

¿MERCADO DE ÓRGANOS?: ASPECTO LEGAL Y BIOÉTICO DE LOS TRANSPLANTES DE ÓRGANOS

Clara Mosquera Vásquez

Profesora de las Facultades de
Derecho de la UNMSM y Alas Peruanas

SUMARIO:

1.- Introducción	175
2.- Donación vs. Ablación	177
3.- El Principio de Autonomía en la Cesión de Órganos	179
4.- Cesión de óvulos y semen	182

1. Introducción

El mundo ha recibido asombrado la noticia del implante del primer corazón artificial totalmente automático, lo que a todas luces constituye un gran avance para la medicina y una esperanza para las miles de personas que requieren de un trasplante para prolongar su vida. Contra todo pronóstico, hasta el momento de escribirse este artículo, el receptor del primer corazón artificial automático, cuyo nombre continúa en reserva, seguía con vida, habiendo mejorado notablemente su estado de salud.

Sin embargo, el tema del trasplante de órganos no es reciente, pues desde comienzos del siglo XX se comienza a experimentar en transplantes de órganos. Los primeros transplantes que se hicieron en el mundo fueron los de córnea en 1905, pero recién en 1940 se aceptan como operaciones de rutina. Los injertos de piel se empiezan a realizar a finales de los años 20 mientras que el primer trasplante de riñón se efectuó en Boston en 1951, en tanto los trasplantes de páncreas datan de 1966 y desde 1967 el primer trasplante de corazón. Los primeros trasplantes de órganos no tuvieron éxito en un inicio pues los organismos receptores rechazaban los órganos transplantados debido a factores genéticos. Al solucionarse este problema los trasplantes de órganos se difundieron, y hoy en día es posible realizar trasplantes de corazones, riñones, córneas, ovarios, médula ósea, entre otros órganos, y tejidos. Incluso actualmente se realizan trasplantes de córneas obtenidas mediante la clonación de células madre de los propios órganos de los pacientes.

Nuestro país no ha sido ajeno al desarrollo médico en este campo, así, el primer transplante de riñón se realizó en 1969, de corazón en 1972 y de córnea en 1978. En 1994 se realizó el primer transplante de médula ósea y en el 2000 se realizó el primer transplante de hígado. A setiembre del año 2000 en el país se habían realizado 1361 transplantes de riñón, 23 de corazón, 704 de córnea, 127 de médula ósea y 4 de hígado¹. Todo este proceso se ha visto reflejado en el ámbito legal, así, los transplantes de órganos son regulados por el Código Civil y por la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, del 20 de julio de 1997 y por la Ley 27282 - Ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos del 8 de junio del 2000.

Cabe resaltar que el artículo 8º de la Ley 26842 - Ley General de Salud reconoce a toda persona el derecho de recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos, de cadáveres o animales para conservar su vida o recuperar su salud; asimismo, aquella puede disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos con fines de transplante, injerto o transfusión, siempre que ello no ocasione grave perjuicio a su salud o comprometa su vida.

Pero, antes de pasar al ámbito legal, es necesario distinguir las clases de transplantes que existen; así, dependiendo de las calidades del cedente y receptor podemos distinguir²:

- Transplante autoplástico: llamado también autotrasplante o autoinjerto, se trata de transplantes dentro del mismo cuerpo o traslado de tejidos de un lugar a otro dentro del mismo organismo. En este caso el mismo organismo es cedente y receptor, por ejemplo, cuando se injertan células suprarrenales en el propio cerebro del paciente para enfrentar el Parkinson;
- Heteroplástico aloplástico: se da cuando el donante es un animal y el receptor una persona, por ejemplo, cuando se usan válvulas biológicas de cerdo en las operaciones de corazón. Un caso muy sonado fue el acontecido en 1984, cuando una niña llamada Fae, quien nació con el corazón atrofiado, recibió el corazón de un mandril, pero su débil organismo rechazó el transplante y la niña murió al poco tiempo;

¹ El Comercio, Lima, 28 de Setiembre del 2000, pág. B13.

² BLAZQUEZ, Niceto; *Bioética. La nueva ciencia de la vida*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2000, pág. 316.

- Homoplástico de vivo a vivo: es el transplante de tejidos y órganos de un organismo humano vivo a otro organismo humano vivo. Este es el caso de las transfusiones de sangre;
- Homoplástico de muerto a vivo: es el transplante de tejidos y órganos de un cadáver a un organismo humano vivo; aquí de lo que se trata es de usar el cadáver humano como material de repuesto biológico.

Algunos autores hacen otra clasificación dependiendo del abastecedor de órganos (que necesariamente tiene que ser una persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales) y de las características del abastecimiento de órganos algunos autores distinguen 8 casos de transplantes de órganos³:

1. El del abastecedor generoso
2. El del abastecedor mercantil
3. El del abastecedor obligado no indemnizado
4. El del abastecedor obligado indemnizado
5. El del difunto generoso con la sociedad
6. El del difunto generoso con sus herederos
7. El del difunto socializado sin indemnización (para sus herederos)
8. El del difunto socializado con indemnización (para sus herederos)

2. Donación vs. Ablación

En nuestra legislación, hasta antes de 1984 el tema de los transplantes de órganos no era regulado; es recién a partir de la promulgación del Código Civil de 1984 que el legislador aborda tan delicada cuestión en los artículos 6º a 10º, denominándola “donación de órganos”.

Se debe precisar que el antecedente del artículo 6º del Código Civil, referido a los actos de disposición del propio cuerpo, está en el artículo 5º del Código Civil Italiano, el que tiene como antecedente histórico un caso acontecido en Nápoles en 1930, cuando Vittorio La Pegna, un brasileño de edad madura, se sometió a un injerto Woronoff (transplante de testículo), ofreciéndose como cedente, a cambio de diez mil liras, el joven italiano Paolo Salvatori. La

³ GARZÓN VALDES, Ernesto; Algunas consideraciones éticas sobre el transplante de órganos, en: VÁSQUEZ, Rodolfo (compilador); **Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales**, Fondo de Cultura Económica, 1º Edición, México D. F., 1999, pág. 216.

operación fue realizada en forma exitosa por el profesor Jannelli. Posteriormente, el procurador del Rey promovió acción penal contra los médicos tratantes y La Pegna por delito de lesión voluntaria en agravio de Salvatori. En 1931 el Tribunal de Nápoles absolió a los imputados al considerar que el hecho denunciado no era delito pues la lesión causada era levísima y no se había comprobado la presencia de dolo en los mismos. La Corte de Apelación de Nápoles, haciendo consideraciones sobre el testículo sobreviviente, reconoció el derecho de Salvatori el derecho a disponer de su propio cuerpo, teniendo en cuenta además que la extracción efectuada no había ocasionado ninguna disminución grave. Finalmente la Corte de Casación consideró que no era relevante que el hecho que el cedente haya recibido una retribución económica, y que además que la ablación no había limitado el vigor del cuerpo ni la función sexual ni generativa del cedente y que por el contrario había reforzado la función genérica y el organismo del receptor⁴.

Si bien la regulación del Código Civil es acertada, no opinamos lo mismo de la denominación que se le da, pues la palabra “donación” implica la realización de un contrato por el cual se transfiere a título gratuito la propiedad de un bien, el cual es valorizable en dinero, es decir, que está dentro de la órbita del comercio, pudiéndose por tanto contratar sobre él. Esta mala denominación también es tomada por dos leyes posteriores que regulan lo concerniente a los transplantes de órganos: la Ley 26842 -Ley General de Salud, y la Ley 27282- Ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos.

Somos de la idea que cuando nos referimos al cuerpo humano no podemos atribuirle un sentido patrimonial pues el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y por tanto no es valorizable en dinero, así por ejemplo, no podemos hablar del precio de un corazón humano, ni de una córnea humana, por más que actualmente se puedan encontrar anuncios en los diarios en el que se ofrecen riñones⁵.

Dar un valor económico al cuerpo humano es desnaturalizar la propia esencia humana, sería denigrar al ser humano, pues, de ser un fin en sí mismo, pasaría a ser un medio para lograr otros fines, en este caso, para obtener beneficios económicos a cambio del comercio de órganos. El ser humano no tiene

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan; “Ensayos sobre Teoría General del Derecho y los Derechos de las Personas”, Editorial Huallaga, Lima, Octubre de 1996, pág. 109

⁵ Diario El Comercio, Lima 29 de Abril del 2001, pág. G27

ningún derecho de propiedad sobre su cuerpo, el derecho de propiedad sólo se ejerce sobre las cosas que están en la tierra y que sirven al hombre para su hacer más fácil su existencia, atribuirle la calidad de propiedad a una persona equivale a tratarla como una cosa. No obstante, a pesar de ello actualmente se puedan encontrar anuncios en algunos diarios en el que se ofrecen en venta riñones.

En este sentido, nuestros legisladores en el Proyecto de Modificación del Código Civil, han creído conveniente, cuando se regule lo referente al trasplante de órganos, hablar ya no de donación sino de disposición gratuita de partes del cuerpo y de ablación, pues ambos términos no implican ningún sentido patrimonial al tema.

3. El Principio de Autonomía en la Cesión de Órganos:

Otro aspecto que hay que destacar es que toda cesión de órganos y/o tejidos debe ser libre, en este sentido tanto la Ley 26842 - Ley General de Salud en su artículo 8º, como la Ley 27282 - Ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos en su artículo 3º inciso 1), señalan como requisitos para la cesión de órganos, el consentimiento expreso del dador de órganos.

Esta exigencia concuerda con el principio bioético de autonomía que exige que todo ser humano dé su consentimiento previo a cualquier tratamiento médico o experimento que se realice en su organismo. Este consentimiento debe cumplir con 2 requisitos: ser libre y bien informado, pues de lo contrario sería un simulacro. La información debe referirse a la naturaleza del acto, sus consecuencias y riesgos, y debe comunicarse en un lenguaje accesible y comprensible para el sujeto. El consentimiento además debe ser libre, sin coacción ni fraude.

El principio de la libertad en la cesión de órganos fue puesto a prueba y mantenido por la Allegheny Common Pleas Court en un caso muy comentado. Robert McFall, de 39 años, tenía sólo un 25% de probabilidades de vivir si no se sometía a un trasplante de médula ósea, el tratamiento con drogas era posible pero no recomendable, y de someterse al trasplante sus probabilidades de sobrevivencia aumentarían al 60%. Ninguno de los parientes, ni voluntarios eran compatibles, por lo que McFall demandó a su primo David Shimp para obligarlo a cederle médula ósea si las pruebas arrojaban que era compatible biológicamente.

La primera prueba indicaba que los primos eran compatibles pero Shimp se negó a someterse a más pruebas. Se argumentó que la médula ósea se regenera y que Shimp no sufriría ningún detrimiento en su salud, pero la toma de la médula del hueso de la pelvis implicaba entre 100 a 150 pinchazos para extraer la médula necesaria, así que para evitar el dolor se aseguró que se sometería a Shimp a anestesia general, pero este se negó con la esperanza que su primo supere su dolencia con otro método. El juez de la causa, Jhon P. Flaherty apoyó el rechazo de Shimp aduciendo que la extracción de un tejido orgánico a la fuerza anularía la honestidad del individuo⁶.

Si bien lo que busca la legislación es la protección del cuerpo de la persona, ésta también es libre de disponer de las partes de su cuerpo que al ser separadas no ocasionen una disminución permanente de su integridad física, es decir, puede ceder las partes, sustancias o tejidos que se regeneran sólo en la medida que no perjudiquen gravemente su salud o pongan en peligro su vida (Art. 6º del Código Civil). Un claro ejemplo de esto es el caso de la cesión de sangre, cuya frecuencia, según el art. 8º de la Ley 27282 - Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos, varía según el sexo, siendo en el caso de los varones de cuatro veces al año y en el de las mujeres tres veces al año, como máximo.

Para nuestra legislación también son válidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, siempre que exista un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios (art. 6º del CC). Un ejemplo clásico de una situación donde existe un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico es el caso de la amputación de un miembro que corre el riesgo de gangrenarse, aquí de lo que se trata es de salvar un bien superior que es la vida humana.

Así, cabe sacrificar una parte del cuerpo para salvar la vida de la persona, esto es conocido por los moralistas como el principio de totalidad, el cual fue formulado por el Papa Pío XII: “La parte existe para el todo, y que por consiguiente, el bien de la parte queda subordinado al bien del conjunto; que el todo es determinante para la parte y puede disponer de ésta en su beneficio”⁷. Para evitar excesos en la aplicación de este principio los moralistas católicos clásicos señalan dos limitaciones:

⁶ VARGA, Andrew C.; “Bioética. Principales problemas”, San Pablo, 4º Edición, Santafe de Bogotá, 1998, pág. 238.

⁷ DURAND, Guy; “La Bioética”, Editorial Desclée de Brouwer S.A., Bilbao, 1992, pág. 61.

- debe tratarse de un todo orgánico, siendo el todo la persona humana,
- debe existir un nexo de necesidad o al menos uno de utilidad real entre el acto mutilador y la salud esperada

Hay que dejar en claro que no es lícito extraer órganos sanos pues ello debilitaría la salud de la persona; pero apelando a que el hombre es un ser racional y social puede interpretarse el principio de totalidad de acuerdo al carácter humano del hombre, así mientras no exponga su vida o su salud puede ayudar a otros hombres brindando sus órganos o tejidos para salvar la vida de los beneficiarios, prolongar su existencia o mejorar su calidad de vida.

Así, una persona con plena conciencia, llevada por motivos humanitarios puede ceder parte de su cuerpo para salvar la vida ajena. Estos actos de disposición deben ser a título gratuito, es decir, deben estar desprovistos de generosidad, pues como señalamos líneas arriba, la naturaleza del ser humano impide que sus órganos, tejidos y sustancias tengan valor económico. Si bien existe un deber general de ayudar a nuestros semejantes, este tipo de actos están reservados para los adultos que no adolecen de incapacidad, los que a su vez tienen que estar informados del procedimiento y riesgos y además tienen que dar su consentimiento en forma expresa y escrita, conforme lo dispone el artículo 8º de la Ley 26842 - Ley General de Salud.

Por su parte, la Ley 27282 en su artículo 3º señala que la dación de órganos y tejidos está sujeta al consentimiento libre, informado y expreso del dador. En cuanto a los incapaces, sus representantes carecen de facultad para comprometer en vida los órganos y tejidos de sus representados, salvo los incapaces comprendidos en los artículos 43º inciso 1) y 44º inciso 1) del Código Civil, cuando mantengan con el receptor vínculos de parentesco consanguíneo en línea recta o colateral hasta el segundo grado.

Esta misma ley en su artículo 11º señala como requisitos para ser cedente de órganos y tejidos:

- Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años,
- Otorgar su consentimiento en forma expresa, libre e informada.

En el caso de la cesión de sangre y componentes sanguíneos, el artículo 7º señala como requisitos:

- Ser mayor de 18 años y menor de cincuenta y cinco. Los mayores de cincuenta y cinco pueden dar sangre previa autorización expresa del médico responsable del banco de sangre,
- Gozar de plenas facultades físicas y mentales,
- Otorgar el consentimiento en forma expresa, libre e informada,
- Cumplir con los exámenes establecidos.

Un comentario aparte merece el uso de órganos de fetos anencefálicos. La anencefalia es una anomalía congénita que ocasiona que la mayor parte del cerebro y el cráneo no se llegan a desarrollar durante la vida fetal, así, luego del nacimiento los bebés viven algunas horas o a lo mucho algunos días. Tan sólo en Estados Unidos, cada año nacen 2000 niños anencefálicos. Consideramos que al nacer esos niños merecen el mismo respeto que cualquier otro niño sano, y por lo mismo no deben ser usados como si se tratases de repuestos orgánicos, sino que por el contrario debe respetarse su corto período de vida al máximo.

4. Cesión de óvulos y semen

Se debe indicar también que la legislación referente al tema de los transplantes de órganos presenta un vacío: no trata lo referente a la cesión de óvulos o de semen para su uso en Técnicas de Reproducción Asistida. Una cesión de material reproductivo no implican la disminución de la integridad física, pues al igual que la sangre se trata de un elemento regenerable. El problema sobre todo es moral, aunque no deja de tener sus implicancias jurídicas cuando se habla del comercio de los mismos. Incluso algunos autores señalan que hay vida mucho antes de la formación del embrión o de la fecundación: hay vida en los gametos, hay vida en cada célula.

Creemos que es necesario que se regule el tema de la cesión de óvulos y semen pues a pesar que desde hace varios años se realizan en nuestro país las TERAS no es posible que tengamos un vacío legal en temas que atañen a la vida.

Pero el principal problema que afronta el tema del trasplante de órganos en nuestro país es la escasez de órganos debido principalmente a la falta de solidaridad. En el caso de la ablación de órganos provenientes de cadáveres, la Ley 26842 en su artículo 8º dispone que en ese caso se estará a lo estipulado en el DNI, pero lamentablemente la falta de solidaridad existente, los prejuicios y algunas veces motivos religiosos lleva a los deudos a enterrar a sus muertos sin permitir que se le extraigan órganos que pueden servir para salvar y prolongar

vidas, como a aquellas personas que casi a diario tienen que estar conectadas a una máquina para someterse a diálisis.

En el caso de las transfusiones de sangre salvo por algunos grupos religiosos, como los Testigos de Jehová que se niegan a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos, esta es una práctica muy difundida y aceptada en todo el mundo, pues la sangre se regenera y las transfusiones no generan peligro alguno.

No basta sólo entonces con promulgar leyes que regulen el tema de los transplantes de órganos, lo que necesitamos en nuestro país es la difusión de la problemática relacionada a este tema y fomentar entre la población la cesión de órganos y tejidos en vida y post mortem, pues no es justo que a pesar de existir en el Hospital Rebagliati 8 pacientes esperando un corazón, aún conservemos el espíritu egoísta que nos lleva a sepultar a nuestros difuntos con todos sus órganos.