

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**COMO SE REGULA EL CONTRATO CORPORAL; LA TEORIA DEL NEGOCIO
JURIDICO, APLICACIÓN A LA COMPRAVENTA DE ORGANOS VIVOS, CON
LO DEUDOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS, A TITULO ONEROSO O
GRATUITO**

Presentado Por:

MARIO ANDRES OLIVEROS TINOCO

Código 3000315

Presentado a

RICARDO ARTURO ARIZA

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL**

2012

COMO SE REGULA EL CONTRATO CORPORAL; LA TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO, APLICACIÓN A LA COMPRAVENTA DE ORGANOS VIVOS, CON LO DEUDOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS, A TITULO ONEROSO O GRATUITO

La Ley 919 del 2004, expone que la venta de órganos perjudica la salud, por ello las partes del cuerpo humano no pueden ser objeto de transacciones comerciales en Colombia. Sin embargo existe en nuestro país y en algunos otros, un mercado donde los órganos humanos, adquieren un valor desmesurado, y ha venido creciendo ostensiblemente, un comercio ilegal de esta clase de órganos, haciendo que las leyes sean ineficaces. Así las cosas se trataran de dar una solución desde el punto de vista jurídico, a las personas que deseen en vida vender o ceder algún órgano.

I. ANTECEDENTES

El tráfico de órganos consiste en el transporte, cesión y compra de órganos con el fin de obtener un beneficio económico. Esta actividad se considera ilegal en gran parte del mundo. En las últimas décadas defensores de los derechos humanos han denunciado casos de presunto tráfico de órganos en China y otros países, como la antigua Yugoslavia y Mozambique. El tráfico de órganos es también el tema de una popular leyenda urbana. Existen pruebas de que en China se extraen habitualmente órganos a los presos condenados a muerte, con o sin su consentimiento. El disidente chino Harry Wu y la Laogai Research

Foundation acusan al gobierno chino de promover acusaciones y condenas espurias con miras a mantener un mercado próspero de tráfico de órganos¹.

Un informe de Michael E. Parmly apoya estas denuncias, precisando que los órganos de los condenados van a parar a personas adineradas de China y el extranjero. La ONG Human Rights Watch asegura que se obliga a los presos a firmar las autorizaciones. Portavoces del gobierno chino han admitido que en los hospitales del país se utilizan órganos procedentes de condenados a muerte, pero afirman que sólo en unos pocos casos y siempre con el consentimiento expreso de los presos. El 6 de abril de 2007, el gobierno chino aprobó una ley que prohíbe el tráfico de órganos y establece como requisito indispensable para la extracción que el donante ceda voluntariamente sus órganos.

La situación denunciada en China guarda una similitud sorprendente con un relato de 1967 del escritor de ciencia ficción Larry Niven, titulado «The Jig-Saw Man» («El rompecabezas humano»). Niven presenta un futuro en el que a los condenados a muerte se les obliga a donar todos sus órganos, compensando así la deuda contraída con la sociedad. La demanda creciente de órganos lleva a los legisladores a extender la pena de muerte a cada vez más conductas².

El último cuarto del siglo XX contribuyó, en la historia de los horrores de la humanidad, con una nueva forma de explotación del hombre por el hombre, el tráfico de órganos e investigaciones realizadas por distintos medios, periodísticos y organizaciones independientes han permitido esclarecer, al iniciar el siglo actual, sobre esta aberrante realidad, una luz a la que de todas formas se

¹ El primer país del mundo en trasplantes de órganos es Estados Unidos (50.000, todos registrados); el segundo, China. De esos 13.000 trasplantes, el 95% procede de prisioneros ejecutados. La fundación estima que cada año existen entre 8.000 y 10.000 aniquilados en los campos de trabajo. Entrevista a Harry Wu, El País de España, 28/7/2008.

² <http://es.wikipedia.org/wiki>

empeña en cubrir de sombras una cadena de intereses clavados de lleno en este negocio.

Por ejemplo, en Rusia el problema estalló cuando en 1993 se informó que una empresa de Moscú había extraído 700 órganos importantes, entre corazones, pulmones y riñones, 1.400 hígados, y 2.000 ojos, todos destinados a pacientes que pagaban elevados precios e internados en hospitales muy importantes de todo el mundo. Los donantes eran miles de cuerpos no reclamados que van a parar a las morgues.

En algunos países de América Latina, como Bolivia, Colombia entre otros, en los que coexiste la extrema pobreza con la injusticia social y la falta de atención por parte del estado para cubrir las necesidades básicas de la población, incluyendo el tratamiento dialítico para sustituir la función renal perdida, los ricos también publican anuncios en la prensa solicitando riñones que son ofertados por personas agobiadas por la pobreza. Y de la misma manera, estas personas desesperadas por satisfacer alguna necesidad básica con dinero, publican anuncios en la prensa bajo el título de "Dono Riñón" tratándose en la realidad de la oferta de un riñón para la venta.

La desesperación por seguir viviendo alimenta el aterrador negocio del tráfico clandestino de órganos humanos en el mundo, una actividad que no conoce fronteras ni límites. Por poner un ejemplo, sólo 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. 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 otros³.

II. El principio de no comercialización del cuerpo humano

Desde la antigüedad se consideró que el cuerpo humano y sus partes constitutivas quedaban excluidos del derecho patrimonial y por ende no podían ser objeto de ningún tipo de contrato, pero cuando descendemos en la fuente de tal principio nos encontramos con ciertos vacíos. Se trataría de una regla tradicional, de un axioma jurídico que nadie experimenta la necesidad de demostrar⁴. El respeto de la personalidad no constituyó un centro de interés para el derecho romano o para el intermedio. En el Código de Napoleón que tuvo gran influencia en la posterior codificación, de nuestro ordenamiento civil, aparecen algunas pistas que orientan al intérprete sin llegar a acuñarse una regla clara. En este sentido, el artículo 1128 de dicho cuerpo dispone que sólo puedan ser objeto de contratos las cosas que no están fuera del comercio.

El Código Francés no consagra un texto dirigido a situar a la persona fuera del comercio. Es que la regla parece tan evidente que nadie pensó en enunciarla. Después durante generaciones de juristas todos fueron repitiendo que la persona humana está por fuera de los contratos. Nadie discutió el principio, nadie experimentó la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizar. Identificar a la persona con el cuerpo humano atribuye a éste un emplazamiento propio en el ámbito jurídico y en cierto modo lo dota de un carácter sagrado, De hecho, frecuentemente se argumenta su indisponibilidad como dos caras de una misma

³ <http://www.cenatra.salud.gob.mx>

⁴ Mazeaud, L.: Los contratos sobre el cuerpo humano, en ADC.

moneda, acuñada singularmente por el pensamiento cristiano para preservar la dignidad natural de todo ser humano.

Por otra parte, antes de la evolución que en tiempos recientes ha experimentado la biología y en especial las ciencias médicas, la posibilidad de realizar actos de disposición o contratos sobre el cuerpo humano y sus partes parecía una hipótesis de academia. El carácter sagrado de la persona arrastraba a su soporte material. Ahora, el panorama sufre un cambio sustancial al impactar sobre el cuerpo, sus partes y sus productos, los recientes avances científicos y su correlativa valoración en otros campos, lo que impone la necesidad de adoptar nuevos criterios tanto en el ámbito jurídico como en el ético respecto a la disponibilidad y la comercialidad del cuerpo, sus partes por minúsculas que fueren y sus productos. En esta dirección se afirman que el conocimiento y la valorización del cuerpo humano constituyen una de las mayores conquistas del hombre, destacando la exigencia de crear un sistema de normas y de culturas orientadas a la tutela y a la afirmación de la dignidad corporal⁵.

Para introducir en el debate de la nueva realidad basta con referirnos a temas tan relevantes como el trasplante de órganos y tejidos, la utilización de seres humanos en la investigación científica, el alquiler de úteros para concebir un ser en cuya conformación genética no interviene la “madre de alquiler”, las posibilidades abiertas con la fecundación médica asistida y el patentamiento de partes del cuerpo humano, incluyendo un gen o una secuencia parcial del mismo, embriones, células madres, líneas celulares, etc. Jamás, excepto durante el

⁵ Berlinguer, G. – Garrafa, V.: O mercado humano, Edit. UNB, Brasília 1996.

período de la esclavitud y la servidumbre se había transformado al cuerpo humano en mercancía en tan amplia escala.⁶

Estas situaciones respecto a cuya frecuencia no es necesario extenderse crean para la bioética un conjunto de problemas y dilemas muy complejo, en elaboración y solución. Junto a los espectaculares avances científicos que han modificado la concepción del mundo viviente, se observa un interés económico por participar en nuevas esferas del mercado, que ofrecen altas rentas y que prometen aún mayores beneficios, vinculados al cuerpo, sus partes y sus productos. Es que las nuevas tecnologías de la vida han invadido todas las órbitas del mundo natural originando una importante competencia entre los asistentes al mercado, conflictos en cuya trama lamentablemente se encuentra involucrado el cuerpo humano. Ya no se trata de hipótesis inconstantes sino de problemas actuales que es necesario enfrentar para rescatar algunos de los principios fundamentales de nuestra civilización, entre ellos y en forma preponderante el respeto a la dignidad de la persona humana.

En este mercado, se ha incorporado al debate un nuevo agente, con un papel protagónico esencial, se rige por reglas y principios que nada tienen que ver con la ética ni con la bioética y que ejercen una influencia muchas veces decisiva sobre los poderes del estado. Ahora al no solucionarse por parte de las legislaciones del mundo, la posibilidad de la venta de órganos humanos, lo que se está generando es un mercado negro, ya que las personas por necesidad muchas veces prefieren vender sus órganos, o contrario sensu habrá algunas que lo harán por razones netamente, humanitarias con el fin de pretender salvar la vida de personas, que necesitan con carácter urgente de algún órgano que

⁶ Berlinguer, G.: Bioética cotidiana, Siglo XXI Ed., México 2002.

pueda prolongar la vida de los mismo y que para tal fin están dispuestas a pagar sumas grandes de dinero.

III. De la unidad del cuerpo a su desintegración y reconstrucción

Las ciencias han logrado significativos avances a partir de la segunda mitad del siglo pasado especialmente en el campo de la biología molecular, la bioquímica, la nueva genética, la genómica, etc. El hombre ha llegado no sólo a dominar aspectos relevantes de la naturaleza, sino que paralelamente se ha convertido en un ingeniero que puede manejar la variabilidad y la riqueza biológica. Se trata de una nueva era cultural cuyos rasgos tenemos que comenzar a esbozar. Hoy, los trasplantes de órganos, de médula, la utilización directa de genes como arma terapéutica, el perfeccionamiento de las técnicas de fecundación asistida, la amenaza de la clonación reproductiva humana, la utilización de líneas celulares cultivadas en laboratorio, la fecundación in vitro, el patentamiento de genes, el alquiler de úteros, etc., nos brindan una nueva imagen del ser humano y de su cuerpo.

La deconstrucción y la paralela reconstrucción del cuerpo humano adquiere por momentos dimensiones tales que nos muestran un mundo para el cual no estamos suficientemente preparados en el orden moral pues como muy bien lo señalara Queraltó, “los modelos de comprensión de la realidad que tiene a mano el hombre se forjaron en condiciones históricas diferentes.”⁷ Cuando fundamos el respeto y el principio de no comercialidad del cuerpo, lo hicimos partiendo de su unidad, unidad que hoy está puesta en tela de juicio. La idea de la dignidad humana como razón última de la no comercialidad del cuerpo estaba, hasta no

⁷ Queraltó, R.: Ética, tecnología y valores en la sociedad global, Edit. Tecnos, Madrid 2003

hace mucho tiempo, referida a la unidad biológica del individuo. No existían razones para concebirlo en forma distinta. Pero ahora, ¿esa idea de dignidad humana, es aplicable a todo lo humano, aun cuando esté separado del cuerpo? Es extensible la idea de dignidad a un órgano, a un tejido, a una línea celular, al genoma, a los elementos que lo integran?

En qué medida puede intervenir el mercado en la compra de un órgano, de un tejido, de sangre, de esperma, de ovocitos, o en el patentamiento de genes y de secuencias de genes? A la luz de esta nueva realidad, la dignidad que se le reconoce al cuerpo como sustento material de la persona, se esfuma?

Estos temas han sido materia de profunda reflexión y resulta muy ilustrativo repasar algunas de las elaboraciones que lo abordan. Se reconoce que en la literatura bioética la dignidad del cuerpo humano generalmente es asociada a la idea de integridad del cuerpo. Esta manera de describir es de hecho parcial. Holística y simbólica, ella es implícitamente hostil al pensamiento tecno científico que analiza y opera, separa, distingue e identifica. Muy rápidamente la famosa diferencia antropológica considerada como antológicamente fundante de la dignidad intrínseca del cuerpo humano se desvanece a nivel orgánico, celular, génico y de las proteínas. Compartimos con los otros organismos vivos (comprendidas plantas y microorganismos) una multitud de identidades y una diversidad de diferencias que la tecno ciencia explota siempre primero.

La conclusión que los “límites” del cuerpo humano y de su dignidad son problemáticos en el tiempo y en el espacio. La realidad que nos circunda nos desafía constantemente a ensayar nuevos argumentos y a realizar

construcciones para poder encajar principios que consideramos fundamentales, a la luz de los cambiantes escenarios.

Al analizar los problemas y dilemas que genera la reconstrucción del cuerpo, se pregunta ¿cuándo pasamos del cuerpo en su integridad a sus partes más y más pequeñas, es válido utilizar el mismo criterio? Aquí ya no existe el ser humano, el cuerpo dividido no es más el individuo, ¿hasta qué nivel es sensato reconocer aquí lo menos de lo humano y asignarle una dignidad? En el órgano o en el tejido la biología parece menos clara en el individuo, biológicamente la forma humana permanece aquí identificable, socialmente la persona está presente en la donación que pueda hacerse de ellos. Por eso, es frecuente aunque amenazante el rechazo de verlos tratados como cosas. Pero, descendiendo en la escala más abajo aún, he aquí la célula, el gen, la proteína. En la medida en que se borra todo tratamiento específico de humanidad, ¿qué queda aquí de humanidad?

Bien, el nuevo panorama de la utilización de las partes del cuerpo o sus productos nos llama a elaborar principios que contribuyan a sentar criterios dirigidos a reafirmar el principio de dignidad. En esta tarea, cabría interrogarse acerca de si el principio de dignidad vinculado con el cuerpo debe comprender a las partes y a los productos del mismo? He aquí un interrogante fundamental. La dimensión algunas veces imperceptible de los elementos componentes del cuerpo humano, no puede llevar a cosificarlos, sin comprometer la idea de dignidad que se le reconoce. Sea integrándolo anatómica o fisiológicamente; sea como elementos separados del cuerpo, no pueden en momento alguno perder su naturaleza humana y ser considerados cosa”. Un órgano, un tejido, un gen o una proteína, aisladas del cuerpo, no mutan su naturaleza ni adquieren un carácter distinto. Siguen siendo un órgano, un tejido o un gen humanos.

La idea de dignidad en la que se funda el principio de no comercialización del cuerpo humano debe necesariamente extenderse a sus elementos componentes y a sus productos, es decir a todo lo que nos concierne como especie. La técnica no puede llegar al extremo de cosificar al cuerpo fragmentado, aun cuando dichos fragmentos carezcan de dimensión o no sean perceptibles por el ojo humano. Se ha señalado por parte de algunos autores que el genoma no es sagrado, que lo sagrado son los valores o la idea que nosotros construimos de la humanidad. Si aceptamos que una parte aislada del cuerpo o un producto puedan entrar en el comercio e ingresar en el mercado, habremos dado un gran paso en falso al iniciar un camino, tal vez sin retorno que conduzca a la cosificación de lo humano. Habremos renunciado a la dignidad que simbólicamente atribuimos al hombre, banalizando al ser humano y justificando que el hombre desprovisto de sus valores humanos, se prepara para convertirse en un objeto de valor.

Las categorías jurídicas tradicionales resultan inadecuadas para ordenar la materia. Entre la persona y la cosa haría falta instituir a la cosa de origen humano y con finalidad humana cuyo estatuto apuntaría a encasillar los mecanismos de mercado que amenazan colocar al cuerpo humano dentro de la lógica de producción, lógica que por otra parte está instalada en otros sectores. El derecho debe impedir que ello ocurra llevando la noción de fuera de comercio al campo más amplio de fuera del mercado. La elaboración de los regímenes jurídicos en esta materia pasa, por las cualificaciones que apuntan a distinguir entre las diversas situaciones a manejar. El cuerpo humano puede ser concebido junto a la persona que lo constituye o como elemento separable o separado de la persona, es decir como producto humano.

Las cualificaciones particulares a estas dos situaciones podrían encontrar una unidad en las finalidades y conocimientos que permiten aprehender la vida, incluso el género humano como un patrimonio a la vez biológico y cultural, que se trata de preservar más que de explotar. Constituye indiscutiblemente una tarea compleja y no exenta de dificultades que convoca necesariamente a lo interdisciplinario, el establecer el estatuto del cuerpo humano y sus partes a la luz de los avances señalados en las ciencias de la vida. Pero estas dificultades de cualificación entre las clásicas categorías del derecho privado, persona o cosa, no pueden llegar al extremo de hacernos olvidar la esencia de lo humano y su representación. El derecho no puede desentenderse en este campo de valores que consideramos fundantes de la civilización, so pena de convertirse en un catálogo de normas deshumanizadas.

Ya con mucha antelación a las leyes francesas sobre bioética, se había planteado si cabe preguntarse acerca de si los contratos relativos al cuerpo humano deberían someterse a un régimen jurídico autónomo y derogatorio del derecho común de las convenciones. Se ha considerado que los avances de la ciencia muestran que el cuerpo se presenta como un objeto jurídico nuevo. La imposibilidad evidente de recurrir a las categorías tradicionales fundadas en la existencia de procesos naturales no modificables impone la revisión de tales categorías, mas no excluye la necesidad de determinar los principios de referencia, sea en la legislación o sea en la reconstrucción científica que se proyecten a restituir al cuerpo la unidad perdida por los efectos de la descomposición en partes y funciones, a lo que conduce irreversiblemente las innovaciones científicas y tecnológicas.

Se impone en consecuencia la elaboración de un verdadero “estatuto del cuerpo humano”, no sólo con la finalidad de renovar las categorías jurídicas

tradicionales, sino también con el fin de evitar que el cuerpo desintegrado en su estructura y funcionalidad se convierta en una mercancía más que ingresa al mercado, y pueda ser sometido a sus leyes. Es un imperativo no sólo jurídico sino esencialmente ético.

IV Los órganos humanos y su adquisición:

El problema planteado, debe ser solucionado o al menos ser objeto de estudio, por parte de los Estados, donde se está generando este fenómeno. Si bien es cierto lo que hoy en día se tipifica como delito, es el precio que se le da a algunos órganos del cuerpo humano. Porque la donación que se hace en vida y a título gratuito, pero que se hace efectiva una vez, la persona fallezca no tiene ningún inconveniente. Esta modalidad contractual solo parece en el mundo del derecho luego que las partes separadas del cuerpo comiencen a tener utilidad práctica, debido al avance de las ciencias médicas y al descubrimiento de nuevas técnicas quirúrgicas. Es claro entonces que solo en el momento que surjan los trasplantes de órganos como una realidad afortunada, para la prolongación y el mejoramiento de la vida humana, aparecen de manera coetánea una serie de negocios jurídicos nuevos no regulados expresamente por las legislaciones en las diferentes partes del mundo. Dichos contratos, por medio de los cuales una persona cede a otra una parte corporal, pueden pretender un fin humanitario o un propósito lucrativo.

La totalidad de las legislaciones civiles del mundo, aceptan la eficacia de los actos de disposición corporal celebrados a título gratuito. Por estar encaminados a realizar actos socialmente admirables, dirigidos a fines claramente humanitarios, y no desconocer las nociones de orden público, la ley las buenas

costumbres, el respeto a la religiosidad de la muerte y la sacralidad del cuerpo humano. La donación en términos generales es un contrato pues exige un cuerpo de voluntades entre donante y beneficiario. Se dice que es un contrato unilateral, en razón de que solo una de las partes se obliga. El donante, el receptor por su parte a nada se obliga.

Para un sector de la doctrina civil viene a ser una convención distinta a la donación de órganos. Según ellos, concuerdan en el hecho de que ambas se disponen de algo en forma gratuita, por la naturaleza de la cosa es diferente en cada caso. La donación civil se basa en bienes muebles o inmuebles que conforman parte de un patrimonio del obligado, mientras que los órganos no pueden considerarse, en principio como elementos que integran un patrimonio económico⁸. Los mismos autores le niegan a los órganos humanos la categoría de bien económico integrante del patrimonio, ya que consideran que un bien es una cosa que reúne básicamente tres características, la apropiabilidad, utilidad y un valor económico. Las partes anatómicas del cuerpo humano no reúnen, el último requisito, es decir no tiene un valor económico. Este es el motivo por el cual afirman, que el contrato de donación de órganos, donde se dispone de partes del cuerpo, no se busca generar riqueza en el receptor, ya que por ejemplo, el riñón que este reciba no le va a incrementar su patrimonio económico. En la donación civil al contrario, el acreedor de la obligación si se enriquece con la entrega del bien evaluable económicamente.

Sin desconocer la viabilidad y la lógica del argumento planteado, cabe anotar sin embargo que el contrato de donación de órganos y componentes anatómicos si se generan consecuencias económicas, aunque a ellas se las puede calificar de indirectas. Es el caso del enfermo renal que como corolario del riñón donado, luego que se realiza la operación de trasplante, puede llegar a un grado de

⁸ Los Trasplantes de Órganos. Editorial Universidad del Rosario. IGNACIO HERNANDEZ HENRIQUEZ. 2000.

curación que le permita trabajar, y con lo que reciba por ello, mantenerse económicamente él y su familia, generando unos efectos patrimoniales. De todas formas sea la donación de órganos humanos una donación exacta a la civil o un acto jurídico con características especiales, lo único cierto es que su aceptación como acto válido es unánime en todas las legislaciones civiles del mundo, ya sea que la cesión ocurra entre vivos, entre vivos con efectos después de la muerte del cedente, o que la realicen los deudos de este.

La donación de órganos humanos es entonces un contrato gratuito, y por lo general solemne, por el cual una persona cede a otras partes de su cuerpo o del cuerpo de un familiar fallecido, con el fin de que este sane de la enfermedad que la queja o mejore sus condiciones de vida⁹. Pero si los contratos corporales a título gratuito no denotan mayores problemas de aceptación en el ámbito legislativo y doctrinario, los negocios jurídicos sobre componentes anatómicos en los que medie algún tipo de compensación económica por el órgano cedido, representan un punto sobre el cual las opiniones se encuentran divididas.

Un sector importante de la doctrina se opone radicalmente, a que exista retribución económica en este tipo de contratos, argumentado que tanto el ser humano vivo como el muerto son *Res Extracommercium*¹⁰, razón por la cual no existe un derecho de propiedad tradicionalmente, ni sobre los órganos en vida ni sobre los del cadáver, y que menos aún tendrá los deudos dicha facultad, y por ello no puede disponer onerosamente del cuerpo humano sin vida. En consecuencia, cualquier contrato corporal donde exista contraprestación económica, será declarado nulo y sin efectos civiles, por adolecer de objeto

⁹ Dworkin, Ronald. *El Dominio de la Vida*. Editorial Ariel Barcelona 1997.

¹⁰ *Res extra commercium* (lat . "una cosa fuera de comercio") es una doctrina originaria de la ley romana, sostiene que ciertas cosas no pueden ser objeto de derechos privados, y por lo tanto no susceptible de ser comercializado.

ilícito, en la medida en que las prestaciones que de él se derivan son prohibidas por la ley, y además porque el cuerpo humano está fuera del comercio¹¹.

En este orden de ideas, son dos las razones que fundamenta la ilicitud del objeto en los contratos corporales onerosos, por un lado la prohibición legal, y por otro los motivos normativos que consideran al ser humano fuera del comercio¹². Otro sector doctrinario estima que se deben considerar jurídicamente válidos los contratos corporales a título oneroso, en los cuales el objeto de la prestación sean órganos o miembros que no imposibiliten ni menoscaben el pleno e ininterrumpido funcionamiento del organismo humano para llevar una vida normal. De esta forma el hombre podría vender adecuada y racionalmente parte de su sangre, de sus tejidos regenerables, como la medula ósea, un riñón. Porque aunque reciba un beneficio económico, con ello está contribuyendo a mitigar un dolor humano, lo cual legitima el acto. Cuando los negocios jurídicos de disposición sobre el propio cuerpo entrañen una disminución permanente de la integridad física, sean de otro modo contrario a la ley, orden público o buenas costumbres, serán declarados nulos en absoluto y, por lo tanto, no exigibles jurídicamente. Los contratos corporales onerosos sobre cadáveres también deben permitirse según esta teoría, ya que en lo social es mucho más importante la posibilidad de salvar una vida humana que los conceptos ancestrales de sacralidad de la muerte o intangibilidad del cuerpo sin vida. En síntesis, esta doctrina señala que las transacciones onerosas sobre órganos deben ser consideradas lícitas, siempre que tengan como finalidad salvar una vida, porque cualquier acción en este sentido debe ser estimada como jurídicamente viable. Tal postura parece ser razonable, aunque son los matices culturales e históricos, de cada colectividad los que en un momento dado ensanchan o reducen el radio de validez de los negocios jurídicos corporales a título oneroso.

¹¹ Curso de Obligaciones, Universidad de los Andes. EDUARDO ALVAREZ CORREA. 2000

¹² El tráfico de Órganos humanos. En revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. 2004

Como se expuso anteriormente uno de los requisitos de validez del acto jurídico es la ilicitud del objeto y la causa. Objeto y causa ilícitos son aquellos contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres. Si hablamos del objeto ilícito en materia de contratación corporal onerosa, esto significa que las prestaciones en si misma consideradas, es decir las obligaciones de dar un órgano, de una parte, y obligación de dar dinero a la otra, están prohibidas por la ley y, por ende, adolecen de objeto ilícito. Esto equivale a considerar el problema en abstracto, y de esta manera declarar nulo y sin efecto todo contrato corporal oneroso, por cuanto las prestaciones que de él se derivan están en contradicción o pugna con la ley imperativa. Esta es la situación actual en Colombia con respecto a esta clase de transacciones.¹³

Sin embargo, los actos jurídicos onerosos sobre partes del cuerpo humano no deberían estar siempre cobijados por un objeto ilícito derivado de una expresa prohibición legal, ya que no es aconsejable establecer genéricamente la solución de ese conflicto. Lo que se debe analizar en cada caso es, los móviles de acto, como, cuando y hasta qué punto esa disponibilidad se torna lícita o ilícita. De este modo nos trasladamos del terreno del objeto al de la causa. En este orden de ideas, actos como enajenar la propia persona, o contratos por medio de los cuales una de las partes (acreedora), queda facultada para inferir un daño a la integridad de otra persona, deberían ser declarados nulos en absoluto y desprovistos de eficacia y exigibilidad, por adolecer de objeto ilícito, ya que contiene prestaciones abiertamente contrarias a la Constitución, a la dignidad de la persona, al orden público y a las buenas costumbres.¹⁴

Pero otro tipo de negocio jurídico, tales como enajenar un órgano del cuerpo, cuya extracción no apareje un daño para la salud del cedente, vender un órgano

¹³ Las leyes 919 del 2004, artículo 1, y 73 de 1988 artículo 7, prohíben el tráfico de órganos.

¹⁴ Lucio Herrera. Justificación legal de la muerte a los fines de trasplante de órganos. Revista de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. 2002

de su futuro cadáver, o los componentes anatómicos de un deudo, no se los debiera declarar absolutamente nulos por adolecer de objeto ilícito. Es decir, que la ley no debería prohibir en forma expresa. Se debe admitir legalmente este tipo de acuerdos, y en cada caso analizar los motivos determinantes que indujeron a las partes a concluir dicho negocio a título oneroso, con lo cual el análisis se desplazaría de los linderos del objeto al de la causa.

V. Hipótesis por medio de la cual se puede donar órganos:

En la práctica existen en Colombia diversos mecanismos por medio de los cuales las personas pueden obtener uno o varios componentes anatómicos con el propósito de utilizar posteriormente en una cirugía sustitutiva o en una investigación de tipo médico – científico. En seguida será precisadas de manera genérica las diferentes alternativas de acceso a órganos humanos, no sin antes aclarar que solo algunas de ellas son consideradas lícitas, y otras, por lo contrario, no son aceptadas por el derecho colombiano como medio válido para conseguir el efecto que se desea. Las múltiples formas de obtener un órgano humano son:

De Vivo a Vivo: En este caso se trata de disposiciones realizadas en vida y por el cedente para que tengan efecto antes de su muerte; es el caso de quien cede en vida uno de sus riñones para que sea trasplantado a otra persona con problemas de índole renal. La doctrina ha venido exigiendo como requisito fundamental para realizar actos de esta naturaleza, que el órgano cedido sea de aquellos denominados pares o simétricos; es decir, que los órganos únicos, en principio, solo es posible obtenerlos de cadáveres. Según la naturaleza del acto dispositivo, una persona viva puede donar o vender sus órganos para que sean extraídos antes de su muerte.

Donación: La donación de componentes anatómicos es un “Contrato de naturaleza especial, pues en él participan dos voluntades (la del donante y la del receptor), que se dirigen recta y reflexivamente a crear para quien dona la obligación de dar (contrato unilateral), aunque no genera pago o contraprestación debido a su naturaleza gratuita y de beneficencia”. Por lo general es un contrato solemne, por medio del cual una persona entrega a otras partes de su cuerpo, con el fin de que esta sane de la enfermedad que la aqueja o por lo menos mejore sus condiciones de vida. (Este contrato se celebró mediante documento público o privado autenticado legalmente, o suscrito ante dos testigos hábiles).

Esta solución es aceptada en todo el mundo, siempre y cuando que la donación tenga por objeto un órgano simétrico cuyo retiro no ocasione perjuicios o mutilaciones graves para el donante vivo. Por regla general, el órgano extraído en las condiciones planteadas, debe estar destinado a un trasplante necesario desde el punto de vista terapéutico. Para propósitos de investigación científica se prefiere los órganos ablacionados de un organismo muerto.

Venta: Que las leyes civiles definan la compraventa como un “contrato bilateral, oneroso, conmutativo y por regla general, consensual, en el evento en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se denomina precio. Partiendo de esta definición, e independientemente de la eficacia del acto jurídico celebrado, la compraventa, desde el punto de vista factico, resulta ser un medio idóneo para obtener un órgano humano que se va a utilizar para alguna de las finalidades ya planteadas. Es el caso del enfermo renal crítico que requiere de diálisis para no morir: “El tratamiento de dos sesiones semanales promedio, le significa una erogación mensual de \$3.5 a 4 millones de pesos.”¹⁵ El trasplante renal solución definitiva, vale cerca de 1.5 millones de pesos, pero no a resultado fácil que alguien le done un riñón, o acceder a él por medio de un banco de órganos. Así

¹⁵ GLORIA MOANACK. Donación de Órganos. Cuando y Como, en el Tiempo, Bogotá abril 28 de 1987.

las cosas, decide comprarlo directamente a una persona determinada. En el momento en que la persona enferma y aquella a la cual le va a ser extraído el riñón, logran un acuerdo sobre cosa (órgano) y el precio (en dinero o en especie), se ha perfeccionado un contrato de compraventa, que por lo general es consensual.

De Muerto A vivo: También es posible que una persona en vida disponga de sus órganos, corporales, para que la eficiencia del acto dispositivo se cumpla luego que hubiese fallecido. Este es el sistema que se conoce con el nombre de disposición realizada en vida, con eficiencia post mortem. Tal declaración de voluntad debe ser respetada inexcusablemente en caso de que reúna determinados requisitos de validez, tales como provenir de personas capaz mayor de 18 años, estar libre de vicios y constar en documento público o privado suscrito ante dos testigos hábiles. Tal manifestación, expresada en la forma antedicha prevalece siempre sobre la de los deudos.

En algunos ordenamientos jurídicos se puede realizar cesiones corporales mediante testamento o con una tarjeta especial diseñada para llevar consigo, en la cual se consigna una autorización expresa para que, en caso de muerte, le puedan extraer al aportador determinados órganos de su cuerpo. Estas partes corporales se depositaran en un banco de órganos o se entregaran a un beneficiario, según conste en la respectiva tarjeta, que para tales efectos constituye una especie de testamento vital. Como lógico la naturaleza del acto dispositivo puede variar, según los motivos que impulsen la decisión del cedente sean la solidaridad humana o el lucro económico.

Donación: En el primer caso nos encontramos ante una donación realizada en vida para que tenga efecto después de la muerte del donante. Las precisiones en este aparte no son sustanciales distintas a las realizadas para la donación de órganos entre vivos, con la única diferencia de que en este caso se puede ceder

órganos únicos, ya que no es posible que se causen perjuicios graves al cadáver objeto de la extracción del órgano. En este sentido, pueden donarse órganos únicos (tales como el corazón y el hígado), como también órganos pares (por ejemplo los riñones y las corneas), para que sean ablacionados luego que muera el cedente.

“Tanto la extracción de órganos humanos como la eutanasia están fundados en la solidaridad social, luego entonces resulta intercambiables las reglas que se le aplican al primero respecto del segundo, por analogía *in bonam partem*. Son tan parecidos los fenómenos que da la doctrina, cuando trata de la extracción de órganos para efectos de trasplantes, la denominada *eutanasia solidaria*”

Venta: Si la causa del contrato corporal es el beneficio económico o patrimonial, nos encontramos ante una venta de órganos realizada en vida para que tenga efecto después de la muerte del vendedor: No obstante lo controvertido del punto, el mecanismo planteado es hipotéticamente eficaz para lograr un efecto, como lo es el obtener un componente anatómico para cualquiera de los propósitos citados con antelación. Ahora bien a diferencia del contrato de compraventa de órganos entre vivos (consensual), el que ahora nos ocupa debería en principio celebrarse por escrito, en procura de la efectividad probatoria. Este convenio deberá estar sometido, además, a una condición suspensiva, es decir que solo al ocurrir la muerte del vendedor, es posible exigir la entrega del componente anatómico.

VI. Disposición de componentes anatómicos por parte de terceros (deudos): Una tercera forma de obtener un órgano humano es por medio de la disposición que puedan realizar los terceros respecto a los componentes anatómicos de su familiar fallecido¹⁶. Un presupuesto básico para que resulte

¹⁶ Sanguino Madarriaga, Alirio. Trasplantes de órganos y sus implicaciones medico legales. Medellín. Editorial Lealon.

viable alternativa es que la persona ante de su fallecimiento no hubiere expresado su voluntad sobre el destino que debe tener sus órganos después de su muerte. En principio, la mayor parte de las legislaciones respetan la voluntad del difunto en caso de disposiciones corporales; pero a falta de voluntad expresa en tal sentido, a ella la pueden suplir los familiares del difunto, según un orden de preferencia primordial y excluyente. Solo determinadas personas o parientes adquieren la calidad de deudos para estos efectos. Entre ellos se incluye el cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, así como los padres y los hijos adoptivos. Según la naturaleza del acto realizado por los familiares, los órganos se donan o se venden.

Donación: Casi ninguna Constitución del Mundo ni otras norma legal de inferior categoría han definido quién es el propietario del cadáver. “Simplemente, las tradiciones culturales hacen aparecer a los deudos o familiares como los dueños del mismo”. Estos parientes solo están facultados, en principio, para darle sepultura al cadáver, según la tradición predominante en cada medio social. Pero en la práctica les resulta factible adoptar otro tipo de determinaciones respecto al cuerpo sin vida de su familiar. Es así como mediante la donación, acto gratuito motivado en un sentimiento solidario frente al dolor de otro ser humano, los deudos pueden ceder determinados órganos del cadáver de su familiar fallecido para que se trasplante a un organismo que los requiera, o para utilizar con propósito investigativos o científicos. Las características de tal acto son, a grandes rasgos, similares a las puntualizadas en los incisos anteriores, donde se trató la cesión corporal a título gratuito¹⁷.

Venta: No siempre los deudos de un difunto son susceptibles de ser animados por sentimientos caritativos y de amor al prójimo. En determinadas ocasiones espera un beneficio de tipo patrimonial para autorizar o permitir la extracción de

¹⁷ Ospina Fernández, Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Segunda Edición. Bogotá. Editorial Temis.

uno o más órganos de su familiar fallecido. Se estructura así un contrato de compraventa que no ha sido de mayor aceptación en las legislaciones del mundo, pero que constituye una alternativa real de acceso a un órgano humano.

VII Acceso a una parte corporal por medio de un trámite ante un banco de órganos: Los bancos de órganos “son instituciones sin ánimo de lucro que se dedican a la obtención, preparación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos distintos de la sangre”. Estas entidades necesitan para su funcionamiento una aprobación de tipo gubernamental y una licencia otorgada por el Ministerio de Salud. Los bancos de órganos existen en todas partes del mundo, con propósito y estructura, institucional similar. Tales organismos actúan como intermediarios sin ánimo de lucro entre los donantes de órganos y las personas o entidades que los requieren.

En algunas legislaciones, “como la cubana o la soviética, se acepta el sistema de la socialización, del cadáver, de manera que el cuerpo de la persona fallecida tiene como único titular a la sociedad”. Así las cosas, el cuerpo inerte pasa a pertenecer al colectivo social, aun en caso de que la persona hubiere ejercido en vida su derecho de oponerse a la extracción de sus órganos. Las sociedades que adopten este sistema, luego que se extraen los órganos, los envían a los diferentes bancos para que ellos se encarguen de distribuirlos y suplir las necesidades de tipo terapéutico o investigativo o en el respectivo territorio.

VIII. Compraventa de órganos adquiridos contra la voluntad del cedente o sin el consentimiento de los deudos, en el caso de los cadáveres

Una última forma de obtener un órgano humano con fines de trasplantes es comprarlo a alguien que lo obtuvo contra la voluntad de un cedente o sin el consentimiento de los deudos, si se trata de un cuerpo humano sin vida. Éste lo

ejercen personas que clandestinamente se apoderan de partes corporales, bien sea de una persona viva o de un cadáver, para más tarde venderlas a pacientes que las requieren para satisfacer una necesidad somática.

La clandestinidad del apoderamiento consiste básicamente en que los órganos se obtienen causando lesiones personales (Vg., secuestro de niños para privarlos de sus órganos visuales), es decir, contra la voluntad del cedente; o sin el consentimiento de los deudos (como en el caso en que, después de un accidente de tránsito que produjo el deceso de alguien, se le extraigan las córneas y los riñones de manera subrepticia y sin autorización de ninguna índole).

Cumplido este hecho, por el cual una persona se apodera del componente anatómico concreto, debe someterlo a un proceso de conservación Adecuado para evitar su deterioro o pérdida. La técnica de preservación es importante, en la medida en que ésta ciertamente determina la viabilidad del órgano y el éxito final del respectivo transparente¹⁸. Por este motivo, una preservación realizada en condiciones irregulares puede suscitar un rechazo orgánico, lo cual a su vez se traduce en un riesgo para la integridad física del paciente receptor¹⁹.

Luego de aplicad la técnica de conservación durante un lapso temporal que puede ser de varias horas o días, se transfiere el órgano mediante compraventa y se estructura así otra posibilidad fáctica de obtener una “medicina” que posibilite la prolongación o mejoramiento de una vida.²⁰

¹⁸ ARCIENGAS MARTINEZ, GUILLERMO AUGUSTO. Los trasplantes de Órganos Humanos y el consentimiento del sujeto pasivo. Universidad Externado de Colombia. Tesis de Grado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1984

¹⁹ Corredor Beltrán Diego. Aspectos médicos legales de los trasplantes de órganos. En revista de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia.

²⁰ Herrera Monsalve, Gladys Teresa. La manipulación genética a la luz del derecho penal. Eco Ediciones 2001.

Biografía

1. <http://es.wikipedia.org/wiki>
2. <http://www.cenatra.salud.gob.mx>
3. Mazeaud, L.: Los contratos sobre el cuerpo humano, en ADC.
4. Berlinguer, G. – Garrafa, V.: O mercado humano, Edit. UNB, Brasilia 1996.
5. Berlinguer, G.: Bioética cotidiana, Siglo XXI Ed., México 2002.
6. Queraltó, R.: Ética, tecnología y valores en la sociedad global, Edit. Tecnos, Madrid 2003
7. Los Trasplantes de Órganos. Universidad del Rosario. IGNACIO HERNANDEZ HENRIQUEZ.
8. Dworkin, Ronald. El Dominio de la Vida.
9. Curso de Obligaciones, Universidad de los Andes. EDUARDO ALVAREZ CORREA.
10. El tráfico de Órganos humanos. En revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes.
11. Las leyes 919 del 2004, artículo 1, y 73 de 1988 artículo 7, prohíben el tráfico de órganos.
12. Lucio Herrera. Justificación legal de la muerte a los fines de trasplante de órganos. Revista de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia.
13. GLORIA MOANACK. Donación de Órganos. Cuando y Como, en el Tiempo, Bogotá abril 28 de 1987.
14. Los trasplantes de Órganos Humanos y el consentimiento del sujeto pasivo. Universidad Externado de Colombia.
15. Corredor Beltrán Diego. Aspectos médicos legales de los trasplantes de órganos. En revista de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia.
16. Herrera Monsalve, Gladys Teresa. La manipulación genética a la luz del derecho penal. Eco Ediciones 2001.