

## **VI. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

### **ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2005 PROMOVENTE: PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**

*Doctora Ingrid Brena Sesma\**

#### **1. ANTECEDENTES**

No es la primera vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite una sentencia que se relaciona, por un lado, con la libertad de las personas para disponer de sus órganos, en los términos prescritos por la ley y, por el otro, con el derecho a la salud de las personas que requieren de un órgano con el cual su salud podría verse restablecida y en casos más extremos salvar la vida.

En agosto de 2003 la Suprema Corte de Justicia emitió una sentencia recaída al amparo en revisión 115/2003 presentado en contra del artículo 333 de la Ley General de Salud, toda vez que este precepto violaba el derecho a la salud de un quejoso a quien se le había negado, en un centro de salud, el trasplante de un riñón ofrecido por una persona

\*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

que no era su familiar. La sentencia otorgó amparo al quejoso al considerar que:

...el artículo 333, fracción VI de la Ley General de Salud que permitía la donación de órganos únicamente entre personas relacionadas por parentesco, matrimonio o concubinato, transgredía los derechos a la salud y a la vida consagrados en el artículo 4o. de la Constitución Federal pues privaba a la población en general de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad.<sup>71</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que la limitación establecida en la mencionada fracción no era indispensable para evitar el comercio de órganos y que no existía, por tanto, razón para prohibir el ánimo altruista y solidario que pudiera existir fuera de las relaciones familiares.

Posteriormente, también el Congreso de la Unión consideró, bajo los mismos argumentos, y tomando en cuenta los estrictos controles que pueden evitar el tráfico de órganos, que resultaba incongruente que el artículo 333 fracción VII, de la Ley General de Salud limitara la donación de órganos entre familiares, pues con la restricción se perdía la oportunidad de salvar la vida de aquellos que no tuvieran la posibilidad de recibir un órgano donado por alguien que fuera su familiar. Bajo estas consideraciones, el 5 de noviembre de 2004 se modificó la Ley General de Salud.

La reforma señaló que para llevar a cabo trasplantes entre vivos, éstos se realicen, de preferencia, entre personas que

<sup>71</sup> Véase *Semanario...*, op. cit., Novena Época, Tomo XVIII, agosto de 2003, p. 54, tesis P. IX/2003; IUS: 183374.

tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, cuando se cumplan los controles establecidos en la propia Ley.<sup>72</sup> Por tanto, cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su ánimo de altruismo y solidaridad, y sin necesidad de que los unan lazos de parentesco, puede, de manera libre, donar gratuitamente un órgano.

En abril de 2005 fueron publicadas algunas reformas al Código Civil de Nayarit, entre ellas, al artículo 24-A que a letra señala:

Toda persona capaz, tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco, siempre que tal disposición no le ocasione una disminución permanente de su integridad física, ni ponga en peligro su vida.

En mayo del mismo año el procurador general de la República promovió acción de inconstitucionalidad en la cual solicitó a la Suprema Corte de Justicia la declaración de invalidez de la reforma al artículo 24-A del Código Civil de Nayarit por considerar que esta disposición era violatoria de los artículos 1o.; 4o., párrafo tercero; 16, párrafo primero y 133

<sup>72</sup> Entre otros, obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica, haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.

de la Constitución Federal, en tanto que era discriminatoria, violaba el derecho a la salud y la garantía de legalidad y supremacía de la Constitución.

## **2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CENTRALES DISCUTIDOS**

El planteamiento del caso de Nayarit presenta similitudes y diferencias con el amparo resuelto en agosto de 2003. La semejanza la encontramos en que en ambos casos la Suprema Corte de Justicia resuelve a favor de la tutela de la libertad de las personas para disponer de sus órganos y, por el otro, el derecho a la salud de las personas. Sin embargo, en esta ocasión el procurador general de la República promovió ante el Máximo Tribunal un pronunciamiento abstracto sobre violaciones a derechos, y solicitó la declaración de invalidez del artículo 24-A del Código Civil de Nayarit.

A fin de sistematizar el contenido de la petición de inconstitucionalidad presentada por el procurador general de la República, el informe presentado por el Gobierno de Nayarit y la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, me permití agrupar los argumentos en varios puntos centrales, lo cual no implica que los temas estén separados, sino que, por el contrario, existan entre ellos comunicaciones muy estrechas.

### **a) Discriminación**

#### **i) Procurador general de la República**

El procurador general de la República consideró que el artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit era

violatorio del artículo 1o. de la Constitución, el cual, en su segundo párrafo, prohíbe toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Al limitar las posibilidades de trasplante exclusivamente a los parientes hasta el cuarto grado, como lo prevé la norma que se combate, el procurador afirmó:

...se viola el derecho a la salud reconocido en el precepto 4o. constitucional, es general y no encaminado a un grupo de personas que forman parte de la familia.

El procurador consideró que el artículo 24-A propiciaba un trato discriminatorio, pues el derecho a la salud se anulaba o menoscababa porque la persona que requiriera un órgano para salvar su vida o recuperar la salud no podía obtenerlo si no ostentaba la calidad de pariente del posible donador.

## ii) Estado de Nayarit

El Estado de Nayarit expuso sus razones por las cuales no consideró que el mencionado artículo 24-A fuera discriminatorio sino protector de la familia, pues cuando:

...no exista donador relacionado con algún tipo de parentesco, es claro que será posible realizar una donación y lo cual ya no lo norma la ley local sino la Federal... efectivamente cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor es posible que se realice el trasplante de órganos entre vivos..., pero para el caso de que se trate de familiares, dentro de las

facultades que le son propias y exclusivas a las entidades federativas, es posible normar este trasplante en lo que respecta a las personas capaces, pertenecientes a un núcleo familiar y que este familiar disponga parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otro familiar hasta el cuarto grado.

### iii) La Suprema Corte de Justicia de la Nación

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisa que:

...tanto los individuos sanos, como quienes no lo sean, engendran a cargo del Estado la obligación de proporcionarles acceso a los servicios públicos de salud en las mismas condiciones en que los reciben quienes se encuentran en idénticas condiciones...

Más adelante expresa:

...la disposición legal reclamada constituye una norma discriminatoria y carente de razonabilidad (sic) respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, contraria al primer enunciado del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional, porque priva a quienes no cuenten con parientes donantes de la posibilidad de ser receptores de órganos de otros sujetos que, bajo los principios de gratuidad y de respeto a su integridad corporal, otorguen su consentimiento para llevar a cabo trasplantes de algún componente de su cuerpo con fines terapéuticos.

La limitación establecida en el Código Civil de Nayarit:

...infringe el deber del Estado de proporcionar medios jurídicos y administrativos para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, según sus necesidades y no conforme a sus recursos y, en este caso, con independencia de que exista un lazo de parentesco entre donante y receptor...

#### iv) Comentarios

Al parecer, con la interpretación presentada por el Estado de Nayarit, la aplicación del artículo 24-A no estaría causando un trato discriminatorio hacia personas que no tuvieran parientes que les donaran un órgano, pues de ser el caso, la persona podría obtenerlo de cualquiera que se lo ofreciera aunque entre ellos no existieran lazos de parentesco, aplicando, desde luego, las reglas establecidas por la Ley General de Salud. Se observa, sin embargo, que la legislación local no hacía referencia alguna a la posible aplicación de la ley federal, de manera que la norma impugnada podría, con una interpretación textual y restrictiva, romper con el principio de igualdad y generar la posibilidad de tratos diferentes no razonables o desproporcionados entre las personas<sup>73</sup> y así lo entendió la Suprema Corte al considerar que la donación de órganos se limitaba a los casos en que se efectuara sólo entre parientes hasta el cuarto grado, negaba a quienes no se encontraban así relacionados, la posibilidad de acceder a un estado de salud, por tanto, estas personas estaban sufriendo de una discriminación en menoscabo a su derecho a la protección de su salud.

<sup>73</sup> CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 1a. reimpresión, México, Porrúa, 2005, p. 177.

## **b) Garantía de libertad**

### **i) El procurador general de la República**

Este funcionario consideró que la reforma al Código Civil de Nayarit privaba a las personas de la libertad de disponer en forma total o parcial de su cuerpo y con ello trastocaba el artículo 1o. constitucional.

...en el caso particular la norma que se combate, restringe el derecho para que las personas puedan disponer libremente a quién pueden donar parte de su cuerpo, al acotar su libertad de donar sólo a un grupo de personas, miembros de una familia.

Más adelante agrega:

La reforma contradice, además, los artículos 320 y 321 de la Ley General de Salud<sup>74</sup> los cuales facultan a las personas a disponer libremente de parte de su cuerpo, con los requisitos y bajo las circunstancias señalados por la ley.

### **ii) Estado de Nayarit**

En su informe, el Estado de Nayarit considera en sentido contrario:

---

<sup>74</sup> Artículo 320 Ley General de Salud: "Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título".

Artículo 321 de la misma ley: "La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes".

...la norma que se combate, no restringe el derecho para que las personas puedan disponer libremente a quienes pueden donar parte de su cuerpo; dado que conforme al artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, éste establece que los trasplantes se realizarán de preferencia entre personas que sean familiares y sólo cuando no los haya, será posible realizar una donación con otra persona, lo que viene a significar que precisamente la ley federal acota la libertad de donar sólo a un grupo de personas que tengan parentesco por consanguinidad civil o de afinidad y sólo cuando no lo haya, cualquier persona que se sujete a los controles técnicos y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que se vea afectada su salud podrá, de manera libre, donar gratuitamente.

Más adelante se concluye: "De esta manera, el artículo 24-A del Código Civil de Nayarit, no contradice lo establecido en el numeral 1o., de la Carta Magna."

### iii) Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia otorgó la razón al procurador general de la República al considerar que el artículo 24-A de la legislación civil del Estado de Nayarit:

...impide a las personas disponer parcialmente de su cuerpo, con fines terapéuticos, en favor de personas con las que no tenga parentesco hasta el cuarto grado, no obstante que el lazo familiar no es el único vínculo de solidaridad que propicia ese deseo de libre disposición corporal... Coartar el filantrópico deseo lesiona la garantía que protege el artículo 4o. constitucional, pues por una parte impide al donante dar una muestra de su efectiva generosidad, y por la otra, priva al receptor de la posibilidad de aceptarla con

el consecuente daño a los valores mas preciados: la vida y la salud.

La Suprema Corte de Justicia concluyó que eran fundados los argumentos del procurador general de la República formulados en la acción de inconstitucionalidad ya que:

...la prohibición que se ha introducido en el artículo 24-A de la legislación civil del Estado de Nayarit es contraria al párrafo tercero del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...<sup>75</sup> en la medida que dicho precepto secundario impide a las personas disponer parcialmente de su cuerpo, con fines terapéuticos, a favor de personas con las que no tenga parentesco hasta el cuarto grado, no obstante que el lazo familiar no es el único vínculo de solidaridad que propicia ese deseo de libre disposición corporal.

#### iv) Comentarios

La defensa del Estado de Nayarit insistió en que su legislación no prohibía, como argumentaron el procurador y la misma Suprema Corte, la libre disposición de órganos o tejidos, sino que la limitaba a que no existiera pariente que requiriera del órgano o tejido, sin contravenir con ello a la Ley General de Salud. El informe del Estado centró su argumentación en su interpretación del artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud el cual establece:

---

<sup>75</sup> La Suprema Corte no se refirió a una posible violación al artículo 1o. constitucional como lo solicitó el procurador general.

Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco, por consanguinidad, civil o de afinidad." Y se argumentó que "precisamente la Ley Federal acota la libertad de donar sólo a un grupo de personas que tengan parentesco por consanguinidad civil o de afinidad y sólo cuando no lo haya, cualquier persona que se sujete a los controles técnicos y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que se vea afectada su salud, podrá de manera libre donar gratuitamente.

Aunque la sentencia de la Suprema Corte no hizo comentario alguno en torno a estos argumentos creemos que resulta conveniente aclarar cuál fue la posible motivación del legislador federal al introducir el término "preferencia". Si ésta se estableció en beneficio del receptor, es un reconocimiento de que cuando existen lazos consanguíneos entre donante y receptor las posibilidades de compatibilidad aumentan y se reducen los problemas de rechazo del órgano recibido. De manera que si una persona requiere de un órgano, deberá agotar primero la posibilidad de que algún pariente que le sea compatible le quiera donar un órgano. Pero claro, se corre el riesgo de que con una interpretación textual se exija a quien quiera donar un órgano que previamente consulte con todos los miembros de su familia para saber si alguien necesita el órgano o parte de él, antes de ofrecerlo a otra persona. Desde luego, esta interpretación violaría el derecho de las personas a manifestar libremente su voluntad sobre actos que recaen sobre su propio cuerpo.

El derecho a disponer de nuestro cuerpo implica un poder, una libertad integrada a la autonomía y ligada a un principio de autodeterminación de la persona humana dentro de los

límites de un proyecto de vida en sociedad.<sup>76</sup> La constitucionalista española Yolanda Gómez ha impulsado el reconocimiento del derecho a la autodeterminación física el cual comprende:

...un haz de facultades, de libertad decisoria protegida por el ordenamiento, que permite a la persona decidir, optar o seleccionar qué hacer o no hacer respecto de todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten o que quede comprometida su realidad física, a su sustrato corporal.<sup>77</sup>

En el caso del artículo 24-B del Código Civil de Nayarit, el legislador no se refirió expresamente a la posibilidad de que una persona donara un órgano o parte de él a quien no fuera su pariente, en los términos señalados en la Ley General de Salud, tampoco remitió expresamente a dicha ley, por tanto, considero que con una interpretación literal y estricta del texto del Código Civil nayarita, la garantía de libertad, como facultad de elección para hacer o dejar de hacer siempre, cuando no se perjudiquen derechos de terceros y con las restricciones que expresamente señala la ley, sí fue violada por el legislador.

### ***c) Violación directa a la garantía del derecho a la protección de la salud***

#### ***i) Procurador general de la República***

En su argumentación el procurador insistió en la importancia de la salud pública, como condición imprescriptible y

<sup>76</sup> GAZCON, Suzanne, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corp humain* Québec, Les éditions Yvon Blais inc. Collection Minerva 1993, p. 1.

<sup>77</sup> GÓMEZ, Yolanda, "El derecho a la autodeterminación física", en *Panorama Internacional en Salud y Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, IJ-UNAM, México 2007, p. 237.

necesaria del Estado moderno, reconocida tanto en documentos internacionales ratificados por nuestro país, como por la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos.

El funcionario añade:

...Los trasplantes no deben limitarse exclusivamente a los parientes hasta el cuarto grado, como lo prevé la norma que se combate, pues el derecho a la salud reconocido en el precepto cuarto constitucional, es general y no encaminado a un grupo de personas que forman parte de una familia.

## ii) El Estado de Nayarit

El Estado de Nayarit no objeta, desde luego, el derecho a la salud; sin embargo, basa la defensa de la legalidad del artículo 24-A del Código Civil, en la intención del legislador de proteger a la familia. Considera evidente que:

...los gobiernos de las Entidades Federativas, son autoridades sanitarias que tienen entre otras actividades el de restaurar la salud de toda persona y de la colectividad, pero sobre todo de la familia...; es evidente que sin dejar de respetar la competencia federal, dentro de la competencia de las autoridades sanitarias del Gobierno del Estado de Nayarit, éstas pueden y deben normar el derecho a la protección no solamente de la salud, sino también de la familia;

Y consideró que ambos derechos a la protección de la familia y de la salud, tienen el mismo rango constitucional.

Por consiguiente si esta Legislatura tiene competencia constitucional para normar lo relativo a la salud de la familia

dentro del territorio en donde ejerce su jurisdicción, es evidente que al expedir el Decreto número 8656, mediante el cual se reforma y adiciona el artículo 24 del Código Civil para el Estado de Nayarit, actuó en ejercicio de sus facultades constitucionales... La norma local, únicamente pretendió normar lo relativo al interés de la familia.

### iii) La Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Corte estimó fundados los argumentos del procurador general de la República formulados en la acción de inconstitucionalidad:

...ya que la prohibición que se ha introducido en el artículo 24-A de la legislación civil del Estado de Nayarit es contraria al párrafo tercero del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, en la medida que dicho precepto secundario impide a las personas disponer parcialmente de su cuerpo, con fines terapéuticos, en favor de personas con las que no tenga un parentesco hasta el cuarto grado, no obstante que el lazo familiar no es el único vínculo de solidaridad que propicia ese deseo de libre disposición corporal.

La SCJ concluyó que por infringir el primer enunciado del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional, debía declararse la invalidez del artículo 24-A del Código Civil para el Estado de Nayarit, pero sólo en la porción normativa que dice **"...de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco..."**, frase en la cual se contiene la limitación que se estima contraria a dicho precepto de la Norma Fundamental.

El Ministro José Ramón Cossío se unió a favor de la sentencia tal como fue dictada, pero emitió un voto particular para insistir que en su concepto sólo por la afectación al derecho constitucional establecido en el artículo 4o. se debería haber declarado la inconstitucionalidad del artículo 24-A del Código Civil de Nayarit sin necesidad de recurrir al argumento de la competencia.

...ahora la discusión se desarrollaba en el ámbito de una acción de inconstitucionalidad —una vía de control abstracto— La Corte tenía la oportunidad de adoptar una perspectiva más global, más comprensiva, en la que junto a los alegatos basados en la solidaridad y la filantropía de unos y el derecho de otros de beneficiarse de la recepción de un trasplante determinante para la recuperación de la salud o la preservación de la vida podían tomarse en consideración mas elementos relevantes para determinar la legitimidad de la política regulatoria bajo examen.

Mas adelante expresa:

...lo que esta Corte debe determinar es la magnitud normativa del derecho a la salud, como paso previo para determinar si la regulación contenida tanto en la ley federal como en la estatal lo respetan...

#### iv) Comentarios

Resulta ya innecesario repetir los argumentos expresados por todas las partes en pro del derecho a la salud y su protección, reconocido en instrumentos internacionales firmados y ratificados por México y por la misma Constitución, pero hay que recordar que el informe de Nayarit insistió en la protec-

ción que la Constitución prevé para la familia la cual tiene el mismo rango constitucional que el derecho a la salud.

Coincidimos con el informe del Estado de Nayarit en la importancia de la protección hacia el grupo familiar pero si bien el legislador constitucional expresa en el artículo 4o., segundo párrafo, que ley protegerá la organización y desarrollo de la familia con esto quiere decir, que admite la importancia de la familia como célula principal de contexto social y se eleva a nivel constitucional su protección, sin embargo, no se determina que la familia sea un sujeto de derecho o un órgano del Estado ni siquiera un grupo intermedio entre el Estado y el individuo al que no podrían exigírsele determinados comportamientos en aras de un interés familiar.

Este concepto de interés familiar al que alude el Estado de Nayarit, corresponde al modelo familiar sólido y permanente del pasado, en el que sobresalía el interés familiar como el interés del agregado y no el de cada uno de los intereses de los integrantes del grupo. Sin embargo, este modelo ha evolucionado lo mismo que las relaciones entre sus miembros y actualmente el concepto interés familiar no debe ser entendido como la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar. Los miembros del grupo pueden tener intereses diferentes, en todo caso, el "interés de la familia" es una misma síntesis verbal de los intereses de los miembros particulares considerados como componentes del grupo<sup>78</sup> el llamado

<sup>78</sup> ALAGNA, Sergio, *Familia e rapporto tra coniugumel nuovo diritto*, 2a. ed., Milano Dott a givuffisé, 1983 p. 19.

"interés de la familia" no debe ir en contra de los intereses de los miembros del grupo familiar. No se puede defender el "interés de la familia" insistiendo en que uno de sus miembros le done un órgano a otro si éste no es su deseo y, en cambio, que no lo pueda donar a alguien más, sin indagar previamente en caso de que un familiar lo requiera.

#### **d) Falta de legalidad**

##### **i) Procurador general de la República**

Además de la violación al derecho a la salud, el procurador consideró sostener también la acción de inconstitucionalidad en la violación cometida contra la garantía de legalidad consignada en el artículo 16 párrafo primero de la Constitución Federal por considerar que la autoridad emisora del acto legislativo no era competente al carecer de facultad constitucional para ello. También el artículo 133 del mismo ordenamiento consagra

...el principio de supremacía constitucional, que impone la existencia de un orden jurídico creado y organizado por la misma norma suprema, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado y todas las autoridades y funcionarios en ejercicio de sus atribuciones.

El procurador se refirió a la competencia del Congreso, en base a la fracción XVI del artículo 73 constitucional, para dictar leyes sobre salubridad general y a la distribución de materias entre Federación y entidades federativas implantada por la Ley General de Salud. Este ordenamiento expresa en su artículo 13, fracción XXVIII, que corresponde a la Federa-

ción el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos.

De lo anterior se infiere que los ordenamientos locales en la materia deben apegarse a la distribución de facultades prevista en el estatuto federal, respetando en lo conducente las disposiciones que regulan las atribuciones de la autoridad sanitaria federal y las actividades que están sujetas a su supervisión, como lo es el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres. Por ello es evidente que las entidades federativas, a través de sus órganos legislativos, no pueden emitir normas generales que sean contrarias a las disposiciones federales que norman la concurrencia de los Estados y la Federación en la prestación de los servicios de salud.

La misma autoridad precisa que el Congreso de Nayarit:

...no debió desconocer el ordenamiento federal que los artículos 320 y 321 conceden a toda persona el pleno derecho de disponer en vida de su cuerpo, sin establecer mas limitantes que las establecidas expresamente en la misma ley, y autorizar únicamente la donación de órganos entre familiares hasta el cuarto grado. El legislador violó la Ley General de Salud por lo tanto, contravino el artículo 16 de la Constitución Federal.<sup>79</sup>

<sup>79</sup> "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE 'INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON LA LEY RECLAMADA. Resulta procedente el estudio del concepto de invalidez invocado en una acción de inconstitucionalidad, si en él se alega contravención al artículo 16 de la Constitución Federal, en relación con otras disposiciones, sean de la Constitución Local o de leyes secundarias, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con el acto o la ley reclamados, como sucede en el caso en que se invocan transgresiones a disposiciones ordinarias y de la Constitución Local dentro del proceso legislativo que culminó con el ordenamiento combatido que, de ser fundadas, lo invalidarían. Lo anterior es acorde con la finalidad perseguida en el artículo 105 de la Carta Magna, de someter a la decisión judicial el examen integral de validez de las leyes impugnadas".

## ii) Estado de Nayarit

En su informe, los órganos Legislativo y Ejecutivo del Estado de Nayarit negaron que la disposición combatida "violente" (sic) las garantía de libertad y menos el principio de la supremacía de la Constitución.

En su consideración:

...es incuestionable que no se rompe con la Supremacía Constitucional puesto que la reforma y adición al artículo 24 del Código Civil para el Estado de Nayarit, no pretende ubicarse por encima de la Constitución Federal y la Ley General de Salud, sino por el contrario, de acuerdo a la disposición general los Estados están en libertad y con autonomía de regular sus leyes sin que rebasen lo normado por la esfera federal.

El Estado no consideró que el artículo 24-A rebasara lo dispuesto por la norma general puesto que sólo se aplica para los casos de donaciones entre familiares, pero no excluye que:

...no exista donador relacionado con algún tipo de parentesco, es claro que será posible realizar una donación y lo cual ya no lo norma la ley Local sino la Federal... efectivamente cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor es posible que se realice el trasplante de órganos entre vivos...

### iii) Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La sentencia hace alusión nuevamente a la competencia del Congreso<sup>80</sup> para dictar leyes sobre salubridad general y a la distribución de materias entre Federación y entidades federativas dictada por la Ley General de Salud. El mismo Tribunal ya había señalado con anterioridad respecto a la leyes generales<sup>81</sup> y su observancia obligatoria para los órdenes del gobierno estatal y municipal.<sup>82</sup>

La Suprema Corte de Justicia argumentó:

...aunque es verdad que la disposición reclamada (artículo 24-A del Código Civil de Nayarit) no se encuentra inmersa en la legislación sanitaria, sino en la codificación civil estatal en la parte que regula los derechos de la personalidad, lo cierto es que cuando se trata del tema de la libre disposición del cuerpo humano, el orden civil necesariamente

<sup>80</sup> Con base a la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

<sup>81</sup> FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados", también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado "facultades concurrentes", entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios, e inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: "...la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI (...)) Esto es en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general". Novena Época, enero de 2002, tesis: P/J. 142/2001, p. 1042.

<sup>82</sup> "LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL: ...Ley Suprema de la Unión. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano... una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales." Novena Época, abril de 2007, tesis: P. VII/2007, p. 5.

encuentra puntos de intersección con las leyes en materia de salubridad general...la legislación civil estatal, en todo caso, al legislar sobre los atributos de las personas, debió hacerlo considerando también el derecho a la protección de la salud que coloca al sujeto, simultáneamente, en la posibilidad de ser donante o receptor de órganos conforme a la preceptiva jurídica diseñada por el Congreso de la Unión.

### Continúa la Suprema Corte:

En consecuencia, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 333 de la Ley General de Salud,<sup>83</sup> el orden jurídico estatal de ningún modo debe limitar la donación de partes del cuerpo al círculo familiar exclusivamente, sino en todo caso también debe contemplar, o al menos no prohibir, la expectativa de que en algún momento de su vida todo individuo pueda favorecer o verse favorecido con el ofrecimiento de un órgano sin relación de parentesco, bajo las condiciones previstas en el orden jurídico federal que regula la materia.

...al introducir el legislador local la licitud del derecho de las personas a disponer de su propio cuerpo, debió subordinársele a lo dispuesto en la Ley General de Salud y permitirlo hacerlo en favor de cualquier otra, condicionando necesariamente esa libre disposición a las normas contenidas en la legislación sanitaria federal.

En base a todos los argumentos expresados la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró declarar la invalidez del artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit,

<sup>83</sup> Artículo 333 de la Ley General de salud: " Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre las personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos....".

exclusivamente en cuanto a la porción normativa que dice **"...de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco..."**, razón por la cual, en lo sucesivo, deberá leerse el precepto en cuestión de la siguiente manera:

Artículo 24-A. Toda persona capaz, tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico, siempre que tal disposición no le ocasione una disminución permanente de su integridad física, ni ponga en peligro su vida.

Voto del Ministro Juan N. Silva Meza.

En concepto, la declaración del Ministro de inconstitucionalidad debió excluir la totalidad del contenido normativo previsto en el Código Civil del Estado de Nayarit, pues al declararse inválida únicamente la posición de la norma, quedó vigente la parte que señala como única limitante para la donación que la misma no ocasione al donante una disminución permanente a su integridad física o ponga en peligro su vida; con ello se permite que todo aquel que quiera donar un órgano en ese Estado pueda hacerlo con las únicas limitantes mencionadas.

En su voto concurrente el Ministro José Ramón Cossío Díaz consideró que la determinación de invalidez del artículo 24-A del Código Civil de Nayarit se debió centrar en su oposición con el artículo 4o. constitucional y:

...no en razón de un problema competencial entre la federación y las entidades federativas. La invalidez del precepto legal examinado proviene de una violación directa del texto constitucional lo que hace innecesario atender a las reglas competenciales que ordenan la regulación en materia de salud.

Más adelante el mismo Ministro añade:

Me parece que invalidar únicamente la porción que limita al grupo de receptores puede generar una condición abierta de donación que no le corresponde a esta Suprema Corte establecer...

#### iv) Comentario

Debe tenerse presente que el procurador general de la República no solicitó una controversia constitucional para resolver una cuestión de competencia entre la Federación y las entidades federativas, sino que promovió una acción de inconstitucionalidad por afectaciones no sólo al derecho a la salud, sino también a la no discriminación, al respeto a la legalidad y a la supremacía de la Constitución. En vista de lo cual, consideramos en este último apartado analizar si realmente los principios de legalidad y de supremacía de la Constitución fueron violados por un legislador local al normar la donación y trasplante de órganos.

De los argumentos expresados tanto por el procurador general, el Estado de Nayarit y la propia Suprema Corte de Justicia, se concluye que en todos ellos se consideró que las entidades federativas pueden legislar en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, mientras no contravengan o rebasen a la Ley General de Salud. En el texto mismo de la sentencia se observa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró declarar la invalidez del artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, exclusivamente en cuanto a la porción normativa que dice **"...de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco..."**, por considerar que esta frase iba en contra de lo establecido en el artículo 333 de la Ley General de Salud.

José María Serna ha interpretado que la Federación tiene la facultad, de acuerdo al artículo 73 fracción XVI, para determinar el alcance de su propia competencia en materia de salud, al poder definir lo que es salubridad general. Además, el Congreso tiene el poder de dictar leyes que establezcan el marco dentro del cual las entidades federativas podrán participar en la prestación del servicio público de salubridad general y, en consecuencia, puede también definir los ámbitos que al no corresponderle a la salubridad general se entienden reservados a las entidades federativas.<sup>84</sup>

En uso de esas facultades el Congreso de la Unión dictó la Ley General de Salud como una ley marco a la que corresponde establecer, entre otras facultades, la distribución de competencias entre los distintos ordenes de gobierno,<sup>85</sup> pero también corresponde a esta ley regular las atribuciones de la autoridad sanitaria federal y las actividades que están sujetas a su supervisión, como lo es el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres. El reglamento de la LGS en materia de control sanitario de la disposición de órganos y tejidos y cadáveres de seres humanos, de aplicación en toda la República, tiene por objeto proveer, en la esfera administrativa, al cumplimiento de la LGS en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos y tejidos.

En la misma ley general se establece la competencia de la Secretaría de Salud, por conducto de la Comisión Federal

---

<sup>84</sup> SERNA, José María, *El sistema federal mexicano, un análisis jurídico*, IJ-UNAM, México, 2008, p.122.

<sup>85</sup> SERNA, José María, *op. cit.* "La ley general establece un esquema tal en virtud del cual las competencias de cada nivel de gobierno quedan en principio definidas, con un título de exclusividad aunque no por la Constitución, sino por la Ley".

para la Protección de Riesgos Sanitarios, para ejercer el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos<sup>86</sup> y en el artículo 339 del mismo ordenamiento, se regula la coordinación de actividades entre el Centro Nacional de Trasplantes y los centros estatales de trasplantes. De acuerdo con este precepto, es claro que sólo corresponde a los Estados la decisión y vigilancia de la asignación de órganos, tejidos y células, el fomento y promoción de la cultura de la donación así como de proporcionar al Registro Nacional de Trasplantes la información correspondiente a su entidad y su actualización.<sup>87</sup> Pero nada más, los órganos legislativos de las entidades federativas carecen de facultades para legislar ningún otro aspecto relacionado con la donación y el trasplante de órganos.

El Alto Tribunal centró su preocupación en que la norma local no estuviera en contra o rebasara la norma federal. Sin embargo, en nuestro concepto y de acuerdo con la Constitución y la LGS, no se trataba de sostener la supremacía de esta última sobre la legislación local, ni de establecer como límite al legislador local que no contraviniera la Ley General cuyo objetivo es evitar las contradicciones y buscar la uniformidad en las regulaciones locales. En nuestro concepto,

<sup>86</sup> Artículo 313 de la Ley General de Salud.

<sup>87</sup> *Ibid.*, artículo 339 Ley General de Salud: El Centro Nacional de Trasplantes, cuya integración y funcionamiento quedará establecido en las disposiciones reglamentarias que para efectos de esta Ley se emitan, así como los Centros Estatales de Trasplantes que establezcan los gobiernos de las entidades federativas, decidirán y vigilarán la asignación de órganos, tejidos y células, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Asimismo, actuará coordinadamente en el fomento y promoción de la cultura de la donación, para lo cual, participarán con el Consejo Nacional de Trasplantes, cuyas funciones, integración y organización se determinarán en el reglamento respectivo. Los centros estatales proporcionarán al Registro Nacional de Trasplantes la información correspondiente a su entidad, y su actualización, en los términos de los acuerdos de coordinación respectivos.

se debió considerar que el problema se reducía a reconocer que la donación y trasplante de órganos es un asunto de exclusiva competencia federal.<sup>88</sup> No debió discutirse la prevalencia de la Ley General sobre las legislaciones locales, sino afirmarse la exclusiva competencia federal para legislar sobre donación y trasplante de órgano definida por la Federación, a través de la Ley General respectiva.<sup>89</sup> Bajo estas evidencias el Estado de Nayarit no podía ni puede regular la donación y trasplantes de órganos y tejidos<sup>90</sup> en una ley local de salud y menos en un Código Civil al que compete regular otras materias.<sup>91</sup>

Dejar de sancionar con la declaración de inconstitucionalidad a las legislaciones que regulen disposiciones reservadas a la Federación por una Ley General puede llevar a una pendiente resbaladiza, pues se rompe con la unidad de la legislación y con el principio de supremacía constitucional. Además, se corre el riesgo de que los Estados, como en el caso Nayarit, consideren que pueden legislar en materias que son exclusivas de la Federación siempre y cuando no contravengan o excedan las disposiciones generales.

Al permitir que órganos locales legislen materias ya reguladas y de exclusiva competencia federal, siempre que no

<sup>88</sup> SERNA, José María, op. cit., "Lo anterior significa que los conflictos normativos entre derechos federal y local en México no pueden resolverse por el principio de prevalencia sino por el de competencia."

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>90</sup> Salvo las restringidas facultades autorizadas por el artículo 339 de la Ley General de Salud.

<sup>91</sup> Derecho Civil. "Rama del derecho privado constituida por un conjunto de normas que se refieren a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano en su categoría de persona... las normas del derecho civil se interesan en ella en atención a su calidad y o su dignidad de ser humano, considerando su capacidad de goce y, por lo tanto, con personalidad y, a la vez, como miembro de una familia y como titular de un patrimonio". Galindo Garfias, Ernesto, voz "Derecho civil, en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, ed. Porrúa, IIJ-UNAM, México, 2000, p. 1142.

contravengan la ley federal, se propicia el surgimiento de múltiples conflictos y dudas. ¿Qué pasará cada vez que la legislación federal se modifique?, ¿se tendrán entonces que modificar también las legislaciones locales para adaptarse a las reformas federales?, ¿qué sucederá cuándo la legislación federal y la local prevean regulaciones distintas?, ¿cuándo, cómo y quien determinará si la legislación transgrede la federal?, ¿se dejará al criterio de la autoridad local determinar los límites de su competencia?, esto es riesgoso pues, como en el caso que se comenta, el Estado de Nayarit insistió en su informe que no consideraba haber limitado y menos prohibido el posible acceso a un órgano de quien lo necesitara, pues en su artículo 24-A del Código Civil sólo establecía el derecho de toda persona capaz a disponer parcialmente de su cuerpo en beneficio terapéutico de un familiar, pero que cuando no existiera un donador relacionado, "es claro (para ellos desde luego) que será posible realizar una donación, lo cual ya no lo norma la ley Local sino la Federal" ¿en caso de contradicción entre ambas normas, se tendrá que solicitar una acción de inconstitucionalidad para declarar la invalidez de la norma local? De presentarse un conflicto ¿intervendrá la autoridad administrativa por tratarse de una ley de esta competencia? y en su caso ¿será competente la autoridad local o la federal? o el asunto se resolverá en los tribunales civiles locales cuando el conflicto surja por incumplimiento de una norma civil.

Las incertidumbres generadas inciden negativamente en el derecho del ciudadano a saber cuál es la legislación que rige la donación y trasplantes de órganos y cuál es la

autoridad competente para aplicar tal legislación.<sup>92</sup> Deben evitarse las incertidumbres, los Estados no deben instaurar normas sanitarias que rompan la unidad en la legislación sanitaria. Esencialmente para evitar la fragmentación, el 133 de la Constitución consagra el principio de supremacía constitucional, que impone la existencia de un orden jurídico creado y organizado por la misma norma suprema, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado y todas las autoridades y funcionarios en ejercicio de sus atribuciones.

En el caso que decidió la declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Código Civil de Nayarit, consideramos que el Alto Tribunal al admitir una acción de inconstitucionalidad estuvo en posibilidad de ejercer un control abstracto, adoptar una perspectiva más general y declarar la violación a la garantía de legalidad y de supremacía de la Constitución. Estuvo en sus manos la posibilidad de dejar claramente establecido que las entidades federativas carecen totalmente de competencia para legislar sobre donación de órganos, tejidos y células humanas de acuerdo con la competencia exclusiva de la Federación en esta materia, establecida en la LGS. En vista del gran impacto que las decisiones de la SCJ ejercen sobre la obra legislativa, resulta no sólo conveniente sino necesario, que las entidades perciban claramente cuáles son los límites de sus facultades.

<sup>92</sup> "Los particulares tenemos derecho de conocer que autoridades pueden regir nuestro comportamiento y esas autoridades sólo pueden ser las que están autorizadas por la ley fundamental". De la Cueva, Mario, citado por Jorge Carpizo en *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 255.