

TRASPLANTES DE COMPONENTES ANATÓMICOS EN SERES HUMANOS (LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y EL DERECHO COMPARADO)

Dr. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA*

I

INTRODUCCIÓN

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El palpitante y controvertido tema de los trasplantes de componentes anatómicos¹ en seres humanos, adquiere cada día mayor dimensión. Lo que hasta hace pocos años parecía ser una fantasía macabra, es hoy una realidad que no escapa al interés de científicos, teólogos, juristas, estudiosos y profanos de todas partes.

Ya por los años treinta se había establecido como un procedimiento quirúrgico normal el injerto de córnea. Pero los grandes progresos en materia de trasplantes de componentes anatómicos tienen ocurrencia en las dos últimas décadas, cuando se inicia la era del trasplante de corazón y de pulmones, con el desigual resultado que corresponde a una técnica y especial conocimiento científico aún en sus comienzos, pero que se muestra desde luego esperanzador y aleccionante.

El surgimiento de la nueva técnica de los trasplantes ha dado origen a una dispersa bibliografía extranjera, que por la misma premura de su producción, resulta un tanto contradictoria y de muy diferente valor, pero que es paladina demostración de la profunda inquietud intelectual que la misma ha suscitado en los círculos científicos.

El interés por disminuir el desajuste entre la realidad y la norma legal², ha motivado la regulación de los trasplantes en seres humanos en varios países, entre

* El autor se desempeña como juez 44 de Instrucción Criminal en Medellín.

¹ Los arts. 3º y 7º de los decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982, que regulan los procedimientos de trasplantes de órganos en seres humanos en Colombia, definen los *componentes anatómicos* como "los órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo".

² Si las ciencias humanísticas y del espíritu, no mantienen el ritmo evolutivo y creador que aparecen los revolucionarios adelantos en la técnica científica, la sociedad se ve lastrada por prejuicios, atavismos y concepciones intelectuales que devienen anacrónicas, las cuales, por la natural interdependencia de estos sectores de lo cultural y por la necesidad de su armónico conocimiento, originan anormales desajustes y dificultades de adaptación.

ellos el nuestro, los cuales en términos generales se ciñen a elementos que aparecen catalogados como constantes en la doctrina y en el derecho comparado, desarrollados con base en dos principios fundamentales, a saber: el de respeto a la personalidad o dignidad del hombre, y el de la solidaridad y el bien común.

Cuando se hace mención al tema "trasplantes de componentes anatómicos", surge de inmediato una serie de inquietudes e interrogantes que encontrarán siempre una respuesta condicionada a la concepción jurídica y ética que predomine en un determinado medio social.

De allí que GERT KUMMEROW haya dicho con propiedad:

"El derecho a la integridad física, a los poderes que el ser humano puede desplegar sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de otros seres humanos, y la eficacia de los actos negociables cuyo objeto gravita sobre estos puntos de incidencia, no han podido liberarse, por consiguiente, del influjo de argumentos procedentes de confines extraños al derecho positivo (el respeto a la religiosidad de la muerte, la sacralidad del cuerpo humano, los alegatos de neto corte sentimental o familiar) que indudablemente conspiran contra la edificación de fórmulas rectoras precisas. Además, la considerable expansión que experimentan en este sector los conceptos de orden público, buenas costumbres, orden social... obedece en gran medida a la recepción de ese tipo de argumentación por los organismos jurisdiccionales con la premeditada finalidad de frenar la eficacia de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, o los derechos que otros ostentan sobre sus partes... el instante histórico (en) que está colocada la humanidad, sin embargo, conduce a pensar que es indeclinable el propósito del hombre a superar objeciones cuya vigencia es solo temporal"³.

El estudio de los trasplantes de componentes anatómicos, intenta responder a interrogantes que se derivan de la facultad de disposición del cuerpo humano:

¿Tiene derecho el hombre a donar partes de su cuerpo, para que sean usados en o por otra persona, aun cuando estas partes sean esenciales para la vida del donante? ¿Quién es el dueño de un cadáver y, en consecuencia, quién tiene derecho a disponer de él para fraccionarlo o venderlo, ya sea entero o debida y adecuadamente dividido en partes? Y en este caso, ¿con qué título tiene este derecho? ¿Quién tiene el derecho para determinar a qué persona debe colocarse el órgano de otro?⁴.

"Problemas como el de la inseminación artificial verificada plenamente 'in vitro', el del 'tratamiento' del feto, los 'lavados cerebrales', procedimientos para intensificar la capacidad intelectual humana, trasplantes de corazón, etc., suponen, junto al avance que en el plazo biológico o científico, propiamente signifique, una indudable derivación ética, social y jurídica... que no cabe perseverar en la actual falta de consideración jurídica hacia tales adelantos científicos, porque tal actitud equivaldría a abandonarlos en manos de posibles oportunistas quizá poco escrupulosos, y de otra parte, a que el derecho no supiera estar a la altura de su tiempo". (JOAQUÍN DÍEZ DÍAZ. "El Derecho a la disposición del cuerpo", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, España, v. LIV núm. 4, abril de 1971. pág. 683).

Sobre el fenómeno biológico-instrumental de la inseminación y fecundación artificiales, *Cfr.* ALIRIO SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación artificiales: Aspectos Jurídicos", en *Estudios de Derecho* (Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia). Medellín, Colombia, v. XL, núm. 100, septiembre de 1981, págs. 371 a 412. Además, "La fecundación artificial y su implicación en los conceptos de filiación y paternidad", en la misma Revista, núms. 101-102. págs. 185 a 206.

³ GERT KUMMEROW, *Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos*, Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Mérida (Venezuela), 1969, págs. 9 y 10.

⁴ ALFONSO NORIEGA, "Trasplantes de Órganos", en *Criminalia*, México, D. F., núm. 2, febrero 28 de 1969, págs. 190 bis y 192.

2. LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE TRASPLANTES DE COMPONENTES ANATÓMICOS

2-a) *Génesis. Propuesta parlamentaria.*—Desde el año de 1973, y por espacio de nueve años, se presentaron al Congreso de la República varios proyectos de ley, tendientes a consagrar positivamente el procedimiento de los trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos. Al comienzo se notó desidia en las discusiones por parte de los integrantes del órgano legislativo, quizá debido a lo embrionario que para ese momento resultaba esta práctica quirúrgica. Pero a medida que el tiempo transcurría, las ideas y conceptos fueron madurando y el interés por el tema fue contagiando a los más escépticos, lo que aunado a las exitosas experiencias conseguidas por eminentes cirujanos en varios hospitales universitarios, culminó con la expedición de la ley 9ª de 1979 (enero 24) “*Por la cual se dictan medidas sanitarias*”⁵, cuyos artículos 540 a 545, regulan lo concerniente a “*la donación o traspaso de órganos, tejidos y líquidos orgánicos de cadáveres o de seres vivos para trasplantes u otros usos terapéuticos*”, fijando pautas precisas que habrían de ser desarrolladas por el gobierno nacional (ejecutivo).

Entre 1973 y 1979, los congresistas LUIS CARLOS GIRALDO (proyecto de ley, núm. 128 de 1973), HERNANDO ECHEVERRY MEJÍA (proyectos de ley, núms. 71 de 1974 y 32 de 1975) y MARIO GIRALDO HENAO (proyectos de ley núms. 101 de 1978 y 58 de 1979)⁶, fueron los encargados de motivar el interés y la necesidad de regular los procedimientos de trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos.

2-b) *Reglamentación de la ley 9ª de 1979.*—El presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los arts. 120, ord. 3º y 135 de la Constitución Política, reglamentó el título IX de la ley 9ª de 1979, mediante la expedición de tres decretos, así:

a. *Decreto 2642 de 1980* (octubre 6), “por el cual se reglamenta el título IX de la ley 9ª de 1979, en cuanto a los procedimientos de trasplante de componentes anatómicos en seres humanos”⁷.

b. *Decreto 616 de 1981* (marzo 11), “por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la ley 9ª de 1979, en cuanto a funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, transfusión y conservación de sangre total o de sus fraccionados”⁸.

c. *Decreto 0003 de 1982* (enero 11), “por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la ley 9ª de 1979, en cuanto a obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de órganos o componentes anatómicos y líquidos distintos de la sangre”⁹.

⁵ *Diario Oficial*, núm. 35308, julio 16 de 1979.

⁶ *Anales del Congreso*, núms. 77 (noviembre 30 de 1973), 58 (noviembre 13 de 1974), 37 (agosto 14 de 1975).

⁷ *Diario Oficial*, núm. 35631, octubre 28 de 1980.

⁸ *Diario Oficial*, núm. 35729, marzo 26 de 1981.

⁹ *Diario Oficial*, núm. 35936, febrero 12 de 1982.

3. LOS TRASPLANTES DE COMPONENTES ANATÓMICOS EN COLOMBIA

Se han dado en nuestro país los primeros pasos en materia de trasplantes de algunos órganos específicos, tales como córneas, riñones, hígados, etc. Es precisamente en la ciudad de Medellín (Antioquia), donde los trasplantes de riñón han adquirido un moderado desarrollo en los últimos años, experiencia que ha estado a cargo del “*Grupo de trasplantes renales*” del Hospital San Vicente de Paúl, coordinado por el doctor JAIME BORRERO RAMÍREZ, eminente profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia.

El grupo se dedicó, hasta julio de 1973, a desarrollar un programa experimental en perros. El 29 de agosto de ese año se inició el programa de injerto renal humano, con donantes intrafamiliares. El primer receptor de riñón data de dicho año, con una supervivencia de más de diez años, en la actualidad. El 20 de mayo del siguiente año, se realizaron en forma simultánea los dos primeros trasplantes con riñones tomados de cadáveres, efectuados en Colombia.

Históricamente el grupo inició sus actividades con el servicio de nefrología en la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, en el año de 1962. El 25 de octubre de 1967 se practicó la primera hemodiálisis con el riñón artificial “Grace”, diseñado por el grupo.

Hasta la fecha se han practicado más de 185 trasplantes de riñón, 1 de hígado, 1 de médula ósea y muchos más de córneas y huesos.

Existen otros centros de trasplantes en el país: en Bogotá (Hospital Militar Central), en Bucaramanga (UIS) y en Cali (Seguros Sociales)¹⁰.

II

DISPOSICIONES GENERALES

4. INTRODUCCIÓN

ANTONIO GÓMEZ-REINO Y PEDREIRA ha dicho: “los principios que como rectores, informativos o de inspiración, deben a nuestro juicio, presidir y ser materializados con amplitud, en una normativa de los trasplantes de órganos que esté a la altura de los tiempos, normativa cuya justicia legitimadora ha de quedar ya fuera de toda duda...”¹¹.

¹⁰ Información tomada de *Trasplantes Renales*. (Grupo de Trasplantes Renales Hospital Universitario San Vicente de Paúl-Facultad de Medicina-Universidad de Antioquia). Medellín, Ed. Bedout, 1977, pág. 169.

¹¹ ANTONIO GÓMEZ, REINO PEDREIRA, “Aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos”, en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núm. 48, octubre-diciembre de 1971, pág. 64.

El decreto 2642 de 1980, consagra en el capítulo II (arts. 10 a 17), las "disposiciones generales", que seguidamente enfocaremos.

5. LA NECESIDAD TERAPÉUTICA DEL TRASPLANTE

"Las operaciones de trasplante solo podrán ser practicadas cuando en concepto de los médicos responsables del paciente los demás métodos resulten ineficaces" (decreto 2642 de 1980, art. 10)¹².

En el estado actual de las realizaciones en materia de trasplantes de componentes anatómicos domina un difundido consenso, en el sentido de acudir a este tipo de intervenciones solo cuando toda otra vía terapéutica, encaminada a devolver la salud o salvar la vida de los pacientes, se ha agotado o ha quedado obstruida por cualquier motivo.

La consagración de este principio obliga a los médicos, en consecuencia, a agotar los medios usuales de curación antes de recurrir al trasplante en el paciente. Los médicos no están autorizados para utilizar al paciente con fines de ensayo de técnicas nuevas que puedan ser puestas de lado, si son suficientes los métodos terapéuticos usuales¹³.

En algunos países este principio se encuentra regulado así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 3°*.

"Las operaciones de trasplante solo podrán ser practicadas una vez que los métodos terapéuticos usuales hayan sido agotados y no exista otra solución terapéutica para devolver la salud a los pacientes"¹⁴.

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 10 de agosto de 1968, art. 4°*.

"El trasplante solamente será realizado si el paciente no tiene posibilidad alguna de mejorar, a través de tratamiento médico o intervención quirúrgica"¹⁵.

PERÚ: *Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 22 de junio de 1971, art. 5°, ordinal b*.

"...b) Que el sujeto receptor padezca de lesión irreductible en el órgano que debe ser trasplantado"¹⁶.

¹² Vide supra, nota 7.

¹³ GERT KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 44 y "Un proyecto de ley sobre trasplantes en seres humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (Universidad Autónoma de México), México, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, págs. 177 y 195. Además: ALICIA BEATRIZ FREIDENBERG, "Trasplantes e injertos en el cuerpo humano desde el punto de vista jurídico", en *Revista Jurídica* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán), San Vicente de Tucumán, Argentina, núm. 23, 1972, pág. 249. GÓMEZ-REINO PEDREIRA, *op. cit.*, pág. 78. MAURICIO LUNA BISBAL, *Trasplantes*, Bogotá, Colombia, Edit. Temis, 1974, pág. 81.

¹⁴ G. O. núm. 29891, agosto 28 de 1972.

¹⁵ Lei núm. 5479, de 10 de agosto de 1968: "Disposições sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e de outras providências", publicada en *Justitia* (Órgão do Ministério Público de São Paulo), São Paulo, Brasil, v. 62, 1968, pág. 293.

¹⁶ "Legislación peruana sobre injertos o trasplante de órganos, tejidos y partes del organismo", en *Derecho Colombiano*, Bogotá, Colombia, núm. 121, enero de 1972, pág. 60.

6. EL DEBER DE INFORMAR A CARGO DE LOS MÉDICOS

"...b) Que tanto donante como receptor hayan sido advertidos previamente sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que conlleva el procedimiento por razón de la eventual presentación de situaciones no previsibles.

"c) ...

"d) Que el donante haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático, síquico y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor.

"..."

"h) Que el receptor sea informado que se han efectuado los estudios necesarios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, por parte de un laboratorio cuyo funcionamiento esté aprobado por el Ministerio de Salud" (decr. 2642 de 1980, art. 18)¹⁷.

Este es un principio de unánime aceptación por la doctrina y el derecho comparado. Su análisis ha de estar íntimamente ligado al estudio del consentimiento otorgado tanto por el *cedente*¹⁸, como por el receptor, para la práctica del trasplante.

Es claro que el conocimiento que haya de dársele al paciente, no necesariamente debe consistir en una lección magistral de la técnica que se vaya a emplear. Sin embargo esta información debe precisar las secuelas que la intervención puede aparejar para la integridad funcional del cedente y los riesgos que el trasplante acarrearía —en razón del rechazo inmunológico, por ejemplo— para la integridad física del receptor. La comunicación de los riesgos a los interesados, se limitará a aquellos que *razonablemente* sean previsibles¹⁹.

¹⁷ Vide supra, nota 7.

¹⁸ Apoyándonos en un amplio e importante sector doctrinario, creemos que deben emplearse los términos *cesión* por *donación* y *cedente*, por *donante*. Lo anterior, por cuanto no todos los trasplantes se presentan a título gratuito; los hay y habrán a título oneroso (LUNA BISBAL, *ob. cit.*, pág. 46). Además, se estaría prejuzgando la naturaleza del acto dispositivo. JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, "Problemática jurídica de los trasplantes de órganos", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, v. LVIII, núm. 3, marzo de 1969, pág. 406. En los coloquios sobre "La Muerte y los Trasplantes de órganos", celebrados en Madrid en el año de 1968, se propuso como 19ª conclusión: "Se sugiere que siempre se hable en la ley como concepto más comprensivo y menos comprometido, de cedente y cesión en lugar de donante y donación", pues la cesión tiene un carácter mucho más acentuado que la donación y carece del significado de liberalidad peculiar de esta. Para algún autor, los términos donante o donador solo son admisibles "en los trasplantes de órganos dobles como los riñones en que la persona a quien pertenecen manifiesta su voluntad de que le saquen uno para proporcionárselo a otra, cosa que no ocurre en los trasplantes de órganos únicos, pues en estos no se da tal manifestación de voluntad y aunque se hubiera producido, si el sujeto de quien se extrae el corazón conserva todavía un resto de vida en el momento en que se le extirpa, sería por completo irrelevante, toda vez que la ablación de un órgano vital acarrea la muerte, y el derecho a la vida es indisponible". MANUEL RIVACOBRA y RIVACOBRA, "Los trasplantes de órganos humanos ante el Derecho", en *Revista Mexicana de Derecho Penal* (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), México, núm. 20, abril-junio 1976, pág. 33.

¹⁹ KUMMEROW, "Perfiles Jurídicos...", cit., pág. 45. K. ENGISCH, "Sobre problemas jurídicos en caso de trasplante homólogo de órganos", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Colegio de Abogados de Concepción. Universidad de Concepción), Concepción, Argentina, núms. 146-147, octubre-diciembre 1968, enero-marzo 1969, pág. 9. GÓMEZ REINO PEDREIRA, *ob. cit.* pág. 78. FREIDENBERG, *ob. cit.*, pág. 249.

En el derecho comparado, tenemos:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 4º.*

“Los médicos a cuyo cargo esté la operación de trasplante informarán suficientemente al receptor, del riesgo que implique la operación y de sus secuelas...”²⁰.

PERÚ: *Decreto 98-71-SA de 1971, artículo 9º.*

“En todos los casos de donación entre vivos, los médicos que autoricen la extracción del órgano o tejido, para trasplante... le harán conocer (al disponente), también, que no es posible garantizar con absoluta certeza que en alguna contingencia ulterior en el curso de la vida, la falta del órgano o tejido pueda llegar a significar un factor de déficit funcional...”²¹.

Aluden a este requisito, también la ley 458 del 26 de junio de 1976, art. 2º, en Italia; y el decreto 47 de 1966, en Dinamarca²².

7. LA GRATUIDAD Y LA ONEROSIDAD EN LA CESIÓN DE COMPONENTES ANATÓMICOS

“Prohíbese cualquier retribución o compensación por el retiro o trasplante de componentes anatómicos” (decr. 2642 de 1980, art. 13).

“... (que) en ningún caso, exista compensación económica alguna, ni en dinero ni especie, para el donante, el receptor o terceras personas por los componentes anatómicos recibidos o donados” (decr. 2642 de 1980, art. 18, a).

“La donación de un componente anatómico no genera para el donante o sus deudos derechos susceptibles de valuación económica a título de retribución, compensación o indemnización por las secuelas que lleguen a presentarse por causa de la extracción de un componente anatómico” (decr. 2642 de 1980, art. 25)²³.

Esta exigencia aparece también consagrada por los decretos 616 de 1981 (art. 2º) y 0003 de 1982 (arts. 1º, 9º, 22 y 27)²⁴.

Uno de los problemas más agudos afrontados por la doctrina en el complejo de los derechos de la personalidad, y, específicamente en el área del poder de disposición del propio cuerpo y el de otras personas, radica en la oscilación entre dos posturas extremas: la *gratuidad* y la *onerosidad* de los llamados “contratos corporales”.

En la primera vertiente se agrupan las concepciones que parten de la no patrimonialidad de los derechos de la personalidad. En el otro extremo surge una tendencia favorable a la validez de los negocios a título oneroso, con arreglo a los cuales

²⁰ Vide *supra*, nota 14.

²¹ Vide *supra*, nota 16.

²² FREIDENBERG, ob. cit., pág. 247. La ley italiana 458, del 26 de junio de 1967, sobre “trasplante del riñón entre personas vivientes”, fue publicada en *Gazz. Uff.* de 27 de junio de 1967, núm. 160 Ext.

²³ Vide *supra*, nota 7.

²⁴ Vide *supra*, notas 8 y 9.

una persona puede disponer en vida de su cuerpo en beneficio de otro ser humano²⁵.

Refiriéndose a la *gratuidad*, manifiesta ANTONIO GÓMEZ-REINO PEDREIRA:

“La propia eminente dignidad del hombre, hace absolutamente reprochable que su cuerpo o parte de él pueda ser objeto de tráfico en el más estricto y literal sentido, es decir objeto de negocios o actos jurídicos de carácter oneroso o con los que se persiga un lucro, actos que, por tanto, han de estar prohibidos por la ley, prohibición que debe alcanzar al cadáver o cuerpo muerto del hombre, por aquella condición de resto material del mismo que en él se da.”²⁶.

Quienes defienden la *onerosidad* en la cesión de componentes anatómicos, son claros en sus opiniones. Por ejemplo, JOAQUÍN DÍEZ DÍAZ, dice:

“Parece precipitado afirmar de entrada que el cuerpo humano queda fuera del comercio y que no puede ser objeto de contrato, al tenor del artículo 1271 del Código Civil (español). Mejor es no pronunciarse, en principio, en orden a su no comerciabilidad de una manera absoluta. Porque creemos que la pista acertada, en materia de contratación corporal, no viene referida a la problemática del objeto, sino, más bien al análisis de la licitud de la causa... el problema se traslada a resolver no ya la posibilidad de disposición corporal en abstracto, sino cómo, cuándo y hasta qué punto esa disponibilidad se torna ilícita o lícita. Pasan a primer plano la finalidad perseguida, la necesidad sentida y la contención de unos límites ineludibles...”²⁷.

Creemos que, dentro del sistema de valores imperante y conforme a las bases que jurídicamente nos rigen, no es posible formular censura al deudo que demande

²⁵ KUMMEROW. “Un proyecto de ley...”, cit. págs. 179 y 180. Es dable suponer que la necesidad, en aumento progresivo, de contar con una fuente de tejidos y de órganos para la realización de trasplantes, constituye un argumento práctico y denso susceptible de servir de aval a la segunda postura, al crear un incentivo para los dadores. (JESSE DUKEMINIER, “Supplying organs for transplantation”, en *Michigan Law Review*, vol. 68, núm. 5, abril de 1970, pág. 812).

²⁶ GÓMEZ-REINO PEDREIRA. ob. cit., pág. 65. Sobre el tema consúltense los trabajos de FREIDENBERG, ob. cit., pág. 248. XAVIER PALACIO MACEDO, “Los trasplantes de corazón y algunos aspectos jurídicos-legales en México”, en *Criminalia*, México, núm. 2, febrero 28 de 1969, pág. 66. Rechazan la cesión de órganos o componentes anatómicos a título oneroso, sin discriminar, entre otros: ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil* (Parte general), Barcelona, España, 1943, págs. 548-549, parágrafo 114, nota 8 (como contrarios a las buenas costumbres). FRANCISCO MARTÍNEZ MANLIO, “Los trasplantes de órganos ante el Derecho Positivo Argentino”, en *Derecho Colombiano*, Bogotá, Colombia, núm. 101, mayo de 1970. Pág. 490. “Dictamen de la Academia Nacional de Medicina (de México) a la Secretaría de Salubridad y Asistencia de México”, en *Criminalia*, México, D. F., núm. 2, febrero 28 de 1969, pág. 941 (no debe aceptarse como donantes a individuos con propósito de lucro o cualquier otra ventaja personal). RENÉ DE SOLA, “¿Es un crimen el trasplante de corazones?”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, Madrid, España, núms. 95-96, enero-junio de 1977, pág. 67 (“si bien la muerte extingue la personalidad, y el cadáver en sí adquiere la categoría legal de una cosa, se trata de una cosa *sui generis*, que debe considerarse fuera del comercio y de toda especie de contratación”). MANUEL RICO LARA, “Trasplantes de órganos en cuerpo humano”, en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núm. 41, enero-marzo 1970, pág. 73 (“El cadáver es un bien ‘extrapatrimonial’ y está, por tanto, fuera del comercio de los hombres”). ANTONIO CHAVES, “Direitos a vida, ao próprio corpo e as Partes do mesmo (Trasplantes). Esterilização e Operações Cirúrgicas para Mudança de Sexo. Direito ao Cadáver e as Partes do mesmo”, en *Revista Da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), São Paulo, Brasil, v. LXXII, 1º Fasc., 1977, pág. 289 (“El cadáver es *coas extra commercium* no susceptible de derechos privados patrimoniales”).

²⁷ DÍEZ DÍAZ, ob. cit., pág. 695.

un pago o emolumento a cambio de su asentimiento para que se haga uso del cadáver de un pariente.

No podría hablarse, en el caso anterior, de causa u objeto ilícito, ni de conveni- ción contraria al orden público o a las buenas costumbres, que sirvieran como motivo de anulación o invalidez del pacto celebrado.

Una exigencia pecuniaria de esta clase podría estar motivada por la codicia o por la necesidad. En el primer caso, el problema se desplaza al campo ético y deja el del derecho. Esto en razón de que pasa a convertirse en una acción puramente íntima que, en principio, no queda regida por el derecho. El derecho no tiene por objeto hacer mejores a los hombres, sino imponerles una conducta compatible, en lo externo, con las exigencias de la vida social. En el segundo caso, es decir, el de cobro por motivo de necesidad, la sociedad no podría desconocer el acto de quien, por las circunstancias en que ella lo hace vivir, se ve impelido a formular cobro²⁸.

No estamos de acuerdo con un comercio ilimitado de componentes anatómicos para trasplantes, ni tampoco con la restricción a la existencia de algún emolumento en las condiciones que adelante expondremos.

Debiera permitirse la onerosidad en la cesión de órganos, tejidos o componentes anatómicos, cuando dicha operación no afecte o perjudique física o psicológicamente al cedente; y por ende, prohibirla cuando ella entrañe una disminución permanente en su integridad física²⁹.

JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, considera que la disposición de órganos ha de realizarse:

“Por medio de convenciones que no supongan un tráfico constante ni motivo de repetido y evidente lucro para el cedente. Esto no quiere decir que deba impedirse en absoluto la cesión onerosa o mediante contraprestación, en principio admisible y perfectamente lícita... resultarán aptos para que tengamos por jurídicamente válida cualquier cesión de órganos o miembros por la que no se imposibilite ni menoscabe el normal, pleno, natural e ininterrumpido funcionamiento del organismo humano para la consecución de los fines que, civil y religiosamente, está llamado a cumplir. En tal sentido, nadie discute ya las facultades del hombre para donar y hasta vender adecuada y racionalmente parte de la sangre, de los tejidos e, incluso, huesos y ojos, con fines de altruista contribución a la mitigación del dolor humano...”³⁰.

²⁸ CÉSAR DELGADO BACHMANN, “Aspecto jurídico de trasplante de órganos”, en *Revista del Foro* (Colegio de Abogados de Lima). Lima, Perú, núms. 1/2/3, enero/febrero/marzo, 1972, págs. 357 y 358. En idénticos términos se manifiesta EDUARDO NOVOA MONREAL, “Los Problemas Jurídico-sociales del trasplante del corazón”, en *Revista Jurídica Veracruzana* (Tribunal Superior del Estado de Veracruz). Veracruz, México, núm. 1, enero/marzo 1972, págs. 116 y 117.

²⁹ Señala DE SEMO, que del artículo 5° del Código Civil italiano, se desprenden algunos actos que resultan lícitos, pero otros están ciertamente prohibidos. Entre estos se incluyen los que, por mutilación externa o anulación glandular interna, determinen defectos irreparables en la integridad física. Cita de DIEZ DÍAZ, ob. cit., pág. 701. GARCÍA CONTERO, manifiesta que es inevitable contar con una cierta comercialización del cuerpo humano, pero debiendo rodearse de rigurosos requisitos el acto de disposición. Cita de REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 410. Igualmente RUIZ BADILLO, “El trasplante de órganos y el pensamiento jurídico español”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, España, núm. 777, 1968. Págs. 3-12.

³⁰ REYES MONTERREAL, ob. cit., págs. 409 y 412.

También LUIS CARLOS GIRALDO, autor del proyecto de ley núm. 128 de 1973, manifestaba al respecto:

“Los tiempos que vivimos nos imponen la obligación de reglamentar las enajenaciones de cadáveres y de órganos, tejidos y productos del cuerpo humano. Los bancos de sangre, de córneas, de huesos, de semen, etc., obran como intermediarios entre los vendedores y los futuros pacientes. Son verdaderos comerciantes... Querámoslo o no la compraventa de partes del cuerpo humano es ya una realidad, es un hecho social... no olvidemos que ante la gran demanda de elementos anatómicos para injertos muchos deudos esperan una compensación pecuniaria para autorizar que se proceda a la extracción correspondiente en el cadáver de su pariente...”³¹.

Algunos autores consideran viable la comercialización de las partes separadas del cuerpo, en cuanto, por el mismo hecho de la separación, esas partes u órganos corporales han devenido en cosas y por tanto en auténticos objetos capaces de derechos reales; propiedad que surge como una transformación del primitivo derecho de disposición existente sobre todo el cuerpo. Para unos sería la obligada prolongación de un *in se ipsum*; para otros se convertirían en *res nullius*, que se adquirirían por prioridad en la ocupación; y otros más recaban el dominio sobre las cosas o partes separadas, sin discusión, para la persona de que proceden, como un modo de adquisición originario, relativamente análogo a la adquisición del invento o las producciones intelectuales³².

Creemos con DE CUPIS, que no existe inconveniente en la negociabilidad de partes que aún no se han separado del cuerpo, como objetos presentes, incluso en concepto de cosas futuras, con efecto en el día en que tenga lugar la separación. Pero, con todo, el negocio jurídico encaminado a la ejecución de una tal detracción sería inválido, por atentar contra la integridad física de la persona, y, por ende, no exigible. Ahora bien, una vez acontecida la separación y dada su nueva calidad de auténtica *res*, nada se opone a su contratación o utilización³³.

El mismo GÓMEZ-REINO PEDREIRA sostiene:

“Tratándose de partes regenerables del cuerpo humano, como tejidos o sangre, cabe admitir que las cesiones tengan carácter de donación mixta o remuneratoria, en cuantía previamente establecida por el poder público, lo cual viene siendo ya costumbre establecida y está incluso reglamentado, como no atentatorio a la moral, ni a las buenas costumbres...”³⁴.

En lo que respecta a la disposición onerosa *post mortem*, consideramos que, jurídicamente, debiera permitirse la disposición hecha en vida de la persona a quien habrán de serle extraídas partes de su propio cadáver, en beneficio de terceras personas o para fines de investigación, puesto que, en el momento en que ha de ejecutarse la disposición, es imposible entender que se está atentando contra el

³¹ *Anales del Congreso*, núm 77, noviembre 30 de 1973, pág. 1043.

³² DIEZ DÍAZ, ob. cit., págs. 703 y 704.

³³ ADRIANO DE CUPIS, *El diritti della personalità*, Dott. A. Guiffré, Ed., Milán, cita de KUMMEROW, “Perfiles jurídicos...”, cit. pág. 23.

³⁴ GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., pág. 66.

normal funcionamiento de lo que, con la muerte, dejó de ser apto para la consecución, de unos fines definitivamente agotados. Porque, evidentemente, ni los ojos, ni la sangre, como componentes de un todo, continúan cumpliendo sus funciones biológicas, las cuales fenecen con la vida del hombre³⁵.

Es claro que esta posición encuentra barreras que se hallan aún impregnadas por motivaciones de neto cariz ideológico que intentan situar los despojos del cuerpo carentes de vida en el rubro de los *res extra commercium*, inidóneos para formar el objeto de derechos patrimoniales.

En la medida en que pueda ser separado el peso específico que en la sociedad actual ejercen las nociones de buenas costumbres, de respeto a la religiosidad de la muerte, o a la "sacralidad" del cuerpo humano, será admisible la cesión a título oneroso del propio cadáver³⁶.

En cuanto a la *contraprestación o emolumento*, que pueda existir en la cesión de componentes anatómicos, a título oneroso, tenemos que, aunque suele realizarse mediante el pago de una suma de dinero, puede tomar algunas otras formas: promesa de atención médica gratuita al cedente por espacio de varios años, o por toda su vida, un seguro, etc. En el caso de órganos tomados de un cadáver, el correspondiente puede asumir la fórmula de prioridad, para la esposa e hijos del finado, en la obtención de órganos o piezas anatómicas si llegaren a necesitarlos. Otra forma sería sufragando parte o la totalidad de los gastos del hospital.

JESSE DUKEMINIER afirma que algunas formas de remuneración pueden ser éticamente justificables, aun cuando se concluya que el pago directo en dinero no lo sea³⁷.

Algunos países consagran expresamente la gratuidad en la cesión de órganos o componentes anatómicos, así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 5°*.

"Se prohíbe cualquier retribución o compensación por los órganos y materiales anatómicos retirados con fines terapéuticos. Cualquier cantidad pagada por tal propósito es reprobable"³⁸.

³⁵ REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 415. LÉON MAZEAUD, asevera que el pacto en virtud del cual, "una persona vende su cadáver, en todo o en parte, parece así mismo válida, puesto que, la utilización del cadáver que se realice, tratándose de una disección o de un injerto, no causa ningún daño a la persona al desaparecer esta al mismo tiempo que la vida", en "Los contratos sobre el cuerpo humano", publicado en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, España, 1953, cita de RICO LARA ob. cit., pág. 73.

³⁶ ANTONIO BORREL MACIÀ, estima admisible la cesión a título oneroso "en razón de que la finalidad a que el convenio conduce es completamente lícita, y el hecho de que el cedente reciba una suma de dinero —como indemnización de carácter moral— por ser excluido en todo o en parte su cadáver de la sepultura o porque se avenga a prestarlo o no, por sí solo no incluye ninguna inmoralidad", en *La Persona Humana*, Barcelona, España, Bosch, Editorial, 1954, pág. 130.

³⁷ DUKEMINIER, ob. cit., pág. 849. La retribución, señala DUKEMINIER, en los casos de trasplantes entre seres vivientes, revestiría la fórmula de promesa de atención médica gratuita al dador por espacio de varios años, o por toda su vida, o la de un seguro de vida... para los casos de órganos tomados del cadáver el correspondiente puede asumir la fórmula de prioridad, para la esposa e hijos del finado, en la obtención de órganos o piezas anatómicas si llegaren a necesitarlos (pág. 848).

³⁸ *Vide supra*, nota 14. La legislación venezolana prevé la aplicación de medidas privativas de libertad (presidio de cuatro a ocho años), a "quienes medien con propósitos de lucro en la obtención

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 1968, art. 1°*.

"La disposición gratuita de una o varias partes del cuerpo, «post mortem», para fines terapéuticos es permitida en la forma señalada en la presente ley"³⁹.

PERÚ: *Decreto-ley núm. 17505 de 1969, art. 42, párrafo*.

"La donación (de órganos) se efectuará sin ninguna condición".

"Queda absolutamente prohibido el comercio de cadáver" (*ibidem*, art. 99)⁴⁰.

En Italia la ley núm. 458 de junio 26 de 1976, sobre "Trasplantes del riñón entre personas vivientes", en su art. 6°, declara nulos "y sin ningún efecto" los pactos privados que prevean compensación pecuniaria o dineraria u otra utilidad para el dador, con el propósito de inducirlo al acto de disposición⁴¹.

La nueva ley española de trasplantes de órganos del 27 de octubre de 1979, excluye toda posible comercialización de órganos⁴².

En México, el "Reglamento Federal para la Disposición de Órganos", expedido en 1976, dispone en el art. 26:

"Para efectos de este reglamento se entiende por donación la cesión gratuita, voluntaria y revocable por quien la hizo del órgano o tejido hecha por persona física..."⁴³.

En lo que respecta a los Estados Federales de los Estados Unidos, se sabe que en Delaware, Hawaii, Nevada, New York y Oklahoma, se estipula la no remuneración al *deceased*, pero no prohíbe la venta de componentes anatómicos por parte de los parientes próximos del difunto (*next of kin*)⁴⁴.

En Georgia, es "delito menor", recibir remuneración por la cesión de un ojo, o tomar posesión de uno de ellos, cuando una persona ha recibido compensación. El Estado de Mississippi, tiene un estatuto que permite a una persona contratar, con o sin consideración monetaria, la donación de partes de su cuerpo luego de su muerte; se estipula, además, que si el cedente revoca el contrato deberá indemnizar, devolviendo el dinero con un seis por ciento de interés.

La "Uniform anatomical Gift Act", aprobada en el verano de 1968, y recomendada por la "National Conference of Commissioners on Uniform States Laws", no contiene reglas que vedan la venta de componentes anatómicos⁴⁵.

de órganos o materiales anatómicos con fines terapéuticos" (art. 6° *ibidem*); otra norma que instaura consecuencias patrimoniales desfavorables, establece que cualquier cantidad pagada con objeto de obtener la cesión de órganos o materiales anatómicos, está sujeta a repetición (art. 5° *ibidem*).

³⁹ *Vide supra*, nota 15.

⁴⁰ *Vide supra*, nota 16.

⁴¹ KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit. pág. 35.

⁴² JAVIER GAFO, "Problemática social y ética de los trasplantes de órganos", en *Razón y Fe* (Revista Hispanoamericana de Cultura). Madrid, España, núm. 996, marzo 1981, págs. 237 a 249.

⁴³ *Anales del Congreso*, núm. 27, septiembre 11 de 1978.

⁴⁴ DUKEMINIER, ob. cit., pág. 861.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 861, notas 199, 200 y 201. Aparte del Estado de Georgia que estatuye la aplicación de penas, en los demás Estados de la Unión la única sanción se materializa en la carencia de toda

8. CONDICIONES DEL ÓRGANO TRASPLANTABLE

Los cuerpos legislativos que se han detenido a reglamentar el trasplante de componentes anatómicos, han sido cuidadosos en el análisis de los requisitos o condiciones que estos han de reunir al momento de ser utilizados terapéuticamente.

“El trasplante de órganos únicos, esenciales para mejorar las posibilidades de conservar la vida de las personas, solo podrá hacerse obteniéndolos de un cadáver” (decr. 2642 de 1980, art. 12)⁴⁶.

“Solo será permitida la donación de uno de los órganos simétricos o pares⁴⁷, cuyo retiro no implique perjuicios o mutilación grave para el donante vivo, tenga por objeto un trasplante necesario desde el punto de vista terapéutico y sea indispensable para el receptor” (ibídem, art. 24).

“...Tratándose del trasplante de uno de los órganos pares, los dos órganos del donante se encuentren anatómica y fisiológicamente normales” (ibídem, art. 18, lit. c.)⁴⁸.

En algunos países americanos, este principio se regula así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 7°*.

“Se prohíbe el trasplante de órganos únicos o vitales, o de piezas o materiales anatómicos cuya separación pueda causar la muerte o la incapacidad total y permanente del donante.

“El ejecutivo nacional, oído el parecer de la Academia Nacional de Medicina, determinará los órganos y materiales anatómicos susceptibles de ser objeto de trasplante entre seres vivientes”⁴⁹.

BRASIL: *Ley 5479 de 1968, art. 10, num. 2°*.

“Solamente es posible el retiro a que se refiere el presente artículo, cuando se trate de órganos duplos o tejidos, o partes del cuerpo, que no implique un perjuicio o mutilación grave para el donante y corresponda a una necesidad terapéuticamente comprobada, para el paciente receptor”⁵⁰.

PERÚ: *Decreto 98-71-SA de 1971, art. 2°, lit. c.*

acción para lograr el cumplimiento del convenio, frente a la negativa del dador. La venta de materiales anatómicos por los particulares o parientes cercanos solo está prohibida por los estados de Massachusetts y de Georgia. Ibídem, pág. 864. En Francia, el donante de sangre tiene derecho a una retribución por el tiempo invertido y la pérdida de fuerza que comporta la liberalidad (ley 21 de julio de 1952, incorporada a los arts. 666 a 667 del Código de la Salud Pública), mas tal indemnización no es entendida como respectivo por el tejido retirado con fines terapéuticos. La ley italiana 458 de 1967, en su art. 7°, prescribe penas de reclusión de tres meses a un año y multa de 100.000 a 2'000.000 de liras para quienes medien, con fines de lucro, en la donación de un riñón.

⁴⁶ Vide supra, nota 7.

⁴⁷ “Denominanse órganos simétricos o pares, aquellos con funciones idénticas, situados a ambos lados del plano sagital del cuerpo humano” (decr. 2642 de 1980, art. 7°).

⁴⁸ Vide supra, nota 7.

⁴⁹ Vide supra, nota 14.

⁵⁰ Vide supra, nota 15.

“El injerto o trasplante puede efectuarse:...

c) Con órganos vitales o indispensables que, por su naturaleza y la función que desempeñan, se requiere la muerte del sujeto que los poseía en vida”⁵¹.

MÉXICO: *Reglamento Federal... de 1976, art. 27*.

“El trasplante de órgano único, esencial para la conservación de la vida, solo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver”⁵².

9. CONCEPTO DE MUERTE CEREBRAL

“Entiéndese por muerte cerebral el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se observan en ella los siguientes signos: a) ausencia de respiración espontánea; b) ausencia de reflejos superficiales y profundos; c) carencia de tono muscular, y d) desaparición de todas las señales electro-encefalográficas (electroencefalograma plano), sin estar sometida a estados artificiales de hipotermia, ni encontrarse bajo los efectos de sedantes.

“Parágrafo: Cuando la persona presente las señales a que se refiere el presente artículo, se podrá diagnosticar la muerte cerebral, registrando el hecho en la historia clínica”⁵³.

Es este uno de los temas de mayor controversia, que ha suscitado infinidad de planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales. A través de él, el hombre ha debatido por milenios, los lineamientos éticos y filosóficos de su propia existencia.

Algunos autores han criticado la adopción del concepto de muerte cerebral en los estatutos reguladores de los trasplantes de componentes anatómicos, ya que este concepto, dicen ellos, ha sido consagrado pura y exclusivamente a los fines del trasplante, es decir, para facilitar las operaciones de trasplante con el mayor margen posible de probabilidad de éxito.

“Ningún país ha adoptado dicho concepto —dice LUCIO EDUARDO HERRERA— a los únicos fines de la inhumación o de la transmisión de la herencia, con lo cual se reconoce

⁵¹ Vide supra, nota 16.

⁵² Vide supra, nota 43.

⁵³ Arts. 9° y 12 de los decrs. 2642 de 1980 y 0003 de 1982.

En proposición aprobada unánimemente por la Honorable Academia de Medicina de Medellín (Colombia), en su sesión ordinaria del 14 de marzo de 1973, se dijo al respecto:

“En pacientes sostenidos por medios artificiales como respiradores mecánicos u otros aparatos de sostén cardiovasculares, se acepta que la persona muere cuando la función cerebral está ausente y con base en una experiencia médica razonable no hay esperanza de recuperación. En estos casos se deben llenar los siguientes requisitos, indicativos de cambios irreversibles en el sistema nervioso y que caracterizan la *muerte cerebral*: a) historia clínica compatible; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos superficiales y profundos; d) carencia de tono muscular; e) desaparición de todas las señales electroencefalográficas (electroencefalograma plano) en un paciente normotérmico al cual no se le han suministrado sedantes ...”. (JAIME BORRERO, DAVID ARANGO, JORGE ARANGO, ERNESTO BUSTAMANTE, CÉSAR AUGUSTO GIRALDO y GUSTAVO PELÁEZ. *El concepto de muerte: La muerte cerebral y sus implicaciones éticas y médico-legales*”. Simposio celebrado en la Academia de Medicina de Medellín, el 14 de marzo de 1973, Impresiones “ASI”, Medellín, Colombia.

que la única muerte que sufre el ser humano es la real. Es que jurídicamente no puede existir dos conceptos diferentes para una única realidad material...⁵⁴.

De esta manera se ha polarizado el tema en la doctrina, entre los sostenedores de la muerte clínica o cerebral, y quienes creen que la muerte se produce en un instante, esto es, la muerte real.

En el derecho comparado, se ha consagrado legislativamente este concepto de muerte cerebral o clínica, veamos:

PERÚ: *Decreto 17505 de 1969, art. 41.*

“Para los efectos del injerto o trasplante de un órgano vital, se considera muerte el paro irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma, u otro método científico más moderno empleado en el momento de la declaración”⁵⁵.

ITALIA: *Ley 644 del 2 de diciembre de 1975, art. 3°.*

“...la determinación de la muerte debe ser efectuada, salvo los casos mencionados en el artículo 4°, mediante el examen continuo del electrocardiograma prolongado por lo menos de veinte (20) minutos y la determinación de ausencia de respiración espontánea, después de la suspensión, durante dos (2) minutos, de la respiración artificial y de la ausencia de actividad eléctrica cerebral espontánea y provocada”⁵⁶.

ARGENTINA: *Ley 21541 de 1977, art. 21.*

“...comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales”⁵⁷.

ESPAÑA: *Ley 30 del 27 de octubre de 1979.*

“...la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida”.

El decreto reglamentario núm. 426 del 22 de febrero de 1980 exige:

“...la comprobación de la muerte cerebral basada en la constatación y concurrencia, durante treinta (30) minutos, al menos, y la persistencia seis (6) horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1) ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; 2) ausencia de respiración espontánea; 3) ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis; 4) electroencefalograma ‘plano’, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de la administración de drogas depresoras del sistema nervioso central”⁵⁸.

⁵⁴ LUCIO EDUARDO HERRERA, “Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos”, en *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Colombia, núm. 19, 1983, pág. 72.

⁵⁵ *Vide supra*, nota 16.

⁵⁶ *Gazzeta Ufficiale*, núm. 334 de diciembre 19 de 1975. Cita de HERRERA, ob. cit., pág. 70.

⁵⁷ HERRERA, ob. cit., pág. 73. Dicha ley ha establecido la posibilidad de efectuar trasplantes de órganos provenientes de personas con vida siempre que se trate de uno de los dos órganos pares o materiales anatómicos (tejidos pertenecientes a órganos) cuya remoción no implique riesgo razonablemente previsible de muerte o incapacidad total y permanente del dador (art. 12). También ha regulado el trasplante de órganos provenientes de personas fallecidas (art. 17).

⁵⁸ HERRERA, ob. cit., pág. 70.

Estatutos reguladores de trasplantes de componentes anatómicos, en tres países, no se acogen al concepto de muerte cerebral, exigiendo por el contrario la prueba indubitable de la muerte real; ellos son:

FRANCIA: *Ley 76-1181 del 22 de diciembre de 1976, reglamentada por el decreto 78-501 del 31 de marzo de 1978*⁵⁹.

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 12.*

“Cuando los órganos y materiales anatómicos vayan a ser trasplantados, la muerte de la persona deberá ser comprobada por tres médicos distintos de los facultativos que integren el equipo de trasplante. La determinación de la realidad de la muerte se hará mediante el juicio clínico complementado con los procedimientos instrumentales idóneos...”⁶⁰.

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 1968, art. 2°.*

“El retiro para los fines a que se refiere el artículo anterior, deberá estar precedido de la prueba indubitable de la muerte”⁶¹.

III

DISPOSICIÓN DE COMPONENTES ANATÓMICOS POR LA PROPIA PERSONA

10. INTRODUCCIÓN

Doctrinariamente, y así lo han entendido algunos cuerpos legislativos, suelen distinguirse los trasplantes de componentes anatómicos realizados entre personas vivas, de los efectuados con órganos retirados de cadáveres⁶². Enfocaremos el tema

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 71.

⁶⁰ *Vide supra*, nota 14.

⁶¹ *Vide supra*, nota 15. Algún sector doctrinario se opone a que el Derecho elabore una definición del momento de la muerte, ya que definiciones de este tipo tienen el vicio de asfixiar parte de la múltiple realidad que intentan abarcar. Así, la muerte es y será lo que siempre fue: un hecho real que pertenece al mundo del ser y no enmarcado en una definición jurídica y remitido al mundo del deber ser. HUMBERTO VIDAL, “Los trasplantes de corazón y el momento de la muerte frente al derecho penal”, en *Cuadernos de los Institutos*, Córdoba, Argentina, núm. 107, 1970, págs. 129 y 130.

En Colombia, el Dr. CÉSAR AUGUSTO GIRALDO G., ha dicho: “La definición de la muerte en base a la pérdida de la función cerebral, sin esperanza de recuperación, ha tenido amplia aceptación ética en todos los credos religiosos y políticos... numerosos Estados en el mundo se han acogido a la definición médico-legal de la muerte, fundamentándose en la muerte cerebral”. (*Medicina forense*. Bogotá, Colombia, Ed. Impresora Ranco Ltda., 1982, pág. 131. Véase también: “Trasplantes: Aspectos médico-legales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 7, julio/agosto/septiembre 1980, págs. 58 a 60).

⁶² ANTONIO CAMAÑO ROSA, “Trasplantes de órganos frente al Derecho Penal”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, Uruguay, núm. 1, septiembren de 1969, págs. 21 a 24.

estudiando primeramente la cesión de órganos hecha por el propio donante, distinguiendo si la eficacia de la misma ha de producirse en vida del cedente (*ante mortem*), o cuando este haya fallecido (*post mortem*).

11. CESIÓN HECHA EN VIDA CON EFICACIA "ANTE MORTEM"

Es inobjetable que las condiciones o presupuestos que han de tenerse en cuenta en la disposición de componentes anatómicos para trasplantes, varían si aquella ha de tener eficacia durante la vida del cedente, como si fuese a tenerla luego de fallecido.

Positivamente nuestros estatutos no hacen tal distinción, pero nosotros trataremos de delimitar sus características más importantes, apoyándonos en los decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982.

De conformidad con los anteriores, los presupuestos o requisitos de la cesión *ante mortem*, pueden resumirse, así:

a) Que el cedente "*Haya sido advertido previamente sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que conlleva el procedimiento por razón de la eventual presentación de situaciones no previsibles*"⁶³.

b) "*Que tratándose de trasplante de uno de los órganos pares, los dos órganos del donante se encuentren anatómicamente y fisiológicamente normales*"⁶⁴.

c) "*Que el donante haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático, síquico y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre la vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor*"⁶⁵.

d) Que la donación o cesión de uno de los órganos simétricos o pares, solo sea permitida, cuando su retiro "*no implique perjuicios o mutilación grave para el donante vivo*"⁶⁶.

e) "*Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente*" (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. b).

Los cuatro primeros literales, atienden lo que respecta a la integridad física y síquica del donante o cedente. De ahí que se considere como jurídicamente inadmisibles todo convenio o acto unilateral por el cual se ceda lo que, extraído en vida, por insignificante que sea, implique un *efectivo* peligro de extinción de la persona o la simple puesta en riesgo de que se extinga⁶⁷.

11-a) *Consentimiento. Generalidades.*—El quinto y último literal merece un análisis especial, en virtud de la importancia que reviste para la validez del negocio dispositivo. Nos referimos al consentimiento que habrá de prestar el cedente.

⁶³ *Vide supra*, núm. 6.

⁶⁴ *Vide supra*, núm. 8.

⁶⁵ *Vide supra*, núm. 6.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ La justificación a los atentados que puedan derivarse de la extracción del órgano cedido, ha sido motivada recurriendo a la llamada teoría de los *intereses proporcionados*, invocada como fundamen-

Los cuerpos legislativos reclaman, tanto en las intervenciones hoy establecidas como de escasa peligrosidad, como en los trasplantes, que el médico obtenga el consentimiento del paciente o de las personas que legítimamente puedan emitir por él un acto decisorio de esa naturaleza. La responsabilidad del médico, quedaría comprometida si el consentimiento ha sido dolosamente obtenido.

En consecuencia, el consentimiento está vedado cuando el atentado ocasione una disminución permanente de la integridad física, y está vedado asimismo cuando es contrario, de cualquier manera, a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Lo anterior, por cuanto el consentimiento no podrá ser prestado en forma ilimitada, es decir, el radio de los derechos disponibles se prolonga hasta los límites impuestos a la libertad negocial. Aplicando un juicio puramente negativo, por derechos indisponibles se entendería, entonces, aquel sector en que las prohibiciones legales, las buenas costumbres o el orden público vedan al titular la actuación que comporte la pérdida o la disminución, o el riesgo de pérdida o de disminución del derecho.

El derecho a la integridad personal, encuadra en los derechos disponibles cuando no se trata de supresión, sino de disminución de esta, siempre que se sume el consentimiento del derecho-habiente y no resulte el individuo inidóneo al cumplimiento de sus deberes para con la familia y el Estado.

En los Estados Unidos de Norteamérica se han acuñado los términos "*consent*" e "*informed consent*", para definir la voluntariedad, libertad y consciencia. En el año de 1962, "The Kefauver-Harris amendments to the food, drug and cosmet act", definió aquellos términos de la siguiente manera:

"*Consent*" o "*informed consent*", significa que la persona tiene capacidad legal para consentir y facultad para poder ejercer libremente su poder de elección⁶⁸.

Las condiciones exigidas por nuestros estatutos jurídicos, para la eficacia y validez del consentimiento emitido por el donante o cedente, pueden clasificarse en dos grupos. Uno comprensivo de los presupuestos de carácter *personal*; y otro que reúne los *materiales*. Veámoslos:

11-b) *Condiciones personales.*—Llamadas así por cuanto tienen que ver con los presupuestos síquicos y físicos que ha de reunir el donante o cedente como ser humano, para que su consentimiento no adolezca de nulidad.

Los decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982 regulan estas condiciones, con algunas deficiencias técnico-legislativas, que conducen necesariamente a interpretaciones incongruentes, deshilvanadas y contradictorias.

to de validez de las convenciones cuya ejecución (voluntaria) acarrearía una disminución de la integridad física. Su formulación está revestida de marcada simplicidad: el daño inferido al dador del tejido no es legítimo sino, cuando en razón de él, pueda ser evitado un perjuicio mayor en otra persona. KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit. pág. 32. Para REYES MONTERREAL, el atentado "solo puede estar justificado cuando el mal que con ello se cause... resulte mínimo y siempre de menor entidad que el beneficio que con la cesión se produzca...". Ob. cit. pág. 410.

⁶⁸ E. BLYTHE STASON, "The role of law in medical progress", en *Law and contemporary problems*, 1967, pág. 590.

El decreto 2642 de 1980, en su capítulo III ("Los trasplantes entre personas vivas"), art. 18, lits. e) y g), estipula:

"El trasplante de componentes anatómicos entre personas vivas requiere:

"e) Que de conformidad con el dictamen de la Junta Médica de trasplante, el donante no presente *trastornos mentales*. (Subrayado nuestro).

"g) Que el donante en el momento de expresar su voluntad no esté *privado de libertad, no se encuentre en estado de inconsciencia, sea mayor de edad y siendo mujer no esté en estado de embarazo*;...". (Subrayado nuestro)⁶⁹.

El decreto 0003 de 1982, en su capítulo III ("De la donación y sus requisitos"), art. 52, consagra:

"Para los efectos de la donación de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos por parte de seres vivos o sus deudos, con destino a los bancos de órganos regulados en el presente decreto, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

"a) Que el *donante* o los deudos responsables de la donación *sean mayores de edad*;

"b) Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente;

"c) Que el *donante* o los deudos responsables de la donación *no estén privados de la libertad*;

"d) Que el *donante* o los deudos responsables de la donación *no presenten trastornos mentales*;...". (Sub. nuestro)⁷⁰.

Luego de la transcripción de las anteriores disposiciones, se nos ocurre un interrogante: ¿En qué instante se le debe exigir al donante el cumplimiento de los reseñados requisitos?

Según el decreto 2642 de 1980, "*en el momento de expresar su voluntad*"; pero de acuerdo con el 0003 de 1982, en el momento de efectuar la donación, que puede coincidir con el momento de la ablación o extracción del órgano.

De tal manera que para el primer decreto, es requisito *sine qua non*, para la efectividad del consentimiento, que este haya sido expresado cuando el *donante* no hubiere estado privado de la libertad o en estado de inconsciencia, ni fuere menor de edad; y siendo mujer, no se encontrare embarazada, aunque para el momento de la extracción del órgano el donante se encuentre en alguna de tales circunstancias.

En cambio, para el decreto 0003 de 1982, es indispensable que para el momento de la ablación o extracción del órgano el donante sea mayor de edad, no esté privado de la libertad, ni presente trastornos mentales. He ahí una incongruencia más, de dos estatutos que intentan reglamentar un mismo fenómeno médico-quirúrgico, como son los trasplantes de componentes anatómicos.

Seguidamente estudiaremos cada uno de estos requisitos:

11-c) *Ausencia de trastornos mentales*.—Requisito consagrado por los literales e) del art. 18, del decreto 2642 de 1980, y d) del art. 22, del decreto 0003 de 1982⁷¹.

⁶⁹ Vide supra, nota 7.

⁷⁰ Vide supra, nota 9.

⁷¹ Este requisito fue previsto en anteriores proyectos de ley, así:

Proyecto de ley núm. 128 de 1973, art. 6º: "Queda prohibida la extracción de órganos o tejidos

El trastornado o enfermo mental es aquella persona cuya voluntad se halla destruida o viciada. Nuestros estatutos jurídicos no permiten que sean utilizados como cedentes o donantes de componentes anatómicos, los individuos que se encuentren en estado de perturbación síquica, el cual excluya o imposibilite la libre determinación de la voluntad.

En dictamen que la Academia Nacional de Medicina de México, rindiera al Secretario de Salubridad y Asistencia de ese país, en el año de 1969, se decía:

"...Es necesario insistir en que el donador debe ser sometido a estudio siquiátrico, para evaluar su madurez emocional, calificar los móviles de su determinación y precisar la firmeza de su decisión".

Se sugirió así mismo, que

"los prisioneros, los enfermos mentales, los individuos en estado de inconsciencia y los menores de edad, así como cualquier otro sujeto privado de libre albedrío no podrán ser aceptados como donantes"⁷².

GERT KUMMEROW considera que todo acto

"de disposición solo podrá ser autorizado si el donante está en pleno goce de sus facultades mentales conforme a valoración siquiátrica del Departamento respectivo del Instituto, Establecimiento o Centro Hospitalario donde se practicará la operación..."⁷³.

En algunos países se tipifica esta exigencia, así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 9º*.

"La donación solo podrá ser autorizada a condición de que el donante esté en pleno goce de sus facultades mentales conforme a valoración siquiátrica del Departamento respectivo del Instituto..."⁷⁴.

PERÚ: *Decreto 98-71-SA de 1971, art. 11*.

"Todo establecimiento de salud que esté capacitado técnicamente para ejecutar injertos o trasplantes de órganos o tejidos, deberá contar con un siquiátra y un sicólogo que efectúen la evaluación síquica del paciente previa a la operación. Así como la evaluación psicológica post operatoria para determinar posibles reacciones al injerto o trasplante"⁷⁵.

anatómicos a los menores de edad y en general, a los incapaces...". Art. 10: "La donación solo podrá ser autorizada cuando el donante se encuentre en pleno goce de sus facultades mentales, según concepto de un siquiátra designado para este efecto". Igualmente el art. 5º del proyecto de ley núm. 32 de 1975. El proyecto 101 de 1978, art. 4º, num. 3º: "El trasplante de órgano par de un ser vivo a otro requiere...: 3) Que el donante manifieste libremente su voluntad sin coacción alguna física o moral, y que no sea débil mental...".

⁷² En Revista *Criminalia*, citada, pág. 94. LUZ DE LOURDES SOLORZANO, manifiesta que "la elección del donante... no debe realizarse únicamente con base en aspectos biológicos, sino realizar un estudio completo, psiquiátrico, psicológico y social, al igual que se hace en el receptor..." ("Manifestaciones siquiátricas en el trasplante renal"). *Boletín Médico del Hospital Infantil*, México, febrero de 1970, pág. 93.

⁷³ KUMMEROW, *Un proyecto de ley...*, cit., pág. 184.

⁷⁴ Vide supra, nota 14.

⁷⁵ Vide supra, nota 16.

En Italia la ley 458 de 1967 (art. 3°) estipula que únicamente podrá ser autorizada la donación de riñón, si el donante es mayor de edad, posee capacidad de entender y de querer⁷⁶.

En España la nueva Ley de Transplantes de Órganos, de 27 de octubre de 1979, exige que el donante se halle en pleno uso de sus facultades mentales⁷⁷.

En contra de lo aceptado por un amplio sector doctrinario, la legislación colombiana descarta la posibilidad de que las personas incapaces de consentir válidamente como cedentes de órganos sean representadas por sus parientes próximos o guardadores, para efecto de emitir dicho consentimiento.

El profesor K. ENGISCH, ha dicho que para las personas incapaces de prestar su consentimiento podría aceptarse la competencia del encargado de cuidarlos (padres, guardador)⁷⁸.

GÓMEZ-REINO PEDREIRA, acepta que si el donante no "puede" consentir, serán sus parientes próximos quienes lo hagan. "Sin embargo, en estado de necesidad, el médico no está obligado a esto último..."⁷⁹.

Sin embargo, hay quienes se oponen a esta "delegación".

REYES MONTERREAL observa que no cabe autorizar a un tercero ni delegar en él para que, llegado el caso, decida sobre la extracción, consintiéndola o negándola. "Nos parece que las facultades legales de representación no pueden abarcar acto tan trascendente cuando, en ningún caso, la persona a quien se represente está personalmente obligada o sea su cuerpo precisamente el que se haya de entregar..."⁸⁰.

11-d) *No estar privado de la libertad*.—Requisito regulado por el decreto 0003 de 1982, literal c), del art. 22; y decreto 2642 de 1980, literal g), del art. 18. En Colombia se prohíbe que las personas privadas de la libertad donen o cedan componentes anatómicos.

No podemos olvidar que los trasplantes de órganos son considerados aún como una práctica con propósitos de investigación científica. Esto nos motivó a confrontar las anteriores disposiciones, con otra de rango superior, cual es el art. 54 de la ley 23 de 1981, que estipula:

"Las personas que se encuentren privadas de la libertad no podrán ser utilizadas con propósitos de investigación científica, en *contra de su voluntad*" (Sub. nuestro)⁸¹.

⁷⁶ KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 35, nota 67. R. DIERKENS, reclama la conjugación de la capacidad jurídica y de la capacidad de entender y de querer. Para este autor, el ejercicio del derecho sobre el cuerpo supone la madurez suficiente para calibrar los riesgos inherentes a la ablación (*Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, Ed., Paris, 1966, núm. 65, cita de KUMMEROW, *Un proyecto de ley...*, cit. pág. 183, nota 24).

⁷⁷ GAFO, ob. cit., pág. 238.

⁷⁸ K. ENGISCH, ob. cit., pág. 8.

⁷⁹ GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., pág. 77.

⁸⁰ REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 408.

⁸¹ *Anales del Congreso*, núm. 44, marzo 16 de 1981, pág. 543.

La interpretación lógica de estas disposiciones, nos llevó a concluir que con la expedición de los arts. 22, lit. c) y 18 lit. g) de los decretos 0003 y 2642, de 1982 y 1980 respectivamente, se violó el art. 54 de la ley 23 de 1981.

Lo anterior nos indujo a plantear ante el Honorable Consejo de Estado esta inquietud, solicitando la nulidad de las normas pertinentes.

Deciamos:

"En nuestro modesto parecer, el decreto 0003 de 1982 no podía, legalmente, restringir el derecho otorgado por la ley 23 de 1981 a las personas privadas de la libertad a ser utilizadas con fines de investigación científica.

"Una de las formas como una persona puede ser utilizada «con propósitos de investigación científica», es a través de los trasplantes de órganos o componentes anatómicos, ya sea que se actúe como donante o como receptor de los mismos...

"Nótese que mientras que el decreto 2642 de 1980, lo importante es que al momento de expresar su voluntad o de consentir, el donante, no esté privado de libertad, así lo esté para el momento de la operación o intervención quirúrgica, con lo cual no se opone a lo estipulado por la ley 23 de 1981, para el 0003 de 1982, solo se exige que el donante no esté privado de la libertad, al momento de efectuar la donación, impidiendo de esta manera, a los que se hallan en dicha circunstancia ser utilizados con propósitos de investigación científica... Con base en las alegaciones expuestas, solicito con el debido respeto... se declare nulo el literal c), del artículo 22 del decreto 0003 de 1982, por encontrarse en evidente oposición con el artículo 54 de la ley 23 de 1981..."⁸².

11-e) *No encontrarse inconsciente*.—Regulado por el literal b), del art. 22 del decreto 0003 de 1982. La inconsciencia puede ser producida por la embriaguez, anestesia (éter, cloroformo), narcóticos, estupefacientes (marihuana, cocaína, morfina, heroína, opio, etc.), hipnosis, sonambulismo, sueño, etc.

Creemos que los "trastornos mentales" y el "estado de inconsciencia", bien hubieran podido encasillarse en un solo literal o numeral, con una redacción que los abarcara en una forma general y más técnica, v. gr., "que el donante se encuentre disfrutando de plenas facultades mentales y volitivas, según concepto de la Junta Médica de Trasplantes".

11-f) *Ser mayor de edad*.—Tipificado por los literales a) del art. 22 del decreto 0003 de 1982, y g) del art. 18 del decreto 2642 de 1980. En Colombia la mayoría de edad, se adquiere al cumplirse los dieciocho años, según lo dispone la ley 22 de 1977⁸³.

Los doctrinantes se hallan divididos en cuanto a la exigencia de edad para consentir la donación o cesión. MANUEL RICO LARA ("dieciocho años o más"), REYES MONTERREAL ("basta con tener catorce años cumplidos"), GÓMEZ-REINO PEDREIRA ("a los veintiún años... en las cesiones *post mortem*... la edad de catorce años... a partir de la cual se puede testar conforme a lo dispuesto por el Código Civil..."⁸⁴).

⁸² Apartes de la demanda de nulidad que incoáramos ante el Consejo de Estado, en la cual invocamos "se declare nulo el ordinal c) del art. 22 del decr. 0003 de 1982, por encontrarse en evidente contradicción con el artículo 54 de la ley 23 de 1981".

⁸³ El art. 1° de esta ley, dispone: "Para todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho años (18)".

⁸⁴ RICO LARA, ob. cit., pág. 76. REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 408. GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., págs. 67 y 71.

En los Estados Unidos de Norteamérica, donde el planteamiento aún se discute apasionadamente, la opinión mayoritaria coincide en aceptar que el menor no puede emitir válidamente su consentimiento para una operación que no ha de repercutir en su beneficio. Como se ha visto, algunos sectores de la doctrina —de modo transaccional— reclaman, además del consentimiento del menor, capaz de entender y de querer, el de sus padres.

Tres decisiones de los organismos jurisdiccionales norteamericanos de Massachusetts, aprobaron la remoción del riñón de un menor para trasplantarlo a un hermano gemelo, con el argumento de que el donante entendía perfectamente las secuelas de la ablación para su equilibrio funcional, aparte del hecho de que recibía un beneficio potencial al catalizar el impacto síquico que hubiera representado para él la muerte de su hermano⁸⁵.

Los jueces que conocieron del caso fundamentaron sus decisiones en tres puntos:

- a) que los padres hayan consentido;
- b) que el donante-menor haya entendido la naturaleza de la operación y sus posibles consecuencias, y las haya consentido; y
- c) para evitar el grave impacto emocional que sufriría el menor, si su hermano gemelo fallece⁸⁶.

En Colombia no se exige que los receptores de órganos guarden determinado grado de parentesco con el donante o cedente tal como sí sucede en otros países, por ejemplo en Italia, que admite como donantes a padres o hermanos del paciente, dándose cabida a otros “parientes, y aun a terceros extraños al círculo familiar, cuando el paciente no tenga tales consanguíneos o ninguno de ellos sea idóneo o disponible” (ley 458 de 1967, art. 1º)⁸⁷.

En Venezuela se admite como donantes a “los padres, los hijos mayores de edad y los hermanos mayores de edad del receptor” (ley del 10 de agosto de 1972, art. 8º)⁸⁸.

11-g) *Que siendo mujer, no se encuentre embarazada.*—Requisito que trae el literal g) del art. 18 del decreto 2642 de 1980.

Según esta disposición (*vide*, 11-b) solo interesa que la mujer al momento de consentir la donación no se encuentre en “estado de embarazo”. Lo que indica que habiendo consentido en estas condiciones, no importa que al momento de ejecutarse la extracción del órgano, se halle efectivamente embarazada.

¿Qué quiso el legislador proteger con este requisito? No fue la existencia o supervivencia del *nasciturus* o concebido, quien podría resultar lesionado en su integridad con la intervención quirúrgica; tampoco a la futura madre, quien, por su mismo estado de gravidez, pondría en peligro su salud y la de su futuro hijo.

⁸⁵ La literatura médica revela que el rechazo inmunológico es ostensiblemente mayor entre parientes colocados en grados más lejanos y entre personas desvinculadas de todo tipo de nexo familiar.

⁸⁶ DUKEMINIER, ob. cit., pág. 851.

⁸⁷ KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 35.

⁸⁸ *Vide supra*, nota 14.

¿Qué importa que al momento de “expresar su voluntad” la mujer se encuentre o no “en estado de embarazo”? Lo que sí interesa es que esa voluntad no se materialice o se ejecute, encontrándose en dicho estado, por las razones ya anotadas.

11-h) *Condiciones materiales.*—Estudiados los presupuestos de índole personal, que tienen que ver con la voluntariedad, libertad y consciencia con que debe expresarse el consentimiento, corresponde ahora analizar la manera como este *debe* ser materializado. Según el art. 28 del decreto 2642 de 1980, la *voluntad* manifestada por el cedente de permitir la extracción de un órgano o componente anatómico con fines terapéuticos, *deberá expresarse*:

- a) por medio de documento público, o
- b) por medio de documento privado autenticado o suscrito ante dos testigos hábiles.

El art. 28 del decreto 0003 de 1982, alude a los mismos medios probatorios, pero en vez de decir *deberá*, dice *podrá* ser expresada.

De la interpretación de las anteriores disposiciones, surgen algunos interrogantes: ¿Podrá una persona ceder algún órgano o componente anatómico, utilizando un medio o mecanismo distinto de los reseñados en las disposiciones citadas, como vehículo para *expresar* su voluntad? Según el decreto 2642, la enumeración es taxativa, pero atendiendo al 0003, que es posterior, son viables otros mecanismos.

También se hace necesario distinguir el medio utilizado cuando la facultad dispositiva del cedente va a tener efectos *ante mortem* o *post mortem*.

Creemos que, además de los medios señalados por el art. 28 del decreto 0003 de 1982, el cual debe primar sobre el 2642 de 1980, según conocidas reglas de interpretación (ley 153 de 1887, art. 2º), es evidente que también puede hacerse en forma verbal, “ante la institución o centro hospitalario autorizado por el Ministerio de Salud para la práctica del trasplante”. Es así como una persona, mayor de edad y consciente, puede hacer disposición *ante mortem* de órganos o componentes anatómicos, con destino a los bancos de órganos autorizados por la ley, ya sea utilizando alguno de los documentos señalados en el art. 28 del decreto 0003 de 1982 (público, privado autenticado o suscrito ante dos testigos hábiles), verbalmente, cuando el cedente no supiere o no pudiese firmar, a través de grabaciones magnetofónicas en discos, cintas o similares.

En el Estado de Delaware (USA), el donante puede firmar en presencia de dos testigos y puede reconocer su firma delante de un notario público. (Del Code Ann. ch. 24-1781 supp. 1969)⁸⁹.

En el Estado de Massachusetts, la donación ha de constar en documento escrito y firmado por tres personas, ninguna de las cuales puede ser un agente, criado o empleado del hospital donatario; ha de llevar, además, adherido un certificado expedido por médico registrado, en el cual se manifieste que el donante, al momento de elaborar el documento, se encontraba en plenas facultades mentales y no se hallaba bajo la influencia de narcóticos. (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 113, 7-10 1967)⁹⁰.

⁸⁹ DUKEMINIER, ob. cit.

⁹⁰ *Ibidem*.

El profesor K. ENGISCH, sostiene que "el (consentimiento) no está sujeto a formalidades. No es necesario que sea prestado por escrito"⁹¹.

La tesis que pregonamos parece ser la seguida por la ley venezolana sobre trasplantes de órganos de 1972, al consagrar:

"...el consentimiento para el retiro de órganos y materiales anatómicos será comunicado por el donante... al establecimiento o centro hospitalario donde se practicará la operación de trasplante y se dejará constancia por escrito del acto en la historia clínica del donante..." (art. 9º, inciso 2º)⁹².

Por otra parte en la República del Perú, el Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 1971, en su art. 15, inciso 1º, se aparta de nuestra tesis, al disponer:

"...el consentimiento (del donante y receptor)..., debe constar en documento que haga indudable la manifestación de voluntad del donante y del receptor, o quien los represente"⁹³.

12. CESIÓN HECHA EN VIDA CON EFICACIA "POST MORTEM"

De los literales señalados como requisitos en la cesión *ante mortem*, solamente el último es valedero en la *post mortem*, es decir, la exigencia de que la donación o cesión haya sido hecha en forma voluntaria, libre y consciente. Las anotaciones hechas en cuanto al consentimiento, condiciones personales del cedente, son válidas para el tipo de cesión que nos proponemos analizar.

En cuanto a los presupuestos o condiciones que hemos denominado materiales, cabe hacer algunas distinciones. Aquí no es el cedente quien personalmente manifiesta su voluntad de donar: es una tercera persona, quien es portadora de dicha voluntad. Si abogáramos porque al cedente no se le restringieran los medios mediante los cuales quisiera hacer valer su intención, ahora nos situamos en el plano opuesto. Los documentos o medios utilizados en vida por el cedente, han de ser analizados e interpretados cuidadosa y rigurosamente, buscamos en todo momento que su voluntad no sea o haya sido tergiversada.

JESSE DUKEMINIER, considera que ante las eventualidades y por la necesidad de extraer prontamente los órganos vitales, una persona puede llevar consigo un instrumento de donación, de tal modo que podría disponerse rápidamente de él; pero, para muchas personas, llevar una tarjeta en la cual se dijera: "en mi muerte, mis órganos se los dono a fulano de tal", es psicológicamente imposible. El recuerdo permanente de su propia muerte podría acarrear espantosas ansiedades⁹⁴.

Para RICO LARA la cesión del cadáver ha de ser hecha bajo forma testamentaria, dada la importancia de dicho acto dispositivo⁹⁵.

DIERKENS cree que las formas de realizar la donación son: por testamento (alcanzando efectividad con la muerte del testador), en cuyo caso es válida, aunque el testamento se impugne por otros motivos, y finalmente mediante documento suscrito ante dos testigos⁹⁶.

⁹¹ ENGISCH, ob. cit., pág. 9.

⁹² *Vide supra*, nota 14.

⁹³ *Vide supra*, nota 16.

⁹⁴ DUKEMINIER, ob. cit., pág. 827.

⁹⁵ RICO LARA, ob. cit., pág. 73.

⁹⁶ Cita de RICO LARA, ob. cit., pág. 73.

Por su parte, DÍEZ DÍAZ no considera necesaria la escritura notarial. Bastaría el simple documento privado ante testigos y, cualificadamente, ante el director del establecimiento⁹⁷.

En el derecho comparado, se ha establecido al respecto:

PERÚ: *Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 1971, art. 26.*

Para la utilización de un órgano o tejido aprovechable de un muerto se requiere: (a). Consentimiento del sujeto antes de morir...". Consentimiento que "debe constar por documento que pruebe en forma indudable la voluntad manifestada, quedando prohibido por lo tanto, el consentimiento verbal para realizar el injerto o trasplante de todo órgano o tejido". (Art. 27, *ibidem*)⁹⁸.

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 1968, art. 3º.*

"El permiso para el aprovechamiento, a que se refiere el artículo 1º (disposición *post mortem*), podrá hacerse efectivo, si se da cumplimiento a una de las siguientes condiciones:

"I- Por manifestación expresa del donante;

"II- Por la manifestación de voluntad, expresada a través de instrumento público, cuando se trate de donante relativamente incapaz o de analfabeto;

"III- Por la autorización escrita, otorgada por el cónyuge no separado, o en subsidio, por los descendientes, ascendientes o colaterales, o por las corporaciones religiosas o civiles responsables por el destino de los despojos..."⁹⁹.

⁹⁷ MARTÍNEZ MANLIO considera "que el donante puede prestar su consentimiento mediante testamento, o bien en la cláusula adicional de otro contrato, como por ejemplo, el seguro de vida. Y así sería plausible autorizar al beneficiario del capital asegurado, a disponer del cadáver o de sus órganos, de la manera más conveniente. Según este autor, en Norteamérica se ha sugerido que "cada posible donante lleve consigo una pequeña tarjeta, al igual que el grupo sanguíneo, autorizando la extracción de sus órganos para el caso de su muerte. Con el fin de contribuir al progreso de la ciencia, son muchos los medios que se propugnan" (ob. cit., pág. 49).

El Dr. MARIO ARBELAEZ, del Grupo de Trasplantes Renales del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, nos ha suministrado un formato que se utiliza en el Estado de Missouri (USA), para la cesión de órganos:

Mediante la presente, hago <i>voluntaria</i> donación anatómica, para después de mi muerte:	
<input type="text"/>	Cualquier órgano <input type="text"/> Específicamente
Firma del donante _____	Tipo de sangre donante _____
Primer testigo _____	
Segundo testigo _____	
Observación médica _____	Autorizado por la Ley Estatal 194240 de 1975

Este formato va adherido a documentos de permanente utilización, como los pases de conducción, documentos de identidad, tarjetas de crédito, etc.

⁹⁸ *Vide supra*, nota 16.

⁹⁹ *Vide supra*, nota 15.

En VENEZUELA, la ley de 10 de agosto de 1972, art. 11, exige que la voluntad *post mortem* del donante se manifieste siempre "por escrito" al centro hospitalario debidamente autorizado¹⁰⁰.

La jurisprudencia italiana (sent. cas. 20 de marzo de 1944, núm. 211) considera que las disposiciones referentes a la destinación del propio cadáver, aunque no estén contenidas necesariamente en testamento, "deben resultar de un acto escrito, siendo por tanto inadmisibles la prueba testimonial"¹⁰¹.

13. REVOCABILIDAD

Se entiende por revocación, el acto unilateral por el cual una persona, no ligada por acto alguno con otra, deja sin valor un acto jurídico propio, como un testamento o un legado.

En cuanto a los procedimientos de trasplantes de componentes anatómicos, el art. 29 del decreto 2642 de 1980, reza:

"El donante podrá revocar el acto por el cual dona parte de su cuerpo"¹⁰².

El decreto 0003 de 1982, art. 28, parágrafo 2º, dispone en similares términos:

"El donante podrá revocar en cualquier momento el acto mediante el cual hace donación parcial o total de su cuerpo"¹⁰³.

En otro aparte de este estudio afirmábamos que nuestro ordenamiento jurídico solo admite la disposición de órganos o componentes anatómicos a título gratuito, y, por ello, el donante puede en cualquier momento revocar lo que voluntaria, libre y conscientemente quiso donar, sin que dicho comportamiento pueda dar lugar al surgimiento de derechos en contra de este y a favor del donatario o de terceras personas. Aunque esta última premisa no está expresamente codificada, ya en anteriores proyectos de ley se hacía alusión a la misma, como una derivación implícita de la facultad de disposición y de revocación¹⁰⁴.

GERT KUMMEROW, ha dicho al respecto:

"...el acto dispositivo *ante mortem* es un acto unilateral, de última voluntad y esencialmente revocable hasta la muerte aun en forma verbal"¹⁰⁵.

"La revocabilidad del consentimiento operará con plena eficacia liberatoria en el sector de los atentados susceptibles de producir una disminución permanente de la integridad física,

¹⁰⁰ *Vide supra*, nota 14.

¹⁰¹ En "*Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*", 1944, v. xv, págs. 570 y 571. Cita de KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 60, 134.

¹⁰² *Vide supra*, nota 7.

¹⁰³ *Vide supra*, nota 9.

¹⁰⁴ La revocabilidad fue prevista en anteriores proyectos de ley, así: Los arts. 12 del proyecto núm. 128 de 1973 y 6º del proyecto núm. 32 de 1975, consagraban esta facultad, añadiendo que la misma no "da lugar a los derechos en contra del donante". El artículo 7º del proyecto núm. 101 de 1978, disponía que "es revocable el acto por el cual una persona dispone de parte de su cuerpo, sea que tal acto deba recibir ejecución durante la vida o después de la muerte del disponente o donante. La revocación no da lugar a derechos en contra del donante".

¹⁰⁵ KUMMEROW, *Proyecto de ley...*, cit., pág. 189.

pero similar consecuencia quedaría descartada cuando la actuación del pretensor —conforme al contenido del acto negocial— no conduzca a una disminución o minimización tal de la integridad"¹⁰⁶.

¿Cómo se efectúa la revocación del acto por el cual una persona dispone en todo (cesión *post mortem*) o en parte (cesión *ante mortem*) de su cuerpo? La fórmula más sencilla sería elaborando un nuevo documento de donación, en el cual se dijera: "revoco cualquier disposición de órganos hecha en anterior o anteriores documentos", o algo similar.

The uniform anatomical gift act, permite la revocación por destrucción, cancelación o mutilación (núm. 6 b). Pero por otra parte, no es claro el lenguaje, en cuanto a la significación de estos términos.

Supóngase que la tarjeta de donación se carga doblada en un maletín, por espacio de varios años; y al morir, la tarjeta se encuentra dividida o doblada en dos pedazos. ¿Se halla la tarjeta revocada por mutilación? Si el donante dividió la tarjeta con la intención de revocar, se entenderá revocada la donación; si la división ocurre sin su consentimiento, o con su consentimiento pero sin la intención de revocar, se entenderá como no revocada su voluntad de donar¹⁰⁷.

Un documento de donación no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. Los documentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en estos, las disposiciones que no sean incompatibles con los posteriores o contrarios a ellos. Términos utilizados por el art. 1237 del Código Civil colombiano, al regular la revocación de los testamentos, documentos que pueden ser utilizados para disponer del cadáver o de órganos tal como lo acepta un amplio sector doctrinario, corriendo con el peligro de que alguno de estos órganos o componentes anatómicos, se pierdan por su pronto deterioro, entre el momento de la muerte y el de la apertura del testamento¹⁰⁸.

IV

DISPOSICIÓN DE COMPONENTES ANATÓMICOS POR TERCEROS

14. AUTORIZACIÓN DADA POR LOS DEUDOS

"Si la persona fallecida no hubiere expresado su voluntad, sus deudos podrán autorizar la ablación de componentes anatómicos del cadáver" (decr. 2642 de 1980, art. 28)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 40. En Venezuela, "el acto de donación de órganos y materiales anatómicos es siempre revocable hasta el momento de la intervención quirúrgica..." (ley de 10 de agosto de 1972, art. 10).

En Perú, "es revocable el acto por el cual una persona dispone de todo o parte de su cuerpo, sea que el acto deba recibir ejecución durante la vida o después de la muerte del disponente" (decreto-ley núm. 17.505 de 1969, art. 45).

¹⁰⁷ DUKEMINIER, ob. cit., pág. 826.

¹⁰⁸ BORREL MACIÁ, ob. cit., pág. 126. KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 60.

¹⁰⁹ *Vide supra*, nota 7.

14-a) ¿Cuáles deudos pueden disponer de los componentes anatómicos de un cadáver?—Los decretos 2642 de 1980, art. 8º y 0003 de 1982, art. 11, señalan como deudos:

“...el cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, de una persona fallecida”¹¹⁰.

Ahora bien, los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad de una persona fallecida, según el art. 27 del Código Civil colombiano, son:

- a) primer grado: padres - hijos
- b) segundo grado: hermanos - abuelos - nietos
- c) tercer grado: sobrinos - tíos - bisabuelos - bisnietos
- d) cuarto grado: primos - tatarabuelos - tataranietos - hijos de los sobrinos.

Pero resulta que el art. 29 del decreto 0003 de 1982, “clasifica” a los deudos “teniendo en cuenta el siguiente orden de parentesco, prioritario y excluyente”:

- a) cónyuge;
- b) hijos mayores de edad, legítimos o naturales reconocidos legalmente;
- c) padres legítimos o naturales;
- d) hermanos mayores de edad, legítimos o naturales legalmente reconocidos;
- e) abuelos y nietos;
- f) parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive (sobrinos, tíos, hijos de sobrinos, hermanos de abuelos, primos), y
- g) parientes de afinidad, hasta el segundo grado.

En el mismo artículo, se dispone:

“Cuandoquiera que parientes del mismo grado expresen su voluntad, la oposición de uno de estos elimina la posibilidad de disponer del cadáver...”¹¹¹.

¿A qué oposición alude este artículo? ¿A la que pueda existir entre padres e hijos o entre hermanos, abuelos y nietos del fallecido por pertenecer a un mismo grado? (C. C., art. 27) ¿O a la que pueda existir entre hermanos, abuelos y nietos por pertenecer a distintos órdenes prioritarios y excluyentes, que el mismo artículo ha señalado? O, por último, ¿a la que pueda existir entre hijos, entre padres, entre los hermanos mayores, etc? Creemos que a esta última. La intención del legislador fue la de buscar que se respetaran los órdenes, enumerados en forma prioritaria y excluyente. De ahí que no ha debido hablarse de parientes de un mismo grado, sino de parientes de un mismo orden; además, el cónyuge, situado en el primer orden, no guarda ningún grado de parentesco con su similar fallecido.

En el derecho comparado, se tiene establecido:

VENEZUELA: Ley del 10 de agosto de 1972, art. 11.

“Si no constare la voluntad contraria de la persona fallecida o la determinación de que se dé a su cadáver un destino específico distinto del retiro de sus órganos con fines terapéuticos, la decisión a que se refiere este artículo podrá ser adoptada previa autorización,

dada por escrito, de los familiares con quienes haya convivido el difunto. En caso de oposición en relación al destino que haya de dársele al cadáver prevalecerá la opinión del cónyuge y, a falta de este o si no pudiere dar su autorización, se requerirá la de sus hijos mayores, o de sus descendientes o de sus hermanos mayores de edad, en este último orden. La voluntad dada en vida por el finado prevalecerá sobre cualquier parecer contrario de las personas señaladas...”¹¹².

PERÚ: Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 1971, art. 26.

“Para la utilización de un órgano o tejido aprovechable de un muerto se requiere:...

(b). Consentimiento del familiar más próximo...”¹¹³.

BRASIL: Ley núm. 5479 de 1968, art. 3º.

“El permiso para el aprovechamiento, a que se refiere el artículo 1º (disposición post mortem), podrá hacerse, si se da cumplimiento a una de las siguientes condiciones:

“...
”III- Por la autorización escrita, otorgada por el cónyuge no separado, o en subsidio, por los descendientes, ascendientes o colaterales, o por las corporaciones religiosas o civiles responsables por el destino de los despojos...”¹¹⁴.

En ESPAÑA, una Orden del 17 de febrero de 1955, dispone que en los casos de muerte violenta los jueces de instrucción podrán autorizar la obtención de piezas anatómicas del cadáver, con fines de injerto, cuando las necesidades lo exijan¹¹⁵.

La doctrina en torno al tema que nos ocupa, se ha interesado en delimitar el grupo de personas, que llegado el caso, pueden disponer de componentes anatómicos de los cadáveres de sus parientes fallecidos, cuando no hubiesen dispuesto lo contrario en vida¹¹⁶.

Tal como lo hicimos con el cedente o donante, clasificaremos los requisitos que han de cumplir los deudos, en los de índole personal y material, según se refieran a las exigencias síquicas o físicas de la persona-deudo, o a la forma como ha de manifestarse su facultad dispositiva.

14-b) Condiciones personales.—a) que “los deudos responsables de la donación sean mayores de edad” (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. a); b) que “los deudos responsables de la donación no estén privados de la libertad” (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. c.); c) que “los deudos responsables de la donación no presenten trastornos mentales” (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. d).

¹¹² Vide supra, nota 14.

¹¹³ Vide supra, nota 16.

¹¹⁴ Vide supra, nota 15.

¹¹⁵ KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 69.

¹¹⁶ KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 57. JEAN SAVATIER, “El problema de los trasplantes de órganos de un cadáver”, en *Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad de Zulia), Maracaibo, Venezuela, núm. 28, enero/abril 1970, pág. 153. DE SOLA, ob. cit., pág. 67. JOSÉ ABELLAN “La disposición post mortem del cuerpo humano”, en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núm. 35, julio/septiembre 1968, págs. 46 y 48. RICO LARA, ob. cit., pág. 74. GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., págs. 72 y ss.

¹¹⁰ Ibidem nota 9.

¹¹¹ Vide supra, nota 9.

En otros términos, "que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente" (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. b)¹¹⁷.

14-c) *Condiciones materiales*.—Dispone el decreto 2642 de 1980 (art. 28, inc. 2°):

"...si la persona fallecida no hubiere expresado su voluntad, sus *deudos* podrán autorizar la ablación de componentes anatómicos del cadáver en la misma forma establecida en este artículo"¹¹⁸.

Es decir, por medio de "documento público o documento privado autenticado o suscrito ante dos testigos..."¹¹⁹.

14-d) *Término dentro del cual debe hacerse la donación*.—Debido a la pronta descomposición que sufren los órganos cuando el cuerpo humano queda sin vida, es recomendable que la ablación de los componentes anatómicos se haga lo más pronto posible.

"Cuandoquiera que la donación corresponda a la voluntad de los deudos de una persona, deberá hacerse dentro de las seis (6) horas siguientes al diagnóstico de muerte cerebral y previa expedición del certificado médico de defunción" (decr. 0003 de 1982, art. 23)¹²⁰.

15. AUTORIZACIÓN OTORGADA POR TERCEROS (NO DEUDOS)

¿Tendrán facultad en Colombia personas distintas de los deudos para disponer de los componentes anatómicos de un cadáver? *No*. En nuestro país, *solamente* puede ser donante o cedente de componentes anatómicos, la persona que, durante su vida o después de su muerte, bien sea por su expresa voluntad o por la de sus deudos, permita la extralimitación de aquellos, con fines de trasplante o terapéuticos (decrs. 2642 de 1980, art. 4° y 0003 de 1982, art. 9°).

Resumiendo, el ordenamiento jurídico colombiano, prevé las siguientes posibilidades de donación de componentes anatómicos:

a) Si la persona, en vida, ha manifestado su voluntad favorable al retiro de sus órganos o componentes anatómicos, con fines terapéuticos o de investigación científica, su decisión "*prevalecerá sobre el parecer contrario de sus deudos y de cualquier otra persona*".

b) Si el interesado *nada* hubiere expresado en vida, *solamente sus deudos*, "*podrán autorizar la extracción de sus órganos, componentes anatómicos o líquidos orgánicos, en forma total o parcial u oponerse a ella*"¹²¹.

Situación diferente se presenta en Francia, donde el decreto 2057 de 20 de octubre de 1947, faculta a los establecimientos hospitalarios que figuran en una

lista elaborada por el Ministerio de Salud Pública para el retiro de piezas anatómicas sin plazo alguno, *aun en ausencia de autorización de la familia*, si el médico jefe de servicio juzga que así lo amerita un interés científico o terapéutico¹²².

En Portugal, según orden núm. 47, de junio 13 de 1966, del Ministerio de Salud, cuando en vida una persona no haya ni prohibido ni autorizado la extracción *post mortem* de órganos de su cadáver, ni haya habido objeción por parte de sus parientes, dentro de las cuatro horas siguientes a su muerte sus órganos podrán ser removidos con destino a trasplantes¹²³.

En Checoslovaquia (Ministry of Health Instruction núm. 5, march 1, 1968), la extracción de órganos de los cadáveres se considera como actividad rutinaria, a menos que las personas en vida, hayan declarado su objeción mediante escrito¹²⁴.

En España, se considera como donante potencial a toda persona fallecida, que no haya expresado en vida su objeción a que se le extirpen sus órganos después de su muerte (nueva Ley de Trasplantes de Órganos, del 27 de octubre de 1979). En marzo de 1980, un real decreto del Ministerio de Salubridad y Seguridad Social, reguló la ley española de trasplantes (Boletín Oficial del Estado, 13 de marzo de 1980). En su art. 5°, 2. dispone:

"la extirpación podrá realizarse con fines terapéuticos y científicos en el caso de que estos (fallecidos) no hubieren dejado constancia expresa de su oposición".

El enfermo puede hacer constar, en su ficha de ingreso, su oposición a que se le extirpen sus órganos en caso de fallecimiento¹²⁵.

En Chile, según la ley núm. 15.262, de 6 de septiembre de 1963 (D. O. núm. 25653, de 30 de septiembre de 1963), se permite la extracción de órganos (tejidos oculares, trozos de huesos, cartílagos, arterias o cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para realizar injertos), en los cadáveres, sin consentimiento previo del fallecido, ni, en caso, permiso de los familiares, para trasplantarlos a otras personas¹²⁶.

Nuestro ordenamiento jurídico descarta la denominada "*tesis de la nacionalización del cadáver*"¹²⁷, lo mismo que su declaratoria como bienes de utilidad pública, insinuada por JORGE KAPLAN, en un foro celebrado en 1969 en la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Tesis que han hallado resonancia en el movimiento favorable a la remoción compulsiva de órganos del cadáver, basada en la primacía de la vida humana, y que propugnan el retiro de todos los órganos utilizables del cuerpo sin vida de una persona¹²⁸.

¹²² KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 67.

¹²³ KUMMEROW, *Un proyecto de ley...*, cit., pág. 190.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ GAFO, ob. cit., pág. 245.

¹²⁶ RIVACOBIA RIVACOBIA, ob. cit., pág. 41.

¹²⁷ En Italia el profesor GIOVANNI LEONE, en su intervención ante el ISLE, adhirió a la idea de la "nacionalización del cadáver" en el sentido de que el Estado es una organización futura que debe gozar del poder de disposición de cualquier cadáver para retirar fragmentos necesarios para salvar vidas humanas.

¹²⁸ RICARDO ROYO-VILLANOVA Y MORALES, en su obra *Injertos y trasplantes del cadáver*, afirma que "tal vez llegue el día en que los súbditos de un Estado, no ya libremente, sino con la obligatoriedad,

¹¹⁷ *Vide supra*, nota 9.

¹¹⁸ *Vide supra*, nota 7.

¹¹⁹ La autorización dada por los familiares, según KUMMEROW, ha de constar por escrito (*Proyecto de ley...*, cit., pág. 190).

¹²⁰ *Vide supra*, nota 9.

¹²¹ Art. 28 del decr. 2642 de 1980.

Algunos autores, sin arribar a este extremo, propugnan la creación de un núcleo de normas que torne rutinaria la remoción de órganos aprovechables del cadáver, salvo que los descendientes o los parientes cercanos se opongan.

GÓMEZ-REINO PEDREIRA, considera que debe introducirse:

"...como norma general y ordinaria, de manera que, en todos los casos que falte disposición *post mortem*, sea la autoridad jurisdiccional a instancia de parte interesada, con las audiencias y formalidades que se estimen necesarias, la que, muy sumariamente, resuelva sobre si procede o no autorizar el uso de un cadáver para la obtención y trasplante de órganos que se hubiera solicitado"¹²⁹.

Sin que lo anterior se entienda como expropiación del cadáver.

Contrariamente, REYES MONTERREAL considera "*inoperante* el simple acreditamiento de la *no oposición* por parte del sujeto", cuando se trate de consentir la extracción de órganos para trasplantes¹³⁰.

V

EL RECEPTOR

16. INTRODUCCIÓN

Así como se han señalado requisitos de índole personal y material a los cuales ha de someterse el cedente o donante de componentes anatómicos, también se ha reglamentado la forma como el receptor¹³¹ ha de intervenir en "los procedimientos de trasplante de órganos en seres humanos", que regula el decreto 2642 de 1980.

La intervención del *receptor*, está enmarcada desde dos ángulos: la pasiva estructurada por el deber de información sobre los riesgos que conlleva el procedimiento de trasplante, y la activa, estrechamente vinculada con la anterior, que denominaremos necesidad del consentimiento.

17. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO

En otro aparte de este trabajo hicimos una breve introducción sobre el consentimiento, aplicado al donante o cedente, que adquiere validez al enfocarlo desde el punto de vista del receptor.

contribuyan después de su óbito con la cesión de su cadáver para injertos, trasplantes, transfusiones y otros aprovechamientos terapéuticos, como también para aplicaciones de carácter docente y hasta de pura investigación científica en cumplimiento de sagradas normas de solidaridad, de póstumos deberes de auxilio, ayuda y socorro, directo o indirecto, a los semejantes" (cita de RICO LARA, ob. cit., pág. 77).

¹²⁹ GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., pág. 74.

¹³⁰ REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 408.

¹³¹ "Denomínase *receptor*, a la persona en cuyo cuerpo se implantan componentes anatómicos procedentes de otro organismo" (decr. 2642 de 1980, art. 5°).

"El trasplante de componentes anatómicos entre personas vivas requiere:...

"i) Que el receptor exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de una persona mayor de edad. Tratándose de un menor, el consentimiento deberán expresarlo, también por escrito, sus padres o tutores.

"En caso de manifiesta imposibilidad física o psíquica del receptor para expresar su consentimiento, este podrá ser dado por el cónyuge o por sus parientes más cercanos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad"¹³².

Mientras el legislador empleó varios decretos en reglamentar con alguna minuciosidad los aspectos relevantes que tienen que ver con el donante, solo utilizó un literal para referirse al receptor. De esta "economía legislativa", se desprende la existencia de lagunas e incongruencias en su redacción, que repercuten como es lógico, en la interpretación sana y racional que ha de orientar el desenvolvimiento doctrinario y legislativo del fenómeno médico-terapéutico que hemos venido estudiando.

Según el literal aludido y transcrito más arriba, los receptores de componentes anatómicos, pueden ser de tres clases:

1^a) *Persona mayor de edad*: Cuando al receptor fuere mayor de edad, en plenitud de sus facultades físicas y síquicas, podrá consentir el implante de un órgano en su organismo, si lo hiciera "*por escrito*".

¿Tendría en mente el legislador exigir la condición de *alfabeta* a los receptores mayores de edad? Creemos que no, por lo absurdo que se nos presenta este planteamiento. Esta primera parte, ha de entenderse, en el sentido de exigir que se otorgue el consentimiento en forma libre y expresa, siempre que el medio utilizado presente indubitablemente la manifestación de voluntad querida por el receptor.

2^a) *Persona menor de edad*: Cuando el receptor fuere un menor de edad, el consentimiento habrá de ser expresado tanto por el menor (¿en qué forma?), como por sus padres o tutores. Entonces, ¿qué sucederá si el menor, al momento del implante, careciere de padres y de tutores, o si existiendo estos, no supiesen o no pudiesen escribir? Si el menor de edad tiene cónyuge, ¿no podrá este corroborar ese consentimiento expresado por aquel? La disposición ha de entenderse en el sentido de que, si el receptor fuese un menor de edad, su consentimiento habrá de ser complementado con el de su cónyuge o el de sus parientes más cercanos.

3^a) *Persona que se halla imposibilitada física o síquicamente para expresar su consentimiento*: El artículo clasifica a los incapaces en dos grupos: de un lado los menores de edad; y de otro los imposibilitados física o síquicamente. Si el receptor fuere un incapaz físico (imposibilitado físicamente, v. gr. mancos, mudos que no saben escribir), o síquico (p. ej. enfermos mentales, inconscientes por embriaguez, anestesia, narcóticos, estupefacientes, hipnosis), el consentimiento podrá ser otorgado por el cónyuge, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

No indica el artículo qué orden de prioridad ha de otorgarse a los parientes, ni tampoco cómo habrán de solucionarse las controversias que se presenten cuando

¹³² Decr. 2642 de 1980, art. 18, ord. i).

existan oposiciones entre estos. Creemos que es posible recurrir a una norma posterior, al art. 29 del decreto 0003 de 1982, que fuera referenciado más arriba.

¿Qué sucede cuando el receptor se encuentra en imposibilidad física o síquica de consentir y no se conocen o no aparecen sus parientes? Creemos que, aunque las normas específicas no lo permiten, disposiciones de rango superior al autorizar "intervenciones quirúrgicas (¿acaso no lo es el trasplante de órganos?) sin la previa autorización de sus padres, tutores, allegados", cuando "la urgencia del caso exija una intervención inmediata"¹³³, están facilitando la adopción del llamado consentimiento presuntivo, en aquellos casos en que la urgencia y gravedad de la operación no dejen otra alternativa.

En el derecho comparado, se tiene establecido al respecto:

VENEZUELA: *Ley de 10 de agosto de 1972, art. 4°.*

"...el consentimiento del receptor o, en su caso, de sus representantes legales o de las personas que con él convivan, deben constar por escrito. Si los interesados no supieren o no pudieren firmar, así se hará constar"¹³⁴.

PERÚ: *Decreto Supremo núm. 98-71-SA, art. 4°.*

"...pueden, si, ser receptores de órganos o tejidos los menores e incapaces, previo consentimiento de sus padres o tutores".

El artículo 15, *ibidem*, dispone: "El consentimiento del receptor... debe constar en documento que haga indudable la manifestación de voluntad del donante y del receptor, o quien los represente. Dicho consentimiento debe ser certificado por el director del establecimiento de salud en que deberá ejecutarse la extracción y el injerto o trasplante"¹³⁵.

18. "POST SCRIPTUM"

Sin otra pretensión que la de crear inquietudes que permitan análisis más profundos sobre el tema que nos propusimos estudiar en el presente, creemos haber dejado planteado un cúmulo de interrogantes, que seguramente hallarán sus respuestas en las plumas de nuestros estudiosos del derecho.

Sin desconocer la importancia de muchos temas que quedaron sin analizar, creemos haber tocado al menos los de mayor incidencia desde el punto de vista personal que interesan al donante o cedente y al receptor, como son las disposiciones generales que gobiernan doctrinaria y positivamente los procedimientos de trasplante y los presupuestos de índole personal y material que inciden en la manifestación de voluntad en orden a permitir la extracción o ablación de los componentes anatómicos objeto de trasplante.

Reseñaremos algunos de esos temas, los cuales serán de posterior estudio.

El decreto 2642 de 1980, en su capítulo VI regula la forma como se integrarán y las funciones más importantes de la "junta médica", que en lo sucesivo funcio-

¹³³ El art. 14 de la ley 23 de 1981 (posterior al decr. 2642 de 1980), dispone que "el médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata" (*Diario Oficial*, núm. 35.711).

¹³⁴ *Vide supra*, nota 14.

¹³⁵ *Vide supra*, nota 16.

narán "en cada centro hospitalario o institución en donde se practiquen procedimientos de trasplantes".

El siguiente capítulo, atiende a las "licencias" que expedirá el Ministerio de Salud, a los centros hospitalarios o instituciones oficiales o privadas, que deseen practicar operaciones de trasplantes.

El capítulo VII, prevé las sanciones al incumplimiento o violación que irán desde la amonestación escrita hasta la cancelación de la licencia para realizar prácticas de trasplantes, sin que se exima a los infractores de la responsabilidad civil, penal o de otro orden a que haya lugar.

En lo que respecta al decreto 0003 de 1982, tenemos que el capítulo II, está dedicado a regular el funcionamiento de los "Bancos de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos", los mismos que se hallan clasificados en dos categorías:

"*Categoría A:* Conformada por los bancos que hayan obtenido licencia del Ministerio de Salud para la obtención, preservación, almacenamiento, transporte y distribución de diferentes clases de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos, bien sea que funcionen como una unidad física integrada, o como secciones o dependencias de un centro asistencial u hospitalario.

"*Categoría B:* Conformada por los bancos que hayan obtenido licencia del Ministerio de Salud para la obtención, preservación, almacenamiento, transporte y distribución de una sola clase o tipo de órgano, componente anatómico o líquido orgánico" (art. 16)¹³⁶.

El capítulo V estudia la "ablación, extracción y conservación de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos", estipulando la forma de obtener los órganos de:

"a) Personas que en vida hayan hecho donación total o parcial de su cuerpo, para después de su muerte;

"b) Los cadáveres que hayan sido donados por los deudos, siempre y cuando no exista por parte de la persona fallecida manifestación alguna en contrario" (art. 33)¹³⁷.

El art. 34 considera como técnica corriente las siguientes prácticas médico-quirúrgicas:

"a) Ablación de corazón, vasos y estructuras valvulares;

"b) Ablación de pulmón;

"c) Ablación de hígado;

"d) Ablación de páncreas;

"e) Ablación de intestino;

"f) Ablación de riñón o ureter;

"g) Ablación del sistema osteoarticular;

"h) Ablación de piel;

"i) Ablación de córnea y demás tejidos constitutivos del ojo;

"j) Ablación de tejidos constitutivos del oído medio y externo;

"k) Ablación de duramadre;

"l) Ablación de órganos dentarios erupcionados o no erupcionados;

"m) Ablación de elementos del sistema nervioso periférico;

¹³⁶ *Vide supra*, nota 9.

¹³⁷ *Ibidem*.

"n) Obtención de tejido hematopoyético, distinto de la sangre.

"Parágrafo: El Ministerio de Salud podrá autorizar prácticas médico-quirúrgicas de ablación e implantación, distintas de las señaladas en el presente artículo, cuando la viabilidad de las mismas en los seres humanos haya sido acreditada fehacientemente"¹³⁸.

El capítulo VI dedica su atención al "registro e información" de:

"a) De donaciones para después de su muerte, hechas por personas vivas sin que medie internación hospitalaria previa;

"b) De donaciones para después de su muerte, hechas por personas vivas al momento de una internación hospitalaria;

"c) De donaciones hechas por los deudos de personas fallecidas;

"d) De ablaciones y extracciones de líquidos;

"e) De distribución de órganos" (art. 41)¹³⁹.

El capítulo VII se encarga de regular "la distribución de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos". Distribución que se hará para fines terapéuticos, de estudio o docencia y de investigación científica. El art. 48, estatuye la forma como han de practicarse las provisiones de componentes anatómicos "para fines terapéuticos", teniendo en cuenta el siguiente orden de prioridades:

"a) Los casos de urgencia;

"b) Los casos de histocompatibilidad;

"c) El tipo de patología que se vaya a tratar;

"d) En igualdad de circunstancias frente a casos de urgencia, histocompatibilidad o tipos de patología, se tendrán en cuenta el orden u oportunidad de la solicitud.

"e) Cuando se trate de la solicitud destinada a la atención del caso que requiera una persona que tenga la condición de donante ante el banco correspondiente, o de sus beneficiarios de conformidad con las normas del presente decreto, se le dará prioridad dejando a salvo los casos de urgencia o histocompatibilidad;

"f) En igualdad de circunstancias frente a personas que tengan la condición de donante ante el banco correspondiente, o de sus beneficiarios de conformidad con las normas del presente decreto, siempre y cuando no se trate de casos de urgencia o histocompatibilidad, se tendrá en cuenta el orden u oportunidad de la solicitud.

"La distribución de componentes anatómicos y líquidos orgánicos deberá hacerse manteniendo un estricto secreto de los nombres del donante y sus deudos" (art. 50)¹⁴⁰

El capítulo VIII trata de la "clasificación, derechos y obligaciones de los donantes", en:

"a) Donantes ordinarios totales. Las personas que durante su vida donan con destino a un banco de órganos la totalidad de su cuerpo, para ser utilizado después de su muerte.

"b) Donantes ordinarios parciales. ...

"c) Donantes extraordinarios totales. Los deudos de una persona fallecida que donan la totalidad del cuerpo de esta... de conformidad con el orden de parentesco establecido en el artículo 29 del presente decreto.

"d) Donantes extraordinarios parciales. ...

"Parágrafo: Las personas que no se encuentren dentro de las clasificaciones a que se refiere el presente artículo se denominarán «no donantes»" (art. 54)¹⁴¹.

El capítulo IX, regula los carnés que expedirán los bancos, a los donantes, con la identificación completa de aquel y anotación de las características y derechos de estos (art. 72).

BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN, JOSÉ: "La disposición 'post mortem' del cuerpo". *Revista de Derecho Judicial*. Madrid, España, año IX, núm. 35, julio/septiembre 1968.

ANALES DEL CONGRESO núms. 77(1973), 58(1974), 37(1975), 30(1979), 78(1978) y 87(1979).

BORREL MACIÁ, ANTONIO: *La persona humana (derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres)*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954.

BORRERO, JAIME; ARANGO, DAVID; ARANGO, JORGE; BUSTAMANTE, ERNESTO; GIRALDO G., CÉSAR AUGUSTO y PELÁEZ, GUSTAVO: *El concepto de muerte: La muerte cerebral y sus implicaciones éticas y médico-legales*. Medellín, Impresiones "ASI", 1973.

CAMAÑO ROSA, ANTONIO: "Trasplantes de órganos frente al Derecho Penal". *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, Uruguay, tomo 68, núm. 1, septiembre 1969.

CURRAN, WILLIAM J.: "A problem of consent: Kidney Transplantation in minors". *New York University Law Review*, v. 34, may 1959.

CHAVES, ANTONIO: "Direitos a vida, ao próprio corpo e as partes do mesmo (Transplantes). Esterilizacao e operacoes cirúrgicas para mudanca de sexo. Direitos ao cadáver e as partes do mesmo". *Revista da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), São Paulo, volumen LXXII, 1º Fasc., 1977.

DELGADO BACHMANN, CÉSAR: "Aspectos jurídicos del trasplante de órganos". *Revista del Foro* (Colegio de Abogados de Lima). Lima, Perú, año LVIII, núms. 1/2/3, enero/diciembre de 1971.

DE SOLA, RENÉ: "Es un crimen el trasplante de corazones?". *Revista del Ministerio de Justicia*. Madrid, España, año XXV, núms. 95/96, enero/junio de 1977.

DICTAMEN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA A LA SECRETARÍA DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA DE MÉXICO, *Criminalia*. México, núm. 2, febrero 28 de 1969.

DIARIO OFICIAL núms. 35308(1979), 35631(1980), 35729(1981), 35936(1981).

DÍEZ DÍAZ, JOAQUÍN: "El derecho a la disposición del cuerpo". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, España, v. LIV núm. 4, abril de 1971.

DUKEMINIER, JESSE: "Supplying organs for transplantation". *Michigan Law Review*. V. 68, núm. 5, abril de 1970.

ENGISCH, K.: "Sobre problemas jurídicos en casos de trasplante homólogo de órganos". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de Concepción), Concepción, Argentina, año XXXVI-VII, núms. 146/147 octubre/diciembre 1968, enero/marzo 1969.

FREIDENBERG, ALICIA BEATRIZ: "Trasplantes e injertos en el cuerpo humano desde el punto de vista jurídico". *Revista Jurídica* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán), San Vicente de Tucumán, Argentina, núm. 23, 1972.

¹⁴¹ Ibidem.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

- GAFO, JAVIER: "Problemática social y ética de los trasplantes de órganos". *Razón y Fe*. (Revista Hispanoamericana de Cultura), Madrid España, tomo 203, núm. 996, marzo 1981.
- GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ANTONIO: "Aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos". *Revista de Derecho Judicial*. Madrid, España, año XII, núm. 48, octubre/diciembre de 1971.
- HERRERA, LUCIO EDUARDO: "Justificación legal de la muerte a los fines de trasplante de órganos". *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Externado de Colombia), Bogotá, Colombia, núm. 19, 1983.
- KUMMEROW, GERT: *Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos* (Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes), Mérida, Venezuela, 1969.
- KUMMEROW, GERT: "Un proyecto de ley sobre trasplantes en seres humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (Universidad Autónoma de México), México, año IV, núms. 10/11, enero/agosto 1971.
- LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE INJERTOS O TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y PARTES DEL ORGANISMO, *Derecho Colombiano*, Bogotá, Colombia, año X, tomo XXV, núm. 121, enero 1972.
- Lei núm. 5.479, de 10 de agosto de 1968 (Dispoe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgaos e partes de cadáver para finalidade terapeutica e científica, e dá outras providencias), *Justicia* (Orgao do Ministério Publico de São Paulo), São Paulo, Brasil, año XXX, v. 62, 1968.
- LUNA BISBAL, MAURICIO: *Trasplantes*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1974.
- NORIEGA, ALFONSO: "Trasplante de órganos". *Criminalia*, México, núm. 2, febrero 28 de 1969.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO: "Los problemas jurídico-sociales del trasplante de corazón". *Revista Jurídica Veracruzana* (Organo del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz), tomo XXIII, núm. 1 enero/febrero/marzo de 1972.
- PALACIOS MACEDO, XAVIER: "Los trasplantes de corazón y algunos aspectos médicos y legales en México". *Criminalia*, México, núm. 2, febrero 28 de 1969.
- REYES MONTERREAL, JOSÉ MARÍA: "Problemática jurídica de los trasplantes de órganos". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, España, año CXVIII, v. LVIII núm. 3, marzo 1969.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL: "Los trasplantes de órganos humanos ante el Derecho Penal". *Revista Mexicana de Derecho Penal* (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), México, núm. 20 abril/junio 1970.
- RICO LARA, MANUEL: "Trasplante de órganos en cuerpo humano". *Revista de Derecho Judicial*. Madrid, España, año XI, núm. 41, enero/marzo 1970.
- SAVATIER, JEAN: "El problema de los trasplantes de órganos de un cadáver". *Revista de la Facultad de Derecho*. (Universidad del Zulia) Maracaibo, Venezuela, año X, núm. 28, enero/abril 1970.
- STASON, E. BLYTHE: "The role of law in medical progress". *Law and Contemporary Problems*. 1967.
- Trasplantes Renales* (Grupo de Trasplantes Renales Hospital Universitario San Vicente de Paúl. Facultad de Medicina Universidad de Antioquia), Medellín, Ed. Bedout, 1977.
- VIDAL HUMBERTO S.: "Los trasplantes de corazón y el momento de la muerte frente al Derecho Penal". *Cuadernos de los Institutos*. Córdoba, Argentina, núm. 107, 1970.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL