiendan que ésta información sea proporcionada por un médico distinto de los que intervienen en el trasplante, la ley mexicana así lo exige.³⁷

Por otra parte, un médico, que pudiera ser el mismo, evaluará al posible donante de acuerdo con los requisitos legales. No debe pasar inadvertido el difícil papel que le toca desempeñar al médico, ya que normalmente quien lo consulta está esperanzado en transitar de un estado patológico a uno de salud o, por lo menos, minimizar los estragos de una enfermedad. El trasplante, en cambio, modifica la interacción médico-paciente, pues quién consulta al especialista es una persona sana dispuesta a donar un órgano o tejido. El paciente no resultará beneficiado, por el contrario, se verá sometido, por lo menos, a un riesgo y a un probable perjuicio.

Ese riesgo o probable perjuicio deben justificarse atendiendo a las motivaciones que impulsen al donante a actuar solidariamente con el posible receptor ¿Qué padre o madre no estaría dispuesto a donar sus órganos para salvar la vida de sus descendientes?

Corresponde al médico averiguar si la decisión tomada por el donante es libre o ha sido influenciada por tercero, y que ésta no

³⁷ Artículo 333 de la Ley General de Salud.

se funde en errores o falta de información. Si ese fuera el caso, es deber del médico aclarar a la persona las dudas y los malos entendidos. La libre expresión basada en información completa y veraz evitará arrepentimientos extemporáneos del donante, ante situaciones que se convierten en irreversibles.

El trasplante de órganos de personas fallecidas requiere de un planteamiento diferente. Muerta la persona, no puede resultar perjudicada con las ablaciones. Un equipo médico intervendrá para declarar la pérdida de la vida o muerte del sujeto cuyos órganos o tejidos van a ser utilizados.

El artículo 334 de la Ley General de Salud señala que este equipo debe ser distinto a aquel que realice el trasplante. La disposición pretende evitar que el mismo médico interesado en obtener un órgano, sea quien declare un estado de pérdida de la vida del posible donante, pues podría presentarse un conflicto de intereses entre la declaración de pérdida de la vida y el interés de obtener los órganos y tejidos para el trasplante.

Los equipos médicos que llevarán a cabo la extracción y el trasplante,³⁸ contarán con el entrenamiento especializado. “La idoneidad del médico implica que se trate de profesionistas especializados conforme a las leyes que rigen el ejercicio de la medicina”, señala María Bergoglio.³⁹

Al lado de ésta multiplicidad de médicos o equipos médicos que intervienen, por disposición legal se torna necesaria la participación de los profesionales de la salud dedicados a la psicología. El trasplante de órganos tiene un gran impacto en las emociones del donante, si está vivo. No es fácil aceptar la extracción de una parte del propio cuerpo. Para algunas personas podría representar un trauma tan sólo imaginar la falta de un órgano para el resto de su vida. Además deben tener conciencia de que tal vez su gesto altruista no llegue a buen fin si se presentan complicaciones, como el rechazo al órgano, por parte del organismo del receptor.

³⁸ Artículo 335 de la Ley General de Salud.

³⁹ Bergoglio de Brouwer de Koning, María y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *op. cit.*, nota 4, p. 92.

En caso de donante fallecido, los familiares deben estar preparados mentalmente para entender la extracción de órganos de su ser querido. Esta extracción sólo va a producir beneficios a la salud de aquellos que esperan con ansia un órgano o tejido, en muchos casos, para continuar viviendo.

Tampoco al receptor le resulta sencillo aceptar en su cuerpo un órgano extraño. Surgen las preguntas acerca de ¿cómo se relacionará con el donador vivo? ¿Deberá estarle agradecido si no es que sometido toda su vida a quien le donó el órgano? Todas las difíciles situaciones planteadas requieren de un soporte proporcionado por psicólogos que pasan a ser parte del proceso del trasplante.

VI. CONCLUSIONES

El tema de trasplantes de órganos y tejidos implica muchos y más profundos análisis jurídicos. Este estudio se limitó a reflexionar sobre los sujetos que participan en el proceso del trasplante. Al contestar las preguntas planteadas al inicio, las respuestas no resultaron únicas, pues traté de consultar autores que sustentaran posiciones diversas desde distintas corrientes de pensamiento.

Las coincidencias parten de la convicción de una necesaria información sobre ¿qué es el trasplante?, ¿cuáles sus riesgos?, ¿a quién beneficia?, y en general ¿qué significado tiene para la sociedad?

La repercusión del trasplante no se reduce a la salud física de la población, sino que trasciende hacia la actitud solidaria entre los miembros del conglomerado social. El propósito de este estudio es el de saber más sobre las personas que intervienen en un trasplante, y las relaciones que se plantean entre quienes intervienen en los procesos para que, en casos necesarios, se tomen mejores decisiones.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANGOITA GOROSTIAGA, Víctor, *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos; problemática jurídica*, Madrid, Ediciones jurídicas y sociales, 1996.
- BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, *Trasplante de órganos, entre personas, con órganos de cadáveres*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- DIANESE, Gianluca, *La nuova disciplina del trapianti di organi, commento alla legge lapeile 1999*, Italia, Finanze e lavoror, 1999.
- GASCON, Suzanne, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Québec, Les éditions Yvon Blais Inc. Collection Miner-ve, 1993.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana*, Madrid, Civitas, 1987.

1. *Hemerografía*

- BANDA VERGARA, Alfonso, “Consideraciones sobre trasplante de órganos y derecho a la vida”, *Revista de Derecho*, Chile, Universidad Austral de Chile-Valdivia, vol. VIII, diciembre de 1997.
- CASTELLANOS COUTIÑO, Javier, “Consideraciones éticas y jurídicas de los trasplantes de órganos en México”, *Revista Jurídica*, México, nueva época, núm. 9, marzo de 1997.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *Isonomía*, México, núm. 1, octubre de 1994.
- GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de, “Donación de órganos del cuerpo humano”, *Revista, da ordem dos advogados do brasil*, Brasilia, año XXVI, núm. 63, julio-diciembre de 1996.
- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, “Respeto a la voluntad del fallecido en la legislación sobre trasplante de órganos”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, España, UNED, núm. 7, 1994.
- PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela, “Los derechos corporales; trasplantes e indisponibilidad comercial de las partes anatómicas del ser humano”, *Frónesis*, Maracaibo, vol. 4, núm. 3, 1997.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, "Trasplantes de órganos, reflexiones jurídicas sobre el tema", *LEX*, México, 3a. época, año III, núm. 19, enero de 1997.

VÁZQUEZ, Rodolfo, "Consentimiento y extracción de órganos", *Isonomía*, México, ITAM, núm. 1, octubre de 1994.

2. *Legislación*

Decreto del Reglamento a la Ley de Autorizaciones para Trasplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos, Costa Rica, 1995.

Decreto por el que se reforma la Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, México, 26 de mayo de 2000.

Ley de los Institutos Nacionales de Salud, México, 29 de abril de 2000.

Ley sobre Trasplante de Órganos, Venezuela, 3 de diciembre de 1992.

Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos, Argentina, 19 de abril de 1993.

Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se Regulan las Actividades de Obtención y Utilización Clínica de Órganos Humanos, y la Coordinación Territorial en Materia de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos, España, 4 de enero de 2000.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 26 de noviembre de 1987.