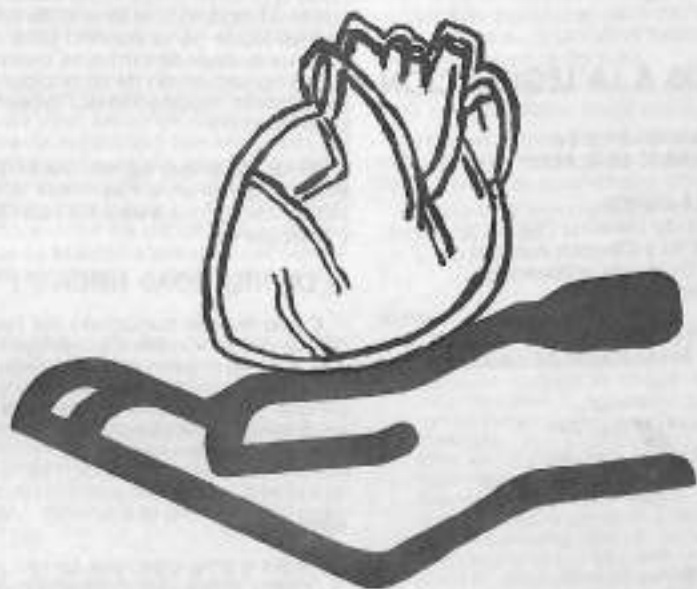


# TRANSPLANTE DE ORGANOS EN EL PERU



**CARLOS CARDENAS QUIROZ**

Abogado, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú

*A mi buen amigo José M<sup>a</sup> Castán,  
con entrañable afecto.*

## COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN

### TRANSPLANTE DE ORGANOS EN EL PERU

CARLOS CARDENAS QUIROS

Abogado, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y en el Pontificio Universidad Católica del Perú.

### NOTAS ACERCA DE LA REGULACION LEGAL DE LA EXTRACCION Y TRANSPLANTE DE ORGANOS

#### SUMARIO

- I. INTRODUCCION.
- II. LA INTEGRIDAD FISICA.
- III. EXTRACCION DE ORGANOS PARA TRANSPLANTE DE UNA PERSONA VIVA A OTRA.
- IV. DISPOSICION TOTAL O PARCIAL DEL CUERPO DE UNA PERSONA EFECTUADA EN VIDA DE ESTA PARA DESPUES DE SU MUERTE.
- V. EXTRACCION DE ORGANOS PROVENIENTES DE CADAVERES.
  - A. Naturaleza jurídica del cadáver.
  - B. El asentimiento para la extracción de órganos: los sistemas legislativos.
  - C. Fallecimiento sin haber autorizado la utilización de órganos para trasplante.
  - D. Caso del cadáver no identificado o abandonado.
  - E. Fallecimiento como consecuencia de accidente.
- VI. CONCLUSION

#### I. INTRODUCCION

La reforma de la Ley N° 23415 del 1 de junio de 1982, que regula los trasplantes de órganos y tejidos de personas vivas y cadáveres, ha originado un intenso debate, particularmente en razón de haberse introducido el sistema de presunción de voluntad favorable de la persona para la ablación de sus órganos después de su muerte, cuando ésta se produce como consecuencia de un accidente (artículo 8 de la Ley N° 23415, modificada por la Ley N° 24703 del 19 de junio de 1987).

En las líneas que siguen, me ocuparé de la normatividad vigente en el Perú sobre la extracción y trasplante de órganos, evaluando sus alcances, bondades y limitaciones.

#### II. LA INTEGRIDAD FISICA (1)

Como ha sido destacado por Fernández Sessarego "el cuerpo del hombre... constituye una de las bases de apoyo o instrumento de que se vale la persona, como ser ontológicamente libre, para hacer su vida de acuerdo a su proyecto vital e integrarse en su comunidad para contribuir coexistencial y solidariamente a la consecución del bien común" (2).

#### NOTAS

- (1) Sobre el tema, consúltese: Santos Cifuentes, Los derechos personalísimos. La integridad física y la libertad. En: Revista del Notariado, Órgano del Colegio de Escribanos, Capital Federal, República Argentina, Septiembre-Octubre, 1973. Año LXXVI número 731, págs. 1793-1892. Del mismo autor, elementos de derecho civil, parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 39-52. También: Estudio jurídico privado sobre trasplante de órganos humanos. El Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, miércoles 3 de mayo de 1978, Axa XVI, N° 4454, págs. 1-6. Consúltese igualmente: Antonio Sorell Macía, La persona humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo o muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954. María Teresa Bergoglio de Brouwer de Koning, Trasplantes de órganos entre personas. En: Bergoglio-Bertoldi, Trasplantes de órganos. Entre personas, con órganos de cadáveres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1983, págs. 15-49; Jorge A. Carrazzo, Los trasplantes de órganos frente al Derecho Civil, Editora Platense, La Plata, 1972, págs. 49-62.
- (2) Carlos Fernández Sessarego, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano, Derecho de las Personas, En Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo IV, Ubersia Studium, Lima, 1986, pág. 49.

Por las razones anotadas, aparte de proclamarse el derecho a la integridad física como un derecho de la persona (artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú), se procura la debida protección del cuerpo humano —soprote somático de la persona. A este propósito está dirigida la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo, cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, excepcionalmente, tales actos de disposición son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios (artículo 6, primer párrafo, del Código Civil) (3).

Las dos primeras excepciones citadas se justifican en aras de conservar la vida de la persona o proteger su salud.

La última excepción, en cambio, atiende a la preservación de la vida de otras personas, favoreciendo la realización de actos de solidaridad con ese objeto. Se admite, como consecuencia de ello, que una persona disponga altruistamente de uno de sus órganos, de partes de su organismo o de tejidos que no se regeneran. Sin embargo, tales actos de disposición no deben perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del dador (artículo 7 del Código Civil).

En efecto, sólo en tanto este tipo de actos no presente un perjuicio serio para su salud o el acortamiento de vida del dador, estará plenamente justificado. Por ello, como señala Soto Nieto, "se deduce que no será posible legalmente: 1) donar el corazón, ya que indefectiblemente reportaría la pérdida de vida del cedente, 2) Donar un órgano cualquiera, si la privación del mismo situase a aquél en trance de muerte, 3) Donar un órgano si su supresión disminuye la capacidad funcional del proveedor" (4).

### III. EXTRACCIÓN DE ORGANOS PARA TRANSPLANTE DE UNA PERSONA VIVA A OTRA

El artículo 7 de la Ley N° 23415 establece lo siguiente:

"Para los trasplantes de órganos y tejidos, de una persona viva a otra, se requiere:

- La necesidad para el receptor, como la mejor alternativa, del trasplante del tejido u órgano lesionado por otro similar;
- El consentimiento expreso del donante".

Según el artículo 7 del Código Civil, la disposición de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran, está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

El Reglamento de la Ley N° 23415 (en adelante, el Reglamento), aprobado por Decreto Supremo N° 014-88-SA del 19 de mayo de 1988, puntualiza por su parte:

"Artículo 15.— Para la extracción de órganos para trasplante de una persona viva a otra se requiere:

- Que el donante sea mayor de edad.
- Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido debida y previamente informada de las consecuencias previsibles de su decisión, tanto en lo somático como en lo psíquico, así como en cuanto a las eventuales repercusiones que la cesión pueda tener sobre la vida de relación personal, familiar y profesional, y en cuanto a los beneficios que el receptor pueda obtener con el trasplante.
- Que el donante otorgue su consentimiento en forma libre, expresa y consciente.
- Que el donante goce de un estado de salud adecuado para la extracción.
- Que se trate de un órgano cuya extracción sea compatible con la vida del donante y que no disminuya gravemente su capacidad funcional o reduzca sensiblemente sus años de vida.
- Que se haya certificado por el médico especialista la compatibilidad tisular entre donante y receptor.
- Que el destino del órgano sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o condiciones de vida. Y
- Que la aceptación del receptor sea libre, consciente y expresa".

### NOTAS

- (3) Ya en los años 1966-1969, el Consejo Directivo de la Bara Mexicana (Colegio de Abogados) designó una comisión de juristas para que elaborara un informe sobre los problemas jurídicos derivados de los trasplantes de órganos humanos.

Entre las conclusiones a las cuales arribaron los comisionados aparecen las siguientes:

"La persona tiene el derecho de disponer de partes de su cuerpo, si ello redunde en su salud y bienestar general" "Conforme a esta idea, son de entenderse como válidos, los actos por los que las personas admiten la práctica, por ejemplo, de intervenciones quirúrgicas, de amputaciones, etcétera, necesarias para su salud e incluso la aceptación en su cuerpo de trasplantes, injertos y demás elementos extraños".

"La persona tiene derecho de disposición en vida de parte de su cuerpo, para beneficio de otro, con tal de que el motivo que lo impulse, sea conforme al orden público y a las buenas costumbres, ésto es, a la moral".

"Por tanto serán válidos los actos de disposición que se pujan por determinaciones justificables, conforme a la Moral, como a la caridad, lo que seríamos de apreciación en cada caso singular".

"El derecho últimamente expresado, tiene el límite de lo que es meramente un acto de administración del cuerpo, más no la disposición que entraña su enajenamiento".

"En todo caso... la disposición no deber ser estimada como vinculación con respecto al destinatario de ella, puesto que de ser absolutamente libre y siempre revocable ya que de otro suerte se atentaría a la íntima libertad de la persona en esta materia y se permitiría la disposición, por parte de terceros, de su cuerpo" (citado por Almd Iñats "Reportajes: Hay que legislar con prudencia sobre trasplantes a ser humano", en: "Criminal", México D.F., 28 de febrero de 1969, año XXXV, núm. 2, págs. 125-126).

- (4) Francisco Soto Nieto, Extracción y trasplante de órganos. En: Estudios jurídicos varios, volumen I, Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1983, pág. 297.

\*Artículo 17.— El consentimiento libre y expreso del donante así como el del receptor del órgano destinado al trasplante, a los que se contraen los incisos c) y h) del Artículo 15, deberá otorgarse por separado en documento suscrito ante el Director del establecimiento de salud o su representante, en el que ha de efectuarse la extracción y consiguiente trasplante, respectivamente, con firmas legalizadas ante Notario Público\*.

Cabe objetar en las normas reglamentarias transcritas —que se inspiran en los artículos cuarto de la Ley española N° 30/1979 del 27 de octubre de 1979 y segundo, tercero y cuarto del Real Decreto 426/1980 del 22 de febrero de 1980 que reglamenta dicha ley—, como también en la Ley 23415 y el Código Civil, la utilización del vocablo "donante" para referirse al dador del órgano. El acto de disposición de un órgano, parte del cuerpo o tejido no regenerable, no es una donación. La donación es un contrato por el cual el donante se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un bien al donatario (artículo 1621 del Código Civil). El cuerpo humano y sus partes están fuera del comercio; no cabe calificarnos como bienes en el sentido jurídico del término, ni reducirlos a la condición de tales. Es incorrecto, por lo demás, utilizar categorías propias del Derecho Patrimonial para explicar lo que es el cuerpo humano. Sobre el cuerpo humano y sus partes no es posible que recaigan derechos de carácter patrimonial.

Es por ello afínado que el segundo párrafo del artículo 3 del Reglamento indique lo siguiente:

"El cuerpo humano y, en su caso, sus restos mortales, carecen jurídicamente de significación económico-patrimonial. Toda cesión o disposición de órganos o tejidos efectuada de conformidad a la ley, responde al supremo valor de la solidaridad humana\*."

Si se quiere remarcar que se trata de un acto de disposición de carácter altruista, está bien; pero no debe incurirse en el error de identificar ese acto con una donación y denominar "donante" al que dispone de un órgano. Lo propio sería hablar de "dador" para referirse a él.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos establecidos para la extracción de órganos para trasplante de una persona viva a otra, cabe formular los siguientes comentarios:

—Se descarta la disposición de órganos de menores de edad. Sobre este particular, el Reglamento exige que el dador sea mayor de edad. Estimo que con ello se desnaturaliza el texto de la Ley N° 23415 desde que ésta no plantea restricción alguna. Participo de la opinión de Romeo Casabona en el sentido de que la disposición de órganos de menores "podría admitirse excepcionalmente cuando el receptor fuera un hermano o hermana del menor, quedando a éste siempre la posibilidad de rechazar la intervención en su cuerpo y habiendo agotado previamente otras fuentes de obtención de órganos (cadáveres, adultos, etc.)" (5). Así lo admite, por ejemplo, la Ley francesa N°, 76-1181 de 22 de diciembre de 1976 en su artículo 1, segundo párrafo.

—No pueden disponer de sus órganos las personas que sufren de serias alteraciones en su salud mental o que no se hallen en perfectas condiciones de salud. De acuerdo con el artículo 16 del Reglamento:

"La confirmación del buen estado de salud física y mental del donante deberá certificarse por los médicos que efectúan el examen correspondiente, en documento suscrito tanto por ellos como por el Director del establecimiento de salud donde se practicó. Los resultados del referido examen serán puestos en conocimiento del donante."

Los médicos que certifican el estado de salud del donante serán distintos de aquellos que efectuarán la extracción del órgano como el trasplante\*.

—El "consentimiento" del dador es personalísimo. Esto significa que no puede darse mediante representante (6). Así lo confirma el artículo 4 del Reglamento, de acuerdo con el cual:

"Todo acto de cesión o disposición gratuita de órganos o tejidos entre personas, o para después de la muerte, responde a una decisión libre y corresponde, única y exclusivamente, al propio sujeto\*."

—El "consentimiento" debe otorgarse en forma libre, expresa, consciente y es revocable hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica. De acuerdo con el artículo 9 del Código Civil:

"Es revocable, antes de su consumación el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6 (...)."

La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna\*.

Es de hacer notar que el artículo 19 del Reglamento reitera estos conceptos, pero incurre en error al señalar lo siguiente:

"El donante no tiene derecho al ejercicio de ninguna acción ni podrá reclamar indemnización de parte del receptor\*."

Es evidente que el precepto debió haberse referido en el primer caso al beneficiario y en el segundo al dador.

Como aprecia con exactitud Gordillo Cañas, "la ley (se refiere a la española) quiere conseguir que un acto de tal irreversibilidad y trascendencia sea perfectamente consciente y absolutamente libre; cualquier

## NOTAS

- (5) Carlos María Romero Casabona, *Los trasplantes de Órganos*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1978, pág. 79.
- (6) Puig Ferriol (en: José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, Tomo I, volumen I, Primera Parte, pág. 120) participa de esta apreciación al señalar que "el trasplante de estos órganos humanos debe reputarse un acto personalísimo

asomo de ignorancia, engaño, presión o incluso de móvil interesado y no altrusto impedida su validez. (...) la voluntad de donar un determinado órgano se concibe, al igual sustancialmente que en el testamento, como una voluntad que, formada en un determinado momento, ha de mantenerse en igual sentido libremente y de momento en momento, hasta el instante de su ejecución. Mientras éste llega, por más que el consentimiento se haya previamente otorgado, no hay obligación de donar. La voluntad es en esta materia absolutamente revocable, sin lugar a indemnización, precisamente porque debe ser enteramente libre hasta el momento de su ejecución" (7).

Resulta cuestionable hablar de la necesidad de la existencia de un "consentimiento" para la disposición de órganos, como lo hacen el Código Civil (artículo 7), la Ley N.º 23415 (artículo 7, inciso b) y su Reglamento (artículos 15, inciso c, y 17). El consentimiento, entendido en un sentido técnico-jurídico, es elemento indispensable para la formación de un contrato y constituye el resultado de la integración de la oferta y la aceptación. En el caso de la disposición de órganos entre vivos para trasplante, no hay tal consentimiento. Dador y beneficiario expresan cada uno su voluntad favorable en forma unilateral, separada y por escrito. Se presentan pues, dos declaraciones de voluntad, que son diferentes e independientes. El artículo 17 del Reglamento, cuyo texto ha sido transcrito anteriormente, así lo ratifica.

Se exige que el "consentimiento" se otorgue en forma expresa, es decir, dando a conocer la voluntad en forma directa y por escrito, según lo establecen los artículos 7 del Código Civil y 17 del Reglamento.

El escrito no puede considerarse una forma ad solennitatem, establecida por la ley como requisito esencial para la formación del acto. A este respecto, es aplicable lo dispuesto por el artículo 144 del Código Civil: "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto".

Aun otorgado el escrito, según se indicó previamente, el dador podrá revocar su declaración anterior favorable a la extracción. Claramente, tal revocación será eficaz, cualquiera que sea la forma en que se exprese, siempre que sea indubitable.

—La extracción del órgano debe ser compatible con la vida del donante y no debe disminuir gravemente su capacidad funcional o reducir sensiblemente sus años de vida.

Explica Soto Nieto que "todo aquello que implique un efectivo peligro de extinción de la persona o la simple puesta en riesgo de su vida ha de entenderse proscrito" (8). "El donante no ha de ver mermada a causa de la donación su capacidad física o psíquica, ni perder ninguna función importante del organismo. Por esta razón, no podrán donarse órganos impares, ni miembros, ni otros partes que produzcan disminución funcional, ni que afecten considerablemente a su aspecto estético" (9).

A este respecto, el artículo 10 del Reglamento señala:

"En los casos de donación entre vivos, el médico que autoriza la extracción certificará que para el donante ello no significará riesgo para el normal desenvolvimiento de su vida, sin que ello suponga garantizar con absoluta certeza el que pueda ser o no un factor de déficit funcional".

—Se descarta la posibilidad de efectuar cesiones de órganos a persona incierta. El beneficiario, por consiguiente, debe encontrarse claramente identificado.

—El trasplante debe tener como propósito mejorar sustancialmente la esperanza o condiciones de vida del beneficiario. "Lo que supone que la verificación del trasplante ha de ofrecer unas ciertas perspectivas de éxito, que su realización obedece a fines terapéuticos y no de mera experimentación científica" (10).

—La cesión de órganos es absolutamente gratuita; no se funda en un ímpetu de lucro, sino que por el contrato está inspirado en sentimientos altruistas y de solidaridad humana. A este respecto, se acierta al sostener que "la decisión del donante renunciando a uno de sus órganos en pro de la salud del prójimo, se tiene con cualquier género de especulaciones que fiña de lucro el nobilísimo gesto de semejante dación vital" (11).

Siguiendo esa línea de pensamiento, el artículo 3, primer párrafo, del Reglamento, prescribe que:

"Ninguna cesión de órganos o tejidos para trasplantes o injertos, entre seres vivos o procedentes de un cadáver, podrá realizarse en forma onerosa o bajo modalidades encubiertas de compensaciones, ventajas, beneficios de orden pecuniario, económico o contraprestaciones de similar o análoga naturaleza. Todo acto en contrario es nulo".

Participo de la opinión de Díez-Picazo y Guillón en cuanto a que "la prohibición de compensación económica... significa la prohibición de negocios a título oneroso teniendo por objeto órganos humanos. Pero nada impide que el receptor... le haga donación (al dador) de algo. El agradecimiento y su expresión no puede nunca impedirse por ninguna ley, que sería en la práctica inoperante" (12).

#### NOTAS

del perjudicado, y por tanto, que no pueda ser decidido por el representante legal o voluntario de quien haya de ceder una parte de su cuerpo".

(7) Antonio Gorriño Cañas, *Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, págs. 66 y 69.

(8) Francisco Soto Nieto, op. cit. pág. 328.

(9) Carlos María Romeu Corobana, op. cit., pág. 81.

(10) Francisco Soto Nieto, op. cit., pág. 581.

(11) Francisco Soto Nieto, op. cit., pág. 313.

(12) Luis Díez-Picazo y Ponce de León y Antonio Guillón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil, Tomo I, sexta edición*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1988, pág. 347.

La que la ley debe reprimir es que se trafique con el cuerpo humano, que éste sea mercantilizado. No puede empero, prohibirse ni menos sancionarse el sentimiento de gratitud<sup>(13)</sup>.

Es de hacer notar que los alcances del artículo 3, primer párrafo, del Reglamento, son amplios, pues comprenden no sólo la cesión de órganos para trasplantes entre vivos, sino también la utilización de órganos procedentes de un cadáver. En consecuencia, la prohibición de la norma citada alcanza a los familiares del fallecido a los que refiere el artículo 13 del Código Civil. La solución se justifica si se considera que el cuerpo humano, tanto vivo como muerto, está fuera del comercio y sobre él no pueden recaer derechos de orden patrimonial.

Por último, no se perciben los alcances de la declaración de nulidad contenida en la parte final del primer párrafo del artículo 3 transcrito. No tiene sentido que la nulidad afecte íntegramente el acto de cesión de órganos. Pienso que lo lógico es que la nulidad sólo alcance a la estipulación en que se hubiera establecido una retribución o prestación análoga. No debe pasarse por alto que, en todo caso, el acto de disposición de un órgano es siempre revocable.

#### IV. DISPOSICION TOTAL O PARCIAL DEL CUERPO DE UNA PERSONA EFECTUADA EN VIDA DE ESTA PARA DESPUES DE SU MUERTE.

Este acto de disposición está autorizado por el artículo 8 del Código Civil en los términos siguientes:

"Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de toda o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.

La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro".

Como puede apreciarse, la facultad de la persona de disponer de su cuerpo, para después de su muerte, está inspirada igualmente en el altruismo. Está excluido todo ánimo de lucro. Tal disposición podrá efectuarse para la realización de trasplantes de órganos o con fines de investigación científica o didácticos.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley N° 23415 establece:

"Toda persona que reciba tratamiento en un establecimiento de salud, que desee que después de su fallecimiento sus órganos o tejidos sean usados para trasplantes, deberá manifestarlo expresamente. En su Defecto y por razones de imposibilidad material, podrán otorgar dicha autorización, los padres, hijos o el cónyuge".

Finalmente, el artículo 34 del Reglamento señala:

"De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4 de la Ley N° 23415, toda persona que reciba tratamiento médico de (sic) un establecimiento de salud que desee

que, para después de su muerte, sus órganos o tejidos sean utilizados para trasplantes, deberá manifestarlo expresamente en un formulario que suscribirá personalmente al ingresar al establecimiento de salud, copia del cual deberá remitirse al Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos. No habiéndose producido tal declaración de voluntad por imposibilidad material, corresponderá a los familiares, por excepción, interpretar la supuesta voluntad altruista del difunto y prestar, en consecuencia, autorización para proceder a la ablación o, en caso contrario oponerse a tal acto de solidaridad". (Sobre la formulación incorrecta de la parte final de este artículo vid. *Infra* V.C.)

#### V. EXTRACCION DE ORGANOS PROVENIENTES DE CADAVERES

##### A. Naturaleza Jurídica del cadáver<sup>(14)</sup>

Constituye opinión generalizada que el cadáver es una cosa. En efecto, producida la muerte se extingue la persona (artículo 61 del Código Civil) y el sujeto de derecho pasa a ser un objeto, una cosa, pero de naturaleza especial, sobre el cual sus familiares no ostentan derecho de propiedad alguna que los legitime para disponer libremente de él como si fuera un bien mueble cualquiera. Conforme se precisa en el segundo párrafo del artículo 3 del reglamento, los restos mortales "carecen jurídicamente de significado económico-patrimonial". El cadáver constituye un objeto digno de piedad y respeto.

Tan cierto es lo indicado que, si el fallecido hubiera manifestado en vida su oposición a la extracción de sus órganos, sus parientes no podrán variar tal decisión, que es vinculante para ellos.

Como dice Gardillo Cañas: "... el cadáver es cosa, pero cosa extra commercium, o lo que es muy parecido: cosa, pero no reconducible al régimen general de las cosas. En definitiva, pues, el cadáver se calificará como cosa, pero cosa sui generis, fuertemente improntada en su peculiar tratamiento jurídico por la consideración de ser hueso y resaca de la personalidad..."<sup>(15)</sup>.

#### NOTAS

(13) Sobre carácter altruista de disposición, Pug Felió (op. cit., pág. 120) afirma que: "Presupuesto la validez de esta cesión no surgen mayores complicaciones para que tengan una causa gratuita, y si en cambio presenta más dudas la validez de la cesión de un órgano no esencial del cuerpo humano a cambio de una contraprestación económica: la validez de la misma no debiera excluirse de un modo absoluto, pero no estorbo de más que se regule esta cuestión con la debidas cautelas, con el fin de evitar en lo posible un tráfico anómalo de partes del cuerpo humano en beneficio de las personas de mayores recursos económicos".

(14) Cfr. María Virginia Bertoldi de Fourcade, trasplantes con órganos de cadáveres. En: Bergoglio-Bertoldi, op. cit. págs. 169-185.

(15) Antonio Gardillo Cañas, op. cit., pág. 24.

La legislación vigente partía de este criterio. Así, el artículo 2, primer párrafo, de la ley N° 23415 señala:

"Al ocurrir la muerte, los restos mortales de la persona humana se convierten en objeto de derecho, se conservan y respetan de acuerdo a ley".

El artículo 22 del Reglamento, por su parte añade:

"Por el hecho de la muerte, la persona que en vida es sujeto de derecho, se convierte en un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no cabe incluirlo en ninguna de las clasificaciones de bienes a que se refieren la doctrina y la legislación comparada".

Los parientes del difunto, de acuerdo con el artículo 13 del Código Civil, y a falta de declaración hecha en vida por el fallecido, no tienen más derechos que decidir sobre su necropsia, inclinación y sepultura, sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes. "Así, la voluntad de los parientes no puede prevalecer en caso del dispositivo legal que ordena la necropsia frente a un delito o una muerte violenta o la cremación cuando se trate de prevenir o impedir epidemias" (16).

#### B. El asentimiento para la extracción de órganos: los sistemas legislativos.

A este respecto y siguiendo a Romeo Casabona (17), cabe mencionar los siguientes sistemas:

##### I) Voluntad expresa del difunto.

De acuerdo con este punto de vista, es esencial contar con el asentimiento expreso y previo del difunto formulado en vida.

##### II) Asentimiento del difunto o de sus familiares.

En virtud de este sistema, los familiares pueden prestar su conformidad a la extracción en defecto de expresión de voluntad en vida por parte del difunto. Al respecto, aprecia con exactitud Gardillo Cañas que "en caso de silencio del fallecido, los familiares pueden autorizar la extracción interpretando y dando formulación a la expresamente no declarada voluntad del difunto. Para esto, como se ve, más que constitutivo de un derecho propio de los familiares, se reduce a ser una forma de viabilizar la voluntad del fallecido y, a través de ella, de posibilitar el acto de ejercicio del derecho sobre el propio cuerpo ya convertido en cadáver" (18).

La intervención de los parientes no procederá si el difunto en vida se hubiera opuesto a la extracción.

Este sistema es seguido por los legisladores de Venezuela, Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica.

Una variante de este sistema admite que los familiares se opongan no obstante existir manifestación a favor formulada en vida por el difunto. Esta es la solución que rige en Inglaterra.

##### III) Falta de oposición del difunto o los familiares.

En este caso no se requiere manifestación expresa de voluntad por parte del difunto en vida o, en su defecto,

de sus familiares. Es suficiente que no exista oposición para la extracción de órganos. Los familiares están en capacidad de oponerse en caso de no haber expresado su negativa el difunto.

Este sistema es adoptado en Italia y también por el Código Civil Peruano (artículo 10).

##### IV) Carencia de oposición del difunto.

De acuerdo con este sistema se presume la voluntad favorable del difunto para la extracción de sus órganos. Este sistema es seguido actualmente, entre otros países, en Suecia, Dinamarca, Grecia, Noruega, España, República Federal Alemana, Francia, República Democrática Alemana. También es adoptado en el Perú (artículo 8 de la Ley N° 23415, modificado por la Ley N° 24703), pero sólo para el caso de muerte como consecuencia de accidente.

Según señala Romeo Casabona, el Consejo de Europa en 1978 ha sugerido que sus países miembros unifórmen la legislación sobre trasplantes de órganos recogiéndolo este sistema (19).

##### V) Irrelevancia de la voluntad privada.

En este sistema, la voluntad del difunto y la de sus familiares es ignorada por completo "en aras a las necesidades de la salud colectiva. Ella supone, como se ha señalado por algún autor (Montovani), la 'nacionalización' o 'socialización' del cadáver. De esta forma el cadáver quedaría siempre a disposición de los médicos para la realización de trasplantes o injertos. Sin embargo, no puede decirse que este sistema haya sido acogido estrictamente por alguna legislación actual" (20).

#### C. Fallecimiento sin haber autorizado la utilización de órganos para trasplante.

Me refiero al caso de muerte natural y no por causa de accidente, del que me ocuparé más adelante.

En este supuesto, la obtención de órganos es posible, salvo que medie oposición de los parientes del difunto.

#### NOTAS

(16) Carlos Fernández Sessarego, op. cit., págs. 79-80.

(17) Carlos María Romeo Casabona, op. cit., págs. 71-77.

(18) Antonio Gardillo Cañas, op. cit., págs. 38-39.

(19) Cfr. Aspectos jurídicos y médico-legales en la donación y extracción de órganos para trasplante. Ministerio de Sanidad y Consumo. Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones. Documentación y Biblioteca, Madrid, 1986, pág. 97.

(20) Carlos María Romeo Casabona, op. cit., pág. 73. Bernard de Foucaud (op. cit., págs. 268-269) señala que León y Stefanni son partidarios de que el Estado, en una organización futura, puede disponer de los cadáveres en beneficio de la humanidad y de otros seres humanos, sin necesidad de pronunciamiento de la persona, los herederos o parientes.

En efecto, el primer párrafo del artículo 10 del Código Civil establece:

"El jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, previa conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13. No procede la disposición si existe oposición de éstos, manifestada dentro del plazo, circunstancias y responsabilidades que fija la ley de la materia". (Los parientes a que se refiere el artículo 13 del Código Civil son el cónyuge del difunto, sus descendientes, ascendientes y hermanos, excluyentemente y en este orden.)

De acuerdo con Fernández Sessarego: "Se considera que el cadáver, objeto obviamente respetable, y digno de la mayor consideración, con el cual se hallan afectivamente ligados los seres que fueron sus parientes y amigos, debe ser tratado con el mayor cuidado y respeto, por lo que no se permite en la hipótesis prevista, el que se pueda disponer totalmente, del mismo. De ahí que se precisa que el acto de disposición ha de ser parcial. Es obligación de los médicos actuar sobre el cadáver como si se tratase de un ser vivo". (21).

Debe hacerse notar, sin embargo, que el artículo transcrito faculta a los parientes mencionados a oponerse a la disposición parcial del cadáver. Discrepo de esta solución, que tiene su explicación en ideas aún muy enraizadas que atribuyen derechos sobre el cadáver a favor de los familiares del difunto. En mi opinión, debiera extenderse la solución que se ha dado al caso de muerte como consecuencia de accidente, es decir aquella que presume la voluntad positiva del difunto para la extracción de órganos, sin que quepa oposición alguna de los familiares.

Finalmente, en cuanto a este punto se refiere, debo señalar que en mi opinión el artículo 10 del Código Civil vigente, posterior en el tiempo a la Ley N° 23415, ha modificado tácitamente lo dispuesto en la parte final del artículo 4 de dicha ley transcrito anteriormente, en tanto que ese precepto exige autorización de los parientes para disponer la extracción de órganos y tejidos del cadáver, mientras que el artículo 10 del Código Civil admite en principio tal extracción, salvo que medie oposición de los parientes. Por esta razón, no resulta correcta a mi entender la establecida en la segunda parte del artículo 34 del Reglamento (Vid. supra IV).

#### D. Caso del cadáver no identificado o abandonado.

En este supuesto, el jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentra el cadáver, puede disponer de éste para ser utilizado con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 10 del Código Civil, remitiendo a la ley de la materia la regulación de sus alcances. Ni la Ley N° 23415, ni su modificatoria, la Ley N° 24703, han hecho precisiones sobre el particular, lo que es severamente objetable pues resulta preciso definir legalmente cuándo cabe considerar un cadáver como no identificado o en situación de abandono.

**E. Fallecimiento como consecuencia de accidente.**  
El artículo 8 de la Ley N° 23415, según el texto de la modificación introducida por la Ley N° 24703, establece lo siguiente:

"En los casos de accidente, en que la muerte de una persona se produzca en un Centro Asistencial Público-Privado, como consecuencia del cese irreversible de la función cerebral, es permisible la ablación de sus órganos con fines de trasplante, sin que para tal efecto se requiera del consentimiento de los parientes, referido en el Artículo 4 de esta ley y concordante con el Artículo 13 del Código Civil. Dichos órganos son del Banco de Órganos y Tejidos para Trasplantes, para su uso gratuito.

La ablación de órganos y tejidos a que se refiere el presente artículo, no es aplicable, si la persona en vida, hubiera dejado constancia expresa de su oposición, en el Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos, que se crea por esta ley".

A su turno, el Reglamento señala en su Artículo 32:

En todos los casos de accidentes (accidentes cerebrovasculares, traumatismos encefalocraneales, etc., cualquiera que sea la causa) en que se produzca la muerte de una persona, como consecuencia del cese definitivo e irreversible de la función cerebral es permisible la ablación de sus órganos o tejidos con fines de trasplantes, siempre que se haya cumplido con la comprobación de la muerte cerebral de conformidad con lo prescrito en el presente Reglamento.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 23415 y en lo prescrito en el inciso b) del artículo 23 del presente Reglamento, se presume en orden al valor supremo de la solidaridad, la voluntad favorable de la persona para la ablación de sus órganos para después de su muerte, con la finalidad de mejorar la salud o preservar la vida de una persona, salvo que expresamente en vida manifieste su decisión en contrario y la inscriba en el Reglamento Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos.

En el caso previsto en el presente Artículo no se requiere la autorización de los familiares para los fines de la extracción de órganos.

Los derechos de los familiares, en lo que concierne al cadáver, son aquellos establecidos en el artículo 13 del Código Civil".

Esta constituye la modificación más relevante incorporada por la Ley N° 24703, consagrándose así el sistema de la admisión de la ablación de órganos y tejidos de cadáveres, salvo que hubiera constancia de oposición inscrita en el Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos. La solución se inspira en los principios de altruismo, generosidad y solidaridad humanos. La norma, sustentada en exigencias elementales de la

#### NOTAS

(21) Carlos Fernández Sessarego, op. cit., págs. 74-75.



vida en comunidad, parte de un principio justificado: el de presumir una voluntad solidaria de las personas respecto de sus semejantes y no una de carácter egoísta; y parte también de una necesidad evidente: salvar o prolongar la vida de seres humanos.

Aprecia con exactitud Soto Nieto que "ha de pensarse que en estos casos de muertes accidentales es donde se encuentran los mejores proveedores de órganos, ante la inexistencia, en general, de enfermedades orgánicas y la posible joven edad del finado" (22).

Es de hacer notar que, tanto el nuevo artículo 8 de la Ley N° 23415, como el artículo 32 del Reglamento, señalan que los órganos y tejidos del fallecido como consecuencia de un accidente, pueden ser utilizados con fines de trasplante. En este orden de ideas, podrá procederse a la extracción con fines terapéuticos —de trasplante— no inmediatos (banco de órganos y tejidos), así como a la extracción con fines de trasplante inmediato. Se descarta, por consiguiente, que tal extracción proceda con fines científicos. La solución es adecuada.

Sobre este punto, afirma con acierto Gordillo Coñas que "la finalidad puramente científica nunca puede llegar a plantear una urgencia —ni valorativa ni temporal— comparable a la que supone el trasplante terapéutico *ad vitam* (o *ad vitalitatem*). De otra parte, el destino del cadáver a la anatomía, normalmente suponía una sustracción total del mismo respecto de su normal sepultura; algo bien distinto de lo que ocurre cuando de él simplemente se extrae un órgano: tras la extracción, el cadáver, sin deformación manifiesta, podrá ser objeto de las habituales horas fúnebres y de adecuada sepultura", (23).

A pesar de sus alcances limitados, el sistema seguido por el texto vigente de la Ley N° 23415 es digno de elogio, pues tiende a privilegiar la vida de quien necesita un órgano para trasplante antes que la incolumidad del cadáver.

Como dice Marín Mateo: "en las donaciones post mortem primas... los intereses de los destinatarios de los órganos, y así, en ausencia de manifestación expresa de voluntad en este sentido, se reconoce legalmente la existencia de consentimiento tácito o presunción *iuris tantum*, al permitirse la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos... en el caso de que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición" (24).

Es evidente que la fórmula de la no constancia de oposición generará resistencias, sustentadas fundamentalmente en consideraciones y creencias tradicionales erróneas, como aquellas según la cual los parientes del difunto tienen un derecho de disposición sobre el cadáver, que los autoriza a oponerse a que se practique en él la extracción de un órgano. Se dirá, incluso, que se está "socializando" o "estatizando" el cadáver, lo que resulta absurdo.

En efecto, nada impide que se exprese en vida una voluntad opuesta a la obtención de órganos y tejidos en caso de muerte. Frente a tal oposición la ley se muestra respetuosa.

Teniendo en cuenta lo expresado, incurre en exceso el Reglamento cuando en su artículo 23 se señala que:

"La extracción de órganos y tejidos para fines terapéuticos o científicos, se efectuará:

a) Cuando se haya comprobado la muerte cerebral de la persona según lo dispuesto en el presente Reglamento; y,

b) Cuando la persona, en vida, no haya dejado constancia expresa de su oposición a la extracción de sus órganos para mejorar sustancialmente la salud o preservar la vida de una persona, salvo lo dispuesto en el Artículo 34 de este Reglamento".

En efecto, los alcances del artículo 23 transcrito rebasan en mi opinión lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 23415 y contradicen, incluso, lo dispuesto en el artículo 32 del propio Reglamento.

Ahora bien, como se ha hecho notar, en el Perú el sistema de la no constancia de oposición es aplicable sólo al caso de fallecimiento por accidente. No se ha optado, en consecuencia, por una solución de alcance general aplicable a todos los casos de fallecimiento, como ocurre, por ejemplo, en la legislación española. El artículo quinto párrafo dos, de la Ley 30/1979 del 27 de octubre de 1979, establece:

"La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia de oposición".

En el caso de muerte en accidente o como consecuencia de éste, el mismo artículo quinto, párrafo tres, indica:

"Las personas presumiblemente sanas que fallecieren en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que correspondiera el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizara la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte".

#### NOTAS

(22) Francisco Soto Nieto, op. cit., pág. 336.

(23) Antonio Gordillo Coñas, op. cit., págs. 91-92.

Convienga con Fernández Sessarego en que "... no debería existir duda en cuanto a la posibilidad de disponer parcialmente de un cadáver, objeto condenado a su descomposición orgánica, a convertirse sólo en recuerdo de un ser que en vida fue nuestro afecto y que tal vez se hizo acreedor a la gratitud de muchos otros seres por su espíritu generoso y altruista... no vemos obstáculo para que, aun después de muerto, a través de la utilización de un órgano aprovechable, continúe exultándose su memoria, enalteciéndose su espiritual presencia. Pensamos que los deudos hallarán íntima satisfacción al apreciar que la cesión de un órgano del cadáver de quien fuera un ser querido permite salvar la vida de un semejante" (25).

Por todo ello, es necesario, indispensable, iniciar una campaña muy amplia de divulgación de la legislación vigente sobre transplantes, de tal modo que, quienes no deseen que se disponga de sus órganos, en caso de muerte por accidente, manifiesten su voluntad contraria a la extracción y la inscriban en el Registro respectivo.

Es de hacer notar, que de acuerdo con la legislación vigente, para que la oposición pueda impedir la extracción de órganos y tejidos, necesariamente tiene que haber quedado inscrita en el Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos (artículos 8 de la Ley N° 23415 y 32, 36 y 37, inciso a, del Reglamento). La solución es objetable, pues podría ocurrir que, si bien constase oposición expresa del difunto hecha en vida, la misma no hubiera sido registrada. Por lo demás, en tanto no entre en funcionamiento el Registro mencionado, no cabe realizar inscripción alguna. Se ha incurrido en una seria omisión en la reglamentación de la Ley N° 23415 al no haberse previsto al menos un régimen transitorio aplicable hasta que empiece a operar dicho Registro. En mi opinión, debiera bastar la simple constancia de oposición, siempre que ella conste en forma indubitable, y aun cuando no hubiera sido inscrita, para que no fuera procedente la extracción de órganos y tejidos.

Debe entonces ponerse en ejecución una campaña nacional que tenga por propósito persuadir que la extracción de órganos y tejidos de un cadáver no ofensa contra el respeto que se debe al difunto, sino que por el contrario enaltece su memoria en gesto solidario de entrega a los demás, que permitirá salvar la vida de otro ser humano.

Estoy de acuerdo con Gordillo Cañas en que: "¿Habrá quienes, a la vista de lo anterior, se dentan incómodos y heridos ante la que pudieran considerar como una propuesta de "nacionalización" de los cadáveres? ¡El fantasma de las palabras! ¿Por qué no hablar mejor de altruismo y solidaridad? ¿No se advierte, por

otra parte, que la práctica de la extracción en nada afecta al destino ordinario del cadáver? No se sustrae al cadáver al círculo de los familiares y allegados: en nada se impiden sus honras fúnebres ni su piadosa sepultura. ¡Que lastimoso sea que el recurso apasionado a los hijos como el de la confiscación, expropiación o nacionalización del cadáver pusiera obstáculos pretendidamente jurídicos a la practicabilidad de transplantes necesarios! Tanto como que una irracionalmente entendida piedad familiar venga, de hecho, dificultando o impidiendo la obtención de órganos. Pímen sobre ellos la racionalidad y el buen sentido; en interés de la salud y del supremo bien de la vida" (26).

## VI. CONCLUSION

Sin perjuicio de reiterar mi adhesión al sistema de la no constancia de oposición para la extracción de órganos de un cadáver y su recacimiento, al menos parcial, por parte de la legislación nacional, considero imprescindible y urgente una revisión integral de los dispositivos legales vigentes sobre la materia con el objeto de corregir ciertas contradicciones existentes, suplir determinados vacíos y, en fin, obtener que la regulación de los transplantes de órganos y tejidos en nuestro país sea ordenada, clara y orgánica. Es bueno tener presente siempre lo que recomendaba José Antonio Primo de Rivera: "Cuidemos una técnica limpia y exacta, y no olvidemos que en el Derecho toda construcción confusa lleva en el fondo, agazapada, una injusticia" (27).

Lima, diciembre de 1989.

## NOTAS

- (24) Ramón Martín Mateo, *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1987, pág. 110.
- (25) Carlos Fernández Sessarego, op. Cit., pág. 75.
- (26) Antonio Gordillo Cañas, op. cit., pág. 110.
- (27) José Antonio Primo de Rivera y Sáenz de Heredia, *Escritos y Discursos. Obras completas, 1922-1936, Tomo II*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pág. 795.