

**TIIFICACION PENAL DE TODAS FORMAS DE COMPENSACION EN  
TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATOMICOS FRENTE AL LIBRE  
DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

VADY LUZ MENDOZA BUSTOS  
CÓDIGO 3000263  
TERCERA COHORTE

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA PROCESAL PENAL  
JUNIO 2012**

## RESUMEN

Este artículo comprende las normas jurídicas penales vigentes en Colombia, **según las cuales está prohibida la sustracción de órganos humanos y cadáveres** destinados a trasplantes, docencia de Medicina y demás ciencias de salud u otros. Igualmente se plantea la posibilidad del contrato oneroso para quien deseen hacerlo mediante una retribución económica que podría recibir sus familiares o representante legal designado, previo a su fallecimiento, con el fin de atender las necesidades de quienes padecen graves enfermedades y esperan un órgano, pues muchos de ellos mueren porque la donación es mínima y no se pueden sustraer por falta del consentimiento informado. Se podría justificar la compraventa de órganos, enfocado desde el libre desarrollo de la personalidad y la no afectación a derechos de terceros.

### Palabras clave

Derecho penal, Sanción por sustracción de órganos humanos o cadáveres.  
Propuesta: Contrato remunerado ante falta de donantes.

## ABSTRACT

This Article include the actually Colombia laws, wich are prohibited the substraction and sell the human organs or corpses in order to transplantation or Medicine Teach and other health science. In the same way establishes some of the principal criterion related with the economic contract for people whose want to do between payment along the family or legal representative before death, in order to satisfy from people needs those, because are serious sick and they are waiting for one organ so they could death, for the donation problem and also because organs can not take away without informed consent. It might justify permission the sale of organs, focused from the free development of personality and not affectation to rights of people or public health.

### Keywords

Criminal Law, sanction for substraction and sell the human organs or corpses.  
Proposal: Economic contract as solution donation problem.

## INTRODUCCION

Este artículo tiene como fundamento investigar el delito por sustracción de órganos humanos, así como la venta de éstos y cadáveres, al mismo tiempo que plantea ante la falta de donantes, la posibilidad del contrato oneroso con persona que desee vender sus órganos al momento de su fallecimiento, para ayudar económicamente a su familia, partiendo de que todo ser humano tiene autonomía y libertad para decidir y disponer de sus bienes corporales o materiales, derechos consignados en el artículo 16 de la nuestra Constitución de 1991, la cual determina el libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Cierto es que nadie puede sustraer ningún órgano humano o cadáver para ser utilizado en trasplantes o en docencia, u otros usos, porque ese actuar está tipificado como delito, pero una cosa es la sustracción, y otra muy distinta es la voluntad del ser humano de donarlos, o venderlos, previo consentimiento informado, o previo contrato celebrado con la persona o entidad encargada, contrato que se plantea como una propuesta y solución a la demanda de órganos que se requieren con urgencia para atender enfermos graves.

La necesidad del trasplante de órganos, como única alternativa para salvar la vida de personas, ha permitido que Colombia y otros países hayan legislado acerca del tema, pero no es suficiente, porque la donación voluntaria es baja, porque riñe con principios religiosos, creencias y falta de retribución económica, pues para nadie es un secreto, que la gente de países pobres requieren de una alternativa económica para sustentar, educar o dar vivienda a los suyos.

El desarrollo bio-tecnológico y científico ha permitido una posibilidad de vida a personas con graves enfermedades, todo lo cual depende de la existencia de órganos de personas fallecidas, siendo exiguo el volumen de donaciones, y de otro lado, tipificando un delito el tomarlos son el consentimiento previo.

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos está integrada por un preámbulo y treinta y tres artículos. El propio preámbulo expresa un modelo o patrón que sirva de inspiración a los pueblos y naciones para la defensa y promoción de los derechos humanos y libertades, a través de la enseñanza y de la educación. Ese ideal reposa en los valores de paz, libertad y justicia cuya vigencia depende necesariamente del reconocimiento de la dignidad y de la igualdad de los seres humanos. Reconoce el Estado de Derecho como el único marco de organización política de los países. Tampoco se descuida el bienestar de los

pueblos, pues se compromete a los estados a efectivizar el progreso social juntamente con la libertad. Se los insta a cooperar para que los derechos humanos se respeten universalmente.

Las Naciones Unidas, a través de sus diferentes dependencias y organismos especializados, han trabajado por el cumplimiento de las disposiciones de la Declaración. Se ha promovido la más amplia difusión del instrumento a nivel social y estatal en todo el mundo.

La defensa de los derechos humanos no se agota con su reconocimiento formal en tratados internacionales y constituciones. Toda persona debe contar con las herramientas necesarias para obtener el goce de sus derechos, cuando ellos han sido arrebatados, en todo o en parte, por la autoridad o por otro particular. Debe tratarse de caminos que le permitan acudir ante la justicia. Estos procedimientos se denominan garantías”.<sup>1</sup>

Tratándose de derechos humanos, tenemos que igual derecho tienen los enfermos a recibir un trasplante para recuperar su salud y garantizar su vida, como igual derecho tienen las personas para decidir acerca de la administración de sus bienes corporales o materiales, siempre que ello no afecte el derecho de otros, pero en el presente caso, tratándose de donar, o ceder éstos a título oneroso, no afecta los derechos de otros, por el contrario, garantiza el derecho de la supervivencia de los enfermos graves.

---

<sup>1</sup> <http://www.monografias.com/trabajos/dhumanos/dhumanos.shtml>

**CAPITULO I**  
**ANTECEDENTES.**  
**ABORDAJE DEL PROBLEMA Y DEFINICION**

**1.1 ANTECEDENTES**

El trasplante de órganos, tejidos y células, se presenta como invaluable oportunidad para aquellos padecimientos crónico-degenerativos cuya consecuencia es la insuficiencia de algún órgano, y representan en la mayoría de los casos, la única alternativa terapéutica que no sólo resuelve la falla orgánica o tisular, sino que conserva la vida del sujeto en condiciones cercanas al 100% de la normalidad.

La época científica del trasplante de órganos inició el siglo pasado, cuando las técnicas de sutura vascular descritas por los doctores Jaboulay, Murphy y Payr, fueron perfeccionadas por el Dr. Alexis Carrel en 1906, permitiendo intentar un trasplante renal en un perro, mediante la anastomosis vascular directa.

Durante la Segunda Guerra Mundial, Peter Medawar utilizando como modelo experimental los trasplantes de piel en ratones, descubrió que el rechazo observado en los injertos, tenía naturaleza inmunológica. Posteriormente Peter Gorer, describe los antígenos de histocompatibilidad también en el riñón, ubicándolos sus genes en el cromosoma

Otro de los momentos históricos de los trasplantes tiene lugar en 1954, cuando los doctores Murray, Merrill y Harrison, realizan el primer trasplante renal con éxito entre gemelos monozigóticos, en la ciudad de Boston, Massachussets, E.U.A. En 1958, Roy Calne demostró que la 6-mercaptopurina, prolongaba la supervivencia de los trasplantes en perros. Fue en este mismo año que se empleó por vez primera en humanos, para 1960 ya su empleo se había generalizado en diversos países.

El problema fundamental con el empleo de la 6-mercaptopurina era mantener los niveles sanguíneos. Los trabajos de Calne prosiguieron, encontrando que el imidazol derivado de la mercaptopurina, denominada azatioprina, era muy estable, permitiendo mantener su concentración sanguínea dentro de límites bien definidos. Asimismo, desde 1950 se sabía que los glucocorticoesteroides disminuían la reacción de rechazo de la piel trasplantada, pero fue hasta 1960 que el Dr. Goodwin, solucionó por primera vez un episodio de rechazo administrando

grandes cantidades de glucocorticoides. En 1963, el Dr. Starzl recomendó el empleo sistemático de azatioprina y glucocorticoides desde el momento del trasplante.

Actualmente la técnica médica del trasplante se lleva a cabo a nivel mundial, especialmente en los países desarrollados, por lo cual se ha legislado para evitar los abusos y tráfico de órganos, especialmente, ante la creciente demanda y poca donación.

## 1.2 ABORDAJE DEL PROBLEMA

**1.2.1 ¿En qué consiste la sustracción y el comercio de órganos?.** En el retiro doloso y premeditado que se hace de órganos humanos sin el consentimiento informado, o el retiro de cadáveres para prácticas docentes, satánicas, u otras. Generalmente es la obtención de un riñón, un hígado, unas córneas, etc, de un paciente rico, o un pariente de éste que atraviesa una enfermedad grave, que ve como única alternativa ofrecer dinero a alguien para acceder al órgano y su trasplante, para no someterse a la larga y arriesgada espera de un donante. Sustracción clandestina que se lleva a cabo en algunas clínicas, hospitales, morgues, funerarias, entre particulares, etc...

Por citar un ejemplo, en México se realizan más de 4,000 trasplantes legales al año; además, más de 8,000 personas están en lista de espera, de las que 15% mueren al no recibir un órgano, informa el Centro Nacional de Trasplantes (Cenatra) de México. Lo cual plantea un déficit de órganos humanos.

Con esta premisa, no es de extrañar que el precio de estos órganos en el mercado negro alcance precios desorbitados: 150,000 dólares por un hígado, 120,000 por un riñón, 60,000 por un corazón ó 45,000 por la córnea, entre otros.

Sobre el tema, la Universidad de Murcia, en España, advierte que "uno de los problemas más importantes **que promueven el tráfico de órganos es que la oferta legal no ha avanzado al mismo ritmo que la demanda**. Ningún país tiene los órganos suficientes para cubrir las necesidades de la población.

Se viene cuestionando el destino de los órganos de muchos prisioneros en cárceles y campos de concentración chinos. Las manifestaciones populares para pedir una mayor atención al problema coparon la portada de muchos noticieros internacionales. Respecto al tema, la organización Human Rights Watch de Asia informa que en China se extraen ilegalmente más de 3,000 órganos de prisioneros al año (más de ocho diarios).

**1.2.2 ¿Por qué se tipifica como delito la sustracción y comercio de órganos y cadáveres?.** Porque es un acto que atenta contra los derechos de las personas y su dignidad, además, porque nadie puede disponer de cosa ajena.

La Ley 919 de 2004 prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos como trasplante y se tipifica su delito como tráfico, indicando que la donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias, prohibiendo cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos, es decir que quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico, ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación.

Las instituciones que funcionen con la debida autorización como bancos de tejido y de médula ósea y las instituciones prestadoras de servicios de salud con programas de trasplantes habilitados, podrán únicamente cobrar los costos ocasionados por la hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad indispensables para la realización del trasplante, el valor del trasplante, gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento.

El tráfico, la compra, venta y comercialización, así como la sustracción de un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, se tipifica como delito y quien lo haga, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.<sup>2</sup>

**1.2.3 ¿Por qué el órgano debe donarse y cobrarse el trasplante? .** Dice el Consejo de Estado en Sentencia de Abril 8 de 2010, Sala Primera del Contencioso Administrativo, en algunos de sus apartes: “Por otra parte, la pretensión de concentrar en entidades sin ánimo de lucro la realización de las actividades de extracción, captación, preservación, almacenamiento, distribución y trasplante de órganos y tejidos humanos, resulta contraria a la normatividad invocada, pues pretender que los servicios asociados al trasplante de órganos y

---

<sup>2</sup> Realidad Colombiana - Magnoferrara . Donación de Órganos y Tejidos

tejidos humanos se preste únicamente por entidades sin ánimo de lucro y en forma gratuita y altruista, atenta también contra la iniciativa privada y la libertad de empresa. A juicio del actor, es preciso diferenciar además el sentido humanitario que tiene la donación de órganos y tejidos propiamente dicha, de los procedimientos técnico-científicos empleados para la conservación y manejo de tales componentes anatómicos, los cuales de por sí tienen unos costos elevados, dada la necesidad de contar con manejos técnicos exigentes y equipos altamente especializados.

Si bien por razones humanitarias el tráfico lucrativo de órganos se encuentra prohibido, ello no quiere decir que los medios empleados para la conservación y manejo de los componentes anatómicos y la ejecución de las labores asociadas al trasplante tengan que ser necesariamente gratuitos...

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 919 de 2004, la hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad indispensables para la realización del trasplante, el valor del trasplante, gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento.”

**1.2.4 Problemática por baja donación y creciente demanda de órganos que conllevan a la sustracción y venta.** Los pacientes de enfermedades graves, en varios países, se ven involucrados en el tráfico de órganos para encontrar una solución a la larga espera. Situación aprovechada por criminales y otros individuos que ante la escasez de órganos, ven una oportunidad de sustraerlos a los fallecidos, o de presionar a la gente de otros países pobres para que vendan sus órganos. La posibilidad de obtener enormes beneficios justifica su interés: los vendedores de riñones obtienen entre 2.500 y 3.000 dólares, mientras que los receptores pagan entre 100.000 y 200.000 dólares

El Centro para Bioéticas de IHEU-Appignani– copatrocinado por la Oficina del Relator Especial de Naciones Unidas sobre asuntos de Géneros y Avance de las Mujeres, en Diciembre de 2007 convocaron un debate entre expertos titulado “Interceptando crisis de derechos humanos: Trasplante y tráfico de órganos”. Durante el debate, se plantearon varias preguntas sobre ética, medicina, derechos y también problemas sociales en general.

Asistieron expositores de Naciones Unidas, el Consejo Europeo, el Centro de Bioéticas de la Universidad de Pennsylvania, el Departamento de Cirugía de Trasplante de la Universidad de Nueva York, y también el Departamento Médico de Cirugía y Trasplante de Westchester, igualmente estudiantes, periodistas, profesores, físicos y otros interesados en el tema.

El doctor Art Caplan de la Universidad de Pennsylvania señaló que el grupo Falun Gong preocupa porque los practicantes que se encuentran en prisiones o campos de trabajo en China han sido utilizados como fuentes de órganos para adinerados receptores de órganos, tanto a nivel nacional como internacional.

Como posibles soluciones a la problemática, se propuso crear un marco legal más amplio contra el tráfico de órganos, iniciar medidas para mejorar la salud en los “países donantes”, identificar a los donantes ilegales. La responsabilidad criminal debería extenderse a todos aquellos involucrados en el proceso del tráfico de órganos, incluyendo a agentes, intermediarios y al mismo donante.

La Directora de IHEU-Appignani Center for Bioethics, una organización no gubernamental e imparcial, proporciona oportunamente investigación y análisis en profundidad sobre los retos bioéticos a los que se enfrenta la comunidad global..<sup>3</sup>

En 1992, la policía mexicana inició una investigación sobre una presunta red de tráfico de órganos extraídos a niños, con destino a pacientes estadounidenses.<sup>10</sup> Posteriormente, se ha especulado con la posibilidad de que detrás de los crímenes contra mujeres de Ciudad Juárez pudiera haber una mafia de tráfico de órganos.<sup>11</sup> Sin embargo, en 2003 la Procuraduría General de la República, tras investigar catorce casos, concluyó que las denuncias no tenían fundamento y que no había ninguna prueba de la existencia de una organización de este tipo.

La organización feminista RAWA ha denunciado que desde 1992, cuando la república socialista afgana fue destruida, los fundamentalistas religiosos, conocidos como muyahidines, se enriquecieron con el tráfico de órganos de pobres locales.

Una comisión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) en 2005, certificó que se habían producido en Ucrania casos de secuestro de niños

---

<sup>3</sup> [www.humanistbioethics.org](http://www.humanistbioethics.org)

recién nacidos, presuntamente para utilizar sus órganos en trasplantes y como fuente de células madre.

En 2007, unas monjas españolas afirmaron tener pruebas de este tipo de tráfico en Mozambique, aunque no pudieron precisar si los órganos se destinaban a trasplantes o a rituales de magia negra.

En mayo de 2008 el ministro del Interior argelino Noredin Yazid Zerhouni afirmó que niños argelinos y subsaharianos eran introducidos ilegalmente en Marruecos, donde se les extirpaban los órganos para venderlos en Europa.

Cuatrocientos niños desaparecen al año en Nicaragua y la verdadera razón oficialmente se desconoce, pero las organizaciones sociales internacionales que velan por la infancia sospechan de estos mercaderes de la muerte. En Brasil, por ejemplo, se encuentran cada día de media dos cadáveres de niños con los órganos extraídos. En ocasiones, los niños son secuestrados y aparecen posteriormente vivos pero sin algún órgano, con cicatrices indicativas de operaciones de extracción, ciegos por la extirpación de las córneas...y con una remuneración en sus bolsillos cercana a los 10 dólares. Muchas veces son los propios niños los que acceden a ser objeto de estas atrocidades debido a su mala situación social, a su carestía de alimentos y a su paupérrima economía.

Investigar estos casos es complejo, puesto que generalmente se trata de familias muy pobres que desconocen la justicia, y porque se requiere peritajes médicos costosos que no siempre se llevan a cabo con profesionalidad. Resulta extremadamente complicado descubrir estas redes mafiosas.

En Colombia, como en todos los países pobres, existe el tráfico de órganos, lo cual opera de forma silenciosa y oculta, siendo urgente legislar sobre la donación y la cesión de órganos con remuneración económica, para atajar el delito.

### **1.3 DEFINICIÓN**

**1.3.1 Donación de órganos y tejidos:** se define como el acto de donar una parte del cuerpo a otra persona que lo requiere, dentro de un proceso que involucra aspectos médicos, sociales, psicológicos, éticos y legales, entre otros.

En la donación de órganos, tejidos y células participa un grupo formado por médicos, enfermeras, paramédicos y trabajadoras sociales, que con sus

conocimientos y capacidades buscan fomentar la donación para poder incrementar el número de trasplantes que se requieren en el país.

**1.3.1.1 Donante primario.** Es la persona que goza del derecho de donar sus órganos, tejidos, productos, células y/o cadáver. Puede ser considerado como el "potencial donante", es decir, la persona que tiene la facultad de decidir sobre el destino de su propio cuerpo.

**1.3.1.2 Donante secundario:** es aquella persona que pueden otorgar su consentimiento o anuencia para la disposición de órganos y tejidos de un cuerpo, ajeno al suyo. En orden de preferencia son: cónyuge, concubinario o concubina, ascendientes, descendientes, parientes colaterales en segundo grado, representantes legales de menores, autoridad sanitaria y representantes de la ley.

**1.3.1.3 Donante vivo.** *Es la persona que* decide donar un órgano o tejido que no pone en peligro su vida. Así puede donar: sangre, médula ósea, hueso, riñón, o un segmento de órganos como son el hígado, el páncreas y el pulmón, siempre que se comparta afinidad consanguínea.

**1.3.1.4 Donante cadavérico.** Legalmente consideramos donante de órganos y/o tejidos a toda persona fallecida que haya previsto donar su cuerpo para la ciencia o para la extracción de órganos, y haya transmitido su consentimiento a sus familiares más cercanos.

**1.3.1.5 Donante con muerte cerebral.** Por medio de equipos especializados los médicos logran mantener sus órganos funcionando, pero la persona no tiene conciencia, ni voluntad, porque pudo haber sufrido un accidente o una caída en donde su cerebro ha falleciendo. La muerte cerebral es definida como el cese irreversible de todas las funciones del tronco y hemisferios cerebrales; la interrupción de dichas funciones conlleva a una pérdida absoluta de la capacidad respiratoria pero que puede recuperarse artificialmente, preservándose el automatismo cardíaco.

El número de pacientes que fallecen por muerte cerebral y llegan a donar sus órganos son muy pocos, por la negativa familiar, por no estar prevista la donación informada, o por creencias religiosas.

**1.3.2 Sustracción de órganos y cadáveres.** El tratadista Charles Dunlop, define la sustracción como la aprehensión material de una cosa ajena sin el consentimiento del propietario. Queda claro la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, desposeída de la cosa en contra de su voluntad. Retiro clandestino

del cadáver, o de sus órganos, tejidos, huesos sin el consentimiento informado previamente.

Se entiende además, como la sustracción de un órgano humano sin aplicar los procedimientos médicos legalmente establecidos y sin el consentimiento de la víctima, en la mayoría de los casos. Algunas legislaciones han integrado la extracción de órganos como parte de los fines de la trata de personas. No obstante, el término de tráfico ilícito de órganos parece ajustarse más a las conductas que rodean esta actividad delictiva que conlleva la extracción, compra, venta, transporte, ocultamiento, etc. de órganos, tejidos, fluidos y células humanas.

Es evidente, que la sustracción de órganos y cadáveres es la comercialización o la obtención por medios fraudulentos, el transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para trasplantes.

## **CAPITULO II**

### **DISCUSIÓN**

#### **2.1 LA SUSTRACCIÓN DE ÓRGANOS Y CADÁVERES COMO UN DELITO, DIFÍCIL DE SANCIONAR.**

En Colombia, como en el mundo, el delito resulta difícil de sancionar, porque generalmente se comete contra niños y personas de escasos recursos, que no están en capacidad de pagar un abogado o un investigador, situación que es bien aprovechada por los delincuentes que se lucran del negocio.

La flagrancia como prueba idónea para acusar no es posible en éstos casos, ya que la conducta ilegal se dá en forma oculta, escondida, planeada y a espaldas de testigos.

Todo ser humano merece respeto, aún después de muerto, pues nadie puede disponer de cosa ajena, por lo que mundialmente se acogió la donación como único método válido para obtener órganos humanos. Empero, la práctica deja entrever que dicha afirmación dista de ser absolutamente cierta, pues en la sociedad de consumo, todo artículo, por sagrado que parezca, es susceptible de entrar en el libre juego de la oferta y la demanda: Es el mercado negro de partes corporales. El contrato corporal es aquel que tiene por objeto la entrega de uno o más órganos o componentes anatómicos del sistema corpóreo, ya sea celebrado a título gratuito o título oneroso. Es éste último el más controversial y el cual ha despertado las más diversas posiciones dentro de la doctrina: ¿Debe considerarse el objeto de los contratos onerosos ilícito, aún cuando tenga como finalidad salvar una vida? El presente artículo estudia las diversas modalidades de contratos corporales onerosos; la licitud o ilicitud de los mismos (no obstante estar todos viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito) y la regulación penal de estas conductas en la legislación extranjera y colombiana. Sin embargo la falta de antijuridicidad material de estos negocios e importantes razones de política criminal revelan la necesidad de admitir los contratos onerosos sobre órganos; a excepción de los contratos cuyo objeto sea la obtención de un órgano contra la voluntad de su dueño, o sin el consentimiento de los familiares.

El proceso penal comprende tres etapas: Primera: La investigación donde se recolectan los elementos probatorios; Segundo: Una etapa intermedia donde se valora en vía jurisdiccional la prueba para determinar si el asunto puede ir a juicio y la tercera: es el juicio oral y público donde los jueces analizan la acusación del

órgano acusador, los elementos de prueba y toman una decisión en sentencia absolutoria o condenatoria.

## **2.2 LA SUSTRACCIÓN DE ÓRGANOS Y CADÁVERES POR FALTA DE DONANTES**

Este delito ha ido en aumento por las razones ya señaladas en el capítulo anterior, colocando en riesgo la vida de seres humanos que venden sus órganos, o de quienes pueden ser desaparecidos para extraer de ellos sus órganos, siendo urgente legislar acerca de otro mecanismo diferente a la donación. Vale aclarar, la donación no desaparecería, sino que además, se permita a quienes deseen ceder sus órganos al morir mediante una retribución económica, que lo hagan. Esta conducta de la cesión económica no afecta los derechos de otros, por lo tanto encaja perfectamente dentro del derecho del libre desarrollo de la personalidad y de que todo ser humano tiene la facultad y autonomía para convenir y disponer sobre sus bienes y su cuerpo, sin hacer daño a otro.

## **2.3 ENTONCES, ¿CÓMO OBTENER MAYOR NÚMERO DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y DEMÁS PARTES DEL CUERPO HUMANO?**

En el transcurso de las discusiones tanto científicas como públicas en torno al tema se ha mostrado - pese a la exhaustividad de los argumentos aportados - lo deseable de que esas cuestiones tan básicas no sean tratadas bajo la presión política de los diferentes intereses de grupo. Debe plantearse la problemática desde la perspectiva de quienes necesitan un órgano o tejido, de quienes están dispuestos a donarlos y de quienes no los donaría, de quienes estarían dispuestos a cederlos mediante retribución económica partiendo de la autonomía que tiene todo ser humano para decidir libremente sobre su cuerpo, dado que no atenta contra derechos ajenos, vista dicha decisión desde el magno derecho del libre desarrollo de la personalidad, el mismo derecho que ha permitido en Colombia la unión entre parejas del mismo sexo, el aborto en casos especiales, etc.

En el debate en torno a la voluntad de los donantes se podía tener la impresión - como por cierto en muchos debates actuales de ética médica en los que se destaca la autonomía del paciente - de que el único mandamiento ético a tener en cuenta sea el respeto por la decisión propia del afectado. A pesar de que ni siquiera la actuación apropiada del médico puede imponerse contra la voluntad del paciente, tampoco el médico puede hacer depender su actuación sólo de lo que el paciente quiera. Éste puede exigir que se deje de hacer algo pero no el que se

actúe de una forma determinada. También el médico es un sujeto ético. La voluntad del paciente es importante para él, pero como instancia subordinada. Ayuda en la decisión definitiva entre varias alternativas, que en sí mismas están permitidas éticamente. La voluntad del paciente no puede justificar una acción éticamente reprochable. Esto es válido tanto en el caso de muerte solicitada como cuando no se accede a amputar la pierna sana de un mendigo que lo desea porque espera obtener así elevados ingresos. También en la cuestión central de la Medicina de trasplantes, que sigue siendo la cuestión del estado de la muerte cerebral, la voluntad del donante no sustituye la justificación objetiva ética.

En la discusión sobre la muerte cerebral, muchos filósofos y teólogos opinaban que competía a los médicos el decir cuando ocurre la muerte. Ya el Papa Pío XII había expresado lo mismo. Con vistas a la constatación del momento exacto de la muerte - desde el punto de vista de la religión acerca del momento exacto de la separación del alma y el cuerpo - llamaba la atención incluso sobre la inexactitud de conceptos como "separación" y "cuerpo". El alma no es una sustancia visible y su separación del cuerpo como tal no se puede observar.

En el mundo de la Medicina se reconoce ampliamente que los muertos cerebrales ya no viven, no tienen signos vitales, son cadáveres. La muerte cerebral se considera la muerte del hombre.

El reto de distinguir entre una muerte normativa y una muerte descriptiva es objeto de un estudio filosófico-moral de Ralf Stoecker. Parte del llamado "supuesto ético fundamental", casi generalmente aceptado, según el cual con la muerte cambia instantáneamente la situación ética del que está muriendo. Merece todo el respeto moral, disfruta de la protección moral de su vida hasta perderlos de golpe en este instante que le convierte en cadáver.

## 2.4 DONACIÓN VS. TRÁFICO DE ÓRGANOS

Ante ésta diversidad de problemas, se debe analizar: el dominio colectivo: aquellas consideraciones éticas que aparecen como consecuencia de actitudes generales y colectivas hacia los trasplantes, usualmente traducidas en la legislación o en prohibiciones internacionales, que crean el escenario para políticas nacionales e incluso transnacionales. En este sentido, se debe considerar dos posiciones fundamentales con respecto a la consecución de órganos: primeramente, un sistema de consecución basado en una forma de regalo altruista y generoso. Y segundo, un sistema basado en el mercado. Ambos modelos están sustentados en la idea de que hay una "**escasez de órganos para el trasplante**" a escala mundial. Sin embargo, se proponen maneras distintas de resolver el

problema. El segundo registro de sentido es micro, y se refiere a la práctica clínica. Por ejemplo, la manera en que son abordados los donantes potenciales y el tipo de discursos utilizados para "convencer" a los parientes del donante de ceder sus órganos, son todas cuestiones enmarcadas dentro de concepciones colectivas y legitimadas en la búsqueda de órganos. Las contradicciones que surgen dentro de este registro pertenecen al mundo fenomenológico, es decir al universo de encuentros cara a cara.

La donación está basada en la experiencia del sistema de donaciones de sangre (Starr, 1998; Kimbrell, 1993). En este sentido, el modelo, tras años de batallas legales, se ha basado principalmente en la idea de donaciones voluntarias. De la misma manera, la retórica del trasplante de órganos apela al llamado deseo de ayudar a los otros (Prottas, 1983). Defensores de esta perspectiva arguyen que la metáfora según la cual "el órgano es un regalo" refuerza la idea de unidad, solidaridad y sentido de colectividad. con base en el trabajo de Marcel Mauss, se podría concluir que las iniciativas opuestas admitirían cualquier forma de transacción comercial en la consecución de órganos.

Autores como Prottas (1983) se apresuraron a argüir en favor de un beneficio adicional derivado de la implementación del sistema altruista (Healy, 2000; 2004). No es sólo que procure gran parte del material biológico humano necesitado para fines de trasplantes, sino que su implementación tiene un valor adicional: encarna una proposición moral, una forma de manejar las necesidades de alguien. El modelo altruista es reproducido y legitimado con un discurso que usa la narrativa del "regalo de la vida" como su fuerza semántica principal. Los órganos son metonimias de la vida y un donante es potencialmente un agente dador de vida. Los vínculos implícitos en el modelo altruista producen, como en las sociedades que Mauss estudió, una obligación moral.

Pero los defensores de este discurso han visto cómo esta estructura ideal choca en la realidad con los protocolos que buscan mantener el estado estrictamente anónimo entre donante y receptor. Los protocolos estandarizados tienden a evitar de diferentes maneras cualquier tipo de red postrasplante. Desde este punto, Murray por ejemplo, se ha basado en otras variaciones del mismo tema en donde la última expresión de solidaridad es la donación a un extraño. Esto es, en sí mismo, un acto moral y caritativo que motiva nuestra responsabilidad hacia otros, una acción anónima y desinteresada que no tiene ningún compromiso más allá, pero que tiene suficiente fuerza centrípeta y unificadora. Murray concluye de cierta manera idealista que "los regalos a los extraños afirman la solidaridad de la

comunidad sobre y por encima de la despersonalización y las fuerzas alienantes de la sociedad de masas y las relaciones de mercado" (Murray, 1987: 35).<sup>4</sup>

## **2.6 LA SUSTRACCION DE ORGANOS DESDE EL PUNTO DE VISTA CIENTÍFICO**

Un órgano o tejido humano, no es como el motor de un coche, no puede comprarse libremente y probar luego si funciona. Así que sólo hay dos causas que justifiquen la presencia de supuestos clientes buscando órganos, o han sido engañados por una red de estafadores que se aprovechan de su desesperación, o son falsas esas afirmaciones. La extracción de un órgano tampoco es moco de pavo. La operación puede durar entre seis y ocho horas y requiere un equipo mínimo de diez personas muy especializadas.<sup>5</sup>

Es prácticamente imposible reunir todo el personal científico, sin dejar rastro. Aun así, si se consiguiera la extracción, el riñón robado ha de ser sometido a un proceso químico de criopreservación que requiere materiales muy difíciles de obtener. El seguimiento de los compuestos utilizados para la conservación de órganos es exhaustivo, casi tanto como el de la dinamita. Sólo especialistas autorizados tienen acceso a ellos, por lo que la pista del supuesto crimen sería muy fácil de trazar.

Todo órgano humano tiene que ser implantados en un plazo máximo de dos días y el paciente receptor ha de ser sometido a un control médico muy especializado tras la intervención. En muchos casos, incluso necesita seguimiento médico de por vida.

Estos detalles técnicos parecen revelar que no es viable la sustracción de órganos como muchos lo afirman, a menos que exista todo un concierto entre científicos y mercaderes.

Pero parece extraño que sólo se trafique con riñones y otros tejidos no imprescindibles para la vida, es más, tienen cuidado de dejar viva a su víctima con una gran cicatriz en el costado para que sirva de prueba incriminatoria andante.

En nuestro país esta prohibida la compra y venta de órganos o cadáveres, miembros o residuos humanos, pero mas allá de que sea realidad o no, es

---

<sup>4</sup> En la Coyuntura entre la Antropología y el Trasplante de órganos humanos: tendencias, conceptos y agendas. Alejandro Castillejo Cuéllar<sup>1</sup>

<sup>5</sup> El Tráfico de órganos como actividad Económica. Judith Jordán Chávez

importante entender la trascendencia de los informes que se vienen dando en casi todos los países acerca de ésta situación irregular, que apunta a que si podría estar sucediendo y tratarse de un negocio muy rentable.

Se puede afirmar, que la creciente necesidad de satisfacer las demandas y mejorar la vida de aquellas personas que padecen pobreza extrema, puede resultar esta actividad una opción tentadora, por recibir a cambio fuertes sumas de dinero.

Tal vez por ello, la donación está en crisis, pues no se entiende el altísimo costo de cualquier trasplante de órgano o tejido, que si bien es cierto corresponde al manejo científico y terapéutico, también lo es que el donante no percibe ningún estímulo.

## **CAPITULO III PROPUESTAS**

Ante la grave problemática expuesta, donde la donación es mínima y la demanda de órganos es grande, lo que obliga a que pacientes adinerados busquen una solución, como es el tráfico de órganos para ser trasplantados y poder sobrevivir, situación que se ha generalizado en todo el mundo, tornándose en una situación grave y peligrosa para la humanidad, especialmente para los niños y jóvenes mas pobres, es urgente legislar sobre otro tipo de propuestas, diferentes a la donación informada, ya que está demostrado que ésta es exigua. Podrán ampliar la sanción penal a quienes trafiquen con órganos o cadáveres, pero eso no solucionará el problema del déficit, ya que fondo del asunto es la poca donación.

Los casos mencionados en el capítulo primero de éste artículo, son solo algunos de los muchos que ocurren en el mundo, porque la única alternativa contemplada hasta hoy - la donación informada- no abastece la demanda para dar solución a los enfermos críticos, por lo cual, los criminales se han dado a la tarea de sustraerlos desde las funerarias, hospitales, morgues, o desapareciendo a las personas para éstos fines, siendo una situación grave que aun cuando está sancionada en el ordenamiento penal, no erradica el problema. Esta situación prende las alarmas para que los gobiernos se concienticen de la necesidad de legislar acerca del contrato oneroso como la voluntad de quien desee cederlos al momento de su muerte, lo cual resolvería en gran medida la problemática planteada.

### **3.1 CONTRATO ONEROSO PARA LA CESIÓN DE ÓRGANOS EN EJERCICIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

Sabemos que cuando hay incentivos económicos, se resuelven la mayoría de las falencias en todo orden, porque esto promueve a que las personas con necesidades materiales, busquen una alternativa en el contrato oneroso o de retribución económica, partiendo del derecho fundamental y constitucional de que goza todo ser humano del libre desarrollo de la personalidad, que le permite decidir válidamente sobre todos los aspectos de su vida, pudiendo comprar, vender, ceder, elegir, etc, sin que se afecten los derechos de otros.

Para entender que éste contrato puede ser viable, porque la persona puede hacerlo bajo su propia autonomía y voluntad, empezaremos por ***definir que es el libre desarrollo de la personalidad***, partiendo de principios que goza todo ser humano, especialmente:

**“Autonomía, n. f. Libertad para que un individuo disponga de sí mismo.”**

El considerar a la persona como autónoma, implica unas consecuencias inevitables, inexorables, y la primera y más importante, es en que en todos los asuntos que sólo atañen a la persona, sólo por ella deben ser definidos, ya que decidir por ella es arrebatarle su condición ética, y reducirla a un objeto.

Cuando el Estado reconoce la autonomía de las personas, lo que está haciendo, es darle la dimensión ética al ser humano y por lo tanto dejarla para que sea ella (la persona) quien resuelva sobre lo que considera bueno o malo sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ella no interfiera la vida y autonomía de los demás, es parte vital del interés común en una sociedad, como lo reconoce la actual Constitución Política (Art. 1º).

Para situarnos en el verdadero concepto de “Libre Desarrollo de la Personalidad”

es necesario entrar a revisar la definición de algunos términos importantes, veamos:

**“Libertad: n. f. (lat. libertatum).** Poder inherente al sujeto, en orden a su realización, que puede definirse como la **capacidad** de decidirse o autodeterminarse. Estado del que no se sufre ni sujeción ni impedimento. Naturalidad, soltura, falta de cohibición en el comportamiento.”<sup>6</sup>

La sentencia SU-157/99 de la Corte Constitucional de Colombia, sobre el “Libre desarrollo de la personalidad y derechos jurídicos, cita en su argumentos: “...15. En el campo de las relaciones jurídicas que se traban entre los particulares, tiene especial relevancia el artículo 14 de la Constitución, el cual consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como una verdadera garantía de la persona natural para que goce de la capacidad jurídica o de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, **no sólo de contenido extrapatrimonial sino también de carácter económico, lo que implica una integración potencial a la vida comercial y al tráfico jurídico de una sociedad.** Así pues, esta Corporación ha dicho que “el Estado no entrega una dádiva ni entrega un privilegio a la persona cuando le reconoce como sujeto de derecho, con

---

<sup>6</sup> Conferencia del Dr. **Humberto Benavides López**, Abogado U.P.B.

las consecuencias jurídicas que ello comporta"[11], pues es indudable que al individuo **le debe ser posible participar en la vida social y económica no sólo a la hora de concretar sino de configurar algunos aspectos básicos del régimen económico**. En este orden de ideas, no puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Lo anterior, es acorde con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución que señala, como una finalidad del Estado Social de Derecho, facilitar la participación de todos en la vida económica. De igual manera, es la consecuencia lógica del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia en virtud de la Ley 74 de 1968, cuando establece que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", el cual no puede suspenderse por los Estados, aún en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4º del Pacto en comento. Vale la pena resaltar que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace parte del *ius cogens*, lo que permite deducir la existencia de "nueva norma imperativa de derecho internacional general". En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José De Costa Rica", en su artículo 27 dispone que en estados de excepción no podrán suspenderse los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. El reconocimiento a la personalidad jurídica es pues, lo que la Ley 137 de 1994, denominó uno de los derechos intengibles, los cuales "se consideran como bienes imprescindibles para la dignidad de la persona humana"

16. Con todo, podría argumentarse que, corresponde al Legislativo, en ejercicio de su legitimación democrática, la determinación de cuando la autonomía privada queda sujeta a restricciones derivadas de la protección de derechos constitucionales, por lo que al juez no le correspondería la aplicación directa de los derechos constitucionales en las relaciones privadas. No obstante, esa tesis es parcialmente acertada, pues es indudable que, entre particulares, la doble función de los derechos fundamentales es nítida. De un lado, rechazan la intervención injustificada del poder estatal, por lo que buscan la defensa de sus aspectos esenciales. De otro lado, representan un deber de protección que obliga a la intervención del Estado cuando se quebranta la igualdad y se evidencian desigualdades fácticas inmensas, por lo que los derechos fundamentales también se constituyen en barreras frente al poder de los particulares. Por consiguiente, en aquellas situaciones en donde los derechos requieren de la

intervención del Estado para garantizar su efectividad, la autonomía privada también puede estar sujeta a la limitación impuesta directamente por el juez.

*“las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no sólo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad”.*

18. En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la ***ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental.*** Por lo tanto, es claro que en el presente asunto el derecho a la iniciativa privada de los accionantes se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad”.

Los derechos de la personalidad pertenecían inicialmente al campo del derecho civil, sin embargo el Código de Napoleón que sirvió de modelo para otros muchos, no desarrollo esta categoría esencial de derechos.

Las personas han alcanzado su reconocimiento y derechos, gracias a documentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU y posteriormente mediante su inclusión como derecho positivo en las diferentes constituciones, lo que ha impulsado su respeto por los poderes públicos.

De su libre desarrollo de la personalidad se desprende sus derechos personales que le permiten decidir acerca de su apariencia: vestido, peinado y accesorios; en lo social a elegir su pareja, a convenir negocios jurídicos (contratos), a recibir educación y elegir una profesión, a una vivienda digna, al trabajo en condiciones correctas, a la salud, a la seguridad social, etc. Igualmente tiene derechos políticos: ser miembro de una comunidad organizada y participar en ella; elegir a

sus gobernantes y a ser elegido para ocupar cargos de gobierno, a informar y ser informado, todo lo cual merece un amparo especial de la ley, en igualdad de condiciones y sólo admiten aquellas limitaciones de la convivencia y al respeto mutuo que deben tener todos los individuos entre sí.

Las declaraciones internacionales rigen para toda la humanidad o para los habitantes de los países que la hayan firmado. En el primer caso constituyen un modelo a seguir por todas las naciones pero no obligan directamente a sus autoridades. En el segundo, se establecen disposiciones obligatorias para todos los países. Ellas, generalmente, extienden el catálogo de derechos reconocidos en sus propias constituciones y muchas veces crean tribunales de carácter regional ante los cuales pueden acudir los habitantes de los países firmantes de la convención, en defensa de los derechos y libertades que ella reconoce.

Las constituciones de los países democráticos contienen una primera parte o dogmática dedicada a los derechos de los habitantes.

En las constituciones de los países con regímenes no democráticos también se hace referencia a los derechos de los habitantes. Pero ello surge como una concesión de sus gobernantes y no como un reconocimiento de algo que le pertenece a las personas, tanto como su propio cuerpo.

Por lo tanto, sus gobernantes, de la misma manera que otorgan determinados derechos, pueden retirarlos.

En Colombia se ha implementado medios para que los particulares puedan evitar arbitrariedades por parte de la administración y una correcta información de las decisiones gubernamentales. Para ello se han abierto canales a la participación popular, como por ejemplo, a través del defensor del pueblo, que es un funcionario elegido por el Parlamento ante el cual pueden recurrir los particulares.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos está integrada por un preámbulo y treinta y tres artículos. El propio preámbulo expresa un modelo o patrón que sirva de inspiración a los pueblos y naciones para la defensa y promoción de los derechos humanos y libertades, a través de la enseñanza y de la educación. **Ese ideal reposa en los valores de paz, libertad y justicia** cuya vigencia depende necesariamente del reconocimiento de la dignidad y de la

igualdad de los seres humanos. Reconoce el Estado de Derecho como el único marco de organización política de los países. Tampoco se descuida el bienestar de los pueblos, pues se compromete a los estados a efectivizar el progreso social juntamente con la libertad. Se los insta a cooperar para que los derechos humanos se respeten universalmente.

Las Naciones Unidas, a través de sus diferentes dependencias y organismos especializados, han trabajado por el cumplimiento de las disposiciones de la Declaración y se ha promovido la más amplia difusión del instrumento a nivel social y estatal en todo el mundo, adoptada y proclamada por la Asamblea General del 10 de Diciembre de 1948.

Y siendo que el ser humano goza de autonomía y puede decidir sobre todos los asuntos inherentes a lo suyo, ¿Por qué se le prohíbe que pueda ceder a título oneroso alguno de sus órganos, o su propio cadáver?. Actualmente está prohibido, partiendo de que solo está permitida la donación, pero tratándose de una cesión que no causa daño a otro, ¿por qué podría restringirse?. Vulnera el principio de igualdad, que el enfermo crítico pueda adquirirlo a título oneroso en una clínica u hospital, pero no se le permita retribución a quien desee cederlo. Es una propuesta que no hace daño a nadie, por el contrario, reduce la criminalidad del tráfico de órganos y desapariciones de cadáveres, como de seres vivos, para el mismo fin.

Desde luego, dicho contrato debe ser equilibrado y garante de la vida de quien ceda sus órganos a título oneroso, convenido desde la norma que llegare a resultar, pudiendo ser vigilado por autoridad competente, para su legalidad y transparencia.

### **3.2 PROYECTO DE LEY QUE OFREZCA INCENTIVOS A DONANTES, TALES COMO SUBSIDIOS A VIVIENDA, EDUCACIÓN U OTROS**

Conceptos como la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, le dan connotaciones especiales al tratamiento de la propiedad y disposición personal de cada ser humano, premisa desde la cual, el gobierno estaría facultado para promover una ley que ofrezca incentivos a quienes donen sus órganos, o cadáver, como otra alternativa a la problemática planteada.

La propuesta de retribución económica a través de subsidios, es una alternativa que permitiría al donante resolver alguna de sus necesidades, como la vivienda, la educación, etc, partiendo de sus fundamental derecho del libre desarrollo de la personalidad que le conceden autonomía, libertad, pero especialmente: **Capacidad de Ejercicio** para administrar **por si sola** sus derechos, es decir, sin

la asistencia o autorización de otra. Para que una persona pueda ejercer esta capacidad, requiere tener una voluntad reflexiva plenamente desarrollada.

La Corte Constitucional, al estudiar el tema del libre desarrollo de la personalidad, en Sentencia C-481 de 1998, afirmó lo siguiente:

“Al interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el libre desarrollo de la personalidad, el interprete debe hacer énfasis en la palabra “LIBRE”, más que en la expresión “DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD”....señala “que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecten derechos de terceros, ni vulneren el orden constitucional.” Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a la personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecte

Siendo el ser humano autónomo, libre y gozando de la capacidad para decidir sobre su cuerpo y bienes, entre otros, es válido que ésta propuesta pueda ser ley de la república, porque resulta beneficiosa para los enfermos graves, para el donante que requiere dar una solución económica a sus necesidades y, para el Estado que podría invertir en éste tipo de subsidios a cambio de tener que gastar mayor dinero en investigaciones, aparato judicial, sostenimiento de los prisioneros en cárceles, etc.

### **3.3 MERCADO ABIERTO**

La propuesta que gana cada vez más adeptos es la compra y venta de órganos humanos en un mercado abierto. Cuando aparecen los matices, se desatan las inquietudes. Como la sugerencia de cambiar la donación de órganos (sin que desaparezca esta figura legal) por su venta por parte del donante en vida, o de sus familiares cuando fallezca. En este caso, aparte de la complejidad de las reglas del consentimiento, el estrés de la decisión se traslada al seno de las familias, quizá hasta límites insoportables en momentos de crisis económica. Algunos analistas proponen incluso que el órgano se pueda vender en vida y acordar que el dinero se pague a los descendientes, lo cual no deja de ser una forma legal de plantar la semilla de una enfermiza desconfianza en familias quizá muy sanas. El punto de vista opuesto considera que medidas como éstas consagraría la parte más execrable del actual mercado negro de cadáveres, donde los más pobres son los más vulnerables a las tropelías que se vienen denunciado en muchos países del mundo.

Incluso los proponentes de regularizar el mercado de cuerpos reconocen que negociar con la muerte no es una forma de vida muy segura. Se haga como se haga, no habría forma acabar con el suministro ilegal de partes del cuerpo humano propiciado por los desequilibrios sociales, las guerras y las asimilación de la ideología de la salud total, reparadora o prolongadora de la vida, por las emergentes y pujantes clases media de países como China o India, por citar tan sólo a dos países en pleno crecimiento económico donde se ha admitido públicamente la existencia de este mercado negro. Michele Goodwin, en su excelente libro *Black Markets*, concluye ante este escenario que el mercado negro de cuerpos humanos ha venido para quedarse. Y no será fácil convivir con él.

Consultando Internet se puede ver la deriva en la opinión pública acerca del comercio ilegal de cadáveres. Hasta hace tan sólo unos cinco años, prevalecía el punto de vista de lo que podríamos denominar la era de la ética contra los ladrones de cadáveres que satisfacían demandas puntuales, sobre todo de la investigación médica. A medida que la salud y el aumento de la esperanza de vida se han convertido en los bienes más preciados de las sociedades avanzadas, los argumentos han comenzado a moverse hacia la comprensión de la situación por la que atraviesan los pacientes y sus familiares, el reconocimiento de la importancia del negocio de los trasplantes -ya sea por estética o para salvar vidas-y la necesidad, en todo caso, **de flexibilizar el marco legal para regular un mercado que va siempre envuelto en una complejidad ética y cultural** que afecta nada menos que a la concepción social de la muerte y la manipulación no consentida de los cuerpos de seres queridos.<sup>7</sup>

Se puede afirmar que el mercado abierto de compra y venta de órganos ya existe, con la anuencia de los gobiernos, pues en internet se aprecian avisos de personas que ofrecen un riñón, una fracción de su hígado, sangre, etc. a precios elevados para solucionar un problema económico.

### **3.4 NORMAS COLOMBIANAS VIGENTES QUE PODRIAN SER REFORMADAS**

Sobre la donación y aspectos inherentes al tema, tenemos las siguientes, que bajo las premisas de la autonomía y libertad de que goza todo ser humano en ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad, podrían ser reformadas según las propuestas anteriores, para buscar una solución definitiva al tráfico de órganos:

**3.4.1 Ley 09 de 1979**, en su título IX, trata todo lo referente a las defunciones, traslado de cadáveres, inhumaciones y exhumaciones así como el trasplante y

---

<sup>7</sup> por Luis Fernández hermana. - 25/05/2008. <http://www.traficodeorganos.blogspot.com/>

control de especímenes, regulando la expedición y diligenciamientos de los certificados de defunción, la práctica de autopsias, donación, traspaso y recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizados con fines terapéuticos.

Las instituciones de carácter científico y hospitalario que pretendan utilizar métodos de trasplante o utilizar elementos orgánicos, debe obtener la licencia correspondiente, acreditando que su dotación es adecuada, sus equipos científicos capacitados y que el acto terapéutico por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, no constituirán riesgo distinto de aquél que el mismo procedimiento conlleve al donante o receptor.

**3.4.2 Ley 73 de 1988.** Adiciona la Ley 09 de 1979 y dicta otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes y otros usos terapéuticos. La norma adiciona la ley 09 de 1979, en el sentido de indicar claramente quiénes son las personas que están autorizadas para tomar la decisión sobre la donación de órganos y tejidos entre las que están: 1. El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos.2. Los hijos legítimos o naturales, mayores de edad.3. Los padres legítimos o naturales.4. Los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad.5. Los abuelos y nietos.6. Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado.7. Los parientes afines hasta el segundo grado.

**3.4.3 Decreto 2493 de 2004.** Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos Promoción de la donación. Establece la conformación de una Red Nacional de Donación y Trasplante a la que todas las entidades hospitalarias que pretendan utilizar métodos de trasplante deben estar afiliadas y conformadas por un Comité que deberá rendir informes trimestrales.

Igualmente se reglamenta la promoción de la donación, indicando que el Ministerio de la Protección Social y las entidades territoriales de salud en coordinación con la Red Nacional de Donación y Trasplantes, realizarán campañas públicas, mediante estrategias de información, educación y de comunicación para toda la población, con el fin de fomentar la conciencia solidaria que incremente la donación a favor de los enfermos que necesiten órganos y tejidos para trasplantes. Estas campañas serán financiadas con recursos del Estado a través de las acciones de salud pública, sin perjuicio de que se puedan realizar campañas de carácter privado.

Vemos cómo a pesar de que está reglamentado en esta norma, no se le da

aplicación ya que las campañas publicitarias no tienen la cobertura necesaria para obtener resultados satisfactorios que incrementen el porcentaje de donantes.

De dicho Decreto, se transcriben los siguientes artículos mas importantes:

## **CAPITULO IV**

### **Donación de componentes anatómicos**

**Artículo 15. Prohibición de remuneración.** Se prohíbe la remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido al cual se refiere el presente decreto, particularmente se prohíbe:

1. Gratificación o pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al Banco de Tejidos o de Médula ósea, a la IPS, la EPS, o cualquier otra persona natural o jurídica por la donación o suministro de órganos o tejidos humanos.
2. El cobro al receptor por el órgano trasplantado.
3. La publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.

**Parágrafo 1º.** Se exceptúa del presente artículo los costos ocasionados por la detección y mantenimiento del donante, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el trasplante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento.

**Parágrafo 2º.** La extracción y costos conexos no podrán cobrarse en ningún caso al donante vivo o a la familia del donante fallecido, pero podrán incluirse como parte de los costos del trasplante.

**Artículo 16. Utilización de los componentes anatómicos.** La utilización de componentes anatómicos para fines de trasplantes o implante, podrá realizarse:

1. Cuando se trate de donante vivo y:
  - a) Que el donante sea mayor de edad, no se encuentre en estado de embarazo, sea civilmente capaz, goce de plenas facultades mentales y de un buen estado de salud, el cual deberá estar certificado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante;
  - b) Que exista consentimiento informado expreso, con un termino mínimo entre la firma del documento y la extracción del órgano de 24 horas del proceso de extracción del donante, mediante declaración juramentada ante notario público;

- c) Que haya concepto favorable del comité institucional de bioética o ética hospitalaria;
- d) Que exista donación de solo uno o parte de los órganos simétricos pares o solo de parte de un órgano asimétrico o de médula ósea, para su trasplante o implantación inmediata;
- e) Se le haya advertido previamente al donante sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que pueden generarse dentro del procedimiento, por la ocurrencia de situaciones imprevisibles;
- f) Que haya sido previamente informado sobre las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático 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;
- g) Que en el momento de la extracción del componente anatómico no padezca enfermedad susceptible de ser agravada por la misma;
- h) Que se garantice al donante vivo la asistencia precisa para su restablecimiento.

2. Cuando se trate de donante fallecido:

- a) Siempre que se haya garantizado y asegurado el proceso de consentimiento informado del donante y a falta de este último el de los deudos;
- b) Que el donante o los deudos responsables de la donación, en el momento de expresar su voluntad sean mayores de edad y civilmente capaces;
- c) Cuando obra la presunción legal de donación de conformidad con la ley.

Parágrafo. En donante vivo menor de edad y mujer en estado de embarazo la donación solo procederá para la obtención de células progenitoras, previo consentimiento informado de sus representantes legales cuando sea del caso y teniendo en cuenta lo establecido en el presente artículo.

**Artículo 17. Mecanismos de donación.** Sin perjuicio de lo establecido en el literal b) del artículo anterior, la donación de componentes anatómicos, así como la oposición que se haga en ejercicio del derecho consagrado en la Ley 73 de 1988, para su validez deberá ser expresada por cualquiera de los siguientes medios:

1. Instrumento notarial.
2. Documento privado.
3. Carné único nacional de donación de componentes anatómicos.

**Artículo 18.** Práctica de pruebas para garantizar la calidad de órganos y tejidos donados. Los bancos de tejidos y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, deberán obligatoriamente practicar bajo su responsabilidad a todos y cada uno de los donantes las siguientes pruebas, cuando estas apliquen:

1. Determinación de anticuerpos citotóxicos.
2. Determinación del grupo sanguíneo.
3. Determinación del antígeno D (Rh).
4. Prueba de histocompatibilidad (HLA).
5. Prueba serológica para la sífilis.
6. Detección de anticuerpos contra el virus de la Hepatitis C.
7. Detección del antígeno de superficie del virus de la Hepatitis B (HBsAg).
8. Detección de anticuerpos totales contra el antígeno core del virus de la Hepatitis B (Anti HBc).... entre otras.

## CAPITULO V

### **De la extracción o rescate y de la distribución de componentes anatómicos**

**Artículo 21.** Del carácter de las instituciones autorizadas para la obtención de componentes anatómicos. El rescate de órganos y los procedimientos de trasplante, son de competencia exclusiva de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que tengan habilitados programas de trasplantes.

**Artículo 22.** *De las necropsias.* Cuando deban practicarse necropsias médico-legales, los médicos forenses bajo su custodia podrán autorizar el retiro de tejidos para fines de trasplante o implante a otros profesionales competentes, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que exista previa donación o presunción legal de donación, en los términos de este decreto.
2. Que el procedimiento de extracción no interfiera con la práctica de la necropsia, ni con sus objetivos o resultados.
3. Que no exista oposición de las autoridades competentes de conformidad con el literal b) del artículo 4° de la Ley 73 de 1988.
4. Que con la remoción de los componentes anatómicos no se produzcan mutilaciones innecesarias y que cuando sea pertinente, se utilicen prótesis fungibles.

**Artículo 23.** Notificación de donantes potenciales. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, donde exista un donante potencial deberán notificar inmediatamente de este hecho a la Red Regional de Donación y Trasplantes a

través del personal médico responsable. Igualmente están obligados a permitir los procedimientos requeridos para el caso, so pena de las sanciones a que hubiere lugar. Ver el art. 27, Resolución del Min. Protección 2640 de 2005

**Artículo 24.** Autorización de las instituciones prestadoras de servicios de salud para el rescate. El recurso humano autorizado para efectuar rescate de componentes anatómicos podrá desplazarse a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que no cuenten con programas de trasplantes, con el fin de rescatarlos y la institución no podrá negarse u oponerse a este procedimiento.

**Artículo 25.** Reglamentado por el Min. Protección, Resolución 2640 de 2005. De la distribución. Los componentes anatómicos serán distribuidos en el territorio nacional de manera tal que se garantice la equidad en la asignación de los componentes anatómicos sin discriminación alguna, por razones de origen familiar, estrato socioeconómico, sexo, raza, lengua, religión, opinión política o filosófica, teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

1. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que tengan habilitados programas de trasplantes determinarán, de acuerdo con los criterios técnicos científicos de asignación y con su lista de receptores si puede utilizar el componente anatómico para trasplante o implante en la respectiva institución.
2. De no ser posible lo establecido en el numeral anterior, la Institución Prestadora de Servicios de Salud informará a la Coordinación Regional sobre el rescate del componente anatómico para que determine su utilización en esa regional.
3. Si en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, habilitadas con programas de trasplantes de la regional no hay receptor de acuerdo con los criterios técnicos científicos de asignación establecidos por el Ministerio de la Protección Social, la coordinación regional informará a la coordinación nacional para que esta proceda a la asignación en cualquiera de las otras regionales.
4. Los Bancos de Tejidos o de Médula Osea suministrarán el tejido o la médula ósea de acuerdo con su lista de receptores.

## **CAPITULO VI**

### **Trasplantes de componentes anatómicos y Comités Institucionales de Trasplantes**

**Artículo 26.** De la autorización para trasplantes. Una vez se cumpla con todos los requisitos exigidos por las normas vigentes, las Entidades Promotoras de Salud y sus similares deberán autorizar en forma inmediata la realización de los procedimientos de trasplantes o implantes incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y el suministro de los medicamentos autorizados.

Las Entidades Promotoras de Salud que incumplan el presente artículo serán sancionadas por la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con las normas legales vigentes.

**Artículo 27.** De los procedimientos de trasplante. El trasplante de componentes anatómicos requiere:

1. Que la donación del componente anatómico a trasplantar o implantar se efectúe cumpliendo los requisitos señalados en los artículos 16 y 17 del presente decreto.
2. Que se advierta previamente al receptor sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que pueden generarse por el procedimiento.
3. Que el receptor haya sido informado previamente sobre las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que el trasplante pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional.
4. Que el receptor exprese por escrito y en forma libre su consentimiento informado para la realización del trasplante si se trata de una persona mayor de edad. Si fuere menor de edad o interdicto, el consentimiento escrito, lo darán sus representantes legales.
5. El procedimiento de trasplante sólo podrá ser efectuado de acuerdo con prácticas científicas y como una mejor opción disponible en territorio nacional, para devolver o mejorar la calidad de vida y la salud de los pacientes.

## CONCLUSIONES

Se concluye que las actuales disposiciones no permiten abastecer la demanda de órganos para trasplantes, por falta de donantes, lo cual conllevará al delito del tráfico de órganos, siendo una situación ilegal, cuya única forma de remediar en gran medida, es mediante una ley que permita el contrato de cesión de órganos, cuyo pago deberá efectuarse a los familiares o al representante legal del donante, o mediante una ley que ofrezca estímulos económicos a la donación.

La distribución del poder parece ser una de sus fuerzas rectoras: capital especulativo, doctores, compañías farmacéuticas, grupos de apoyo a pacientes, y el prestigio académico dan un contorno diferente a la tecnología y la ciencia (Rabinow, 1996). La implementación de ciertos dispositivos técnicos no es meramente la consecuencia triunfalista de la razón aplicada al cuerpo humano, sino la forma que adquieren los intereses estratégicos. Por lo tanto, no solamente las limitaciones técnicas dan forma a la investigación científica sino también los presupuestos históricos (Fox Keller, 2000), las restricciones financieras, la aplicabilidad potencial y las expectativas de mercadeo.

La investigación antropológica sobre los trasplantes humanos ha sido producida en los países industrializados, principalmente Estados Unidos, Japón y Alemania. La investigación en Colombia daría claves sobre cómo las redes de trasplantes de órganos realmente funcionan en contextos profundamente permeados por la violencia distintos a los de los países industrializados.

Es importante investigar los nexos académicos de los médicos, la historia de entrenamiento y las organizaciones profesionales a las que pertenecen, para establecer, ¿de qué manera, por ejemplo, el personal médico Colombiano ha tomado prestado los debates éticos sobre la consecución de órganos de otros ámbitos?, ¿cómo es traducida y bajo qué términos y metáforas la retórica de la "escasez de órganos" que ha permeado la sociedad Colombiana? ¿cómo han aparecido aquí los temas del altruismo y el mercadeo? Hasta cierto punto, la tecnología de trasplantes de Colombia está simultáneamente informada y transformada por contextos locales violentos e influencias internacionales. De la misma forma, la tecnología de trasplantes impulsa

una relación entre productor y consumidor que se conecta con el capitalismo transnacional.

En Colombia el presunto robo de órganos corre a través de inmensas comunas y barrios marginales. Sin embargo, sería interesante estudiar el robo de órganos no como un tema aislado, sino más bien la forma y naturaleza de las transacciones, como personas involucradas en su consecución.

Resumiendo, tenemos un sistema de trasplante de órganos con redes de consecución y asignación. Ambas redes tienen dos aspectos delicados: las transacciones de consecución y las de asignación. Así, una parte de la investigación sobre el tema debe "localizarse" en la práctica médica y el encuentro clínico, que incluiría la experimentación médica y las transacciones de consecución; la existencia de grupos de apoyo para quienes la negociación del significado del trasplante es fundamental para apoyarlo o disputarlo.

En las Universidades a los estudiantes se les enseña a habitar en ese lenguaje y a reforzar ciertas prácticas de interacción, a dar peso ético a ciertos problemas y no a otros. El tráfico de órganos se presenta a nivel mundial y no parece ser una fábula, sino una realidad, porque los entes encargados de la consecución, almacenamiento y apoyo científico del trasplante, estarían permeadas por quienes ofrecen grandes sumas de dinero para salvar sus vidas, o la vida de alguno de su familia. Los informes que hemos visto, apuntan a que existe dicho tráfico en forma clandestina y soterrada, lo cual es difícil de establecer, probar y sancionar, siendo una situación grave e irremediable sino se proyectan otro tipo de alternativas distintas a la donación.

No es ético, ni se puede permitir que ésta situación continúe, donde se comercialice con niños o personas fallecidas, o vivas, para extraer sus órganos o cadáveres a efectos de atender la salud de otras, porque el ser humano, aún después de muerto debe ser tratado con dignidad y respeto.

Ante la oferta de órganos que no afectan la vida, ofrecidos por medios masivos como el internet o periódicos, es el momento de estudiar la factibilidad de una ley nacional y transnacional que permita que el ser humano disponer de su cuerpo, siempre que no lo afecte en gran medida, ni afecte los derechos de otros.

## BIBLIOGRAFÍA

**American Academy of Pediatrics (Committee on Bioethics)** 1992 "Infantes con muerte cerebral como recurso de órganos: Consideraciones Éticas. pp. 1116-1119.

**Barney, L. D. And R. L. Reynolds** 1989 " Analisis Económico del Transplante de Organos. An Economic Analysis of Transplant Organs" en, Atlantic Economic Journal 17, pp. 12-20.

**Caplan, A. And Daniel H. Coelho** 1998 The Ethics of Organ Transplants. Amherst, Prometheus Books.

**Castillejo Cuellar, Alejandro:** "En la coyuntura entre la antropología y el trasplante de órganos humanos: tendencias, conceptos y agendas".-Antropólogo Universidad nacional de Colombia, Colombia. Máster en Estudios para la Paz, European University for Peace and Conflict Studies, Profesor asociado, Departamento de Antropología, Universidad de los Andes, Colombia.

### **Código penal colombiano**

#### **Tráfico de órganos humanos y ley penal**

Francisco Farfán Molina  
Procurador delegado ante la sala de casación penal  
Procuraduría General De La Nación

#### **Ley 919 de 2004**

#### **Ley 73 de 1988**

#### **Decreto 2493 De 2004**

#### **Constitucion Politica de Colombia de 1991**

**Corte Constitucional de Colombia**, sentencia SU-157/99

**Declaración Universal de los Derechos Humanos**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948,

**Diario El Mundo.** Madrid - España, UE. (2000,diciembre 4), Salud Subasta de órganos humanos en Internet. Extraído el 01 Mayo, 2006 de <http://www.el-mundo.es/navegante/2000/12/04/portada/975924267.html>

**Matesanz, R.** "Donación y Transplantes. El modelo español". Publicado por la Organización Nacional de Transplantes (ONT) de España .xtraído el 01 de mayo, 2006 de <http://www.latinsalud.com/articulos/00963.asp>

<http://www.rebellion.org/africa/040124mozambique.htm>.

[http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=99\\$4102080000\\$3273885&f=20060424](http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=99$4102080000$3273885&f=20060424)

<http://www.trasplantesorganos-bo.org/controversias.html>

<http://www.el-mundo.es/navegante/2000/12/04/portada/975924267.html>

[http://www.cursosparamedicos.com/newsite/pags/ac\\_cient/monos/maltrato\\_infantil.htm](http://www.cursosparamedicos.com/newsite/pags/ac_cient/monos/maltrato_infantil.htm)

<http://www.trasplantesorganos-bo.org/controversias.html>

<http://www.monografias.com/trabajos/dhumanos/dhumanos.shtml>