

EPIGRAFE:

**TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATOMICOS
EN SERES HUMANOS**

La reglamentación colombiana, la doctrina y el derecho comparado

A pesar de sus limitaciones, errores ocasionales y fracasos frecuentes, se edifica día a día, órgano u órgano, con aportes de los cinco continentes, la estructura del futuro. Una cirugía que, aún hoy, nos parece tener más de ciencia ficción que de ortodoxia terapéutica.

ALIRIO SANGUINO MADARIAGA

Abogado de la Universidad de Antioquia
Juez 44 de Instrucción Criminal Medellín.

EPIGRAFE:

*"El ámbito de los trasplantes constituye, sin discusión, uno de los más brillantes capítulos de la moderna ciencia médica. A pesar de sus limitaciones, errores ocasionales y fracasos frecuentes, va edificando día a día, órgano a órgano, con aportes de los cinco continentes, la estructura directriz de la cirugía del futuro. Una cirugía que, aún hoy, nos parece tener más de ciencia ficción que de ortodoxia terapéutica"**

* Miguel Trias, en su prólogo a la obra de Mauricio Luna Bisbal, "TRASPLANTES (Bases para una legislación)", Bogotá, Ed. Temis, 1974, pág. 11.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCION

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El palpitante y controvertido tema de los trasplantes de componentes anatómicos(1) 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 en todas partes. El trasplante de componentes anatómicos ha venido a constituir un ya madurado capítulo de extraordinaria hondura e interés humano y científico.

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 lugar en las últimas dos décadas, cuando se da camino al trasplante de corazón y de pulmones, con el desigual resultado que corresponde a una técnica y especial conocimiento científico todavía en sus comienzos, pero que se muestra desde luego esperanzador y aleccionante. Aún se recuerda la conmoción y estupor con que el universo recibió la noticia procedente del Africa del Sur, que enmarcaba uno de los hitos históricos del presente siglo, el primer trasplante de corazón, practicado el 4 de diciembre de 1967, en el Hospital "Groote Schuur" de Ciudad del Cabo, por el doctor Christian Barnard, en la persona de Luis Washkansky, utilizando el de la joven Denisse Darvall, muerta en accidente de tránsito.

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.

(1) Los artículos 3o. y 7o. de los Decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982, que regulan los procedimientos de trasplante en seres humanos, definen los COMPONENTES ANATOMICOS como "los órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo".

El interés plausible por disminuir el desajuste entre la realidad y la norma legal (2), desajuste que por principio, constituye una constante social, porque la realidad siempre mutable por ser algo vivo y dinámico, se adelanta invariablemente a la norma legal, que siempre, también por ello, es reguladora formulación "a posteriori", ha motivado la regulación de estatutos en varios países, entre 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 primerísimos principios, con categoría o calidad de axiomáticos o trascendentes, a saber; el del respeto a la personalidad o dignidad del hombre, y el de la solidaridad y bien común. A estos dos axiomáticos principios y deducidos de ellos siguen otros no menos importantes, los cuales serán objeto de análisis posteriormente(3).

Nos proponemos a través de estas notas, analizar someramente los principios fundamentales sobre los cuales se ha desarrollado la temática objeto de estudio. Principios aceptados con algunas variaciones de interpretación, en la doctrina extranjera y el Derecho Comparado, lo anterior compaginado con nuestra re-

(2) Si las ciencias humanísticas y del espíritu, no mantienen el ritmo evolutivo y creador que aparejan los revolucionarios adelantos de la técnica científica, la sociedad se ve lastrada por prejuicios, atavismos y concepciones intelectuales devenidas anacrónicas, que por la natural interrelación o interdependencia de esos dos sectores de lo cultural, y la necesidad de su armónico conocimiento, originan anormales desajustes, desórdenes y dificultades de adaptación, puntos menos que insalvables.

"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 plano 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". (DIEZ DIAZ, Joaquín. "El derecho a la disposición del cuerpo", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Madrid, España. Año CXVI, Vol. LIV, No. 4, abril de 1971, p.683).

Sobre el fenómeno biológico-instrumental de la inseminación y fecundación artificiales, Cfr. SANGUINO MADARIAGA, Alirio. "La inseminación y fecundación artificiales; aspectos jurídicos", en "Estudios de Derecho" (Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia), Medellín, Colombia, año XLII, Vol. XL, No. 100, septiembre de 1981, pp.371 a 412. Y "La fecundación artificial y su implicación en los conceptos de filiación y paternidad", en la misma revista Nos. 101-102, pp.185 a 206.

(3) Vide infra, Nos. 4 a 10.

ciente legislación sobre trasplantes. Plausible labor de nuestros legisladores, quienes con ello colman un vacío en lo que respecta a la regulación de un fenómeno que ha adquirido un auge inusitado en nuestro medio en los últimos años. Regulación que no escapa a deficiencias e incongruencias en su redacción y contenido, los cuales sin embargo no son lo suficientemente trascendentales e importantes que demeriten la intención y propósito por demás encomiables y dignos de resaltar, máxime cuando son escasos los países que pueden darse el lujo de poseer una completa legislación al respecto.

Cuando se hace mención al tema trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos, brotan 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. Los mismos que llevados a extremos conllevan al prejuicio de conceptos que hubiesen permitido un feliz desarrollo en el tratamiento de un tema lleno de incógnitas como el que nos proponemos estudiar(4).

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

(4) El Doctor ALFONSO NORIEGA, en artículo intitulado “Trasplantes de Organos” y publicado en “Criminalia”, México D.F., año XXXV, No. 2, febrero 28 de 1969, deja planteados los siguientes interrogantes, que la doctrina y la jurisprudencia universales, intentan descifrar.

¿“Tiene derecho un 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 o importantes para satisfacer su función social como ciudadano? A este respecto, es necesario considerar que un hombre tiene una vocación individual, pero representa, así mismo, un valor social y que, por tanto, tiene responsabilidades y obligaciones y, en consecuencia, su cuerpo y habilidad y capacidad para el trabajo no pueden quedar sujetos a su propio y personal capricho.

¿Tiene derecho un hombre a donar –o lo que es más grave a vender parte de su cuerpo para ser usado por otro, mientras este vivo, o bien después de la muerte del donante o vendedor? Y aún más: ¿Quién es el dueño de un cadáver y, en consecuencia tiene derecho para 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 deben colocarse el o los órganos de otros, frente a varias posibilidades de quienes necesitan los órganos de que se trata de disponer? Juan conviene con Pedro que, el segundo, al morir, le ceda –compraventa o donación– algún órgano. Pedro muere entonces Juan exige ante los tribunales el cumplimiento del contrato. Los familiares de Pedro podrán impugnar dicho contrato, por ser nulo, toda vez que la causa es ilícita y contraria a las buenas costumbres.

eficacia de los actos negociales 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 obstentan sobre sus partes... el instante histórico (en) que está colocada la humanidad, sin embargo, conduce a pensar en el indeclinable propósito del hombre de superar objeciones cuya vigencia es sólo temporal” (5).

2. LEGISLACION COLOMBIANA SOBRE TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATOMICOS.

2.1 Genesis. 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 Organismo Legislativo, quizá debido a lo embrionario que para ese momento resultaba esta práctica quirúrgica. Pero a medida que el tiempo transcurría, las ideas fueron madurando y el interés por el te-

El juez que debe resolver el asunto lo hará, según su leal saber y entender, después de las múltiples vicisitudes de un juicio y, cuando llegue la sentencia, el cuerpo de Pedro ya no existirá y el órgano materia del contrato, es evidente que no sirve para los fines que estuvo destinado. Pero la situación puede ser más grave: supongamos que Pedro muere y el médico procede de inmediato a realizar el trasplante de órgano con éxito definitivo. Los familiares del difunto, no conformes con la mutilación efectuada, plantean ante los tribunales la nulidad del contrato, por la misma causa de ilicitud. En este caso ¿qué debe hacer el juez al comprobar que la causa fue ilícita y por tanto nulo el contrato? ¿Debe dar la razón a los familiares y ordenar a Juan que devuelva la córnea, el corazón, el riñón o trozo de piel trasplantado?...” (Págs. 190bis y 192).

(5) KUMMEROW, Gert. “Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos”, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1969, págs. 9 y 10.

ma 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 09 de 1979 (enero 24) "POR LA CUAL SE DICTAN MEDIDAS SANITARIAS"(6), cuyos artículos 540 a 545, regulan lo concerniente a "LA DONACION O TRASPASO DE ORGANOS, TEJIDOS Y LIQUIDOS ORGANICOS DE CADAVERES O DE SERES VIVOS PARA TRASPLANTES U OTROS USOS TERAPEUTICOS", fijando pautas precisas que habrían de ser desarrolladas por el Gobierno Nacional.

Volviendo al año de 1973, tenemos que *Luis Carlos Giraldo M.*, presentó el 13 de noviembre del citado año, el proyecto de ley No. 128 de 1973 "por la cual se reglamenta el trasplante de órganos y tejidos anatómicos en seres humanos"(7). Repartido a la Comisión V del Senado, fue nombrado como ponente el senador Diego Suárez Villa, quien presentó informe favorable y pliego de modificaciones. Fue aprobado en primer debate el 6 de diciembre de 1973. Sucumbe este primer intento de legislación al no ser aprobado en la plenaria del senado.

Corresponde al médico *Hernando Echeverry Mejía*, la presentación el día 6 de noviembre de 1974, del proyecto de ley No. 71 de 1974(8). Como ponente para primer debate fue designado José Ignacio Díaz Granados, quien por problemas de tiempo no rindió informe y por consiguiente se archivó el proyecto.

El tercer intento correspondió al mismo *Echeverry Mejía*, quien el 31 de agosto de 1975, presentó nuevamente el proyecto de ley, el cual fue radicado bajo el No. 32(9) del Senado y 177 de la Cámara de Representantes. El senador Mario Giraldo Henao, rindió ponencia favorable para primero y segundo debate. En la Cámara presentó ponencia positiva el representante Horacio Muñoz Suescún, en noviembre de 1976, cumpliéndose así su trámite en el Congreso. Enviado para sanción presidencial, fue objetado por inconvenien-

(6) Diario Oficial No. 35308 del lunes 16 de julio de 1979.

(7) Anales del Congreso No. 77 del viernes 30 de noviembre de 1973.

(8) Anales del Congreso No. 58 del 13 de noviembre de 1974.

(9) Anales del Congreso No. 37 del jueves 14 de agosto de 1975.

cia e inconstitucionalidad(10). Las objeciones presidenciales al proyecto de ley No. 32 de 1975, son aceptadas por el Senado, lo que conllevaría al archivo del mismo.

En el año de 1978 (8 de noviembre), el senador *Mario Giraldo Henao*, presentó el proyecto nuevamente y se radicó con el No. 101 de 1978(11). Se nombraron como ponentes a los senadores José Vicente Sánchez y Enrique Rueda Rivero. No se rindió ponencia por cuanto el período de sesiones del Congreso finalizaba "resultando prácticamente imposible su trámite en el Senado dentro de la actual legislatura de modo que pueda hacer trámite reglamentario en la siguiente a la H. Cámara de Representantes".

Por último el 2 de octubre de 1979, *Mario Giraldo Henao*, presentó el proyecto de ley No. 58 de 1979(12). El senador Víctor Cárdenas Jaramillo presentó ponencia favorable el 24 de noviembre del mismo año, pero en vista de encontrarse vigente la Ley 09 de 1979, a la cual se hizo referencia anteriormente, se dispuso que fuera el Ministerio de Salud y el Presidente de la República, quienes regularan, siguiendo las pautas de la Ley 09, lo referente a los trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos.

(10) "...Se considera que el proyecto es inconstitucional —decía el Presidente al objetarlo— por cuanto en su artículo 7o. permite que una persona transfiera vivo todo su cuerpo, lo cual iría contra el artículo 16 de la Constitución, donde se establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. El Derecho Positivo Colombiano, en general, no permite a nadie, ni aun al propio legislador, disponer de la vida humana, como se ve por el artículo 29 de la mencionada Carta que le ordena a éste categórica e imperativamente no imponer la pena capital en ningún caso...

Disponer de la totalidad de un cuerpo humano vivo para utilizarlo en trasplantes equivaldría a disponer de la vida que anima ese cuerpo, bien que el acto de disposición fuere a título gratuito u oneroso. Pero como se dijo tales actos no pueden permitirlos ni el Congreso ni el Gobierno, sin violar la ley fundamental. De otra parte, el artículo 9o. del proyecto autoriza el envío al exterior de órganos y tejidos destinados a parientes de personas extranjeras que residen en Colombia a tiempo que prohíbe esa exportación en todos los demás casos, aunque fuere para beneficio de quienes se encontraren en el exterior y tuvieren parentesco con colombianos residentes en el territorio nacional dispuestos a un envío semejante. Dicha autorización genera una diferencia de derechos entre extranjeros y nacionales, en detrimento de los últimos, la cual, de llegar a sancionarse el proyecto, vendría a contrariar el artículo 11 de la Constitución, que dice: 'Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos'..." (Anales del Congreso del 30 de octubre de 1979, pág. 1506).

(11) Anales del Congreso No. 78 del viernes 24 de noviembre de 1978.

(12) Anales del Congreso No. 87 del 8 de octubre de 1979.

2.2 Reglamentación.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 120, ordinal 3o. y 135 de la Constitución Nacional, reglamentó el Título IX de la Ley 09 de 1979 mediante la expedición de 3 decretos, así:

—Decreto 2642 de 1980 (octubre 6) “POR EL CUAL SE REGLAMENTA PARCIALMENTE EL TITULO IX DE LA LEY 09 DE 1979, EN CUANTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATOMICOS EN SERES HUMANOS”(13).

—Decreto 616 de 1981 (marzo 11) “POR EL CUAL SE REGLAMENTA PARCIALMENTE EL TITULO IX DE LA LEY 09 DE 1979, EN CUANTO A FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS DEDICADOS A LA EXTRACCION, TRANSFUSION Y CONSERVACION DE SANGRE TOTAL O DE SUS FRACCIONADOS”(14).

—Decreto 0003 de 1982 (enero 11) “POR EL CUAL SE REGLAMENTA PARCIALMENTE EL TITULO IX DE LA LEY 09 DE 1979, EN CUANTO A OBTENCION, PRESERVACION, ALMACENAMIENTO, TRANSPORTE, DESTINO Y DISPOSICION FINAL DE ORGANOS O COMPONENTES ANATOMICOS Y LIQUIDOS ORGANICOS DISTINTOS DE LA SANGRE”(15).

3. LOS TRASPLANTES DE COMPONENTES ANATOMICOS EN COLOMBIA.

Se han dado en nuestro país, los primeros pasos en materia de trasplantes de algunos órganos específicos, tales como córneas, riñones, hígados. Es precisamente en la ciudad de Medellín 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

(13) Diario Oficial No. 35631 del martes 28 de octubre de 1980.

(14) Diario Oficial No. 35729 del jueves 26 de marzo de 1981.

(15) Diario Oficial No. 35936 del martes 12 de febrero de 1982.

Vicente de Paúl, coordinado por el doctor JAIME BORRERO RAMIREZ, eminente profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia.

Históricamente el grupo se inició con el servicio de nefrología en la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, por los doctores Jaime Borrero Ramírez y Alvaro Toro Mejía en el año de 1962. Posteriormente, en 1964, se organizó el laboratorio de nefrología.

La primera hemodiálisis con el riñón artificial tipo Kolff fue practicada el día 15 de octubre de 1964. Dos años más tarde se organizó la actual Unidad Renal. Los siguientes años se emplearon en la investigación intensa de laboratorio y en perros, culminando con el diseño del riñón artificial GRACE, con el cual se practicó el 25 de octubre de 1967, la primera hemodiálisis. El nombre con el cual se “bautizó” a este riñón artificial, diseñado por el grupo, surgió de los nombres Graciela y Cecilia, las dos primeras pacientes tratadas en un programa de diálisis crónica con este tipo de aparato. De esta manera se organizó la primera Unidad de Diálisis Crónica del país, utilizando el Riñón Grace.

El Grupo se dedicó hasta julio de 1973 a desarrollar un programa experimental en perros. El 29 de agosto de 1973, se inició el programa de injerto renal humano, con donantes intrafamiliares. El primer receptor de riñón data de dicho año (Javier Ruiz), con una supervivencia de más de 10 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.

Hasta la fecha se han practicado por el Grupo más de 200 trasplantes de riñón (44 donados por familiares y el resto tomados de cadáveres), 2 de hígado, 1 de médula ósea y muchos de córneas y huesos.

Existen otros Centros de trasplantes de riñones en el país, así: uno en Bogotá (Hospital Militar Central) con 18 trasplantes, uno en Bucaramanga (UIS) con 10 trasplantes y otro en Cali (Seguros Sociales) con 3 trasplantes(16).

(16) 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.

SEGUNDA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

4. INTRODUCCION

Ha dicho *ANTONIO GOMEZ-REINO Y PEDREIRA* que, "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..."(17).

El citado Decreto 2642 de 1980, dedica el Capítulo II a las "DISPOSICIONES GENERALES" (arts. 10 al 17), consagrando algunos principios de carácter general, que motivan toda la problemática de los trasplantes de componentes anatómicos en nuestro país, los que seguidamente serán objeto de análisis.

5. LA NECESIDAD TERAPEUTICA DEL TRASPLANTE

En el estado actual de las realizaciones en materia de trasplantes de componentes anatómicos domina un difundido consenso en el sentido de acudir a ese tipo de intervenciones, sólo 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 usuales(18).

En *Colombia*, este principio se encuentra tipificado en el artículo 10 del Decreto 2642 de 1980, que dice:

"Las operaciones de trasplante sólo podrán ser practicadas cuando en concepto de los médicos responsables del paciente los demás métodos resulten ineficaces"(19).

Algunos países, han regulado este principio de la siguiente manera:

VENEZUELA: ley del 10 de agosto de 1972 sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos en seres humanos, artículo 3o.:

"Las operaciones de trasplante sólo 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"(20).

BRASIL: Lei No. 5.479, de 10 de agosto de 1968. "Dispoe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgaos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providencias", artículo 4o. Parágrafo único:

"O transplante somente será realizado se o paciente nao tivera possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica"(21).

(18) *KUMMEROW, Gert.* Op. cit., pág. 44 y "un proyecto de ley sobre trasplantes en seres humanos", en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado" (Universidad Autónoma de México), México, año IV, Nos. 10-11, enero-agosto de 1971, págs. 177 y 195. Además, *FREIDENBERG, Alicia Beatriz.* "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, No. 23, 1972, pág. 249. *GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio.* Op. cit., pág. 78. *LUNA BISBAL, Mauricio.* "Trasplantes", Bogota, Ed. Temis, 1974, pág. 81.

(19) La génesis de este artículo, puede constatarse en anteriores proyectos de ley, así: proyecto de Ley No. 128 de 1973, art. 3o. "Las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos o tejidos anatómicos sólo podrá cumplirse cuando dicha operación es el único recurso técnico aconsejable para salvar la vida del paciente o mejorar su salud".

(20) G.O. No. 29891 del 28 de agosto de 1972.

(21) "Justitia" (Orgao do Ministério Público de Sao Paulo), Sao Paulo, Brasil, año XXX, vol. 62, 1968, pág. 293.

(17) *GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio.* "Aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos", en "Revista de Derecho Judicial". Madrid, año XII, No. 48, octubre-diciembre de 1971, pág.64.

PERU: Decreto Supremo No. 98-71-SA de 22 de junio de 1971, "Reglamento general del injerto o trasplante de órganos, tejidos y partes del organismo", artículo 5o., ordinal b):

"...b) Que el sujeto receptor padezca de lesión irreductible en el órgano que debe ser reemplazado"(22).

6. EL DEBER DE INFORMAR A CARGO DE LOS MEDICOS

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 por el *cedente* (23) 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 a emplear. Sin

(22) "Legislación peruana sobre injertos o trasplantes de órganos, tejidos y partes del organismo", en "Derecho Colombiano", Bogotá, año 10, Tomo XXV, No. 121, enero de 1972, pág. 60.

(23) Apoyándonos en un importante sector doctrinario, creemos que debe emplearse los términos *CESION* en vez de *DONACION* y *CEDEnte* por *DONANTE*. Lo anterior por cuanto no todos los trasplantes se practican a título gratuito, los hay y habrán a título oneroso. (*LUNA BISBAL, Mauricio*. Op. cit., pág. 46). Además se estaría prejuzgando la naturaleza del acto dispositivo (*REYES MONTERREAL, José María*. "Problemática jurídica de los trasplantes de órganos", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, España, año CXVIII, vol. LVIII, No. 3, marzo de 1969, pág. 406. En los coloquios sobre "La muerte y los trasplantes de órganos", celebrados en Madrid los días 21 y 22 de junio 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 en ésta. *RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel*. "Los trasplantes de órganos humanos ante el Derecho", en "Revista Mexicana de Derecho Penal" (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), México, No. 20, abril-junio 1976, pág. 33, considera que los términos donante o donador sólo es admisible "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 éstos 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". *RIUS, Pedrol*. "Sugerencias para una necesaria y urgente ley de trasplantes", citado por *REYES MONTERREAL, José María*. Op. cit., pág. 406.

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 son previsibles(24).

En Colombia, el Decreto 2642 de 1980, artículo 18, ordinal b), exige:

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

"...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, psíquico 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"(25).

En el Derecho Comparado, se tiene establecido:

(24) *KUMMEROW, Gert*. "Perfil Jurídico..." en Rev. Cit., pág. 45. Cfr. bibliografía citada en "Un proyecto de ley...", cit., págs. 179 y 195, notas número 6 a 11. *ENGISCH, K*. "Sobre problemas jurídicos en casos 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, año XXXVI-VII, Nos. 146-147, octubre-diciembre 1968, enero-marzo 1969, pág. 9. *GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio*. Op. cit., pág. 78. *FREIDENBERG, Alicia Beatriz*. Op. cit., pág. 249.

(25) En los proyectos de Ley Nros. 128 de 1973 (artículo 4o.) y 32 de 1975 (artículo 3o.), se decía al respecto: "Los médicos responsables de la intervención quirúrgica del trasplante, están obligados a informar detalladamente tanto al donante, como al receptor, de los peligros y consecuencias de la operación y no podrán actuar sin el previo consentimiento de éstos, expresado por escrito". En términos similares se redactó el artículo 9o. del Proyecto de Ley No. 101 de 1978.

VENEZUELA: ley del 10 de agosto de 1972, artículo 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...”

PERU: Decreto 9871—SA de 22 de junio 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...”

Aluden a este requisito, también la Ley No. 458 de 26 de junio de 1967, artículo 2o, en ITALIA. El Decreto 47 de 1966, en DINAMARCA.

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

Uno de los problemas más agudos, sino el más trascendental, 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 del cuerpo 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 una persona puede disponer en vida de su cuerpo en beneficio de otro ser humano, reciba ese acto de ejecución antes o después de la muerte(26).

(26) KUMMEROW, Gert. “Un proyecto de ley...”, cit. págs. 179 y 180.

7.1. Gratuidad.

GOMEZ—REINO Y PEDREIRA, ha dicho en torno a este tema:

“la propia eminente dignidad del hombre, hace absolutamente reprobable 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.

Así, por virtud de este principio de gratuidad, la cesión u obtención de un órgano humano, para trasplante, sólo puede y debe legitimarse ‘honoris causae’, por generosidad o amor al prójimo, o, en términos de derecho, con carácter lucrativo que no sólo se conforma con la dignidad humana que, aún más, implícitamente la reconoce y enaltece, degradándola, en cambio, el acto que encierre o lleve aparejada una contraprestación dineraria en valorada equivalencia económica que, por añadidura haría inevitable un verdadero mercado de órganos humanos con todas las desastrosas consecuencias paradigmáticas y sociológicas que no es difícil suponer...”(27).

Sin embargo, este mismo autor, un poco más adelante, dice: “Si bien, en calidad de excepción, 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, cual viene siendo ya costumbre establecida y está incluso reglamentado, como no atentatorio a la moral, ni a las buenas costumbres...”(28).

En COLOMBIA, expresamente se alude a la gratuidad en la cesión de componentes anatómicos. Así: Decreto 2642 de 1980, artículo 13o.:

(27) GOMEZ—REINO Y PEDREIRA, Antonio. Op. cit., pág. 65.

(28) Ibídem., pág. 66. Sobre el tema consúltense las obras de FREIDENBERG, Alicia Beatriz. Op. cit., págs. 248 y 254. PALACIOS MACEDO, Xavier. “Los trasplantes de corazón y algunos aspectos jurídico-legales en México”, en Biblioteca de la Revista “Criminalia”, México, año XXXV, No. 2, febrero 28 de 1969, pág. 66. Rechazan la cesión de órganos o componentes

“Prohíbese cualquier retribución o compensación por el retiro o trasplante de componentes anatómicos”.

Artículo 18. a, *ibídem*. Exige que en trasplantes de componentes anatómicos entre personas vivas “...en ningún caso, exista compensación económica alguna, ni en dinero ni en especie, para el donante, el receptor o terceras personas por los componentes anatómicos recibidos o donados”.

Artículo 25, *ibídem*. “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”.

Esta exigencia aparece reseñada en el Decreto 616 de 1981 (art. 2o.) y Decreto 0003 de 1982 (arts. 1o. 9o. 22e. 27o.)(29).

anatómicos a título oneroso, sin discriminar, entre otros: *ENNECCERUS-NIPPERDEY*. “Derecho Civil-Parte General”, trad. de B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, 1943, vol. I, págs. 548-549, parág. 114, nota No. 8, (como contrarios a las buenas costumbres). *MARTINEZ MANLIO, Francisco*. “Los trasplantes de órganos ante el Derecho Positivo Argentino”, en “Derecho Colombiano”, Bogotá, año 8o. Tomo XXI, No. 101, mayo de 1970, pág. 490. “Dictamen de la Academia Nacional de Medicina a la Secretaría de Salubridad y Asistencia de México”, en Biblioteca de la Revista “Criminalia”, México, año XXXV, No. 2, febrero 28 de 1969, pág. 941, (no deben aceptarse como donantes a individuos con propósito de lucro o cualquier otra ventaja personal). *DE SOLA, René*. “¿Es un crimen el trasplante de corazones?”, en “Revista del Ministerio de Justicia”, Madrid, año XXV, Nos. 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”). *RICO LARA, Manuel*. “Trasplantes de órganos en cuerpo humano”, en Revista de Derecho Judicial”, Madrid, año XI, No. 41, enero-marzo de 1970, pág. 73. (“El cadáver es un bien ‘extrapatrimonial’ y está, por tanto fuera del comercio de los hombres”). *CHAVES, Antonio*. “Direitos a vida, ao próprio corpo e as partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para ‘mudança’ de sexo: Direito ao cadáver e as partes do mesmo”, en “Revista de Faculdade de Direito” (Universidade de Sao Paulo), Sao Paulo, volumen LXXII, fasc. 1o., 1977, pág. 289, (“O cadáver é coisa extra commercium, nao suscetível de direitos privados patrimoniais mas, por outro lado é objeto de um direito privado nao patrimonial, de origem consuetudinário, e que tem por conteúdo a facultade de determinar o modo e a forma de seu destino normal”).

(29) En anteriores proyectos de ley, no se descartó la posibilidad de enajenar órganos a título oneroso. Veamos: el Proyecto de Ley No. 128 de 1973 y el 32 de 1975, en sus artículos 12, 13 y 6, 7, respectivamente, disponen: “La donación gratuita de órganos y tejidos anatómicos a que se

La tipificación de este principio en el Derecho Internacional, se expresa en los siguientes estatutos positivos:

VENEZUELA: ley de 10 de agosto de 1972, artículo 5o.:

“Se prohíbe cualquier retribución o compensación por los órganos y materiales anatómicos retirados con fines terapéuticos. Cualquier cantidad pagada por tal propósito es repetible”.

BRASIL: Lei No. 5479 de 10 de agosto de 1968, artículo 1o.:

“A disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo, ‘postmortem’, para fins terapéuticos é permitida na forma desta lei”.

PERU: Decreto Ley No. 17505 de 1969 (Código Sanitario), artículo 43, párrafo:

“La donación (de órganos) se efectuará sin ninguna condición”. El 99, *ibídem*: “Queda absolutamente prohibido el comercio de cadáveres”.

En *ITALIA*, la Ley No. 458 de 26 de junio de 1967, sobre “trasplantes de riñón entre personas vivientes, en su artículo 6o., 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 disposición.

La nueva ley *ESPAÑOLA* de trasplantes de órganos del 27 de octubre de 1979, excluye toda posible comercialización de órganos(30).

En *MEXICO*, el “Reglamento Federal para la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos”, expedida en 1976, consagra en su artículo 26:

refiere la presente ley...” “Facúltese al Gobierno Nacional para que reglamente el funcionamiento de los bancos de sangre, córneas, de huesos, etc. y además, las enajenaciones que se hagan de órganos y tejidos anatómicos con ánimo de lucro”. El 101 de 1978, art. 3o. ordinal 1o.: “El trasplante de órgano par de un ser humano vivo a otro requiere: ...Que la donación de órganos y tejidos para trasplante sea siempre gratuita”.

(30) *GAFO, Javier*. “Problemática social y ética de los trasplantes de órganos”, en “Razón y Fe” (Revista Hispanoamericana de Cultura), Madrid, No. 996, marzo 1981, págs. 237 a 249.

“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...”(31).

En los Estados Unidos, según *JESSE DUKEMINIER, Jr.*, “only Massachusetts prohibits the payment of compensation to any cadaver organs (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 113 No. 7 —supp. 1969—). The Georgia statute prohibiting the sale of an eye (Ga. Code Ann. N. 88—2009 —supp. 1969—). Is the only statute containing a criminal penalty”(32).

7.2 Onerosidad.

Ya se ha dicho que los mayores escrúpulos de la doctrina residen en la presencia de un corresponsable a favor de quien cede parte de su organismo con miras al trasplante. Pero, en la práctica, quiérase o no, el cuerpo pasa a convertirse en objeto de atención para múltiples relaciones y manifestaciones jurídicas por imposición natural de los fenómenos sociales(33).

Es un hecho que el tradicional aforismo “la persona humana esta fuera del comercio” se encuentra en trance de revisión. Al respecto ha dicho *JOAQUIN DIEZ DIAZ* que “parece precipitado afirmar de entrada que el cuerpo humano queda fuera del comercio y que, por tanto, no puede ser objeto de contrato, al tenor del artículo 1.271 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. Nos definimos, en consecuencia, para decir que la cuestión de la disponibilidad corpórea no debe rechazarse, inicialmente, por razón del objeto, porque existen muy diversas circunstancias que la pueden reclamar; el problema se traslada a resolver no ya la posibilidad de disposición corporal en abs-

tracto, sino cómo, cuándo y hasta qué punto esa disponibilidad se torna lícita o ilícita. Pasan a primer plano la finalidad perseguida, la necesidad sentida y la contención de unos límites ineludibles”(34).

Creemos con algún autor que dentro del sistema de valores imperante y conforme a las bases del derecho que rige, no es posible formular censura, desde un punto de vista estrictamente jurídico, al deudo que demande un pago a cambio de su asentimiento para que se haga uso del cadáver o de una parte de él. Lo cual significa que no podría decirse, en tal caso; ni de causa ni de objeto ilícito, ni de convención 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 originada 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 la existencia de cobro, por la necesidad, la sociedad, no podría desaparecer el acto de quien, por las circunstancias en que ella lo hace vivir, se ve impelido a formular cobro(35).

7.2.1 Onerosidad limitada.

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

(34) *Ibidem.*, pág. 695.

(35) *DELGADO BACHMANN, César.* “Aspecto jurídico del trasplante de órganos” en “Revista del Foro” (Colegio de Abogados de Lima), Lima, año LVIII, Nos. 1, 2, 3, enero-diciembre de 1971, pág. 357. En idénticos términos se manifiesta *NOVOA MONREAL, Eduardo.* “Los problemas jurídico-sociales del trasplante del corazón”, en “Revista Jurídica Veracruzana” (Órgano del Tribunal Superior del Estado de Veracruz), tomo XXIII, No. 1, enero-febrero-marzo 1972, págs. 116 y 117.

Consideramos que la onerosidad limitada en la cesión de componentes anatómicos, adquiere su verdadero significado al expedirse el Código Civil Italiano de 1942, cuyo artículo 5o. establece:

Los actos de disposición del propio cuerpo son prohibidos cuando entrañen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean de otro modo contrarios a la ley, el orden público o a las buenas costumbres”.

Este precepto constituye la posición legal más decidida y definida en relación con la materia del alcance jurídico de una disponibilidad limitada del cuerpo humano, y el reconocimiento jurídico de un nuevo derecho, el corporal.

El derecho común italiano aprueba, pues, en principio, “los actos de disposición del propio cuerpo”. Que, sin embargo, “son prohibidos (ante todo) cuando entrañan una disminución permanente a la integridad física”. A primera vista se concede libertad de disposición sobre nuestro físico, con tal que éste no resulte afectado o perjudicado de una manera irreparable y definitiva. De ahí que la cesión de una parte del cuerpo de un sujeto se convertirá en lícita o ilícita, según que el organismo que la pierde quede o no capacitado para reconstruirla (lícita, la transfusión de sangre; ilícito, el trasplante de una glándula sexual)(36). De ahí, ¿por qué no permitir la onerosidad en la cesión de órganos, tejidos o componentes anatómicos para trasplantes, 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 física?(37).

(36) DIEZ DIAZ, Joaquín. Op. cit., pág. 697.

(37) Señala DE SEMO que del art. 5o. del C.C. italiano, se desprenden algunos actos que resultan lícitos, pero otros están ciertamente prohibidos. Entre estos se incluirán todos los que, por mutilación externa o anulación glandular interna, determinen defectos irreparables en la integridad física. Citado por DIEZ DIAZ, Joaquín. Op. cit., pág. 701.

Por su parte GARCIA CONTERO, manifiesta que es inevitable contar con una cierta comercialización del cuerpo humano, pero debiendo rodearse de rigurosos requisitos el acto de disposición. Citado por REYES MONTERREAL, José María. Op. cit., pág. 410. Igualmente RUIZ VADILLO. “El trasplante de órganos y el pensamiento jurídico Español”, en “Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, Madrid, No. 777, 25 de julio de 1968, págs. 3-12.

REYES MONTERREAL, José María, considera que la disposición de órganos ha de realizarse “por medio de convenciones que no supongan un tráfico constante ni motivo de repetido y evi-

Algunos autores consideran viable la comercialización de las cosas separadas del cuerpo, en cuanto, por el hecho mismo de la separación, esas cosas corporales han devenido en cosas, auténticos derechos capaces de derecho real; propiedad que surge como una transformación del primitivo derecho de disposición existente sobre todo el cuerpo. Para unos sería la obligada prolongación de un IUS IN SE IPSUM; para otros se convertirían en RES NULLIUS, que se adquirirían por prioridad en la ocupación; y otros recaban el dominio de las partes separadas sin discusión, para la persona de la cual proceden, como un modo de adquisición originario, relativamente análogo a la adquisición del invento o producciones intelectuales(38).

Este 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... Cualquiera que entonces sea el carácter o naturaleza jurídica del derecho que tengamos sobre nuestro cuerpo y para disponer del mismo, y aún dentro de esa explicación espiritualista o religiosa, de la obligación de toda persona de no atacar con sus actos la conformación del bien usufructuado, 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”. Op. cit., págs. 409 y 412.

En Colombia, el doctor GIRALDO, Luis Carlos, autor del proyecto de ley número 128 de 1973, manifestaba al respecto en la exposición de motivos: “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. Nos encontramos, como dice NOVOA MONREAL, ante una situación enteramente nueva que no puede ser resuelta sobre la base de esquemas jurídicos pretéritos, en buena parte abstractos, pero en todo caso desconectados de los hechos que hoy conocemos y vivimos. La novedad consiste en que hoy es posible dar a ciertas partes de un cadáver un uso que signifique la vida o la salud del hombre. Además, 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” (Anales del Congreso”, Nro. 77, viernes 30 de noviembre de 1973, pág. 1043).

(38) DIEZ DIAZ, Joaquín. Op. cit., págs. 703 y 704.

Creemos con *DE CUPIS*, que no existe inconveniente en la negociabilidad de partes que aún no se hayan separadas del cuerpo, como objetos presentes, incluso en conceptos 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 a 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 utilización(39).

Sobre esto último ha dicho *KUMMEROW* que “unánimemente se niega, la ejecución forzada en forma específica de las obligaciones de este rango, por la amplitud de la garantía que veda cualquier forma de presión corporal sobre el obligado. Esta regla conduce necesariamente a admitir, en los actos negociales válidos, creadores de derechos sobre el cuerpo de otros sujetos, la conducta contraria al deber previsto en la relación jurídica es la condición para la aplicación de una sanción que se resolvería siempre en la indemnización de los daños experimentados por el pretensor”(40).

7.2.2 Disposición “Post Mortem”.

En lo que respecta a la disposición onerosa “Post Mortem”, consideramos que, jurídicamente debiera permitirse la disposición hecha en vida de piezas de su propio cadáver, en beneficio de tercera persona o para fines de investigación, toda vez que, en el momento en el cual la disposición se ejecuta, es imposible entender que se está atentando al normal funcionamiento de lo que, con la muerte, dejó de ser apto para la consecución de unos fines definitivamente agotados y en el futuro imposibles. Porque, evidentemente, ni los ojos, ni la sangre, como componentes de un todo, agotan la finalidad que acaba donde la vida del hombre(41).

(39) *DE CUPIS, Adriano*. “II diritti della personalità”. Dott. A. Giuffrè. Ed. Milán, 1950. Cita de *KUMMEROW, Gert*. Op. cit., pág. 23.

(40) *KUMMEROW, Gert*. “Perfiles Jurídicos...”, cit., pág. 28.

(41) *REYES MONTERREAL, José María*. Op. cit., pág. 415. *MAZEUD, León*, asevera que el pacto por virtud del cual “una persona vende su cadáver, en todo o en parte, parece así mismo válida, puesto que, la UTILIZACION del cadáver que se realice, trátase de una disección o de un in-

Es claro que esta posición encuentre barreras que se hayan aún impregnadas por motivaciones de neto cariz ideológico que intentan situar los despojos del cuerpo carentes de vida en el rubro de los “RES EXTRACOMMERCIIUM”, 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 cadáver(42).

jerto, no causa ningún daño a la persona al desaparecer ésta al mismo tiempo que la vida”, en “Los Contratos sobre el Cuerpo Humano”, “Anuario de Derecho Civil”, Madrid, 1953, citado por *RICO LARA, Manuel*. Op. cit., pág. 73.

(42) *BORREL MACIA, Antonio*, estima admisible la cesión a título oneroso “en razón de que la finalidad a que el convenio conduce es completamente lícito, y el hecho de que el cedente perciba 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 prestar su consentimiento a un acto del que es libre de prestarlo o no, por sí solo no incluye ninguna inmoralidad”, en “La Persona Humana”, Barcelona, Bosch, Editorial, 1954, pág. 130.

Para *DUKEMINIER, Jesse*, existen cuatro posiciones básicas que permiten una aproximación al problema de la venta de componentes anatómicos:

La primera esta fundada “upon an acceptance of the general ethical principle of preservation of life. That principle, simply stated, is that an individual should not endanger his life except for the love of another or in a case such that the danger is an indirect consequence of the activity”.

La segunda posición “can be approached may be characterized as one of ‘free will’. This position is based upon the principle that a person should be able to do whatever he chooses, so long as he does not harm another”.

La tercera “way of evaluating the propriety of permitting organ sale is not to start from any general ethical rule of human conduct but to narrow the problem to the context of the physician-patient relationship”.

Finalmente, la cuarta posición “can be probed by disregarding ethical positions and analyzing only the consequences, of permitting such sales. Sales will have some impact both on the total amount of economic resources which are to be allocated to medicine and on the selection of recipients... the quantity of organs supplied could be, increased by buying them, and they could then be allocated among recipients by some method other than sale. For example, a third party, such as the government or a hospital might absorb the cost. But the consequence of the government’s purchase of organs for recipients might be that the government’s economic resources which are committed to medicine would be used for the purchase of organs rather than for other medical needs” (Op. cit., págs. 857 a 860).

7.2.3 Onerosidad y contraprestación.

La contraprestación, aunque generalmente suele realizarse mediante el pago de una suma de dinero, puede tomar algunas otras formas.

En el caso de "live donors", la remuneración puede tomar la forma de una promesa de atención médica gratuita al dador por espacio de varios años, o por toda su vida, "either for all diseases and disabilities or for those resulting from the removal of the organ".

Alternativamente, la remuneración puede tomar la forma de un seguro "on the donor's life". "Either of these forms of remuneration might be tailored to provide a rough indemnification to compensate the donor for the possible consequences of removing the organ".

Para el caso de órganos o componentes anatómicos 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. Otra forma sería sufragando parte o la totalidad de los gastos de hospital. DUKEMINIER, Jesse, afirma que "some forms of remuneration may be ethically justifiable even if one concludes that direct payment of money is not"(43).

En lo que respecta al campo legislativo, tenemos que la mayoría de los Estados Federales de los Estados Unidos, poseen estatutos autorizando la donación de órganos. Pocos de ellos prohíben expresamente la venta. En DELAWARE, HAWAII, NEVADA, NEW YORK y OKLAHOMA, estipulan la no remuneración al "deceased", pero no prohíben la venta de componentes anatómicos por parte de los parientes próximos del difunto (next of kin) (44).

En GEORGIA, es un "misdemeanor", recibir remuneración por la cesión de un ojo "or to take possession of an eye for which a person has received compensation". MISSISSIPPI, tiene el único estatuto que permite a una persona contratar, con o sin consideración monetaria, donar parte de su cuerpo para

(43) DUKEMINIER, Jesse. Op. cit., pág. 849.

(44) Ibídem., págs. 861 y ss.

tener ejecución al morir, 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 anatómicos(45).

8. CONDICIONES DEL ORGANNO 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 éstos han de reunir, al momento de ser utilizados terapéuticamente.

En Colombia, el artículo 12 del Decreto 2642 de 1980, dice:

"El trasplante de órganos únicos, esenciales para mejorar las posibilidades de conservar la vida de las personas, sólo podrá hacerse obteniéndolos de un cadáver".

El 24 ibídem., reza: "Sólo será permitida la donación de uno de los órganos simétricos o pares(46), 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".

Por último el 18 del mismo Decreto, en su ordinal c), se estipula: "que tratándose del trasplante de uno de los órganos pares, los dos órganos del donante se encuentren anatómica y fisiológicamente normales"(47).

(45) Ibídem., pág. 861, notas Nos. 199, 200 y 201. La "Uniform Anatomical Gift Act", fue adoptada por el corto período de dieciocho meses, por cuarenta y un estados de la Unión.

(46) "Denominanse órganos simétricos o pares, aquellos con funciones idénticas, situados a ambos lados del plano medio sagital del cuerpo humano". (Art. 7o., Decreto 2642 de 1980).

(47) En términos similares, estas disposiciones ya habían sido previstas en anteriores proyectos de ley. Así: Art. 8o. del Proyecto de Ley No. 128 de 1973, y 2o. del Proyecto No. 101 de 1978.

En lo que respecta a los países reguladores de esta práctica terapéutica, tenemos:

VENEZUELA: Art. 7o. de la ley de 10 de agosto de 1972: "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 vivos".

BRASIL: Art. 10, numeral 2o. de la Lei 5479 de 10 de agosto de 1968: "só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que nao impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapéutica comprovadamente indispensável, para o paciente receptor".

PERU: Art. 2o. ordinal c) del Decreto 9871-SA de 1971: "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".

MEXICO: Art. 27, del Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos de 1976: "El trasplante de órgano único, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver".

9. CONCEPTO DE MUERTE CEREBRAL

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.

¿Cuándo puede considerarse muerta una persona? Del todo insuficiente resulta hoy el criterio clásico con arreglo al cual la ausencia de palpaciones, el

paro respiratorio, la relajación muscular, la dilatación de la pupila, la arreflexia generalizada... bastaban para pronunciar la declaración de muerte. Debe descartarse, de otra parte, el método más antiguo centrado en las últimas consecuencias que el proceso mortal hubiere operado en el cadáver. En este último supuesto los órganos y materiales anatómicos serían inutilizables en las operaciones de trasplantes. Demostrado, en otra vertiente, que el paro cardíaco no es siempre irreversible, al punto de que las maniobras de "resucitación" (masaje cardíaco y ventilación pulmonar artificial) son susceptibles de evitar la muerte, una técnica depurada ha reclamado el concurso de aparatos mecánicos para establecer lo que, en los actuales momentos constituye el signo rector de la declaración de muerte clínica: la muerte cerebral(48).

En proposición aprobada unánimemente por la Honorable Academia de Medicina de Medellín, 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..."(49).

En Colombia, el legislador consideró pertinente definir lo que habrá de entenderse por muerte cerebral. El artículo 9o. del Decreto 2642 de 1980, redactado en los mismos términos que el 12o. del Decreto 0003 de 1982, estipula:

(48) Cfr. KUMMEROW, Gert. "Perfiles Jurídicos...", cit., pág. 62 y "Proyecto de Ley...", cit., pág. 185. Igualmente, PALACIOS MACEDO, Xavier. Op. cit., pág. 11.

(49) BORRERO, Jaime; ARANGO, David; ARANGO, Jorge; BUSTAMANTE, Ernesto; GIRALDO, César y PELAEZ, Gustavo. "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 "Así", Medellín.

“Entiéndase 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 electroencefalográficas (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” (50).

En la República del *PERU*, el art. 41 del Decreto 17505 de 1969 (Código Sanitario), estipula: “Para los efectos del injerto o trasplante de un órgano vital, se considera muerte al paro irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma, u otro método científico más moderno empleado en el momento de la declaración”.

En *ITALIA*, la Ley 644 del 2 de diciembre de 1975 (Gazzetta Ufficiale, No. 334 del 19/XII/1975), que regula la extracción de partes de cadáver con la finalidad de trasplante terapéutico, estatuye:

“...la determinación de la muerte debe ser efectuada, salvo los casos mencionados en el artículo 4o. mediante el examen continuo del electrocardiograma prolongado por no menos de 20 minutos y la determinación de ausencia de respiración espontánea, después de la suspensión, durante dos minutos, de la respiración artificial y de la ausencia de actividad eléctrica cerebral espontánea y provocada” (art. 3o.).

En *ARGENTINA*, la Ley No. 21.541 de 1977 (Ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos), adopta también el criterio de muerte por medio de:

“...comprobaciones idóneas que evidencien el cese total o irreversible de las funciones cerebrales” (art. 21).

(50) Los arts. 14 del Proyecto de Ley No. 32 de 1975 y 16 del Proyecto 101 de 1978, intentaban consagrar el mismo principio.

En *ESPAÑA*, la Ley 30 del 27 de octubre de 1979, basa la comprobación de la muerte en:

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

El Decreto reglamentario No. 426 del 22 de febrero de 1980, requiere:

“...la comprobación de la muerte cerebral basada en la constatación y concurrencia, durante treinta (30) minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1)– Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de consciencia; 2)– Ausencia de respiración espontánea; 3)– Ausencia de reflejos cefalíticos, 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”. (Cfr. *RODRIGUEZ DEVESA, José María*, en “Derecho Penal Español – Parte Especial”, Madrid, 1980, pág. 33).

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

“De esta manera se ha polarizado en el mundo, por decirlo así, entre los sostenedores de la muerte clínica o cerebral y los que ven a la muerte como producida en un instante, que es la muerte real”. (“Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos”, en “Derecho Penal y Criminología”, Nro. 19, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia”, 1983, pág. 72.

Estatutos reguladores de trasplantes de órganos de tres países, no se acogen al concepto de muerte cerebral, exigiendo por el contrario la prueba indubitable de la muerte real. Ellos son:

FRANCIA, donde rige la Ley 76-1181 del 22 de diciembre de 1976, sobre ablación de órganos, reglamentada por el Decreto 78-501 del 31 de marzo de 1978.

VENEZUELA, el artículo 12 de la ley del 10 de agosto de 1972: "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..."(51).

Igualmente **BRASIL** en su Lei No. 5.479, de 10 de agosto de 1968, art. 2o.: "A retirada para os fins a que se refere o artigo anterior deverá ser precedida de prova incontestável da morte".

(51) **KUMMEROW, Gert**. "Proyecto de Ley...", cit, pág. 198. 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. (**VIDAL, Humberto S.** "Los trasplantes de corazón y el momento de la muerte frente al Derecho Penal", en "Cuadernos de los Institutos", Córdoba, Argentina, No. 107, 1970, págs. 129 y 130).

TERCERA PARTE

DISPOSICION DE COMPONENTES ANATOMICOS POR LA PROPIA PERSONA

10. INTRODUCCION

Doctrinariamente y así lo han entendido algunos cuerpos legislativos, suele distinguirse los trasplantes de componentes anatómicos realizados entre personas vivas, de los efectuados con órganos retirados de cadáveres(52). Nosotros enfocaremos el tema, estudiando primeramente la cesión de órganos, hecha por el propio disponente, distinguiendo si la eficacia de la misma ha de producirse en vida del cedente ("Ante Mortem") o cuando éste hubiere fallecido ("Post Mortem").

11. CESION 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 aquélla ha de tener eficacia durante la vida del cedente, como si fuese a tenerla luego de fallecido.

Positivamente, nuestro estatuto no hace 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 las anteriores disposiciones, los presupuestos o requisitos de la cesión "ANTE MORTEM", pueden resumirse, así:

(52) **CAMAÑO ROSA, Antonio**. "Trasplantes de órganos frente al Derecho Penal", en "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, Uruguay, Tomo 68, No. 1, septiembre de 1969, págs. 21 a 24.

- 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”(53).
- b) “Que tratándose del trasplante de uno de los órganos pares, los dos órganos del donante se encuentren anatómica y fisiológicamente normales”(54).
- 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, psíquico 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”(55).
- d) Que la donación o cesión de uno de los órganos simétricos o pares, sólo sea permitida, cuando su retiro “no implique perjuicios o mutilación grave para el donante vivo”(56).
- e) “Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente” (art. 22, ordinal b, del Decreto 0003 de 1982).

Los cuatro primeros ordinales, 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 extinga(57).

(53) Vide Supra, num. 6.

(54) Vide Supra, num. 8.

(55) Vide Supra, num. 6.

(56) Ibídem.

(57) La justificación a los atentados que pueden derivarse de la extracción del órgano cedido, ha sido motivada recurriendo a la llamada teoría o tesis de los INTERESES PROPORCIONADOS, invocada como fundamento 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, puede ser evitado un perjuicio mayor en otra persona. (KUMMEROW, Gert. “Perfiles Jurídicos...”, cit., pág. 32). Para REYES MONTERREAL, José María, el atentado, “sólo 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...” (Op. cit., pág. 410).

11.1 Consentimiento, generalidades.

El quinto y último ordinal merece un análisis especial en virtud de la importancia que reviste en la validez del negocio dispositivo. Nos referimos al consentimiento que habrá de prestar el cedente.

“La validez del consentimiento —apunta KUMMEROW, Gert— se anexa, no a la inferior jerarquía ocupada por el derecho a la integridad física en relación al ‘bien de la vida’ (De Cupis) sino a la espontánea manifestación del mismo y a su colocación dentro de los linderos establecidos por el ordenamiento jurídico para validar o no el acto de disposición”(58).

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 a la integridad física, y está vedado así mismo 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 atendería, 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 ésta, siempre que se sume el ingrediente del consentimiento del derecho-habiente y no resulte el individuo inidóneo al cumplimiento de sus deberes para con la familia y el Estado (59).

(58) KUMMEROW, Gert. “Perfiles Jurídicos...”, cit., pág. 31.

(59) Ibídem., pág. 50.

En los Estados Unidos de Norte América, se han acuñado los términos "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" or "INFORMED CONSENT" means that the person involved has legal capacity to give consent, is so situated as to be able to exercise free power of choice..."(60).

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:

11.2 Condiciones personales.

Las condiciones personales, llamadas así por cuanto tienen que ver con los presupuestos psíquicos 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 deficiente técnica legislativa, que conlleva necesariamente a interpretaciones incongruentes, deshilvanadas y contradictorias.

El Decreto 2642 de 1980, en su Capítulo III ("LOS TRASPLANTES ENTRE PERSONAS VIVAS"), artículo 18, ordinales 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 ESTE EN ESTADO DE EMBARAZO*:....." (Subrayado nuestro).

(60) STASON E., Blythe. "The role of law in Medical Progress", en "Law and contemporary problems", 1967, pág. 590.

El Decreto 0003 de 1982, en su capítulo III ("DE LA DONACION Y SUS REQUISITOS"), artículo 22, 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 Organos 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 ESTEN PRIVADOS DE LA LIBERTAD*;

d)– Que el DONANTE o los deudos responsables de la donación no presenten *TRASTORNOS MENTALES*;

....." (Subrayado nuestro).

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 al 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 el primer Decreto, es requisito SINE QUANOM, para la efectividad del consentimiento, que éste 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, se encontrare en alguna de estas circunstancias: privado de la libertad, inconsciente o en embarazo si el donante fuere mujer.

En cambio, para el Decreto 0003 de 1982, es indispensable que para el momento de la ablación o extracción de 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.

Ejemplificando, se hace más clara la situación que queremos resaltar:

1ra. Hipótesis: equis persona privada de la libertad, un día cualquiera en su celda redacta un documento, firmado por dos testigos hábiles, en el cual dona a determinado Banco de Organos un riñón. Hipótesis con dos variantes: a)– El donante solicita que la extracción se practique una vez haya recuperado la libertad, y b)– El donante solicita que la ablación se haga, aun privado de la libertad.

2da. Hipótesis: equis persona libre y conscientemente se presenta a un Banco de Organos y mediante escrito, dona a la institución un riñón. Señalado el día para la ablación, esta persona se encuentra privada de la libertad.

¿Cómo se resuelven estas hipótesis a la luz de los Decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982?

1ra. Hipótesis: aplicando el Decreto 2642 de 1980, dicha donación es inválida, porque en el momento de expresar su voluntad, el donante se hallaba privado de la libertad. Si aplicamos el 0003 de 1982, la donación es válida si la acompañamos de la primera variante, más no de la segunda.

2da. Hipótesis: según el Decreto 2642, la donación es válida, pero para el 0003, es inválida.

Llegado el caso, ¿cómo se solucionaría esta situación controvertida? Aplicando el artículo 2o. de la Ley 153 de 1887, que reza:

“La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.

Lo que nos indica que en ambas hipótesis se aplicaría el Decreto 0003 de 1982, por ser posterior al 2642.

Seguidamente estudiaremos cada uno de estos requisitos.

11.2.1 Ausencia de trastornos mentales.

Requisito consagrado por el ordinal e) del artículo 18, del Decreto 2642 de 1980 y d) del artículo 22, Decreto 0003 de 1982(61).

El trastornado o enfermo mental, es aquella persona cuya voluntad se haya destruida o viciada. Nuestros estatutos jurídicos han querido que en ningún momento, sean utilizadas como cedentes o donantes personas que se encuentren en un estado de perturbación síquica, que excluya o imposibilite la libre determinación de la voluntad.

La responsabilidad de dictaminar en un momento determinado, si un donante o cedente se encuentra apto mentalmente, para disponer de un componente anatómico, recae en la Junta Médica de Trasplantes del Centro Hospitalario o Institución en el cual se practiquen procedimientos de trasplantes, integrada por especialistas, entre ellos, por un médico siquiatra.

En el dictamen de la Academia Nacional de Medicina de México, el Secretario de Salubridad y Asistencia del mismo país, 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”.(62).

SOLORZANO y R., manifiesta que “la selección del donante..., no debe realizarse únicamente con base en aspectos biológicos, sino realizar

(61) Este requisito fue previsto en anteriores proyectos de ley. Así: Proyecto de Ley No. 128 de 1973, art. 6o.: “Queda prohibida la extracción de órganos o tejidos anatómicos a los menores de edad y, en general, a los incapaces...” Art. 10o.: “La donación sólo podrá ser autorizada cuando el donante se encuentre en pleno goce de sus facultades mentales, según concepto de un siquiatra designado para este efecto”. Igualmente el art. 5o. del Proyecto No. 32 de 1975. El Proyecto 101 de 1978, art. 4o. numeral 3o.: “El trasplante de órgano par de un ser humano vivo a otro requiere:... 3o.) Que el donante manifieste libremente su voluntad sin coacción alguna física o moral, y que no sea débil mental...”

(62) En Revista de la Biblioteca “Criminalia”, México, Ediciones “Gabriel Botas”, 1969, pág. 94. Allí mismo se sugería 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”.

un estudio completo, psiquiátrico, psicológico y social, al igual que se hace en el receptor..."(63).

Igualmente KUMMEROW, cree que todo acto "de disposición sólo 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..."(64).

Legislativamente se haya consagrada esta exigencia en algunos países, así:

VENEZUELA: art. 9o. ley de 10 de agosto de 1972: "La donación sólo 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..."

PERU: art. 11, Decreto 9871-SA de 1971: "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".

ITALIA: Art. 3o. Ley 458 de junio de 1967, estipula que únicamente podrá ser autorizada la donación de riñón, si el donante es mayor de edad, posee capacidad de entender y de querer(65).

(63) SOLORZANO y R., *Luz de Lourdes*. Manifestaciones siquiátricas en el trasplante renal", en Boletín Médico del Hospital Infantil", México, febrero de 1970, pág. 93.

(64) KUMMEROW, Gert. "Un Proyecto de Ley...", cit., pág. 184.

(65) KUMMEROW, Gert. "Perfiles Jurídicos...", cit., pág. 35, nota No. 67. DIERKENS, R., reclama la conjugación de la capacidad jurídica 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., París, 1966, No. 65. Citado por KUMMEROW, Gert. "Un proyecto de Ley...", cit., pág. 183, Nota No. 24).

En ESPAÑA, la nueva ley de trasplantes de órganos de 27 de octubre de 1979, exige que el donante se halle en pleno uso de sus facultades mentales(66).

En contra de lo aceptado por un amplio sector doctrinario, la legislación colombiana sobre trasplantes de componentes anatómicos, 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 Dr. K. ENGISCH, ha dicho que "para las personas incapaces de prestar su consentimiento —especialmente infantes y dementes—, podría aceptarse la competencia del encargado de cuidarlos —padre, madre, guardador—. Sin embargo correspondiendo a estas personas, encargadas del cuidado de otras, el deber de velar por los intereses del dador, la autorización para retirar un órgano aparece fácilmente como un abuso del derecho de cuidado, lo que privaría al consentimiento en sus efectos jurídicos y daría al retiro del órgano, con esta autorización, un carácter inmoral. Lo dicho valdrá, especialmente, cuando el afectado no puede prestar el consentimiento pero que en sentido natural de voluntariedad se opone al intento..."(67).

GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, es claro en manifestar que "el médico tiene la obligación estricta de obtener el consentimiento, libre y consciente, del donante, o bien, si éste no se haya en condiciones de manifestarlo fehacientemente, de recibir dicho consentimiento de los parientes próximos del donante. Sin embargo, en caso de necesidad, el médico no está obligado a esto último..."(68).

(66) GAFO, Javier. Op. cit., pág. 245.

(67) ENGISCH, K. Op. cit., pág. 8.

(68) GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio. Op. cit., pág. 77. STASON, E., Blythe, considera que los "mental incompetents" y los "children", "certainly should not be used without consent of parent or guardian. Consent of the institutional authorities is of course necessary, but not sufficient". (Op. cit., pág. 594).

En los Estados Unidos de Norte América (Estado de Kentucky), los padres de un incapaz mental, consintieron en la extracción de un riñón, con destino a un hermano mayor. DUKEMI-

Sin embargo, hay quienes se oponen a esta tesis. REYES MONTERREAL, sostiene "que no cabe autorizar a un tercero ni delegar en él para que llegado el caso, decida sobre la extracción, consintiéndola o negando la precisa aquiescencia... y que no podrá prestarse a título de representación legal de persona alguna (marido por la mujer, padre por los hijos, tutor por los pupilos, etc)... Nos parece que las facultades legales de representación no pueden abarcar acto tan trascendente cuando, en ningún caso, la persona a quien se representa está personalmente obligada a que sea su cuerpo precisamente el que se haya de entregar..." (69).

11.2.2 No estar privado de la libertad.

Estudiaremos este requisito a la luz del Decreto 0003 de 1982, ordinal c), del artículo 22(70).

Refiriéndose al empleo de prisioneros como cedentes de componentes anatómicos, ha dicho E. BLYTHE STASON:

"Can a 'voluntary' consent be obtained from prisoners? Or are Institutional pressures inevitable and such as to preclude freedom of choice. Federal prisoner are used in considerable numbers by federal investigators. In Iowa, prisoners may be used, but they must volunteer in writing and may withdraw consent at any time (Iowa Code Ann. No. 246.47. In Virginia, prisoners are permitted to participate in Medical Research under regulations prescribed by the state board of prisons. (Virginia Code Ann. No. 53-57.1)..."(71).

NIER, Jesse, relata el suceso, así: In 1969 the Kentucky Court of Appeals authorized the removal of a kidney from a mentally retarded individual aged twenty-seven who had the mind of a six-year-old and was a patient in a state mental hospital... The court held, four to three, that the operation would be in the best interests of the retarded child because of the emotional impact that the death of his brother would have..." (Op. cit., pág. 846).

(69) REYES MONTERREAL, José María. Op. cit., pág. 408.

(70) Siguiendo las orientaciones de la legislación mexicana, el Proyecto de Ley No. 101 de 1978, consagraba en su numeral 5o. del artículo 4o., este requisito, así: "El trasplante de órgano par de un ser humano vivo a otro requiere... 5o.) Que el donante en el momento del trasplante, no esté privado de su libertad o se encuentre en estado de inconsciencia o sea menor de edad y siendo mujer no esté embarazada".

(71) STASON E., Blythe. Op. cit., pág. 594.

Veíamos que el ordinal c) del artículo 22 del Decreto 0003 de 1982, prohíbe a las personas que se hallen privadas de la libertad donar órganos. Donación que atendiendo al moderado desarrollo que han alcanzado los trasplantes de componentes anatómicos en la actualidad, han de considerárseles como una práctica con propósitos de investigación científica.

Los trasplantes de componentes anatómicos, al menos en nuestro país se encuentran en una etapa de plena investigación. Esto nos motivó a estudiar las implicaciones que podría tener esta disposición, frente a otra de rango superior, cual es el artículo 54 de la Ley 23 de 1981, al estipular:

"Las personas que se encuentren privadas de la libertad no podrán ser utilizadas con propósitos de investigación científica, en CONTRA DE SU VOLUNTAD"(72). (Subrayado nuestro).

La interpretación lógica de estas dos disposiciones, nos llevó a una conclusión: el Presidente de la República, mediante un Decreto Reglamentario (art. 120.3 C.N.), violó la ley 23 de 1981.

Transcribimos a continuación la demanda que dirigieramos al H. Consejo de Estado, donde le planteamos la situación antes aludida.

Señor
Presidente y H. Consejeros de Estado
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Primera
Bogotá.

Yo, ALIRIO SANGUINO MADARIAGA, mayor y vecino de esta ciudad, abogado titulado, obrando en mi propio nombre, en ejercicio de la acción contenciosa de nulidad, consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, previo el trámite ordinario, con citación y audiencia del señor Fiscal del Consejo de Estado, respetuosamente solicito a esa H. Corporación se sirva declarar la nulidad del ordinal c), del artículo 22, del Decreto 0003 de 1982, en cuanto a la expresión "...el donante o...".

(72) Anales del Congreso, Num. 44, lunes 16 de marzo de 1981, pág. 543.

TRANSCRIPCION LITERAL DE LA DISPOSICION DEMANDADA

DECRETO 0003 de 1982
(enero 11)

Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final del órgano o componentes anatómicos y líquidos orgánicos distintos de la sangre.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y la Ley 09 de 1979,

DECRETA :

CAPITULO III

DE LA DONACION Y SUS REQUISITOS

Artículo 22. 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 Organos regulados en el presente Decreto, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

c) Que *EL DONANTE* o los deudos responsables de la donación *NO ESTEN PRIVADOS DE LA LIBERTAD*;

Dado en Bogotá, D.E., a 11 de enero de 1982.

JULIO CESAR TURBAY AYALA

El Ministro de Salud – ALFONSO JARAMILLO SALAZAR

(Diario Oficial No. 35936, del 2 de febrero de 1982).

DISPOSICION VIOLADA.

Violación del Parágrafo Segundo del artículo 54 de la Ley 23 de 1981 (febrero 18).

Dice la disposición invocada lo siguiente:

“ARTICULO 54.

PARAGRAFO SEGUNDO.— Las personas que se encuentren privadas de la libertad no podrán ser utilizadas con propósitos de investigación científica, EN CONTRA DE SU VOLUNTAD” (Subrayado nuestro).

Dada en Bogotá a los quince días de diciembre de mil novecientos ochenta. (Diario Oficial No. 35711).

CONCEPTO DE LA VIOLACION, DECRETOS REGLAMENTARIOS, DOCTRINA

Que... no estén privados de la libertad, exige la norma acusada, al donante como a los deudos. Exigencia que ha de entenderse cumplida al momento de practicarse la operación quirúrgica de ablación del órgano o componente anatómico.

Pregonamos la nulidad del requisito aplicado al donante, mas no respecto a los deudos, por los motivos que más adelante expondremos.

El Decreto 0003 de 1982, fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus funciones reglamentarias a que alude el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional: “Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Con el citado Decreto, el Presidente de la República reglamentó en parte el Título IX de la Ley 09 de 1979 (enero 24), “Por la cual se dictan medidas sanitarias”. (Diario Oficial 35308, del 16 de julio de 1979).

“Los decretos reglamentarios —dice el profesor JAIME VIDAL PERDOMO, resumiendo toda una tradición jurisprudencial y doctrinaria— no tienen fuerza de ley (118.8)..., y están limitados no sólo por la ley que reglamentan, sino por todas las otras y por las demás normas de ese carácter”. (“DERECHO ADMINISTRATIVO”, 4a. Edición, Bogotá, Editorial Universidad de los Andes, 1975, pág. 345)(73).

No cabe duda que los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, no podrán legalmente contrariar el sentido expreso o implícito de las leyes expedidas por el Congreso de la República, por cuanto se hallan jerárquicamente escalonadas por debajo de éstas.

Previas estas notas introductorias, cabe preguntarnos si los procedimientos de trasplantes de órganos y componentes anatómicos en seres humanos en nuestro país, no son practicados en la actualidad “con propósito de investigación científica”? Indudablemente los trasplantes de órganos, sin desconocer el éxito obtenido con algunos, se halla en una etapa experimental. Así lo ha predicado unánimemente la doctrina al respecto:

KUMMEROW, dice:

“En el estado actual de las realizaciones en materia de trasplantes de piezas anatómicas, domina un difundido consenso en el sentido de acudir a este tipo de intervenciones sólo 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. Esto último por cuanto los injertos de ciertos órganos, o materiales anatómicos aún están colocados en el campo experimental, o no han sido quebradas las barreras que conducen al rechazo inmunológico, o representan —lateralmente— un riesgo grave o próximo para el equilibrio funcional u orgánico del dador”(74).

(73) Los decretos expedidos por el Presidente de la República en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional, tienen por objeto la “cumplida ejecución de las leyes” y por ello están puestos bajo el enunciado de la “Suprema autoridad administrativa” del Presidente de la República, que encabeza la redacción del artículo 120. De tal manera que “siendo normas administrativas, los decretos reglamentarios no tienen fuerza de ley (art. 118.8)... y están limitados no sólo por la ley que reglamentan sino por todas las otras y por las demás normas de ese carácter”. (VIDAL PERDOMO, Jaime. “Derecho Administrativo”, pág. 345).

(74) KUMMEROW, *Gert*. “Un Proyecto de Ley...”, cit., pág. 177.

GOMEZ—REINO Y PEDREIRA, apunta:

“...El médico sólo puede proceder a extirpar un órgano, a fin de trasplantarlo, si esa intervención es el único medio con que se cuenta para salvar la vida del que la va a recibir y si las probabilidades de éxito son indudablemente mayores que los riesgos que va a correr el donante...” (74bis).

En Colombia, el Dr. LUIS CARLOS GIRALDO, en la exposición de motivos al proyecto de Ley No. 128 de 1973, presentado al H. Senado de la República el 13 de noviembre del citado año y publicado en “Anales del Congreso” (Órgano de publicidad de las Cámaras Legislativas), No. 77, del 30 de noviembre de 1973, manifestaba:

“...A decir verdad, no ha llegado Colombia a un progreso tal que pueda realizar con éxito injertos de corazón, de hígado, de páncreas, etc...” (págs. 1039 y 1040).

Por último el Dr. MIGUEL TRIAS, ha anotado:

“El ámbito de los trasplantes constituye, sin discusión, uno de los más brillantes capítulos de la moderna ciencia médica. A pesar de sus limitaciones, errores ocasionales y fracasos frecuentes, va edificando día a día, órgano a órgano, con aportes de los cinco continentes, la estructura directriz de la cirugía del futuro. Una cirugía que, aún hoy, nos parece tener más de ciencia ficción que de ortodoxia terapéutica”(75).

Legislativamente, exigen que las operaciones de trasplante SOLO podrán ser practicadas una vez que los métodos terapéuticos usuales, hayan sido agotados, entre otros:

Decreto 2642 de 1980 (art. 10), en Colombia.

Ley de 10 de agosto de 1972, (art. 3o.), en Venezuela.

Lei No. 5479 de 1968, (art. 4o.), en Brasil.

Decreto Supremo No. 98-71-SA de 1971, (art. 5o.), en Perú.

(74Bis) GOMEZ—REINO Y PEDREIRA, Antonio. Op. cit., pág. 78.

(75) En el prólogo a la citada obra de LUNA BISBAL, Mauricio, pág. 11.

A 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, para 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.

Invocamos la declaratoria de nulidad de la norma demandada, porque contrariamente a lo permitido por la Ley 23 de 1981 (art. 54), parágrafo segundo), niega a las personas que están privadas de la libertad "ser utilizadas con propósitos de investigación científica".

Norma que por otro lado, está en evidente contradicción con otra de su mismo rango, que pretende regular el mismo fenómeno médico-quirúrgico: el ordinal g), del artículo 18, del Decreto 2642 de 1980, que reza:

DECRETO 2642 de 1980 ("Por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a los procedimientos de trasplante de componentes anatómicos en seres humanos").

"ARTICULO 18. El trasplante de componentes anatómicos entre personas vivas requiere:

g) — Que el donante EN EL MOMENTO DE EXPRESAR SU VOLUNTAD no este privado de libertad..." (Diario Oficial No. 35631, del 28 de octubre de 1980).

Nótese que mientras para 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, sólo 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 al H. Consejo de Estado, se declare nulo el ordinal c), del artículo 22 del Decreto 0003 de 1982, por encontrarse en evidente oposición con el artículo 54 de la Ley 23 de 1981.

DOCUMENTOS

Acompaño los siguientes documentos:

- a) Un ejemplar debidamente autenticado del Diario Oficial No. 35936, en el que aparece publicado el texto de la disposición acusada.
- b) Un ejemplar del Diario Oficial No. 35711, contentivo de la ley violada.

Señor Presidente y H. Consejeros.

ALIRIO SANGUINO MADARIAGA
C.C. 13.370.684 de Convención (N.S.)

Dirección: juzgado 44 de Instrucción Criminal —Medellín".

11.2.3 No encontrarse inconsciente.

Regulado por el ordinal b), del artículo 22 del Decreto 0003 de 1982(76).

El dictamen que presentó al Secretario de Salubridad y Asistencia de México, la Academia Nacional de Medicina, aludía expresamente a este requisito(77).

La inconsciencia puede ser producida por la embriaguez, anestesia (éter, cloroformo), narcóticos, estupefacientes (marihuana, cocaína, morfina), hipnosis, sonambulismo, sueño, etc.

(76) Cfr. nota num. 70.

(77) Cfr. nota num. 62.

Creemos que los "trastornos mentales" y el "estado de inconsciencia", bien hubieran podido encasillarse en un solo numeral u ordinal, con una redacción que los abarcara en una forma más generalizada 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".

11.2.4 Ser mayor de edad.

Tipificado por el ordinal a) del artículo 22, del Decreto 0003 de 1982 y g) del artículo 18 del Decreto 2642 de 1980(78).

También este requisito fue previsto en el Dictamen que presentara la Academia Nacional de Medicina de México, al Secretario de Salubridad y Asistencia del mismo país, en el año de 1969(79).

En Colombia la mayoría de edad se adquiere al cumplirse los dieciocho años de edad(80).

La doctrina se haya dividida en cuanto a la exigencia de la mayoría de edad para los donantes o cedentes. Así: *RICO LARA*, considera que puede realizar donaciones anatómicas "cualquier individuo en plena posesión de sus facultades mentales, con los dieciocho años o más..."(81).

Por su parte *REYES MONTERREAL*, sugiere que "no debiera requerirse la mayoría de edad civil exigida para disponer o gravar los bienes materiales, debiendo bastar con tener catorce(14) años cumplidos, puesto que el acto más auténtico de disposición del cuerpo por la persona es el testamento, y aquélla es la edad requerida por nuestro ordenamiento (Español) para otorgarlo. Por lo menos, deben valer los dieciocho (18), que apunta Ruiz Vadillo, dada la madurez alcanzada por la juventud,

(78) Cfr. nota num. 70.

(79) Cfr. nota num. 62.

(80) La Ley 22 de 1977, estipula en su artículo 1o. "para todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años".

(81) *RICO LARA, Manuel*. Op. cit., pág. 76.

porque es la exigida por el Código Penal para considerar apta incondicionalmente a la persona para responder criminalmente, la de mayoría laboral, y, en general, por la legislación extranjera para considerar a la persona mayor de edad..."(82).

GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, admite "que sólo cuando el hombre es mayor de edad, por ahora entre nosotros a los veintiún años, resulta plenamente capaz para regir su persona y bienes". Sin embargo, en las cesiones "post mortem", "o las para después del fallecimiento del cedente, tenemos, en cambio, por bastante, la edad de catorce (14) año, porque consentir en vida que, en su muerte, nuestro cadáver sirva para piezas, elementos u órganos trasplantables, tiene una evidente naturaleza jurídica de disposición por causa de muerte y esta su misma naturaleza no puede sino llevarnos a esa edad de catorce (14) años, a partir de la cual se puede testar conforme a lo dispuesto por el Código Civil..."(83).

¿Pueden los padres o representantes legales de los menores de edad, consentir por éstos, cuando actúen como cedentes o donantes de componentes anatómicos? En Colombia, los estatutos al respecto, no lo permiten. No sucede lo mismo en la doctrina y legislación comparada. Veamos:

E. BLYTHE STASON, refiriéndose a los menores de edad como sujetos de experimentación, dice:

"¿What about the use of children as subjects of experimentation? If the child has reached the age of understanding so that he can appreciate the inconveniences and risks, his consent together with that of his parents should suffice, or perhaps at some age short of majority his own consent becomes sufficient, as it would be in case of needed therapy. But what about children who are too young, who cannot understand the material facts-the infants just born, the eight years-old? Obviously the cannot give 'informed' consent. May the parents consent for them?"

(82) *REYES MONTERREAL, José María*. Op. cit., pág. 408.

(83) *GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio*. Op. cit., págs. 67 y 71. En el "I Symposium Internacional de Trasplantes de Organos", celebrado en Madrid del 14 al 17 de julio de 1969, se concluyó que la capacidad para cesiones "post mortem", fuese la misma que la indicada para las que se verifiquen en vida, edad que se fijó en 18 años.

In case of needed treatment for illness the parents can, of course, consent. There is less justification for validating the parental consent in the case of nontherapeutic investigation for the benefit of medical science..."(84).

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 de Massachussetts aprobaron la remoción del riñón de un menor para trasplantarlo a un hermano gemelo(85) sobre el alegato 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 hubiere representado para él la muerte de su hermano(86).

Los jueces que conocieron de los casos, fundamentaron sus decisiones en:

- a) "That the parents had consented;
- b) That the minor donors fully understood the nature of the operation and its possible consequences and had consented to it; and
- c) That by avoiding the 'grave emotional impact' which the minor would suffer if his twin died, the minor gained potential benefit" (DUKEMINIER, Op. cit., pág. 851).

(84) STASON, E., *Blythe*. Op. cit., págs. 593 y 594.

(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 nexo de tipo familiar.

(86) Las tres (3) decisiones corresponden: 1). MASDEN V. HARRISON (No. 68.651 Eq., Mass. Sup. Jud. Ct., June 12, 1957). Correspondiente a los hermanos gemelos León y Leonard Masden, de 19 años de edad. Correspondió el caso al Juez Edward A. Counihan, Jr. 2). HUSKEY V. HARRISON, (No. 68.666 Eq., Mass. Sup. Jud. Ct., Aug. 31, 1957). Relacionado a los gemelos Huskey de 14 años de edad. Actuó como juez Whittemore. 3). FOSTER V. HARRISON, (No. 68.674 Eq., Mass. Sup. Jud. Ct., Nov. 20, 1957). Referente a los gemelos Foster de 14 años de edad. Correspondió el caso al juez Cutter. (CURRAN, William J. "A problem of consent: Kidney transplantation in minors", en "New York University Law Review", Vol. 34, May, 1959, págs. 892 a 898.

Los decretos que regulan en nuestro país el trasplante de componentes anatómicos, exigen la mayoría de edad, como se dejó visto, en el cedente o donante, pero no son imperativos en cuanto al parentesco que deben guardar con el receptor.

El Decreto 2642 de 1980, artículo 26, dispone que "podrán admitirse como donantes de componentes anatómicos con fines terapéuticos, los familiares del receptor o voluntarios, mayores de edad, elegibles a juicio del equipo médico que deba realizar el trasplante".

Otros cuerpos legislativos, exigen por el contrario, que los cedentes o donantes tengan algún grado de parentesco con el receptor, así:

ITALIA: artículo 1o. Ley 458 de junio 26 de 1967, admite como donantes a padres, hermanos germanos o no germanos del paciente, siempre que sean mayores de edad. El texto sólo da cabida a otros parientes, y aún a terceros extraños al círculo familiar, cuando el paciente no tenga tales consanguíneos o ninguno de ellos sea "idóneo o disponible".

VENEZUELA: Art. 8o. ley de 10 de agosto de 1972: "Serán admitidos como donantes de órganos o materiales anatómicos con fines terapéuticos los padres, los hijos mayores de edad y los hermanos mayores de edad del receptor". El siguiente inciso (2o.), prevé la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional, por vía reglamentaria, determine "otras personas mayores de edad admisibles como donantes de órganos y materiales anatómicos a los fines anteriores".

11.2.5 Que siendo mujer, no se encuentre embarazada.

Que el cedente, siendo mujer, "EN EL MOMENTO DE EXPRESAR SU VOLUNTAD... NO ESTE EN ESTADO DE EMBARAZO" (artículo 18, ordinal g., Decreto 2642 de 1980)(87).

El dictamen rendido por la Academia Nacional de Medicina de México, en el año de 1969, al Secretario de Salubridad y Asistencia, hacía alusión a este requisito(88).

(87) Cfr. nota num. 70.

(88) Cfr. nota num. 62.

Según la disposición anotada *SOLO* interesa que la mujer al momento de consentir la donación o cesión del componente anatómico *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 proteger el legislador al consagrar 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 gravedad pondría en peligro su salud y la de su próximo hijo.

¿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.

Han quedado esbozados a grandes rasgos, los requisitos que el Decreto 2642 de 1980 y 0003 de 1982, exigen al cedente o donante para que su consentimiento sea válido y eficaz. Requisitos que, consideramos, se hallan implícitos en el ordinal b) del artículo 22, del Decreto 0003 de 1982, al estipular:

"Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente".

En este ordinal, quedan incluidos otros incapaces, que escapan a la enumeración antes estudiada y cuyo consentimiento en la mayoría de las veces carece de voluntariedad, o de libertad, o de consciencia, tal es el caso de los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los ancianos, etc.

Veamos ahora los requisitos o presupuestos de orden material que corresponde cumplir al cedente, para que su consentimiento sea "expreso".

11.3 Condiciones materiales.

Estudiados los presupuestos de índole personal, que tienen que ver con la voluntariedad, libertad y consciencia con los cuales el consentimiento ha debido ser expresado, corresponde analizar la manera como éste, *DEBE* ser materializado. Según el artículo 28 del Decreto 2642 de 1980, la *VO-*

LUNTAD manifestada por el cedente de permitir la extracción de un órgano o componente anatómico con fines terapéuticos, *DEBERA EXPRESARSE:*

- a) Por medio de documento público, o
- b) Por medio de documento privado autenticado o suscrito ante dos (2) testigos hábiles.

El artículo 28 del Decreto 0003 de 1982, alude a los mismos medios probatorios, pero en vez de decir *DEBERA*, se dice *PODRA* (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 a los reseñados por 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".

11.3.1 Documento público.

Los documentos públicos, en general, son los otorgados por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo, o con su intervención. Los Decretos (2642 y 0003) no señalan cuál o cuáles funcionarios públicos son los indicados para intervenir en este tipo de actos, ni cuál o cuáles documentos públicos son los requeridos como portadores de la declaración de voluntad del cedente.

Los conceptos funcionario público y documento público, son tan amplios y encierran tan extensa gama de funciones, que nos motiva a pensar en la ineficacia y poca técnica legislativa empleada por quienes tuvieron la responsabilidad de redactar un procedimiento lógico, accesible y viable procesalmente.

La intención del legislador hubiera quedado a salvo, si al emplear el concepto documento público, lo hubiese hecho reduciéndolo a aquellos en los cuales ha tenido efectiva participación un juez, un notario, un representante diplomático o consular de la República, en el exterior, cuando el cedente se hallare fuera del país.

11.3.2 Documento privado autenticado.

Según nuestra legislación, es documento privado el que no tiene carácter de público. Aquél ha de ser auténtico, es decir, que “exista certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado”, autenticidad que se logra cuando “ha sido reconocido ante juez o notario”, o mediante testimonios, peritaciones e indicios, o que se presuma legalmente su autenticidad(89).

Cuando el documento privado es manuscrito, pero no firmado, puede suplirse la firma de su autor mediante confesión; también por el testimonio de personas que hayan presenciado cuando aquél lo manuscrió, o por una prueba grafológica sumada a indicios o testimonios, siempre que en estos casos no quede duda acerca de que se perfeccionó el acto documentado y que no se trató de un simple proyecto.

La firma estampada en el documento privado por su autor, puede ser o no legible, completa o parcial, con o sin ortografía, en el idioma extranjero o nacional e inclusive puede estar formada por signos caligráficos que no constituyen letras.

Quien no sabe o no puede firmar, puede rogar a otra persona para que lo haga en su lugar y en su nombre, salvo cuando la ley lo prohíba expresamente, como sucede para los testamentos cerrados (c.c. art. 1079).

11.3.3 Documento privado suscrito ante dos testigos hábiles.

Según el artículo 279, inciso 2o. del Código de Procedimiento Civil, “los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos”.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la prueba sumaria, sólo es tenida en cuenta a efecto de adoptar ciertas medidas, como el embargo y secuestro preventivos en procesos ejecutivos, o para la aceptación de la demanda en procesos de lanzamiento. Sin embargo en tratándose de cesión de órganos o

(89) En el Estado de Delaware (USA) “The donor must sign in the presence of two witnesses and must acknowledge his signature before a notary public. (Del. Code Ann. ch. 24 -1781 supp., 1969).

componentes anatómicos, este tipo de documentos, alcanza su plenitud probatoria(90).

El análisis de las que hemos denominado condiciones materiales que tienen que ver con la voluntariedad, libertad y consciencia del acto de cesión de órganos o componentes anatómicos, nos han dejado algunos interrogantes o inquietudes, que se derivan de la interpretación de las normas citadas.

Primero.— Atendiendo a lo preceptuado por el artículo 2o. de la Ley 153 de 1887(91), ha de tenerse como aplicable el artículo 28 del Decreto 0003 de 1982, en cuanto consagra que la voluntad de donar “PODRA SER EXPRESADA” y no como reza el artículo 28 del Decreto 2642 de 1980, al disponer que dicha voluntad “DEBERA EXPRESARSE”.

Segundo.— Aunque el artículo 28 del Decreto 0003 de 1982, señala los medios probatorios a través de los cuales podrá ser expresada la voluntad de donar, con eficacia en vida del cedente, es evidente que también puede hacerlo verbalmente, “ante la institución o centro hospitalario autorizado por el Ministerio de Salud para la práctica del trasplante”. Así es que una persona mayor de edad y consciente, puede hacer disposición “ante mortem” de órganos o componentes anatómicos, con destino a los Bancos de Organos autorizados por la ley, ya sea utilizando alguno de los documentos señalados en el artículo 28 del Decreto 0003 de 1982 (público, privado autenticado o suscrito ante dos testigos hábiles), verbalmente, cuando el cedente no supiese o pudiese firmar, a través de grabaciones magnetofónicas en discos, cintas o similares, etc.

El donante o cedente que actúa voluntaria, libre y conscientemente ha de encontrarse con plena libertad probatoria, para expresar su “voluntad de do-

(90) En el Estado de Massachusetts, “the donation must be by written instrument witnessed by three persons, none of whom may be an agent, servant, or employee of the donee hospital; and there must be attached to the instrument a certificate by a registered physician that at the time of execution of the instrument of gift the donor was of sound mind, and not under the influence of narcotics. (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 113, 7-10 (1967).

(91) “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.

nar", de lo contrario se le estaría restringiendo su facultad de disposición enmarcada en los parámetros que la ley le ha fijado(92).

A propósito el Dr. K. *ENGISCH*, sostiene que:

"el (consentimiento) no está sujeto a formalidades. No es necesario que sea prestado por escrito..."(93).

La tesis que pregonamos, parece ser la seguida por la ley *VENEZOLANA* sobre Trasplantes de Organos del 10 de agosto de 1972, al consagrar:

"...el consentimiento para el retiro de órganos y materiales anatómicos *SERA 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. 9, inciso 2o.).

Por su parte en el *PERU*, el Decreto Supremo Nro. 9871-SA de 1971, en su artículo 15, inciso 1o: se aparta de nuestra tesis, al disponer:

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

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

De los cinco ordinales 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 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.

(92) El Proyecto de Ley No. 101 de 1978, en su art. 4o. numeral 4o., exigía que el consentimiento, constara "por escrito en forma expresa y sin que haya duda la voluntad del donante quien deberá suscribir este documento en presencia de dos testigos idóneos".

(93) *ENGISCH K.* Op. cit., pág. 9.

En cuanto a los presupuestos o condiciones que hemos denominado materiales, es decir, a la manera como el consentimiento o voluntad de donar manifestada por una persona durante su vida, ha de ser expresada, 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 a través de los cuales quería 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, buscando en todo momento que su voluntad no sea o haya sido tergiversada(94).

Nuevamente es *VENEZUELA* el país que se identifica con nuestro parecer. El artículo 11 de la ley de 10 de agosto de 1972, exige que la voluntad "post mortem" del donante, se manifieste siempre "por escrito" al centro hospitalario debidamente autorizado.

(94) *DUKEMINIER, Jesse*, considera que ante las eventuales dificultades que puede presentar un "instrument of gift", por la necesidad de extraer prontamente órganos vitales, "a person may carry the instrument of gift in his wallet, so that it is readily available, but for most people, carrying a little card saying 'on my death my organs to go so-and-so' is psychologically impossible. Such a constant reminder of one's own death may raise fearful anxieties" (Op. cit., pág. 827).

Para *RICO LARA, Manuel*, "la cesión del cadáver ha de ser hecha bajo forma testamentaria, dada la importancia de dicho acto dispositivo". (Op. cit., pág. 73).

DIERKENS, R., 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 testigos". (Citado por *RICO LARA, Manuel*, Op. cit., pág. 73).

Por su parte *DIEZ DIAZ, Joaquín*, no considera necesaria la escritura notarial. Bastaría, el simple documento privado ante testigos y, cualificadamente, ante el Director del Establecimiento.

MARTINEZ, Manlio Francisco, 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". (Op. cit., pág. 49).

The Uniform Anatomical Gift Act. No. 4. b.) "foresees the situation in which an individual's organ donation is indicated by a tattoo under his arm" (*DUKEMINIER, Jesse*. Op. cit., pág. 825).

En el PERU, el artículo 26 del Decreto Supremo No. 9871-SA de 1971, dispone que "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" (artículo 27, ibídem).

En el BRASIL, la lei N. 5479, de 1o. de agosto de 1968, consagra en su artículo 3o.: "A permissão para o aproveitamento, referida no artigo 1o. (disposição 'post mortem') efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições:

1. Por manifestação expressa da vontade do disponente;
2. Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos;

El Dr. Mario Arbeláez, 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.

I hereby *voluntarily* make this anatomical gift to take effect upon my death.

Any organ. _____ Specifically _____

Signature of donor _____

1st witness _____ Donor Blood _____

2nd witness _____ Type _____

Medical _____ Authorized under state _____

Alert! _____ law 194240 subsection 6 1975.

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

3. Pela autorização escrita do conjuge, não-separação, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

La jurisprudencia italiana (sentencia casación de 20 de marzo de 1944, No. 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"(95).

13. REVOCABILIDAD

Se entiende por revocación, el acto unilateral mediante el cual una persona, no ligada por pacto alguno con otra, deja sin valor un acto jurídico propio, como un testamento o un legado; o la efectúe por autorización de la ley, o por reserva que hizo en el contrato.

En cuanto a los procedimientos de trasplante de componentes anatómicos en seres humanos, el artículo 29 del Decreto 2642 de 1980, estipula que:

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

A su vez el párrafo 2o. del artículo 28 del Decreto 0003 de 1982, señala que:

"El donante podrá revocar en cualquier momento el acto mediante el cual hace donación parcial o total de su cuerpo"(96).

En otro aparte de estas notas, anotábamos que nuestro ordenamiento jurídico, sólo admite la disposición de órganos o componentes anatómicos, a título

(95) En "Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione", 1944, Vol. XV, págs. 570 y 571. Cita de KUMMEROW, Gert. Op. cit., "Perfiles Jurídicos...", pág. 60, Nota No. 134.

(96) La revocabilidad fue prevista en anteriores proyectos de ley, así: los artículos 12 del Proyecto No. 128 de 1973 y 6 de Proyecto No. 32 de 1975, consagran esta facultad, añadiendo que la misma "no da lugar a los derechos en contra del donante". Artículo 5 del Proyecto No. 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".

lo 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 éste 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 revocación.

KUMMEROW, ha dicho que "el acto dispositivo 'ante mortem' es un acto unilateral, de última voluntad y esencialmente revocable hasta la muerte aun en forma verbal"(97).

En estudio diferente, este mismo autor, ha señalado:

"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. 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"(98).

¿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 usual sería elaborando un nuevo documento de donación

(97) *KUMMEROW, Gert.* "Proyecto de Ley...", cit. pág. 189.

(98) *KUMMEROW, Gert.* "Perfiles Jurídicos de los Trasplantes...", cit., pág. 40. Sobre la revocación en forma verbal, el "Uniform Anatomical Gift Act", ha dicho que esta forma es válida, siempre y cuando la declaración oral se "communicated to the donee" (No. 6a-b). Al respecto ha anotado *DUKEMINIER, Jesse*: "The act does not make clear what acts come within the words, 'communicated to the donee'. If the donee is a hospital for example, will nodding to a nurse or telling the patient's physician suffice? The ways of communicating with a hospital range from a registered letter to the president to a whisper to an orderly, but which of these are legal communications will have to be established by litigation". (Op. cit., pág. 826).

En *VENEZUELA*, "El acto de donación de órganos y materiales anatómicos es siempre revocable hasta el momento de la intervención quirúrgica..." (Artículo 10, de la ley de 10 de agosto de 1972). En el *PERU*, el Código Sanitario (Decreto-Ley No. 17505 de 1969), consagra que "es revocable el acto por el cual una persona dispone de todo o de parte de su cuerpo, sea que el acto deba recibir ejecución durante la vida o después de la muerte del disponente" (artículo 45).

ción y expresando que "revoco cualquier disposición de órganos hecha en anterior o anteriores documentos", o algo similar(99).

Un documento de donación no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro y otros posteriores.

Los documentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores, quedarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con los posteriores o contrarios a ellos. Términos utilizados por el artículo 1273 del Código Civil, 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 y que fue reseñado en una nota anterior(100), 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 testamento(101).

(99) The uniform anatomical gift act, permite la revocación por "destruction, cancellation, or mutilation" (No. 6b) del documento de donación, "but again it is not at all clear what acts come within that language. Suppose that a donation card has been carried folded in a wallet for several years and at death it is found that the card has been separated at the fold into two pieces. Is the card revoked by mutilation? If the dead donor separated the card with the intention to revoke, it is revoked; if the separation occurred without his knowledge or with his knowledge but without the intention to revoke, it is not revoked". (*DUKEMINIER, Jesse*, Op. cit., pág. 826).

(100) Cfr. Nota num. 74.

(101) *BORREL MACIA, Antonio*. Op. cit., pág. 126. *KUMMEROW, Gert.* "Perfiles Jurídicos de los Trasplantes...", cit., pág. 60.

CUARTA PARTE

DISPOSICION DE COMPONENTES ANATOMICOS POR TERCEROS

14. AUTORIZACION POR LOS DEUDOS

Abordado el tema de la disposición de órganos o componentes anatómicos, hecha por el cedente con eficacia "ante" y "post mortem", conviene analizar la disposición efectuada por los parientes del difunto o deudos.

Para el estudio de este tema, hemos de partir de dos supuestos: 1) Constatación de la muerte cerebral de la persona a quien se le extraerán el o los órganos(102), y 2) Ausencia de disposición por parte de quien fallece.

La reglamentación colombiana sobre trasplantes de componentes anatómicos, dispone:

"Si la persona fallecida no hubiere expresado su voluntad, sus deudos podrán autorizar la ablación de componentes anatómicos del cadáver" (103).

14.1 Quiénes pueden disponer de los órganos de un cadáver.

Veamos lo que dispone nuestra reglamentación al respecto. El Decreto 2642 de 1980, estipula que a falta de voluntad expresa por parte de la persona que fallece, podrán autorizar la ablación de órganos del cadáver, "SUS DEUDOS". Y por deudos ha de entenderse, según el mismo Decreto:

"...el cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, de una persona fallecida" (artículos 8 y 11 de los Decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982 respectivamente).

(102) Cfr. Numeral 9.

(103) Art. 28, inciso 2o. Decreto 2642 de 1980.

Ahora, los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad de una persona fallecida, según el artículo 27 del Código Civil Colombiano, son:

- a) Padres — hijos *Primer grado.*
- b) Hermanos - abuelos - nietos. *Segundo grado.*
- c) Sobrinos - tíos - bisabuelos - bisnietos. *Tercer grado.*
- d) Primos - tatarabuelos - tataranietos - hijos de los sobrinos - hermanos de los abuelos. *Cuarto grado.*

Así mismo los parientes dentro del segundo grado de afinidad de una persona fallecida, según los artículos 47 y 48 del mismo Código, son:

- a) Padres del cónyuge (o concubino-a) - hijos del cónyuge habidos en otro matrimonio (o del concubino-a) *Primer grado.*
- b) Hermanos del cónyuge (o concubino-a) - abuelos del cónyuge (o concubino-a) - nietos del cónyuge (o concubino-a) *Segundo grado.*

Por otro lado, el artículo 29 del Decreto 0003 de 1982, ordena 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; Con
- 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

La jurisprudencia italiana y francesa vacilan inclinándose, ya por la determinación según reglas sucesorales, ya por los vínculos afectivos de familia y proximidad o convivencia(105).

Para *SAVATIER*, “es necesario exigir el consentimiento de los padres y del cónyuge, pero a menudo, ellos se encontrarían dispersos y será imposible reunirlos en estos casos de urgencia. Es necesario admitir que cada uno de ellos es susceptible de representar a la familia y de declarar que esta no se opone a la extracción, pero esto es negar los sentimientos de los otros miembros que pueden ser de diferente parecer...” (106).

DE SOLA, considera que no basta con el consentimiento otorgado en vida por el cedente, “debe consultarse igualmente el criterio de los deudos o sucesores del difunto... si no existe ninguna manifestación previa a la muerte de la persona de que se trate, ni impedimento religioso a la extracción, la ley podrá presumir su consentimiento, el cual, unido al de los deudos, permitiría el trasplante de órgano a algún paciente...” (107).

ABELLAN, considera que debe prevalecer la facultad dispositiva del “cónyuge viudo sobre los demás parientes”. “Cuando existen solamente parientes de la misma línea (ascendentes, descendentes o colaterales); el pariente más próximo excluirá al más remoto; y siendo varios los del mismo grado y línea, se requerirá no la mayoría de votos, sino la nominal, debido a la afección sentimental que sobre el cadáver puede existir. Desconocer esta igualdad sería lesionar sentimientos hondamente arraigados en las buenas costumbres...”

“...la línea descendente sería preferente a la ascendente y ésta excluirá a la colateral...”

(105) *Ibidem.*, Nota num. 129.

(106) *SAVATIER, Jean*. “El problema de los trasplantes de órganos de un cadáver”, en “Revista de la Facultad de Derecho” (Universidad de Zulia), Maracaibo, año X, No. 28, enero-abril 1970, pág. 153.

(107) *DE SOLA, René*. Op. cit., pág. 67.

Es partidario que del mayor de catorce (14) años “se tenga en cuenta su voluntad para un acto tan íntimamente trascendente. Fuera de este supuesto, o cuando se trate de ausentes, su consentimiento será suplido por el de otros parientes ‘mayores’ (en el sentido apuntado) de la misma línea e idéntico grado, y en su defecto o cuando se encuentren incursos en la misma causa de incapacidad, ésta será suplida por los parientes de la línea o líneas siguientes...”

Aboga porque la línea colateral “deba extenderse hasta el cuarto grado civil, y seguir en toda su pureza el principio de proximidad en grado. Cuando no hubiere cónyuge viudo, ni parientes consanguíneos, estarán autorizados los parientes afines, si bien este parentesco surtirá efecto en el primer grado de la línea directa (descendiente o ascendente), y en su efecto, en el segundo grado de la colateral...”(108).

R. DIERKENS, afirma que la familia no podrá disponer del cadáver de un pariente, cuando éste en vida se haya opuesto.

“En todo caso, la oposición de uno solo de los miembros de la familia, es capaz de enervar el acto dispositivo, tomado por ésta...”(109).

Para *RICO LARA*, pueden hacer donaciones anatómicas “cualquiera de las siguientes personas, por orden de prelación: esposo o esposa; hijo o hija, padre o madre, hermano o hermana adultos, el guardián de la persona del fallecido en el momento de su muerte, y cualquiera otra persona autorizada o con obligación de disponer del cuerpo”(110).

Por su parte *GOMEZ-REINO Y PEDREIRA*, es partidario de otorgar la facultad dispositiva a “quien hubiere sido instituido heredero por el sujeto o causante... sea o no pariente”. “Una facultad de disposición sobre el cadáver de otro ejercida por particulares parece debe nacer, descansar o legitimarse muy principalmente en la existencia de un íntimo

(108) *ABELLAN, José*. “La disposición ‘post mortem’ del cuerpo humano”, en “Revista de Derecho Judicial”, Madrid, Año IX, julio-septiembre de 1968, No. 35, págs. 46 y 48.

(109) Citado por *RICO LARA, Manuel* en Op. cit., pág. 75.

(110) *RICO LARA, Manuel*. Op. cit., pág. 74.

afecto, real y subsistente, que puede no darse entre esposos o parientes por cercanos que sean, constituiría un verdadero despropósito legal atribuir la facultad de disponer o consentir sobre el destino del cadáver, existiendo heredero testamentario, o cónyuge o parientes, olvidados o excluidos de su sucesión por el propio causante". Lo anterior quedaría "sin solución en los casos de muerte intestada... a falta de voluntad 'post mortem', puede ser la que establece en su segunda condición la Comisión Jurídica del 'Symposium' de Madrid, según la cual, en tales supuestos el consentimiento podrá prestarse por el 'cónyuge, ascendientes o descendientes mayores de edad'. Pero esta solución presenta en la práctica inevitablemente la grave dificultad que significa el corriente hecho de una pluralidad de personas con facultad de consentir, pues aún admitiendo un orden de preferencia absoluta en favor del cónyuge y de la proximidad de grado entre ascendientes y descendientes, que no se incluye expresamente en la conclusión del 'Symposium', siempre cabría que concurrieren los dos padres, o varios abuelos, hijos o nietos, con subsiguiente necesaria resolución respecto a si el consentimiento ha de ser conjunto o por separado, si conforme por unanimidad o basta la mayoría, si ésta se computa como absoluta, es decir, teniendo en cuenta el total mínimo de los que pueden prestarlo o, en fin, los casos de empate"(111).

Así como se han estipulado condiciones o requisitos para la validez y eficacia del consentimiento emitido por el cedente, en la disposición de órganos "ante" o "post mortem", los cuales fueron brevemente reseñados en otro aparte de este trabajo, también se han previsto exigencias que tienen que ver con las condiciones físicas y síquicas en que han de encontrarse los deudos al momento de autorizar la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de su pariente fallecido.

Tal como lo hicimos con el cedente o donante, clasificaremos los requisitos que han de cumplir los deudos, en presupuestos 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 manifestar su facultad dispositiva.

(111) GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio. Op. cit., págs. 72 y s.

14.2 Condiciones personales:

- a). Que "los deudos responsables de la donación sean mayores de edad" (ordinal a. del artículo 22, Decreto 0003 de 1982).
- b). Que "los deudos responsables de la donación no estén privados de la libertad" (ordinal c. del artículo 22, Decreto 0003 de 1982).
- c). Que "los deudos responsables de la donación no presenten trastornos mentales" (ordinal d. del artículo 22, Decreto 0003 de 1982).

En otros términos, "que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente" (ordinal b. del artículo 22, Decreto 0003 de 1982).

14.3 Condiciones materiales.

El Decreto 2642 de 1980 (artículo 28, inciso 2o.), estatuye que:

"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".

Es decir, a través de "documento público o documento privado autenticado o suscrito ante dos testigos hábiles..."(112).

14.4 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.

(112) La autorización dada por los familiares, según KUMMEROW, ha de constar "por escrito". (Proyecto de Ley...", cit., pág. 190). En los Estados Unidos de Norteamérica, "the uniform anatomical gift act", prevé la posibilidad de que la autorización por parte de los deudos sea dada "telegraphic, recorded telephonic, or orther recorded message" (No. 4e.). DUKEMINIER, Jesse. Op. cit., pág. 831.

El artículo 23 del Decreto 0003 de 1982, dispone que:

“Cuando quiera 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”.

15. AUTORIZACION OTORGADA POR TERCEROS (NO DEUDOS)

En Colombia, fuera de la disposición que de sus órganos o de su cadáver pueda hacer el donante o cedente, como también sus deudos, es posible que existan otras personas con facultad autorizativa sobre dichos órganos o componentes anatómicos? No. En nuestro país. **SOLAMENTE** pueden ser donantes o cedentes 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 extracción de aquéllos, con fines de trasplante o terapéuticos (artículos 4o. y 9o. de los Decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982, respectivamente).

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 **“PREVALECERA SOBRE EL PARECER CONTRARIO DE SUS DEUDOS Y DE CUALQUIER OTRA PERSONA”**.

b) Si el interesado **NADA** hubiere expresado en vida, **SOLAMENTE SUS DEUDOS**, **“PODRAN AUTORIZAR LA EXTRACCION DE SUS ORGANOS, COMPONENTES ANATOMICOS O LIQUIDOS ORGANICOS, EN FORMA TOTAL O PARCIAL U Oponerse a ella”**.

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 AUTORIZACION DE LA FAMILIA**, si el Médico-Jefe de Servicio juzga que así lo amerita un interés científico o terapéutico.

En **PORTUGAL**, según Orden No. 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 (4) horas siguientes a su muerte sus órganos podrán ser removidos con destino a trasplantes.

En **CHECOSLOVAQUIA** (Ministry of Health Instruction No. 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 escrito.

En **ESPAÑA**, se considera como donante potencial a toda persona fallecida, que no haya expresado en vida su oposición a que se le extirpen sus órganos después de su muerte (Nueva Ley Española de Trasplantes de Organos 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 artículo 5o., 2. se dispone que 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 fallecimiento.

En **CHILE**, según la Ley No. 15262 de 6 de septiembre de 1963 (D.O. No. 25653, de 30 de septiembre de 1963), permite la extracción de órganos (tejidos oculares, trozos de huesos, cartílagos, arterias o cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para realizar injertos), aunque fuera de cadáveres, sin consentimiento previo del fallecido ni en su caso permiso de los familiares, para trasplantarlos a otras personas(113).

Nuestro ordenamiento jurídico, descarta la denominada “tesis de la nacionalización del cadáver”(114), lo mismo que su declaratoria como bienes de uti-

(113) **RIVACOBA Y RIVACOBA**, Manuel. Op. cit., pág. 41.

(114) 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.

alidad 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 propugna el retiro de todos los órganos utilizables del cuerpo sin vida de una persona(115).

Algunos autores sin arribar a este extremo, propugnan por 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 (116).

Existen estatutos que consideran la posibilidad de que sea el médico forense quien, ante la ausencia de consentimiento por parte de los parientes del fallecido o de su oposición, permita la extracción de órganos de cadáveres, con destino a trasplantes.

En *HAWAI*, en el año de 1967, se estipuló que el médico forense (Medical Examiner) al practicar necropsias, podría, retener tejidos útiles para trasplantes.

(115) *ROYO-VILLANOVA Y MORALES, Ricardo*, al afirmar en carácter SOCIAL de las futuras cesiones de órganos, anota: "Pues tal vez llegue un día en que los súbditos de un Estado, no ya libremente, sino con obligatoriedad, 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". ("Injertos y trasplantes del cadáver", Madrid, Ed. Paz Montalvo, 1959, citado por *RICO LARA, Manuel*. Op. cit., pág. 77).

"The ethical basis for this solution to the problem of organ supply is that saving human life is paramount to all other policies and that no one has the right to deny another the chance to live" (*DUKEMINIER, Jesse*. Op. cit., pág. 831).

(116) *DUKEMINIER, Jesse*, considera que un estatuto en estas condiciones, se encontraría por lo menos con cuatro (4) problemas mayores:

"First. What organs may be routinely removed? The legislative draftsman might conclude that only those organs with a high degree of transplantation success could be removed—at the present time conreas and kidneys...

The second problem to be solved in drafting an organ removal statute is the determination of which persons are to be authorized to remove organs routinely. This problem is probably best solved by administrative regulations that enumerate the capabilities and qualifications that are

En el Estado de *VIRGINIA* (USA), en el año de 1968, se consagró que los médicos forenses al practicar necropsias, podrían extraer órganos para trasplantes si "there is insufficient time to contact the next of kin... and no known objection by the next of kin is foreseen..." (Code. Ann. No. 19.1-46.1 (1968)).

GOMEZ-REINO Y 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"(117). Sin que lo anterior se entienda como expropiación del cadáver.

Contrariamente *REYES MONTERREAL*, considera "INOPERANTE el simple acreditamiento de la NO OPOSICION por parte del sujeto", cuando se trate de consentir la extracción de órganos para trasplantes (118).

required of the medical staff, and the supporting equipment and facilities that must be available, before organs may be removed routinely...

The third which must be faced in drafting an appropriate statute is whether any bodies should be excluded from routine removal of organs. Section 3 of the British Renal Transplantation Bill provided an exclusion for any person who, at the time of his death, was

- a) mentally insane, or
- b) mentally handicapped, or
- c) below the age of 18, or
- d) 65 years old or more than that age, or
- e) deprived of his liberty by the conviction and judgment of a court, or
- f) a permanent resident of a hostel, home or institution for the aged, the disabled, or the handicapped...

The fourth drafting problem concerns the method of registering objections so that organs cannot be removed at death. There are various possible methods: a card could be carried by the person, a statement could be made to the hospital upon entering, a statement could be made to the physician, or a central computer registry could be established..." Op. cit. págs. 839 y ss.

(117) *GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio*. Op. cit., pág. 74.

(118) *REYES MONTERREAL, José María*. Op. cit., pág. 408.

"El consentimiento del sujeto y de sus deudos se presume —se dijo en la Moción final del XVI Curso de Estudios del Centro Internacional de Magistrados 'Luigi Severini', celebrado en Perugia-Italia, del 3 al 13 de septiembre de 1969—. Sin embargo, no se podrá proceder a extirpaciones mientras el sujeto esté con vida o si sus deudos se han opuesto a ello mediante declaración escrita"(119).

QUINTA PARTE

EL RECEPTOR

16. INTRODUCCION

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 receptor(120) ha de intervenir en "los procedimientos de trasplantes 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 todos los riesgos que conlleva el procedimiento de trasplante(121), y la activa, estrechamente vinculada con la anterior, que denominaremos necesidad del consentimiento.

(119) GOMEZ—REINO Y PEDREIRA, Antonio. Op. cit., pág. 79.

(120) "Denominase receptor, a la persona en cuyo cuerpo se implantan componentes anatómicos procedentes de otro organismo" (Art. 5o. Decreto 2642 de 1980).

(121) Cfr. Numeral 6. Información al respecto.

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.

Al respecto, el artículo 18, ordinal i) del Decreto 2642, tiene consagrado:

"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"(122).

Mientras el legislador empleó varios artículos y decretos en reglamentar con alguna minuciosidad los aspectos relevantes que tienen que ver con el cedente o donante de componentes anatómicos, sólo utilizó un ordinal, para referirse al receptor. De esta "economía legislativa", sólo 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 al desenvolvimiento doctrinario y legislativo del fenómeno médico-terapéutico que hemos venido estudiando en estas notas.

Según el ordinal aludido y transcrito más arriba, los receptores de componentes anatómicos pueden ser de tres (3) clases:

(122) Con anterioridad, algunos proyectos de ley, hicieron mención a esta exigencia. Arts. 4o. y 3o. de los Proyectos Nos. 128 de 1973 y 32 de 1975, respectivamente: "...y no podrán actuar (los médicos responsables de la intervención) sin el previo consentimiento de estos (donante y receptor) expresado por escrito". ("Los menores de edad e incapaces) sólo pueden actuar como beneficiarios, previa autorización de sus padres o representantes legales, por escrito" (Artículos 6o. y 5o. de los Proyectos de Ley Nos. 128 de 1973 y 32 de 1975, respectivamente).

Primera. *PERSONA MAYOR DE EDAD*. Cuando el 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? No lo creemos, 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.

Segunda. *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 éstos, no supiesen o no pudiesen escribir? ¿Si el menor de edad tiene cónyuge, no podrá éste(a), corroborar ese consentimiento expresado por aquél? 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.

Tercera. *PERSONA QUE SE HAYA IMPOSIBILITADA FISICA O PSIQUICAMENTE 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 psíquicamente. Si el receptor fuere un incapaz físico (imposibilitado físicamente, verbi gratia, mancos, mudos que no saben escribir), o psíquico (verbi gratia, enfermos mentales, inconscientes por embriaguez, anestesia, narcóticos, estupefacientes, hipnosis), el consentimiento podrá ser otorgado por el cónyuge, o pariente 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 como habrán de solucionarse las controversias que se presenten cuando existan oposiciones entre éstos. Creemos que es posible recurrir a una norma posterior, al artículo 29 del Decreto 0003 de 1982, que fuera referenciado en el numeral 14.1 de las presentes notas.

¿Qué sucede cuando el receptor se encuentra en imposibilidad física o psíquica 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 o allegados", cuando "la urgencia del caso exija una intervención inmediata"(123), 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 otras legislaciones, se permite a personas extrañas al círculo familiar, consentir a nombre del receptor.

En *VENEZUELA*, el artículo 4o. de la ley de 10 de agosto de 1972, reza:

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

En el *PERU*, el Decreto Supremo No. 9871-SA, en su artículo 4o. estipula:

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

El artículo 15, ibídem, dice: "El consentimiento del receptor... debe constar en documento que haga indudable la manifestación de voluntad del disponente 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".

18. POST SCRIPTUM

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

(123) El artículo 14 de la Ley 23 de 1981 (posterior al Decreto 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". (D. O. 35711).

Sin desconocer la importancia de muchos temas que quedaron sin analizar, consideramos 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, que seguramente, serán próximamente desarrollados y que por problemas de espacio se quedaron en el tintero.

El Decreto 2642 de 1980, en su capítulo VI, regula la forma como se integrarán y las funciones más importantes de las "juntas médicas", que en lo sucesivo funcionarán "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 VIII capítulo, prevé las sanciones al incumplimiento o violación de las disposiciones del citado Decreto. Sanciones que irán desde la amonestación escrita hasta la cancelación de la licencia para realizar prácticas de trasplante, 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 Organos, Componentes Anatómicos y Líquidos Orgánicos", los mismos que se hayan 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).

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).

El artículo 34, considera como técnica corriente las siguientes prácticas médico-quirúrgicas:

- a) Ablación de corazón, vasos y estructuras vulvulares;
- b) Ablación de pulmón;
- c) Ablación de hígado;
- d) Ablación de páncreas;
- e) Ablación de intestino;
- f) Ablación de riñón y uréter;
- g) Ablación de elementos del sistema osteocartilaginoso;
- 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;
- 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".

BIBLIOGRAFIA

1. ABELLAN, José. "La disposición 'post mortem' del cuerpo". *"Revista de Derecho Judicial"*. Madrid, año IX, Nro. 35, julio-septiembre, 1968.
2. "ANALES DEL CONGRESO". Nros. 77(1973), 58(1974), 37(1975), 30(1979), 78(1978) y 87(1979).
3. BORREL MACIA, 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.
4. BORRERO, Jaime; ARANGO, David; ARANGO, Jorge; BUSTAMANTE, Ernesto; GIRALDO, César y PELAEZ, Gustavo. "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 "Así", Medellín.
5. CAMAÑO ROSA, Antonio. "Trasplantes de órganos frente al Derecho Penal". *"Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración"*. Montevideo, tomo 68, No. 1, septiembre, 1969.
6. CURRAN, William J. "A problem of consent: Kidney transplantation in minors". *New York University Law Review*. Vol. 34, may., 1959.
7. CHAVES, Antonio. "Direitos a vida, ao próprio corpo e as partes do mesmo (trasplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para 'mundança de sexo'. Direitos ao cadáver e as partes do mesmo". *"Revista da Faculdade de Direito"* (Universidade de Sao Paulo), Sao Paulo, Volume LXXII, fasc. 1o. 1977.
8. DE LA FUENTE, Chao. "Problemas que plantean los trasplantes de órganos". *"Noticias Médicas"*. Madrid, 15 de marzo de 1969.
9. DELGADO BACHMANN, César. "Aspectos jurídicos del trasplante de órganos". *"Revista del Foro"*. (Colegio de abogados de Lima), Lima, Perú, año LVIII, Nros. 1, 2 y 3, enero-diciembre de 1971.
10. DE SOLA, René. ¿"Es un crimen el trasplante de corazones"? *"Revista del Ministerio de Justicia"*. Madrid, año XXV, Nos. 95-96, enero-junio de 1977.
11. "DICTAMEN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA A LA SECRETARIA DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA DE MEXICO", en Biblioteca de la Revista "Criminalia", México, año XXXV, Nro. 2, febrero 28 de 1969.
12. GARCIA CANTERO, Gabriel. "Los trasplantes de órganos ante el Derecho Civil". *"Anuario de Derecho Civil"*. Madrid, julio-septiembre de 1968.
13. DE SEMO' "Instituzione di Diritto Privato". 1946.
14. DIARIO OFICIAL. Nros. 35308(1979), 35631(1980), 35729(1981) y 35936 (1981).
15. DIEZ DIAZ, Joaquín. "El Derecho a la disposición del cuerpo". *"Revista General de Legislación y Jurisprudencia"*. Madrid, año CXVI, Vol. LIV, No. 4, abril de 1971.
16. DUKEMINIER, Jesse. "Supplying Organs for Transplantation". *"Michigan Law Review"*. Vol. 68, No. 5, abril de 1970.
17. ENGISCH, K. "Sobre problemas jurídicos en casos de trasplante homólogo de órganos". *"Revista de Derecho y Ciencias Sociales"*. (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Colegio de Abogados de Concepción). Concepción, Argentina, año XXXVI-VII, Nos. 146-147, octubre-diciembre, 1968, enero-marzo, 1969.
18. 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, Nro. 23, 1972.
19. GAFO, Javier. "Problemática social y ética de los trasplantes de órganos". *"Razón y Fe"*. (Revista Hispanoamericana de Cultura). Madrid, Tomo 203, Nro. 996, marzo, 1981.
20. GOMEZ-REINO Y PEDREIRA, Antonio. "Aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos". *"Revista de Derecho Judicial"*. Madrid, Año XII, Nro. 48, octubre-diciembre de 1971.
21. HERRERA, Lucio Eduardo. "Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos". *"Revista de Derecho Penal y Criminología"* (Universidad Externado de Colombia), Bogotá, No. 19, 1983.
22. 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.
- . "Un proyecto de ley sobre trasplantes en seres humanos". *"Boletín Mexicano de Derecho Comparado"*. (Universidad Autónoma de México). México, año IV, Nros. 10-11, enero-agosto, 1971.

23. *LEGISLACION PERUANA SOBRE INJERTOS O TRASPLANTES DE ORGANOS, TEJIDOS Y PARTES DEL ORGANISMO*. "Derecho Colombiano". Bogotá, año 10, Tomo XXV, Nro. 121, enero de 1972.
24. LEI Nro. 5.479, de 10 de agosto de 1968 (Dispoe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgaos e partes de cadáver para finalidade terapéutica e científica, e dá outras providencias), "Justitia" (Orgao do Ministério Público de Sao Paulo), Sao Paulo, Brasil, año XXX, vol. 62, 1968.
25. *MARTINEZ, Manlio Francisco*. "Los trasplantes de órganos ante el Derecho Positivo Argentino". "Derecho Colombiano". Bogotá, Tomo XXI, Nro. 101, mayo de 1970.
26. *LUNA BISBAL, Mauricio*. "Trasplantes". Bogotá. Ed. Temis, 1974.
27. *NORIEGA, Alfonso*. "Trasplante de órganos". Biblioteca de la Revista "Criminalia". México, año XXXV, Nro. 2, febrero 28 de 1969.
28. *NOVOA MONREAL, Eduardo*. "Los problemas jurídico-sociales del trasplante del corazón". "Revista Jurídica Veracruzana". (Organo del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz). Tomo XXIII, Nro. 1, enero-febrero-marzo de 1972.
29. *PALACIOS MACEDO, Xavier*. "Los trasplantes de corazón y algunos aspectos médicos y legales en México", Biblioteca de la Revista "Criminalia". México, año XXXV, Nro. 2, febrero 28 de 1969.
30. *REYES MONTERREAL, José María*. "Problemática jurídica de los trasplantes de órganos". "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Madrid, año CXVIII, vol. LVIII, Nro. 3, marzo de 1969.
31. *RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel*. "Los trasplantes de órganos humanos ante el Derecho Penal". "Revista Mexicana de Derecho Penal". (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal). México, Nro. 20, abril-junio, 1970.
32. *RICO LARA, Manuel*. "Trasplante de órganos en cuerpo humano". "Revista de Derecho Judicial". Madrid, año XI, Nro. 41, enero-marzo, 1970.
33. *RODRIGUEZ DEVESA, José María*. "Derecho Penal Español - Parte Especial". Madrid, 1980.
34. *RUIZ VADILLO*. "El trasplante de órganos y el ordenamiento jurídico español". "Boletín de Información". Madrid, Nro. 777, 25 de julio de 1968.

35. *SAVAJIER, Jean*. "El problema de los trasplantes de órganos de un cadáver". "Revista de la Facultad de Derecho". (universidad del Zulia), Maracaibo, año X, Nro. 28, enero-abril, 1970.
36. *SOLORZANO y R. Luz de Lourdes*. "Manifestaciones siquiátricas en trasplante renal". "Boletín Médico del Hospital Infantil". México, febrero de 1970.
37. *STASON, E. Blythe*. "The role of law in medical progress". "Law and Contemporary Problems". 1967.
38. *STICKEL, Delford L.* "Organ transplantation in medical and legal perspectives". "Law and Contemporary Problems". 1967.
39. "TRASPLANTES RENALES" (Grupo de Trasplantes Renales Hospital Universitario San Vicente de Paúl. Facultad de Medicina, Universidad de Antioquia), Medellín, Ed. Bedout, 1977.
40. *VIDAL, Humberto S.* "Los trasplantes de corazón y el momento de la muerte frente al Derecho Penal". "Cuadernos de los Institutos". Córdoba, Argentina, Nro. 107, 1970.
41. *VIDAL PERDOMO, Jaime*. "Derecho Administrativo". 4 ed. Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 1975.