

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC  
ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR  
ACUERDO No-                      CON FECHA  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA DONACIÓN DE ORGANOS EN CUANTO A  
LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO AJENO

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA

GUSTAVO ALFREDO CONTRERAS PEREZ

ASESOR DE TESIS:  
LICENCIADO IGNACIO GARRIDO OVIN  
CEDULA PROFESIONAL NUMERO

MEXICIO, D.F. A LOS QUINCE DIAS DEL MES DE MARZA DEL 2004



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC  
ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR  
ACUERDO No-                      CON FECHA  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA DONACIÓN DE ORGANOS EN CUANTO A  
LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO AJENO

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

GUSTAVO ALFREDO CONTRERAS PÉREZ

MÉXICO, D.F. A LOS QUINCE DIAS DEL MES DE MARZO DEL 2004

# **AGRADECIMIENTOS**

A MIS PADRES POR LA VIDA Y EL AMOR REGALADO

A MIS HERMANAS CLAUDIA Y GABY, SOLO POR EXISTIR

A MIS ABUELITOS PEDRO Y JOBITA POR QUE NUNCA UNA DE SUS CARICIAS ME FALTO.

A MI ABUELITA BERTHA CASTRO PONCE POR DEJARME VERTE AHORA QUE SOY HOMBRE.

A MIS TIAS SARA Y LETICIA POR LAS LARGAS PLATICAS NOCTURNAS Y EL CAFÉ JAMAS IGUALADO DE UNA MUJER CADA VEZ MAS FUERTE AL PASO DE SUS DIAS.

A LA MUJER CON LA QUE UN DIA CONVERTI UN BESO EN UNA HISTORIA TAN LINDA COMO PARA FORMAR CON ELLA UN LARGO SUEÑO, LA ORQUÍDEA QUE LLEVO EN CADA UNO DE MIS DIAS, AL AMOR DE MI VIDA, LINDA GUIZA NAJERA.

A MIS AMIGOS, OSCAR QUIMBAR, MI HERMANO JOSELYNE MEDRANO POR JUGAR A CREAR EL SUEÑO DE UN UNIVERSITARIO  
LEONEL PÉREZ, POR LA VIDA COMPARTIDA EN UNA COPA DE TU MEJOR VINO  
FABIAN FUCKUY, POR EL TIEMPO COMPARTIDO DE TRÁS DE UNA TASA DE CAFÉ, TOMANDO LA VIDA EN UNA BOHEMIA  
NESTOR BORDIER, ALEJANDRO MONTOYA Y SHIUMARO ORDOÑES SOLO POR SER MIS AMIGOS  
A MIS AMIGOS IGOR RUBIO, ANGEL BECERRIL, ULISES MENDOZA POR VIVIR LA VIDA JUNTOS FRENTE A UN BALON DE BASQUETBOL  
GERARDO SALAZAR, POR SU TIEMPO, SUS CONSEJOS Y POR ENSEÑARME A JUGAR BÁSQUETBOL  
JAIME TÉLLEZ, POR ENSEÑARME QUE ESTA VIDA NUNCA NADIE LA VEREMOS IGUAL.

POR QUE SIN USTEDES NUNCA HUBIERA SIDO NADA  
GRACIAS TOTALES

# **INTRODUCCIÓN**

“ BUEN AMIGO, POR  
JESÚS, ABSTENTE  
DE CAVAR EL POLVO AQUÍ  
ENTERRADO.  
BENDITO SEA EL HOMBRE QUE  
RESPETE ESTAS PIEDRAS,  
Y MALDITO EL QUE REMUEVA MIS  
HUESOS”.

( Epitafio original de William Shakespeare para su tumba en la Iglesia de la  
Trinidad, Stratford-upon-Avon)

El Cuerpo Humano, bajo las consideraciones de la filosofía Platónicas, Socrática y de Santo Tomas de Aquino entre otros, se encuadra bajo la postura de tener al cuerpo humano en tanto su aspecto terrenal, como materia del pecado carnal, como una entidad intocable aun después de la muerte, siendo a criterio de Sócrates una parte del conocimiento que aun después de muerto, se mantiene por un corto tiempo, rodeado de algunos de los elementos que componen el circulo de la vida, razón por la cual merece ser un ente creado por una entidad de conocimiento aun mayor que le brinda para su total sentir terrenal, la grandeza del alma. Platón por otro lado y en otra época, hace referencia a que la muerte del ser es fuente del conocimiento abstracto, es en otro contexto opuesto a la vida, que no por dejar la capacidad básica del habla deja de ser potencia del conocimiento. Por lo que respecta a Santo Thomas de Aquino considera a la muerte como el aspecto que releva a la vida de un ser humano al carácter divino, por encontrarse el alma en su mas puro nivel del conocimiento del que un ente vivo alejado de la muerte o próximo a la vida llega a constituirse en el circulo mas alto del conocimiento para el que fue creado, un cuerpo sin vida no pierde su esencia, solo deja de mirar.

Estas consideraciones expuestas en antaño y plasmadas dentro del primer capitulo del presente trabajo, nos revelan algo muy importante, la consideración que desde hace siglos se tiene del cuerpo humano ya sea vivo o muerto, y sobre todo nos muestra la relación que existía entre la vida, la muerte y el conocimiento que arroja un ente en la ultima etapa que le acompaña en su andar por este mundo de acciones superfluas



Sin embargo el Cuerpo Humano es mucho mas que teorías y conocimiento, es un ente lleno de tecnificación, de implantes bioéticos que conforma una incógnita, es vida, es muerte, es acción y reflejo, es un ente cubierto por un mundo llamado bioética un mundo que trataremos de desglosar en el segundo capitulo de este postulado.

Un ser que vive, piensa y siente, no es solo un objeto que pierde dueño y por consiguiente es susceptible de sufrir la apropiación de la que son materia, por ejemplo los bienes mostrencos, el Cuerpo Humano es mas y va mas allá de lo que un objeto puede brindar a su poseedor, es cuerpo es materia es el derecho que cada uno de nosotros podemos hacer valer ante las demás personas del grupo social, ¿pero hasta donde llega ese derecho sobre nuestro propio cuerpo?, es una pregunta propia para resolverse en el tercer capitulo de este estudio sobre el cuerpo humano

Dentro del ultimo capitulo de este trabajo, se hará referencia a la disposición del cuerpo ajeno, postura que es criticable, en razón de que la legislación actual no contempla el real significado del cuerpo, sino por el contrario, autoriza la apropiación del cuerpo humano como si este estuviera comprendido en la categoría de bienes u objetos, y por otro lado faculta la disposición del mismo por un tercero justificando su legislación en vías de la donación de órganos, sin tomarse un instante para considerar que la decisión que se esta autorizando no es sobre un objeto que ha perdido a su poseedor, sino sobre un ser humano que en vida conformó una unidad llena de complejidad, al que su cuerpo funcionó como soporte físico, pero sobre todo como soporte de una estructura social que se basa en principio en decisiones individuales, por otro lado si bien es cierto que la persona como unidad, conforma a una sociedad que pretende conservar un Estado de Derecho, entonces las normas que conforman la estructura esencial del Estado entran en un gran conflicto, ya que al mutilar la parte básica de la sociedad también están destrozando y desarticulando la parte esencial del Estado, al Individuo.

Las consideraciones jurídicas al respecto están basadas en una incongruencia tanto jurídica como moral, estas se han apartado del principio básico de protección de la vida y del cuerpo de todos los individuos que cohabitan en el espacio que rige sus leyes, la legislación no toma en consideración que el ser humano es un ente dotado de libre albedrío, facultad que le brinda la opción de decidir sobre lo que le convence para realizar y lo que no quiere hacer, las manifestaciones que en este trabajo se exponen, pretenden resaltar precisamente, esa ausencia de criterio con que se han llevado a cabo las legislaciones referentes al cuerpo humano en tanto la disposición del mismo en relación a tercero, a lo largo de trabajo que aquí se presenta, demuestro como una persona tiene esa la facultad de disponer de su cuerpo siempre y cuando no contravenga las normas morales o se afecte de tal forma que demerite el funcionamiento de su propio cuerpo, el derecho de disposición es un derecho nato que nadie, ni siquiera el Estado puede objetar, es un potestad que el derecho natural brinda a las personas y que no debe ser siquiera materia de polémica, este estudio presenta esta problemática vertida hacia *la donación de órganos en tanto a la disposición del cuerpo ajeno*, título que es regulado por la Ley General de Salud y que considero no está ni próximo a una legislación coherente en relación a la donación de órganos en tanto al derecho que la propia ley le brinda a un tercero para disponer del cuerpo ajeno, aclarando en principio que no me postulo en contra de la donación de órganos y sobre todo que considero que la misma es un avance científico y tecnológico tan impresionante como la propia vida, sin embargo en lo que no estoy de acuerdo es en la acción autorizada por el legislador para que una persona que en realidad no tuvo nada que ver con las sensaciones que tuvo una persona en vida venga a disponer de ese cuerpo del que no conoce más que la apariencia que lo revistió en este mundo en que vivió y murió bajo sus propias ideas, y es

que es aquí donde surgen preguntas como ¿tiene derecho un hombre a disponer o donar, parte de un cuerpo, para ser usado por otro, mientras esta vivo o bien después de la muerte del donante o vendedor? ¿quien es el dueño de un cadáver, y en consecuencia , tiene derecho a disponer de el, para fraccionarlo, donarlo o venderlo, ya sea en su totalidad o debidamente fraccionado? ¿ y en ese caso a título de que tiene ese derecho?.

**DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.**

## ANTECEDENTES HISTORICOS

La persona humana, como presupuesto que es del orden jurídico, tiene derechos, los cuales le son necesarios para lograr sus fines y que en consecuencia le pertenecen por su misma condición de persona. Ese campo de acción jurídica no le es dado por el derecho, sino en cierto sentido es un antecedente del orden jurídico y por tanto debe ser tan válido como respetado. Este es el campo de los DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. Estos derechos devienen del antiguo *ius in se ipsum*, o sea el derecho sobre sí mismo y la obligación que tienen los demás de respetar ese derecho, así tenemos que son los bienes más próximos al sujeto los que forman la materia de los derechos de la personalidad

El desarrollo de la teoría de los Derechos de la Personalidad no es reciente desde antiguas civilizaciones se ha tratado de proteger la seguridad de la persona objetando a esta como el centro de la civilización teniendo problemas por definirlos y enmarcarlos en alguna rama jurídica, se llegó a decir que los derechos de la personalidad constituían una categoría desconocida del ordenamiento jurídico creando lagunas sobre los citados derechos, por no existir una base de estudio que tomara de fondo los derechos de la personalidad, es así como se desarrollan varias escuelas preocupadas por tratar los derechos de la personalidad, las principales lo han hecho partiendo de la construcción escolástica, porque en efecto el arranque de la teoría coincide con la obra de Santo Tomás, la *suma theologica*, que al comentarse en las grandes Universidades especialmente París y Salamanca determinan la difusión de tal doctrina. Así pasaría a la escuela española de Derecho Natural donde, a través, de Victoria y Soto, cuajaría en una más rigurosa formulación jurídica vinculada a la figura del padre Molina.

Es el padre Molina el primer teólogo-jurista que desarrollará el tema con la adecuada envergadura y merecida extensión, ocupándose de la especialidad de estos bienes personales desde el Angulo específico del Derecho Penal y Civil .

Existe, con todo, otra vertiente interesantísima, entroncada al parecer, con fuentes agustinianas, me refiero al significado colosal que encierre el tratadista toledano Gómez de Amescua que es la original afirmación de un <sup>1</sup>“ derecho sobre si mismo” su postura obedece a enfrentarse con la breve sentencia *quanium dominius membrorum suorum nemo videtur*, lejos de secundar una regla jurídica de orientación negativa : “ no es licito hacer nada fuera de lo expresamente permitido por el derecho” defiende una regla de sentido positivo ya que en principio todo le esta permitido al hombre, respecto a si mismo excepto lo que expresamente quede prohibido por el Derecho

También en el Derecho griego nos encontramos con el termino *soma*, cuyo significado literal coincide con el de cuerpo humano, la locución se empleaba en un sentido técnico, referida al Derecho, *soma* valía tanto como supuesto de capacidad jurídica, por esta razón algunos tratadista sostienen que es en Grecia donde tuvo lugar el verdadero advenimiento de la personalidad.

Precedente magnifico de la consideración social de la persona humana la encontramos en Roma, con la doctrina de los *tres estatus*, pero no existe una consideración rigurosamente científica y sistemática de lo que hoy llamamos Derechos de la Personalidad ya que en el Derecho romano la protección de la personalidad se lograba solo a través de la *actio iniuriarum* , evidente muestra de que aun no perfeccionado ni tomado como Derechos de la personalidad, pero ya existía una antecedente de protección general de tipo penal en orden a la personalidad.

El cristianismo representa y constituye la mas solemne proclamación de los derechos de la Personalidad humana, mediante la idea de una verdadera fraternidad universal y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas, en el fondo del pensamiento medieval se reconocía implícitamente al menos, que en el hombre y no en el Estado o cualquier otra entidad paraestatal radicaba el fin del Derecho. Pero, con todo, la concepción jurídica de la Edad Media, fundada en una ordenación por clases y grupos de la sociedad , no sintió la necesidad de conceder marcado relieve a los Derechos caracterizadamente personales.

1-.En persona humana y ordenamiento jurídico, ed 1983, pag. 178

El Profesor Iglesias,<sup>2</sup> catedrática de la facultad de Madrid observa con acierto como “el esclavo en el Derecho Romano no tenía tal carácter conforme a su naturaleza, sino en función de normas estatales que le privaban de su originaria condición, su designio era depender de un hombre libre, pero bien entendido que esclavitud no coincidía con propiedad”, como lo demuestra el hecho de que se dieron esclavos sin dueño, los esclavos abandonados. Lo crucial de la esclavitud consistía en la dedicación a una servidumbre permanente, y es interesante mencionar como en los orígenes de Roma la institución no tuvo el significado peyorativo de los tiempos posteriores, y su situación en la vieja casa romana no debió de distar mucho de la del resto de los otros miembros familiares sometidos a la autoridad global de la *manus*. Es posteriormente, cuando con los comienzos de la República aquella comunidad de vida y de afanes se trunca, cuando se pasa a concebir al esclavo como un instrumento necesario del trabajo en orden de las grandes explotaciones agrícolas. Pero con todo insiste el Profesor Iglesias,<sup>3</sup> “aunque casi fueron de aplicación general al estado de esclavitud los principios del Derecho de cosas, nunca llegó a negarse al esclavo el reconocimiento de su personalidad natural.

La ley de las doce tablas estimaba las lesiones inferidas a un esclavo como personales, no como daños causados a las cosas ; solo en cuanto al grado de la pena correspondientes se establecían diferencias en relación con el hombre libre. Posteriormente con la *Lex Aquila*, los perjuicios cometidos a esclavos se identificarían a los cometidos en cosas”, y ni aun así puede interpretarse que en Roma rigiesen idénticas normas para esclavos y animales

. Al calor de la doctrina Estoica primero, y del mensaje cristiano después se iría reconociendo el Derecho del esclavo a la vida, a una integridad personal y moral. Constantino <sup>4</sup> “llegó a calificar de *homicidium* la muerte intencionada de un esclavo, pero con Justiniano se alcanzó la proclamación de igualdad para todos los hombres.

La situación del esclavo radicaba en carecer de la capacidad jurídica, si bien poseía la de obrar, La máxima *servi de caput nullum ius habet* no debe tomarse en un sentido

2.-En Los Derechos Fisicos de la Personalidad, 1990, pag 33

3.- En Los Derechos Fisicos de la Personalidad, 1990, pag 35

4\_En l a Persona Humana y su Contorno, ed 1976, pag 156

absoluto, porque el esclavo tenia lazos familiares, era depositario de un peculio y con derecho al sepulcro y honras funerarias .

Situaciones afines a la esclavitud fueron las personas *in mancipio* o estado de la hijo de familia vendido por el *pater* , con la finalidad distinta a la del simple lucro; la *noxae deditio* o abandono del hijo por el padre en reparación del delito por el cometido ; los *colonos* adscritos a la gleba; los *autoractus* u hombres libres que arrendaban sus servicios como gladiadores; los *redemptus ab hostibus* o rescatados del enemigo; los *addicti* o incursos en una especie de embargo personal. E incluso los *homo liber bona fide serviens* u hombres libres que se prestaban a servir de buena fe como esclavos.

Podríamos también mencionar someramente las restricciones, ciertamente graves de la capacidad de obrar de los menores y sobre todo en la mujer, cuya actividad jurídica quedo muy restringida por el senado consulto Veleyano.

El Padre López Ortiz en su Derecho Musulmán, cita 5 “como la tribu preislamica reaccionaba en masa ante cualquier atropello del que fuese victima uno de sus miembros, si el dañado y el delincuente pertenecían a un mismo grupo el ultimo era expulsado del mismo y privado de todo derecho”. comenzaba la vigencia del estado de venganza, que si bien ya se encontraba regulada por la ley del taleon; con todo, el Talion mismo era redimible, Mahoma respeto tal convicción, precisando la venganza en el *quantum* intransgredible del talion. El Derecho fue orientado, principalmente, hacia la fijación de una composición, subsidiaria de la venganza dando lugar al talion las lesiones y el homicidio.

La principal reivindicación de la persona humana, de su dignidad y de su vida se debió a la enseñanza de la iglesia, reconocedora del hombre como portador de valores eternos e inculcadora del ejercicio de las caritas, con su doctrina de que cada

5.- En Los Derechos Físicos de la Personalidad, 1990, pag 99

individuo es templo del Espíritu Santo, de que nuestra vida es el vehículo para alcanzar a Dios, dota de un extraordinario valor a nuestra existencia.

Siglos después y tomando como base las diversas teorías y estudios de tratadistas a través de los años se imprime en algunas legislaciones los primeros destellos de los derechos de la personalidad

El Código Civil Griego establece en primer termino, artículo 57, <sup>6</sup> “ quien fuese ilegalmente ofendido en su persona tendrá derecho a ver cesar la ofensa inmediatamente, con la garantía de que no se reproduzca en el futuro”. Lo que supone que el legislador griego ha venido a admitir un derecho general de la personalidad que la doctrina recoge como una conquista ciertamente meritoria. Todavía mas se ha llegado a decir que significa conseguir una protección adecuadamente vigorosa de la personalidad del individuo y supone una valiosa aportación en orden a la construcción de una moderna teoría del Derecho Privado.

De otra parte el Código Civil Austriaco, acusando una marcada influencia Iusnaturalista, establecido que todo hombre tiene los derechos innatos que se fundan en la sola razón por la cual ha de considerarse como persona.

El Código Austriaco seguidor del proyecto checoslovaco en 1924, <sup>7</sup> “acepta ya – siquiera sea vagamente-el Derecho de la personalidad en sentido



moderno, declarando que los derechos de la personalidad se refieren a algunas de sus cualidades

En el Código civil Alemán §“solo esta claramente reconocido y reglamentado como tal derecho subjetivo, configurable por tanto como firme derecho de la personalidad, el Derecho al nombre, pero se le critica su timidez al no haber formulado un mas comprensivo derecho de la persona”.

6- En Los Derechos Fisicos de la Personalidad, 1990, pag 109

7.La Ordenación Sistemática del Derecho Civil,ed1970, pag77-

8.- En Los Derechos de la Personalidad, 1985, pag 309

El Código Civil Suizo de 1907 si que posee una disposición general de tutela a los derechos de la personalidad, su libro 1, bajo el encuadre DERECHO DE LAS PERSONAS , domina su titulo I De la Personalidad, en el que concretamente reza de esta forma su artículo 28 <sup>9</sup> “ aquel que sufre un ataque ilícito en sus intereses personales podrá demandar al juez que lo haga cesar”.

De manera mas concreta, el Código Civil Italiano de 1932 recoge francas manifestaciones de los derechos de la personalidad en los articulos 5 al 10, que para esa época era el Código que mejor regulaba los derechos de la personalidad entre las diferentes concreciones positivas.

La declaración Universal de los Derechos del Hombre; adoptada por la asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1938, representa una buena muestra de la humanización que fundó precedente de los derechos de la personalidad. En su artículo 3- proclama que <sup>10</sup>“ todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona” y en el artículo 29 sintetiza,<sup>11</sup> “ en el ejercicio de sus derechos la persona no tendrá otro limite que los establecidos por la ley y sus únicas barreras consistirán en el respeto a los derechos y libertades de las demás personas y la justa exigencia de la moral, del orden publico y el bien común”.

Como hemos analizado, dentro del diverso elenco histórico de sociedades que encuadran este preliminar de los derechos de la personalidad, podemos asentar, que los antes citados han estado vigentes de una u otra manera desde que existe el hombre conformando un grupo social, entendiendo al derecho de la personalidad como parte de las reglas de la vida, que en un principio solo son contemplados como parte del Derecho Natural, posteriormente es la presencia de Dios la que se encarga de brindarle a los miembros del grupo social la facultad de tener un derecho, el cual debe ser respetado por los otros hombres. Indudablemente es un Derecho del cual no se puede prescindir, es una potestad que toda ser humano tiene por el solo hecho de haber nacido persona, es por tanto un derecho irrenunciable, innato, inalienables e imprescriptibles como corresponde a su naturaleza de derechos personalísimos.

9-  
10.-  
11.-

El núcleo de los Derechos Personales es igual en cualquier parte del mundo, pero la reglamentación de los mismos, su manifestación concreta en el orden jurídico positivo, es diferente según los tiempos y según las naciones pero lo que nunca puede ser sin violar o amedrentar la justicia Es desconocer a los derechos de la personalidad

## ASPECTOS ETICOS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La persona humana, como presupuesto que es del orden jurídico, tiene unos derechos, los cuales le son indispensables para conseguir los fines que en su vida se propone, derechos que por su natural condición de persona le pertenecen, estos son los llamados derechos de la personalidad, Derechos que en la antigua Roma se denominaban *ius in se ipsum*, es decir el derecho sobre si mismo, estos Derechos eran oponibles ante los demás miembros de la sociedad los cuales tenían la obligación de respetar a sus coahibantes en su

persona, con todos las prerrogativas que estos llevaban y concedían al Ser Humano en su relación persona-soma.

La ética define a la personalidad no solamente por sus características naturales, sino también como al sujeto sobre el que el derecho subjetivo vierte un deber ser, el cual utilizara para cumplir su misión moral por si mismo, por su propia cuanta y con su propia responsabilidad, así tenemos que desde el punto de vista ético, la personalidad, se va a definir como el derecho otorgado por el Estado a las personas, los cuales revisten al individuo de respeto en tanto a su integridad física, moral y espiritual por parte de los demás miembros de la comunidad

Los derechos de la personalidad se erigen en orden al reconocimiento y protección de la persona humana y de los valores personales ya que representan una afirmación de principios y una defensa de la misma frente a las intromisiones del poder publico, los derechos de la personalidad son los derechos que acompañan al hombre durante toda su vida, siéndole imputables por el solo hecho de ser persona. Estos derecho le reconocen a la persona su libertad, su libre albedrío, su dignidad ante los demás miembros del grupo social asegurando que jamas podrán hacer o cometer acto alguno que viole la esfera de protección en que lo cubren los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad son los bienes mas próximos con que cuenta un ser humano, es una facultad concreta que reviste a toda persona, ya que esta va a constituir su núcleo fundamental reflejándose ante las demás personas del grupo social y sobre todo ante el Estado el cual tiene la obligación de mantener un estado de Derecho del cual es la persona el sujeto principal, procurando establecer una situación de justicia inminente ante los particulares, <sup>12</sup> por esto el Maestro Borda enfatiza en que esta “bien hablar de un Derecho a la vida, a la libertad, al honor por que todo ello representa una defensa de la personalidad humana frente a las intromisiones del poder público” es por esto que nunca como ahora esta mejor empleado el termino de Derechos de la Personalidad.

Los Derechos de la personalidad han existido siempre, en todos los tiempos y para todos las personas, son innatos en tanto los tiene toda persona desde su nacimiento sin excepción alguna siendo desde luego inalienables e indescriptibles como corresponde a su naturaleza de derecho personalísimo, estos derechos crean un profundo reconocimiento de la persona, Los Derechos de la personalidad son derechos subjetivos en tanto recaen en un sujeto que puede ejercitarlos, entendiéndolos como cualquier facultad prerrogativa o poder que tiene la persona para exigir lo que les pertenece conforme al derecho objetivo, que en el caso es la norma objetiva natural impresa en la naturaleza humana, ya que estos los tiene el sujeto y los ejercita en virtud de su propia naturaleza la cual tiene una vertiente jurídica siendo estos materia del derecho de natural. La teoría de los Derechos de la Personalidad ha contribuido valiosamente en orden a la eficacia de pertinentes principios jurídicos extrapositivos, y sustentamos que los Derechos de la Personalidad constituyen y representan la optima defensa de los valores de la persona.

Los Derechos de la Personalidad, son aquellos que conceden un poder a la persona, por medio del cual van a proteger la esencia de su personalidad así como sus mas importantes cualidades, se impone aclarar que tales Derechos son cosa bien distinta a la sola personalidad escueta, por que precisamente ellos ayudan a delimitarla, es su contorno, es la periferia en relación al centro, de tal forma que los Derechos de la Personalidad no se encuentran ni en la persona como tal, ni en las restantes como vinculadas por una obligación pasiva de reconocimiento, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades del hombre mismos que el ordenamiento jurídico ha considerado tener en cuenta e individualizar.

Así tenemos que los derechos de la personalidad pueden enumerarse de la siguiente forma :

A) Son *originarios o innatos*, en cuanto que derivan de la misma cualidad del hombre y no necesitan del concurso de requisitos o formalidades externas para poder existir.

B) Son, en principio, derechos subjetivos *privados*, ya que van destinados sobre todo a asegurar el goce del propio ser, físico o espiritual. Con todo, alguna vez pueden ser clasificados como públicos y otras aun conservando fundamentalmente su nota privada, participan de elementos o puntos de contacto del tipo público.

C) Se trata de Derechos *absolutos o de exclusión*, en el sentido de su oponibilidad *ergo omnes*

D) Son *típicamente personales* o si se quiere extrapatrimoniales; lo que no impide que su infracción lleve aparejada consecuencias de orden material, cual es la vía de indemnización de daños y perjuicios.

E) Son *inembargables*, y no susceptibles de cumplimiento o ejecución forzosa, tampoco son pignorables.

F) Aunque cierto sector de la doctrina los califica de indispensable, mejor sería hablar de *irrenunciables*, porque si bien no cabe la facultad de despreñarlos o destruirlos, ello no obsta para que de alguna manera puedan ser objeto de convenciones encaminada a una cesión de los mismos o más o menos relativa. En este sentido, la que es indisponible o inalienable es la personalidad misma, pero no de los derechos especiales que pueden emanar de ella.

G) Son paralelamente, *imprescriptibles*.

H) Finalmente creo interesante apuntar otra nota que procede directamente de la esencia de su contenido: *su naturaleza íntima e inminentemente interna*, lo que les conduce a una estrechísima dependencia y contacto con el campo de la

moral, Por el hecho de referirse a nuestro propio yo, tiene un fuerte tinte espiritual y de conciencia, estos derechos poseen además una autentica prioridad, porque son previos necesariamente a otros géneros del derecho, sin derechos personales, mal pueden sobrevenir derechos reales o de crédito.

Huelga decir que los anteriores caracteres solo pueden predicarse de auténticos y ciertos derechos subjetivos, y no ya de meras facultades o posibilidades de actuar. Su reconocimiento o no por el orden jurídico positivo es algo posterior, independiente y desde luego beneficioso en cuanto les otorga una mayor y mejor protección.

## CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

La relación de justicia requiere alteridad o sea la relación con otro la cual pareciera no encontrarse en el derecho sobre si mismo, sin embargo si la hay en la relación que existe entre la persona y su cuerpo, cuando el sujeto pretende disponer de el para beneficio o perjuicio de otro. El problema no se plantea tanto en si el sujeto tiene o no derecho sobre su propio cuerpo, sino en saber si puede o no disponer de partes de el en beneficio o perjuicio de otro o si puede conceder a otro derechos sobre su cuerpo, aquí la alteridad es indiscutible y por tanto hay relación de justicia en estos planteamientos que las hacen plenamente jurídicas.

Actualmente nadie duda del carácter plenamente jurídico del ius in se ipsum y de todas las demás derivaciones que pueden desprenderse de el, marcando siempre que es necesario matizar este derecho. Del ius in se ipsum y su plena aceptación en el mundo jurídico deriva históricamente el estudio del derecho a la vida, los derechos sobre el propio cuerpo y el cuerpo ajeno, los derechos sobre el cadáver y varios mas que hoy se integran a los Derechos de la Personalidad.

Es larga la polémica sobre la naturaleza jurídica de estos Derechos: algunos autores los consideran como Derechos subjetivos llegando a afirmar que son los mas típicos de los derechos subjetivos, mientras que otros le niegan en absoluto ese carácter, pero me parece que todo depende de la extensión que se le de al concepto de Derecho Subjetivo.

Aun cuando los derechos subjetivos como facultades agendi, fueron conocidos por el Derecho Romano y por los Romanistas posteriores, no fue sino hasta el siglo pasado cuando, debido sobre todo a la doctrina Alemana, se desarrolla con amplitud el concepto y la dogmática del Derecho subjetivo a tal grado que con cierta exageración, se llego a pensar que toda la ciencia del derecho se resumía en el estudio de los diversos derechos subjetivos ya que toda norma, produce necesariamente en el sujeto un derecho subjetivo para actuar conforma a aquella.

Admitiendo la amplitud con la que actualmente se acepta por algunos el concepto de Derecho Subjetivo, los Derechos de la Personalidad caen dentro de esta categoría, con las salvedades que se hacen a continuación, en efecto, los Derechos de la Personalidad son una facultad de actuar por parte de l sujeto que tiene el derecho a que se le reconozcan los instrumentos jurídicos necesarios para poder preservar sus bienes y atributos esenciales, que son el contenido propio de los Derechos de la Personalidad.

En la actualidad , la mayoría de los autores dan la categoría de Derechos Subjetivos a los Derechos de la Personalidad, pero entendiéndolos como facultades derivadas de una norma objetiva y positiva, posición con la cual me encuentro en desacuerdo, ya que son Derechos Subjetivos peculiares, como peculiar es su objetivo y su finalidad.

Desde luego, los Derechos de la Personalidad no se derivan de ninguna norma positiva: deben derivarse del Derecho Natural, que como norma no escrita existe en virtud de la naturaleza humana y otorga a todos los sujetos que participen de esa naturaleza esos derechos subjetivos de la personalidad.

Esta concepción no se admite por todas aquellas filosofías que niegan la naturaleza humana o consideran al hombre compuesto solamente por materia, tampoco es aceptada por los partidarios del positivismo jurídico que como es lógico, al no admitir como derecho mas que a la norma vinculante expedida por el legislador, no admite tampoco el carácter jurídico de los derechos de la personalidad. Los mismos Derechos de la Personalidad quedan mal parados en la escuela positivista del derecho, pues dice que no pueden ser otra cosa que concesiones que el legislador ha hecho a los ciudadanos, por consecuencia no deben tener mas contenido que el que el propio legislador marco, y este puede modificarlo cuando lo considere conveniente.

Contra esto, la mayoría de los autores consideran a los Derechos de la Personalidad como derechos innatos, originarios, esenciales, porque existen



como la persona, aunque el Derecho Positivo no los reconozca, son auténticamente derechos Naturales, pues su fundamento es la naturaleza humana y de ella se derivan, sin embargo no todos los derechos que hoy se engloban entre los derechos de la Personalidad pueden considerarse dentro de los derechos naturales primarios pero todos son naturales, aunque algunos sean derechos naturales secundarios, o derivados de los primarios.

En la actualidad, hablar de Derecho Natural, o Derechos Naturales, tiene una connotación muy específica según la escuela que le siga ya que es diferente el contenido y sobre todo el fundamento que se da a los derechos naturales si se sigue la filosofía positivista, Kantiana, neokantiana o existencialista , o si por el contrario se sigue una filosofía tradicional que trate de explicar el fundamento de los derechos naturales en la propia naturaleza de las cosas y en la íntima relación de justicia que objetivamente existe en todas las relaciones sociales.

“El Derecho Natural es aquella proporción justa proveniente de la naturaleza de las cosas, que se da entre aquellas cosas que se intercambian o distribuyen en el tráfico humano. Es pues una parte del derecho real y concreto que rige la sociedad el cual es en parte natural y en parte convencional o positivo. Por consiguiente, el arte del derecho natural es una parte del arte del derecho, sin el cual el jurista solo es jurista en parte”.<sup>12</sup>

El Derecho Natural no es por tanto una teoría o una filosofía que pueda entrar en discusión con otras teorías o filosofías distintas, El Derecho Natural es el Derecho que se basa en la naturaleza humana, la recta razón deriva de ella necesariamente de los llamados derechos Naturales, la ley no es solo aquello que el legislador ha expedido o sancionado, si no que en realidad, solo puede llamarse ley al ordenamiento racional que expedido por la autoridad competente, tiende al bien común en una comunidad concreta.

No se puede llamar ley al mandato que solo reúna los requisitos formales exigidos por un ordenamiento positivo concreto. Esto es un concepto

meramente formal y fenomenológico de la ley. Por el contrario, la ley es el mandato que vincula la responsabilidad personal del hombre, que le obliga en conciencia, lo que quiere decir que es norma de su obrar en cuanto a persona; “ no es un problema de coacción o de imperativo hipotético meramente externo, sino un imperativo que pone en juego su condición de persona, en cuanto unida a los demás en sociedad”.<sup>13</sup>

<sup>12</sup>-1.-En persona humana y ordenamiento jurídico, ed 1983, pag.100

<sup>13</sup>1.-En persona humana y ordenamiento jurídico, ed 1983, pag. 102

Si se niega la existencia de la naturaleza humana, es imposible apoyar correctamente el fundamento de los Derechos de la personalidad, La omnímoda libertad de cada hombre debe encontrar acomodo y encaje en el entramado de las libertades de los demás. Esta concordancia entre las libertades de todos supone ciertamente algunas limitaciones de la libertad ( no puede haber libertad de matar o libertad de robar,) pero se procurará que esas limitaciones sean las menos posibles y sobre todo que sean establecidas mediante un recuento o conjunto de libres opiniones de todos sobre el particular.

El fundamento por tanto de los Derechos de la Personalidad, no es nunca la ley positiva, ya que esta solo los declara y tiene la obligación de protegerlos.

El autentico Derecho Natural, no es un Derecho ideal, ni un Derecho deseable, ni una ética social, sino un Derecho Real, en el sentido del existente, debe tener en cuenta la naturaleza humana y esta se compone del espíritu y materia. No pueden olvidarse nunca las necesidades materiales del hombre dentro de los Derechos de la Personalidad, ya que es falsa cualquier concepción del hombre que excluya la corporeidad de la esencia del mismo, como la concepción Platónica o la Cartesiana o la de aquellos que entienden al hombre como pura historia o mera libertad. El cuerpo no es algo que el hombre solamente tenga o a la que este accidentalmente unido; el cuerpo es algo que el hombre es: por tanto una parte constitutiva de su esencia.

El reconocimiento de los derechos de la Personalidad no es problema del Derecho Positivo, sino que responde necesariamente a la relación íntima de justicia que existe entre las relaciones humanas y que aun cuando no sean mencionadas por el derecho Positivo, existen entre los hombres y si alguna autoridad llegara a verse en la necesidad de tratar y reconocer estos derechos humanos, aun cuando no estén expresamente reconocidos por la ley positiva, solo puede proceder en justicia si los protege, los actualiza y los reconoce.

Puede darse el caso de que alguna ley positiva contradiga a los derechos de la personalidad, es este supuesto, el problema es mucho mas grave por el trastorno que esa contradicción realiza a una sociedad concreta a la cual se aplica ese derecho

positivo, pero también, en este caso, los derechos de la personalidad siguen existiendo, con la misma extensión y con la misma necesidad de protección, aun cuando la autoridad, arbitrariamente, vaya en contra de la ley natural, el hombre solo conoce una obligación: la obligación en conciencia fuera de ella no hay obligación, sino coacción. Si la ley humana solo tiene la coacción porque no cuenta con la obligación en conciencia, ya no es la ley sino fuerza, y la fuerza sin justicia es solo violencia.

Hoy como en la antigua Roma, como en Grecia, como en el renacimiento al producirse el estallido de la Revolución Francesa, como la aparición del comunismo y como al advenimiento de los movimientos totalitarios de tipo nacional, vuelve el jurista a su tema central : el del hombre, el de su libertad, el del respeto a su personalidad y el de la educación del derecho a su ordenada protección, insistirá todavía Fernández Cuesta “ entendemos que los Derechos Subjetivos no son meras concesiones caprichosas del positivismo y *concebimos la personalidad jurídica del hombre en función de su condición de portador de valores eternos*”.<sup>14</sup>

14.-Citado por Fernández Cuesta en El Derecho como Hecho, ed, argentina,1968, pag57.

## CAPITULO II

### BIOÉTICA, LA CRISIS DE VALORES QUE CONYEVAN LOS AVANCES TÉCNICOS.

El desarrollo que ha cobrado la Bioética en el mundo entero desde que se utilizara el neologismo hace veinticinco años, ha sido realmente extraordinario, ya que la amplitud que entraña el término lo dota de una variadísima gama de opiniones y amplitud de injerencia en casi cualquier doctrina relacionada con el ser humano. La profusión bibliográfica y la creciente frecuencia de las reuniones académicas sobre temas bioéticos, junto al ingreso de los mismos en el debate público contemporáneo a través de los medios de comunicación, sugieren cuando menos que casi cualquier tema discutible puede ser convertido hoy en un problema bioético, y es que resulta difícil fijar los límites de una reflexión que surgió de la interpelación de la práctica médica a la teoría ética y que ha sido tal su impacto que se ha extendido al ámbito total de la cultura contemporánea

El alcance y amplitud de la temática tecnológica que se -transpola al terreno bioético obliga a pensar en una sociedad que renuncia a todo tipo de moral, teniendo como límite tecnológico al universo entero y a las futuras generaciones, tras el reordenamiento político-económico mundial de los últimos años, el proclamado agotamiento de las ideologías y la pérdida de inocencia de los científicos, el interés práctico parece haberse desplazado hacia la responsabilidad y competencia moral del hombre, la paradójica experiencia de horror y fascinación ante el dominio tecnocientífico casi absoluto de los niveles más profundos de lo humano, tanto en el orden biológico a través de la manipulación genética como en el psíquico a través del control de la personalidad-, está en el centro de un gran número de debates que se llaman, no sin razón, bioéticos. El denominador común de estos debates es el intento por "delimitar" el tipo de intervenciones que pueden admitirse sin desdibujar los perfiles de lo humano. El problema es que para.....

.....ello hace falta algo así como una naturaleza o esencia humana desde la cual sea posible la delimitación, difícil problema para el pensamiento actual, declaradamente post-metafísico. La teoría filosófica se ve emplazada así por las urgencias de una praxis científica que, en principio, no reconoce límites.

Pero es necesario a la par del concepto, entender la fuente misma de donde brota la Bioética; sin duda y en coincidencia con algunos autores sobre el tema, la bioética nace de la ética Hipocrática, la moral medica de inspiración teológica, la aportación de la filosofía moderna y la reflexión sobre los derechos humanos en Europa, pero sobre todo, nace de la necesidad de estar acorde en los avances de las ciencias, de las armas, de la creación genética etc se crea a partir de la ética medica que necesitaba especializarse e intervenir en los factores que integran la vida misma, llega no solo al campo de las ciencias de la vida y de la salud incluye por consiguiente una biosfera que además de la medicina integra problemas demográficos y hasta ambientales.

Al buscar un concepto que nos acerque a la mas próxima definición de Bioética podríamos pensar, que la Bioética se define como un área de la investigación que, valiéndose de una metodología interdisciplinaria, tiene por objeto el examen sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la salud, analizando esta conducta a la luz de los valores y principios morales.

Lo esbozado hasta aquí es una primera aproximación que podríamos llamar periférica a la bioética, como conjunto de temas atravesando por el cuestionamiento a la idea del avance tecnocientífico como progreso lineal de la humanidad. Esta forma de hacer bioética es más bien teórica y se inscribe en la visión crítica de la ciencia y la técnica. Se trata de equilibrar la balanza entre posiciones extremas optimistas o apocalípticas respecto del desarrollo científico-técnico. Expone a su vez, el importante desafío planteado a la .....

.....imaginación filosófica contemporánea, que compromete no sólo una ética que pueda dar cuentas normativamente de la delimitación entre lo que puede hacerse y lo que no, aunque se cuente con la capacidad técnica para ello, sino también una antropología y unas filosofías de la naturaleza y de la historia que le sirvan de sustento.

Un logro indiscutido del desarrollo bioético, es el ingreso del *Bios* al ámbito de las ciencias sociales, con lo que ha dejado de ser patrimonio exclusivo de la biología. El concepto de calidad de vida es un buen exponente de este desplazamiento del *bios*, esto desde el punto de vista fisiológico explicativo orientado hacia una visión comprensiva, que involucra tanto los aspectos biológicos como los aspectos psicológicos, socio-culturales, jurídicos, económicos y políticos.

Por otra parte, el desplazamiento ético a las ramas científicas llega a revolucionar la ideología de los investigadores tratando de crear en ellos una interacción mas humana entre lo científico y lo ético, razón por la cual es necesario entender términos como el de "ética racional" en el sentido de una ética sustentada en la conciencia moral autónoma, por lo que las valoraciones morales y las convicciones personales no pueden ser impuestas por la fuerza a los demás es aquí donde la bioética cobra un sentido particular y de especial relevancia en la vida social, esto es al buscar un respeto a la dignidad humana así como a las decisiones que se pudieran tomar con relación al mismo, situaciones que en todo el mundo deben de enfrentarse de la misma forma en tanto que , existe la preocupación por un gran número de cuestiones importantes que hoy se llaman bioéticas, sobre las cuales las personas no pueden entender porque no tienen la misma concepción del mundo y de la vida y por tanto, la misma jerarquía de valores. El debate bioético sobre el aborto, la reproducción asistida, el estatus del embrión humano, el derecho a procrear, el derecho a disponer del propio cuerpo, la disposición de un cuerpo ajeno, la eutanasia y otros tantos temas, expone con especial agudeza la inexistencia de un fundamento común y con ello, de una única línea de .....

.....argumentación capaz de hacer compartir las mismas convicciones a todos los miembros de una sociedad. A esto le llamamos Bioética.

La experiencia acumulada en el trabajo de Comisiones y Comités de Bioética, en su breve pero fecunda historia, muestra que, en la realidad, los acuerdos legítimos son difíciles, pero no imposibles, lo que permite ver en algunos procedimientos bioéticos bien fundados, una especie de ejemplo privilegiado de ética, la que mejor se corresponde con la conciencia autónoma de las personas y el significado moral de la democracia. Producto en gran medida de esta conciencia, ha sido la transformación de la medicina iniciada unas dos décadas atrás. En efecto, los conflictos éticos de una práctica profesional cada vez más emplazada por el imperativo tecnológico, y la creciente conciencia de los derechos humanos llevados al campo de la salud bajo la forma jurídica de derechos de los enfermos, pusieron en crisis los cimientos institucionales de la profesión médica basada hasta entonces en la potestad del médico sobre el enfermo. Es lo que se conoce como "paternalismo médico", según el cual era su prerrogativa decidir *por* el paciente y, de considerarlo necesario *en contra de la voluntad del mismo*. Hoy sabemos que esto resulta éticamente inadmisibles. La revolución bioética de la medicina, le ha devuelto al enfermo su real calidad de sujeto jurídico y moralmente competente y capaz, en principio, de tomar decisiones sobre su propia vida, sobre su propia muerte y sobre su propio cuerpo, siendo esto sin lugar a duda, la nueva forma de la ética médica faltando aun por integrarse los ámbitos sociales y estatales pero es también el programa más desarrollado por la teoría ética actual en orden a proporcionar criterios para la toma de decisiones racionalmente fundadas en situaciones altamente conflictivas.

Éticamente sobre todo si recordamos que las decisiones reales no son simples alternativas entre lo bueno y lo malo, o lo correcto y lo incorrecto: los conflictos éticos suelen darse en situaciones muy complejas en las que una.....

.....buena decisión equivale a elegir el mal menor. La ponderación de todos los componentes situacionales y de las consecuencias derivadas de cada curso de acción, son elementos que no pueden estar ausentes en un método de toma de decisiones, estos son algunos de los principios que proporcionan un buen sustento a todo procedimiento de toma de decisiones por cuanto ellos



dan cuenta de la totalidad de relaciones que confluyen en la vida. En este orden de ideas, la capacidad de raciocinio de una persona en este citado proceso de toma de decisiones tiene la legitimidad ética como para ser respetada en una situación que no contravenga las buenas costumbres, la ética, ni las normas jurídicas establecidas.

Ya siendo entonces comprendidos los términos que conforman a la bioética, se presenta una problemática mas compleja., me refiero a la desvalorización creada por los avances tecnocientíficos, situación provocada por el hombre tras dedicarse a construir su mundo a golpe de descubrimientos científicos, es en ese momento cuando advierte que su larga lucha a modificado la realidad, transformando el orden de las cosas y finalmente alterando su tranquilidad, cambiando el sentido de sus preguntas y obligándolo a hacerse otras como, ¿en que se ha convertido? ¿ que ha sido de su vida, del sentido de su vida, pero también de su muerte, que ha sido de su muerte? Así como el pintor no pertenece al cuadro y al mundo que acaba de crear, el hombre moderno parece vivir en su universo como un extranjero, Ahí reside sin duda el problema del hombre moderno, su mundo es un mundo que él ha creado, es decir fabricado, hecho, producido; palabras cuyo sentido original remite al *tekhne*, termino griego que suele traducirse por técnica pero también por arte. Lo que atañe al arte o la técnica es producto de la intervención humana y no de la naturaleza; a diferencia de una obra natural, una obra artificial depende del ser humano para existir. El drama acontece cuando el ser humano jugando a ser dios se burla de la naturaleza, porque el vacío que crea acaba por absolverlo y negarlo, esta es la paradoja de la técnica que vemos por todas partes: por un lado, control y dominio extraordinarios, por el otro subordinación y alineación.

Desde su Aparición en la ciencia experimental y su aplicación en técnicas de todo tipo, el hombre no ha dejado de extender su dominio sobre lo real, se trato primero de conocer la naturaleza y después de corregir algunas lagunas para, finalmente, dominarla del todo, hasta el punto de querer librarse de la fatalidad y el destino de la vida humana, que es una vida natural.

Hoy en día eludir el determinismo natural y combatirlo es un fin al alcance de los instrumentos de la técnica, dentro de esta lógica, manipular la vida y rechazar las fronteras de la muerte se convierte en un fin deseable, siguiendo este camino, aplastándolo casi todo a su paso, el ser humano transgrede los límites de lo prohibido, es decir el respeto por la naturaleza. Ebrio de creatividad derrumbó muros, socavó cimientos y pisoteó las semillas de una historia que creía superada antes de que hubiese concluido. Debía pues reconstruir el mundo y vencer allí donde sus predecesores habían fracasado, es decir, construir un mundo nuevo ahí donde la suplencia técnica y tecnológica mejorase la vida y alejase los límites de la muerte, pero no tuvo más remedio que admitir la realidad, la esperanza técnica contiene en sí misma sus propios límites, entre ellos, el absurdo con el que a veces tropieza la transgresión prometeica de los secretos de la vida y la muerte y es que la transformación del mundo y de los hombres solo puede realizarse alterando profundamente los fundamentos mismos de esta transformación, fundamentos que llevan por nombre: naturaleza, ética, valores

La crisis de valores de nuestro mundo a través de las conquistas tecnológicas y los avances de ciertas ciencias hacen que nuestro entorno se caracterice por una pérdida de sentido la cual es sin duda una fatalidad irremediable aunque no por ello deje de ser general, se perfila a través de un malestar hemorrágico de una civilización cuya ideología siempre ha sido el progreso sin límites, es decir, sin reglas ni control. El contexto de esta civilización dominada por la tecnificación repercute en todos los ámbitos de la actividad humana. En efecto los cataplasmas prescritos nunca consiguieron alejar la implacable fatalidad de la condición humana ni callar la angustiante realidad, se necesita más que un remedio, se necesita tecnificar la vida y hacer científica una muerte.

Es en este orden de ideas nuestro tema se interesa y se evoca por la BIOÉTICA como un intento de reflexión acerca de todas las intervenciones del hombre sobre los seres vivos, una reflexión difícil de alcanzar ya que su objetivo principal es la de identificar valores y normas que guíen el actuar humano, la intervención de la ciencia y la tecnología en la vida misma.

Sin duda la Bioética tiene una ingerencia importante en el tema que nos ocupa. Así como en los problemas éticos que se pueden presentar en relación a los valores que representa la corporeidad humana, esa relación de cuerpo y espíritu en la unidad de la persona que ya históricamente eran materia de estudio, discusión y reflexión como en la escuela de Cos, en el siglo V a de C, recordaba en la obra *los lugares del hombre*, que la naturaleza del cuerpo era el principio de la razón de la medicina, cualquier medico sabe que al acercarse al cuerpo de un enfermo no esta tratando con un objeto sino con un sujeto, por eso es que existe la necesidad de profundizar en la relación cuerpo-persona vinculado este desde la vida embrional con los temas de salud, enfermedad y causa de muerte.

El razonamiento del pensamiento ideológico sobre el cuerpo se relaciona directamente con el tema de la corporeidad que tiene 3 formas de conceptualarla a través de las corrientes dualistas, monistas y personalistas.

El Dualismo que sigue Platón habla del conflicto sobre el alma y el cuerpo que se encuentran unidos en forma accidental es decir un conflicto sobre lo divino y lo terreno, sin embargo Aristóteles, atenúa esta concepción dualista hablando de que el alma es la forma sustancial del cuerpo, lo cual quiere decir que el cuerpo humano esta formado por el **alma y esta pone en acto el cuerpo**, haciéndolo cuerpo humano. Poco afortunada esta corriente nace de la concepción Monista a partir de las teoría de Marx, Sartre, de Marcuse, donde reduce el cuerpo humano a la política y a la sociedad, el Neomarxismo lo orienta hacia la revolución individualista y en años mas recientes el revolucionismo monista afirma que lo humano se reduce a lo biológico, y que lo biológico no es otra cosa que física.

La concepción mas acertada es sin duda la personalista, aquella que va de la mano con la actualidad de los derechos del hombre y su propia naturaleza. Sin duda Santo Tomas es el principal precursor afirmando que el alma esta unida al cuerpo de forma sustancial y no de forma accidental en cuanto al principio mismo de la persona, por ser el alma sustancial al cuerpo, esto implica que es humano porque esta unido por un alma espiritual, el mismo principio por el que conocemos y somos libres, es el mismo que de forma sustancial del

cuerpo, crea una doble capacidad connatural de ser ella misma y de animar al cuerpo, la actividad humana es siempre físico-espiritual, dice G Marcel “ lo que es propio de mi cuerpo es el no existir por si solo, el no poder existir por si solo”.<sup>15</sup>

El sentido Bioético en relación al cuerpo humano ha tenido sin duda diversas influencias filosóficas, y en una definición de suma importancia para nuestro tema afirmamos que la bioética es la ética que debe aplicarse a los problemas que pueden presentarse en las formas, el método, el trato que se le da al cuerpo humano con o sin vida por parte de especialistas, médicos o cualquier otro profesionista o técnico que tiene a su cargo la labor y la investigación, no solo en el cuerpo humano sino en fluidos, órganos etc, pertenecientes al mismo.

El hombre es una persona y con esto quiero decir que no es un trozo de materia, un elemento individual de la naturaleza, a la manera de los elementos individuales en la naturaleza como puede ser un átomo, una espiga, una mosca o un elefante. El hombre es ciertamente un animal y un individuo, pero no como los demás, el hombre es un individuo que se guía por si mismo mediante inteligencia y voluntad; no solo existe físicamente, hay en él un ser mas rico y mas elevado, una sobre existencia espiritual en el conocimiento y en el amor y esta existencia merece un trato adecuado. es necesario pulir los métodos de

investigación y de ciencia para no transgredir la esfera de la vida y la muerte provocando lo que la sociedad actual a convertido en una ausencia de valores y virtudes tanto del cuerpo como de la persona misma invadiendo esferas de naturaleza que acrecientan una sociedad desvalorizada.

Los problemas prácticos de la Bioética lejos de surgir originariamente, a partir de supuestas inquietudes de una conciencia **aporetica** se han planteado en función de los desarrollos de la medicina experimental y la biotecnología, problemas que se van suscitando a partir de realidades como las donaciones, los trasplantes de órganos, la ingeniería genética etc, esto por un lado y por el otro en base a la transformación de la estructura social que mientras mas lejos llega en el campo científico mas se aparta de la realidad humana, las sociedades han perdido la conciencia de las ciencias medicas y biológicas como una practicas dinámicas, racionales y reguladoras que son de los valores éticos y deontológico que tienen como objetivo la preservación de la dignidad humana en sus diversas expresiones, este es el contexto en el que hay que entender las exhortaciones Bioéticas de querer revalorizar el sentido de la vida y la muerte.

## TECNIFICACIÓN Y MODERNIDAD

Antaño, cuando la concepción de la vida humana era simple o parecía serlo, la obligación ética estaba clara, Había que proteger la vida, la tecnificación y en concreto la de la medicina han cambiado las cosas, el carácter sagrado de la vida pronto dejó de ser un criterio suficiente para tomar decisiones sobre la vida y la muerte, sobre todo cuando la evolución tecnológica nos permite mantener artificialmente la vida casi indefinidamente, al socavar la certeza del pasado sobre la vida y la muerte la cultura técnica plantea nuevos enigmas, las referencias éticas se difuminan al incrementarse sin cesar las posibilidades inauditas de intervenir en el corazón mismo de los procesos de la vida y de la muerte, las cuestiones sobre la vida y la muerte se hallan comprendidas y atrapadas nuevamente en las redes del sempiterno debate que opone lo cultural a lo natural, los cambios culturales y el advenimiento de las tecnologías especialmente las biomédicas imponen inevitablemente un replanteamiento profundo y seguramente nunca igualado del valor mismo de la vida humana ya que finalmente al preguntarnos por la muerte nos preguntamos por la vida.

A nadie puede sorprenderle la estrecha relación entre la tecnociencia y la muerte, en efecto las victorias y conquistas en el campo de la muerte son tan impactantes que reavivan un viejo mito, una fantasía secreta agazapada en el corazón del hombre desde hace milenios el ansia de la inmortalidad. Es necesario constatar que ya no morimos a causa de enfermedades como la disfunción de un riñón o una infección microbiana. La biotecnología alivia, prolonga la longevidad y aleja realmente las fronteras de la muerte, además, al infundir esperanza, tan bien vence o al menos reduce, el horror a una muerte prematura. Por ello es tentador soñar lo imposible.

La conciencia de la propia finitud no deja a nadie indiferente y es una certeza inquietante. En su gran obra sobre *L HOMME ET LA MORT*, Edgar Morin “muestra que la conciencia de la muerte es el origen del traumatismo de la muerte que a su vez desemboca en la creencia de la inmortalidad. Según Morin, hay que entender este tríptico de una forma global y dialéctica. Incapaz de soportar la idea absurda de un fin inevitable, el pensamiento humano elabora una válvula de escape para la angustia : la creencia de la inmortalidad. Al mismo tiempo, el autor demuestra como a través de la historia el ser humano ha sobrevivido al traumatismo causado por la conciencia de su muerte, inventando dispositivos adaptados a la visión del mundo de cada época. Primero, la magia y la brujería, después la religiosidad y hoy la técnica”<sup>16</sup>, que , por otra parte, tiene algo de magia y religión, puesto que la medicina se ha transformado en la verdadera religión de la era moderna, el representante de dios ha sido sustituido por el médico, confidente de quienes a causa de la enfermedad se han acercado a él. Además, el vocabulario utilizado es significativo, a los médicos se les llama a veces los grandes sacerdotes de la medicina y al resultado de sus intervenciones, milagros. Por tanto los sacramentos han sido sustituidos por actos rituales profanos propuestos por la medicina y destinados al bienestar, la prolongación de la longevidad y la mejor calidad de vida. El auge de esta nueva religión apacigua la angustia , la muerte se vuelve menos amenazadora.

Sabemos que la era tecnocientífica engendro valores que le son propios como la productividad, la eficacia y la rentabilidad, que conviven mal con la improductividad la ineficacia y el fracaso que acompañan inevitablemente a la muerte ¿ como es posible que la muerte ocupe aun un sitio natural en el universo artificial que desborda energías inagotables y resuma un activismo creador ilimitado? Rechazar la muerte es simplemente exacerbar el traumatismo que supone, invisible, oculto, pero siempre presente.

Sin duda la tecnociencia puede servir de cataplasma temporal para ese traumatismo, pero al hacerlo genera paradójicamente otro temor , el del mal morir ¿ que será de la muerte si además de la angustia ligada a su aparición se superpone el miedo al artefacto técnico? Morir artificialmente parece mas inquietante que morir naturalmente ya que un control exterior sustituye entonces al azar de lo imprevisto. La situación es preocupante, ¿ acaso no corremos el riesgo de que el artificio técnico obstaculice el proceso y haga casi imposible concluirlo? Las posibilidades que ofrece la tecnociencia no alivian automáticamente, sino que agravan y cultivan el traumatismo. Para describir perfectamente el pánico que siente la humanidad ante la invasión de la ciencia; Francois Sarda utiliza la expresión “miedo físico miedo intelectual y miedo moral que hace perder al hombre sus referencias y valores”<sup>17</sup>

A primera vista , un control sobre la muerte capaz de expulsarla de la esfera de los vivos puede resultar seductora y alivia el miedo, pero una vez expulsada la muerte, la persona que muere se ve abandonada a su suerte y, para decirlo de alguna forma, su miedo al mal morir intensifica el miedo a morir. Es imposible escaparse, el miedo a la muerte sigue ahí a pesar de los subterfugios de las culturas técnicas.

Este miedo aumenta en la medida de que, el narcisismo, el individualismo, la ausencia de solidaridad y de reciprocidad no equívoca genera aislamiento y abandono, la ruptura entre generaciones y la desaparición de las filiaciones tradicionales en el seno de las familias incrementa la soledad de las personas a punto de morir, por oposición de una sociedad de deberes y obligaciones, en una sociedad de derechos y reivindicaciones uno tiende a encerrarse en si mismo y por tanto a perder el respeto a los demás, aunque en el fondo el ser humano nazca y muera solo, el carácter solitario del acto no excluye por ello la alteridad de la comunicación, la presencia del otro y la cooperación, así era..



.....en cierta época en la que el futuro difunto moría rodeado de sus seres queridos y prescindía de alguno modo de las ceremonias rituales de su último acto. Tal como testimonian las obras de Philippe Aries “ la percepción de la muerte y las actitudes relacionadas con ella varían considerablemente a lo largo de la historia de las civilizaciones aunque actualmente en la nuestra, está claro que la muerte ya no es aceptada como una parte integrante de la vida. ” 18

Sin embargo el ser humano sabe perfectamente en el fondo de sí que ningún sustituto tecnológico le permitirá escapar de su finalidad natural. A pesar de todo, a pesar de su deseo de sobrevivir a la muerte y de ceder a ese sueño desmesurado, no se deja engañar por el espejismo de la inmortalidad y tiene la certeza de su condición mortal, ni en el progreso científico ni en la tecnificación de la muerte encontraría respuesta a su desilusión y su angustia.

La muerte se convierte en un extraño porque el miedo transcultural que produce es pálido de diferentes modos según la época y las culturas. Se le rechaza ante todo por miedo, hoy en día, este fenómeno de expropiación se ve acentuado porque la tecnología controla el proceso de la muerte, paradójicamente la tecnociencia con sus miles de promesas ha exacerbado la conciencia del carácter ineludible de la muerte, ya que la ciencia no produce sentido, las civilizaciones occidentales se equivocaron pues al imaginar por un momento que la tecnociencia representaba la herramienta capaz de recuperar ese sentido, la muerte seguirá siendo un fenómeno natural que no tolera ser despojado de su verdadera dimensión cualitativa.

Por tanto la muerte ha perdido en muchos casos su sentido verdadero y natural. Ser la última fase de una continuidad con la vida, morir hoy en día, al menos

en occidente, suele ser morir inconsciente. Intubado, cebado, bajo perfusión, anestesiado, solo, en el hospital y alejado de todo lo que antes constituía la vida. La tecnificación a dejado su huella indeleble sobre el rostro de la muerte.

Pero tanto en el plano ético como en el cultural la muerte puede ser otra cosa. La muerte del mañana debe recuperar su sentido, aceptar las inevitables dificultades de domesticar la tecnología y resistir algunas tentaciones como la de transformar la ética de morir en derecho a la muerte, esto es , el sentido “ el sentido profundo de la dignidad de morir surgirá inevitablemente al recuperarse el de la dignidad de la vida”<sup>19</sup>

19.- La Etica Ante La Muerte y el Derecho a Morir, ed, 1995, pag 287

## BIOÉTICA TECNIFICACIÓN Y CUERPO HUMANO

Habiendo presentado un breve panorama de lo que es la bioética y la tecnificación sufrida por la sociedad frente a las diversas problemáticas de vida, es tiempo de enfocarnos a la relación que guardan estas últimas con el cuerpo humano en tanto a la disposición de la que puede ser objeto por aquel que llevó la relación persona-soma o la de otro ajeno a la misma, esto a los ojos de la bioética y en contra postura a una tecnificación habida de encontrar soluciones científicas a costa de una pérdida de reales y verdaderos enfoques de vida y muerte.

Como ya se ha demostrado la bioética es un área de la investigación que, valiéndose de una metodología interdisciplinaria, tiene por objeto el examen sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la salud, analizando esta conducta a la luz de los valores y principios morales, quedando claro que uno de los principios fundamentales de la materia en comento es la vida, la cual es y deberá ser observada ante el criterio de los valores y los principios morales, es entonces donde aparece una de las preguntas que hace surgir a la bioética como materia de estudio que ha venido a revolucionar la ideología médica y social ¿quien tiene el poder de decidir sobre la vida, la muerte y el cuerpo de una persona”.

Esta pregunta siendo materia de discusión ha creado diversas opiniones y sobre todo una amplia gama de críticas de diversos autores, a mi estudio la misma se respondería desglosando la pregunta en cuatro conceptos: vida, muerte, cuerpo humano, y quien decide sobre ellos.

Como antes cite la vida es el primordial concepto de la bioética, del derecho y sobre todo de la sociedad, una sociedad que apoyada en los derechos que el Estado le confiere hace valer esta potestad de la manera que a el mejor le.....

.....parezca, su Derecho a vivir es excelso ante la misma sociedad que la rige, la vida es un bien inherente a la persona humana, el don maspreciado de la misma, es el mas esencial y primero de los derechos del hombre, hasta el punto de que es un derecho básico, en orden del cual los demás surgen como complementarios, desde siempre el bien vida ha encontrado una protección jurídica y social que resulta imprescindible para poder fundamentar y perfeccionar un orden ciudadano mismo que se debe considerar en orden a su conservación como un derecho a seguir viviendo el cual no puede ser irrumpido por cualquier otra persona, todo ello como resultante del deber natural que supone respetar el vinculo que una sustancialmente el alma con el cuerpo. La vida no se justifica por si sola, no puede considerarse en si como fin absoluto, esta cobra sentido en tanto se refiere a un fin superior y supremo.

La vida es una materia de índole tan intima, que excluye las intromisiones ajenas, menos que ninguna compete terceros, es aquí donde la bioética aporta una gran sentido a la vida proclamándolo como el valor mas excelso del hombre en una decidida cruzada a favor de la dignidad de la persona y su vida.

Por lo que hace a la Muerte, ha dicho Okinczyc “ de la fingida indiferencia ante el mas trascendental de los dramas no es esto si no una latente cobardía”<sup>20</sup>, indudablemente la muerte sigue siendo muy temida, lo único seguramente cierto en cuanto a la muerte es el hecho de su acontecimiento, pero sus circunstancias y sus pormenores quedan envueltos en la mas enigmática incertidumbre, esto es dado que la muerte tiene el carácter de inexperimentable, la muerte cuyo sentido negativo ( perdida, soledad ausencia) es claro, se erige en su aspecto positivo, como el mayor de los misterios.

La muerte llega a ser una necesidad fisiológica, el acto principal de nuestra vida terrena es precisamente aquel en que aquella culmina, morir es empezar a vivir. Aunque parezca paradójico la muerte es el Portillo que abre la posibilidad de una superación de la vida humana, frente a la desesperación existencialista, la replica cristiana de la esperanza, vencer el pánico a la muerte para esperarla serena y confiadamente, conceptuarla no como fin sino como principio. Es el que muero porque no muero de Santa Teresa de Jesús.

Esta es la visión que se tenía de la muerte antes de la tecnificación de la misma, ahora la muerte se conceptualiza de diferente manera, la muerte se ha hospitalizado, ya no morimos frente a la gente cercana, ahora se entuba a la enfermedad y se espera a que no sea otra la respuesta lógica del cuerpo sino la de su propio descenso.

En nuestras sociedades modernas son patentes la ambigüedad y las contradicciones que rodean a los ritos y los gestos de la muerte, la marginación y la medicalización de este rito convierten a la persona que va a morir en un ser sumamente solo y al que hasta cierto punto se ha privado del control y la gestión de sus últimos momentos. Bioéticamente se desea un cambio que reivindique el significado de la muerte, estas reivindicaciones no son cada vez más apremiantes. Sin embargo, las actitudes y las mentalidades no se cambian tan fácilmente como las leyes, la sociedad debe aprender no solo a redescubrir sino también a revivir y traducirse en acciones y comportamiento el verdadero sentido de la muerte alejado de las modas y los valores sociales pasajeros en el fondo la Bioética trata de que se vuelva a lo esencial de los verdaderos valores del ser humano.

No obstante, la ciencia y el poder médico son el blanco más concreto y real para la bioética ya que estos son los portadores de la desvalorización creada por los avances técnicos y científicos que convierte a una sociedad en un.....

.....conjunto difuso de gente, mismas que se inscriben en una evolución constante de ideas y costumbres, por ellos es importante resaltar ante todo, como en el plano ético y jurídico el ser humano a adquirido progresivamente un mayor control sobre su propio destino y por tanto sobre su propia muerte, creando así una conciencia del significado de la muerte, es necesario recalcar como que el descenso de un ser humano es un acontecimiento tan personal que ningún extraño o tercero podría siquiera pensar en decidir sobre acontecimientos tan privados, aunque la tecnificación de la vida marque otras expectativas posibles para el cuerpo, ya que el ser humano dotado de capacidades es totalmente libre de decidir sobre el recinto de su propia alma, su cuerpo.

Lo anterior le marca la entrada al tercer concepto de la pregunta que se plantea al principio de este discurso, *el cuerpo humano*, entendiendo al mismo como el recinto que Dios le da al hombre para lograr, alcanzar y allegarse de todos los elementos necesarios que contemple el hombre para su subsistencia, el cuerpo humano forma parte de esa relación persona soma en la que ningún tercero interviene, el cuerpo en el individuo es su materialización su objetivación, su soporte físico, su presentación ante los demás sujetos, solo por abstracción mental podemos separarlos pues la realidad perceptible por nuestros sentidos nos ofrece una entidad no dos, en atención a esto es racional la postura de que todo, absolutamente todo lo que tiene que ver con una persona en orden a su cuerpo solo podrá causar controversia en el mismo.

“ El cuerpo esta en el mundo como el corazón en el organismo, mantiene continuamente en vida el

espectáculo visible, lo anima y lo alimenta internamente, forma con el un sistema.....el cuerpo es nuestro medio general de tener un mundo”<sup>21</sup>

*21- Citado por la Lic. Alexandra Serrano de la Mora, en Que es la Bioética, pag 98*

Habiéndose expuesto los anteriores conceptos de vida, muerte, y cuerpo humano, y en razón de la pregunta que nos ocupa solo nos resta determinar quien es o tiene el poder de decisión sobre el cuerpo humano, cuestión que en base a la Bioética pretende respetar los alcances de la voluntad de la propio persona creando un entorno de dignidad hacia la misma no olvidando que es un ser racional con capacidad de decisión y libre albedrío y sobre todo con una capacidad de raciocinio que puede ser utilizada libremente y sin coacción, ahora bien en relación a los conceptos antes desglosados: la vida es una prerrogativa nata del individuo que no puede ser coaccionada por ningún otro miembro del grupo social y por tanto una vez concebido, se es portador de un derecho reconocido por el estado a nacer sin que nadie lo impida, por lo que hace a la muerte, su sentido es mas complejo por el luto que envuelve a los integrantes del grupo social y por lo mismo esa personalidad que revistió al hombre después de la vida exige respeto aun después de la muerte, esto en orden a una decisión tacita o explicita de su manifestación de voluntad siendo nula la apropiación de un cuerpo sin vida así como la disposición de los acontecimientos futuros del mismo en orden a un futuro.

Por lo que hace al cuerpo humano Savigny dice “ que hay un elemento verdadero contenido en el falso principio de un derecho originario en el hombre sobre su propia persona, no puede desconocerse que el hombre dispone lícitamente de si mismo y de sus facultades siendo que todo derecho verdadero tiene por base e implica necesariamente este poder reconociendo que esta potestad de nosotros mismos no tiene por que ser reconocida y definida por el derecho positivo”<sup>22</sup>.

Siendo que nuestra persona una e indivisible como tal, carne y espíritu, que en el campo de la bioética se ha considerado como un sujeto humano, individual y corpóreo que se define por si mismo en razón de su autodeterminación, el cual es el principio mismo constitutivo de la realidad del sujeto y sobre ese principio esta organizada la vida de la sociedad humana, es forzoso considerar

22.-La Persona Humana, Ed, 1984, pag 215

a este principio como el que le reconoce la total individualidad al ser humano objetándole cualquier determinación o disposición que no fuese la propiamente expresada por el ante todos aquellos actos que le afectan de una manera directa, este como tantos son ejemplos que ilustran la trascendencia de los problemas que se les presentan al legislador. Esto ha proporcionado un empuje de la Bioética y las relaciones de ésta con otras ramas como la Biología, la Medicina, la Ética y el Derecho, desde un planteamiento plural e interdisciplinario y utilizando las respuestas que da el derecho a las cuestiones planteadas por la Biotecnología y la Medicina. Estas nuevas tecnologías desarrolladas tanto en Biología como en Medicina, han llevado a que la sociedad se cuestione sobre situaciones que en antaño jamas se pusieron a pensar, situaciones de realidad sobre su cuerpo total o fraccionado situaciones de decisión propia y capacidades ajenas cuestiones propias para tratar en nuestro próximo capítulo



## CAPITULO III

### DISPISICION DEL PROPIO CUERPO

#### BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

La concepción de que el cuerpo del hombre viviente no coincide con una cosa se ha ido desarrollando gradualmente desde un punto de vista histórico. La ejecución sobre los bienes del deudor en vez de la ejecución sobre la propia persona, en los casos de insolvencia significa la superación de considerar al cuerpo humano en analogía de las cosas, evolución que puede ser constatada tanto en el derecho romano como el hebreo, y germánico; lo cual hace referencia a un indicio relevante en el progreso de las civilizaciones al apartarse de aquel grado inferior de cultura que asociaba el *soma* con la *res*.

Una caduca concepción del *ius in se ipsum* condujo a sostener que sobre el cuerpo humano cabía un derecho de propiedad, relacionando las ideas de propiedad y libertad, pudo decirse que todo hombre en cuanto a su parte física, es objeto de un derecho de propiedad, ya que o se encontraba en propiedad de otros como en el caso de la esclavitud o en el caso de ser libre se hallaba en la propiedad de si mismo, pero con todo esto las tesis a favor y en contra nunca han dejado de ser parte de una gran diversidad de opiniones , a pesar de lo cual terminan reconociendo ciertas diferencias entre los conceptos de cuerpo humano y cosa, surgiendo diversa tesis enfocadas a la propiedad corpórea patrocinando los supuesto de diversidad entre ambos conceptos explicando que no pueden empatarse los conceptos antes citados en vista de que la disposición del cuerpo se encuentra limitados por diversos factores en tanto la disposición de una cosa solo depende de la voluntad del propietario.

El sentir general romano sé postulo como contrario a la libre disposición del....

.....cuerpo así como de miembros corporales entonces parecía que nadie era dueño de sus miembros sin embargo, Di Marzo, a través de una exposición agudísima sustenta que “ el alcance del celebre y básico principio romano es tan solo de carácter relativo poseyendo un significado relativo de la no procedencia para entablar la *actio aquila*, y ello porque tal acción competía únicamente al *dominius*, lejos de un posible ejercicio de tipo personal”<sup>22</sup>. “ lo cual significaría que el tan repetido texto de digesto implicaba meramente una excepción declarada contra la desmesurada extensión del *actio aquilae*, y nunca la proclamación jurídica de indisponibilidad corpórea”<sup>23</sup>. esta postura guarda una basta armonía con todo aquel sistema jurídico que llegaba a tolerar el suicidio observándose además que en cualquier caso aquel precedente contaría con la escasa fuerza de un antecedente, que postulaba a una franca superación.

Otros autores manejaban que el tradicional concepto de que la *persona humana esta fuera de comercio*, se encontraba en trance de revisión ya que esos dos conceptos en teoría incompatibles ( patrimonio y persona) se visitan y toman contacto de buena gana determinando que el individuo vaya restando paulatinamente algo de su integridad y su intangibilidad. Otro ejemplo a citar es el de Rica Barberis la cual comenta como en antaño las ventas de *res extra commercium* llegaron a gozar de cierta validez las cuales fueron limitadas a aspectos puramente obligacionales, como la acción de resarcimiento, lo cual demuestra que determinados supuestos de compraventas romanas, no obstante recaer sobre *res extra commercium* disfrutaron de evidentes efectos, buen indicio de que no fueron estimadas como nulidad absoluta.

El Derecho a la integridad física representaba una barrera de no agresión que incumbía a terceros, con una vigencia *erga omnes*. Se trataba de un postulado abstencionista encerrando una obligación general de índole negativa,

<sup>22</sup> EN La Persona Humana en el Derecho Privado,1980,pag.210

<sup>23</sup> En La Persona Humana en el Derecho Privado,1980, pag 211

prohibición y correspondiente sanción de los atentados personales, coincidía con un difundido deber social de respeto para el cuerpo, era mas que nada una eficaz garantía.

En la practica quiérase o no el cuerpo humano paso a convertirse en objeto de atención para múltiples relaciones y ,manifestaciones jurídicas por imposición natural de los fenómenos sociales surgiendo inmediatamente entonces, la problemática de una adecuada configuración de la materia correspondiente. Con manifestaciones tan notables como la de Legaz y Lacambra de que “ la propiedad de la persona es en primer lugar la de la propiedad del cuerpo”<sup>24</sup>.en relación a lo antes mencionado surgen comentarios que afirmaban que el cuerpo mismo carecía de los requisitos técnicos de apropiabilidad, razón por la cual se trato de profundizar en ese tema por medio de la doctrina mediante transacciones que hubieran de estancarse en un terreno híbrido y artificioso como las de propiedad por analogía o propiedad personal, que resultan por si mismas difusas o contradictorias. todavía con un encuadramiento de derecho real se ha visto en orden a nuestro cuerpo una relación de posesión de lo cual surge el precepto de que las pertenencias ofrecen la particularidad de que sin ser parte constitutiva de algo, sin ser de su propiedad mantienen una relación tan estrecha con su base que llegan a pertenecerle.

El verdadero defecto estribaba en querer encajar un derecho tan singularisimo como el corporal, obstinadamente en moldes con los que ya de entrada se repele, no bastando su reconocimiento parcial, a estilo de ferrara “que se contenta con una facultad natural de disposición corporal”<sup>25</sup>.

Un derecho en relación al cuerpo humano adquiere sentido cuando se le reconoce su naturaleza extrapatrimonial situación que junto a las intimas .....

<sup>24</sup>.-En El Derecho a la Disposición del Cuerpo,1990,pag,45

<sup>25</sup>.-En Bienes de la Personalidad,1992,pag,78

relaciones del alma y el cuerpo Así como sus reciprocas influencias fueron estudiadas por los filósofos griegos de la escuela platónica y claramente desarrolladas por los escolásticos llegando a adquirir lo que ellos denominaron una explicación científica satisfactoria, en la cual señalaban que a cada tipo característico personal correspondía unas ciertas cualidades psicológicas específicas, de lo cual se desprende una autentica correspondencia somato-psíquica: las distintas constituciones corporales determinan personalidades diferentes.

Esa identificación de la persona humana con su cuerpo es la que atribuyo a este un emplazamiento corporal dentro del ámbito jurídico creando como verdad que el derecho a la disposición del propio cuerpo exigía la construcción de una nueva categoría jurídica viéndose inevitablemente condenados a encuadrarle dentro de los derechos de la personalidad, cuestión que despierta nuevamente el debate de los doctrinarios al señalar que la creación de la nueva potestad implicaba paralelamente la Asunción de una enorme responsabilidad. *Libertas non libertas*, una adecuada libertad se hace acompañar siempre de una severa disciplina interior y unas vigorosas fronteras exteriores, la consecución de otro campo mas, en que quepa ejercitar el desarrollo de la voluntad, no puede conducirse a un libertinaje por que nunca estaremos menos libres que cuando de nosotros se haga depender el enaltecimiento de nuestra propia vida y sus naturales aplicaciones o por el contrario rebajar el cuerpo humano a la vil condición de mercancía. Es por esto que la doctrina germánica refrenda enérgicamente diciendo que “ la facultad de disposición corporal no es meramente natural si no meramente jurídica siendo la postura mas aceptable ubicarla dentro de los derechos de la personalidad para dentro de ella formar parte del subgrupo correspondiente al sector físico de la misma.

Lo incuestionable es que llegó un momento en que el mundo jurídico tuvo que interesarse por las cuestiones que planteaba el cuerpo humano, plasmando las resoluciones arrojadas tanto en constituciones políticas que proclaman la integridad de las personas, legislaciones penales que castigan el

homicidio y las lesiones textos civiles que protegen la intangibilidad de la vida, como a través de la doctrina del nasciturus y el derecho a alimentos, extensiones, en fin, de la indemnización por daños y perjuicios a la esfera de la vida corporal como manifestaciones mas relevantes etc.

Faltaba solo una consagración específica de un particular derecho distinto y especializado, en orden a la disposición del cuerpo, las cuales fueron surgiendo al paso de los años como en el caso de:

El Código de Derecho Canónico, que en su canon 1081 párrafo 2, en el cual hace constar que el consentimiento matrimonial es el acto por medio del cual los cónyuges dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo, con lo que se muestra de acuerdo al canon 1015 párrafo 1, se llamara el matrimonio rato y consumado si entre los cónyuges a tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato conyugal y por el que los cónyuges se hacen una sola carne. El sentido de ambos cánones permite descubrir la existencia de un derecho de disposición corporal que resulta efectivamente vinculado.

Otro ejemplo importante a citar es el del Derecho Italiano el cual aprueba los actos de disposición del cuerpo en su artículo 5 de su legislación de 1949, mediante el cual aprueba lo actos de dominio corporal, prohibiendo los mismos cuando estos entrañen una disminución permanente de la integridad física, esto eras a primera vista la representación de un consentimiento sobre nuestro propio cuerpo con la limitación antes señalada al respecto de lo cual Barbero Domenico señala acertadamente “ la cesión de una parte del cuerpo de un individuo hacia otro se convertirá en lícita o ilícita, según que el organismo que la pérdida quede o no capacitado para reconstruirla” <sup>26</sup>, debiendo entender por lícito situaciones como la de las transfusiones sanguíneas; y por ilícitas el transplante de una glándula sexual.

<sup>26</sup>En Transplante de Órganos,1997,Pág. 32

## DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: COMO PERSONA INDIVIDUAL, COMO PERSONA SOCIAL

Antes de nacer, antes de que vea la luz del día, la ley vela por los futuros intereses del ser vivo en gestación, teniéndolo por nacido en cuanto le favorezca y protegiendo dentro de sus posibilidades su vida intrauterina.

Al venir al mundo un nuevo ser humano, lleva en sí, le acompañan durante toda su vida un conjunto de derecho innatos, originarios, que le corresponden por el solo hecho de ser hombre, son los llamados derechos de la personalidad.

El hombre aparece en la tierra para cumplir con las finalidades asignadas por su creador, a toda persona a la que Dios le ha dado vida, deben reconocérsele los derechos que le sean precisos para conseguir las finalidades inherentes a su naturaleza. El autor de un hombre determinado, que así mismo lo es de los demás y de todas las cosas, a dado a cada ser las leyes inherentes a sus fines respectivos , y a los libres, los derechos naturales para conseguir aquellos.

El hombre compuesto de alma y cuerpo, formando una unidad superior, la personalidad humana tiene el derecho de servirse de las cosas creadas, de ejercitar aquellos actos que le precisen para conseguir las finalidades por las que dios le ha puesto en este mundo, finalidades ultraterrenas las unas y subordinadas a estas, las que deben cumplirse en este mundo; y estos derechos se proyectan al exterior, y también al interior a su propio cuerpo.

Para ello y como base, tiene derecho a la vida, a su conservación, a impedir que contra esta atenten los demás hombres, como ser racional, tiene perfecto....

.....derecho al mejor desarrollo de sus facultades animitas, como persona tan bien en su parte corporal, al desarrollo de su organismo asi como de sus facultades físicas y no puede prohibírsele caminar hacia eso y alcanzar en lo posible tales perfecciones.

Como ser racional, como ser humano, como criatura creada por Dios formado a su imagen y semejanza, tiene derecho al honor que esto representa, a que se le sea reconocida tal dignidad misma que no puede ser desconocida por los otros seres humanos; como personas independientes, como persona social, pero distinta de los demás hombres ,tiene derecho a esta vida individual, al ejercicio de su libertad en sus distintas manifestaciones, mientras no invada el terreno ajeno, mientras no abuse de la misma en perjuicio de los demás seres humanos que con el conviven en un mismo tiempo, y con exteriorización de esta individualidad a un nombre.

El hombre no surge a la luz de este mundo totalmente desarrollado en la plenitud de su ser, sise le abandona a sus fuerzas no tardara en extinguírsele la vida, Aquellos que le han puesto al mundo no han terminado su labor procreadora, tienen el deber de completar la labor emprendida, deber correlativo al derecho del nacido de sustentarle y cooperar a su desarrollo físico, moral e intelectual, hasta el momento de que se baste por si solo en la vida individual y de relación para con los demás hombres. Decía Santo Thomas “ es de esencia de la paternidad y de la filiación que el hijo, en virtud de la generación llegue a tener la perfección de la naturaleza que hay en el padre como la del mismo padre”.<sup>27</sup>

Como individuo social a la vez que tendrá unos deberes hacia sus semejantes teniendo el derecho de servirse de la sociedad, de la familia y del estado para llegar ahí donde solo no podría llegar, con la salvaguarda da de nunca .....

<sup>27</sup>.-En Los derechos Físicos de la Personalidad Derecho Somático, 1973,Pág. 97

.....transgredir los derecho de los demás conciudadanos que con el enfrentan la vida, para alcanzar tales finalidades necesita de unos bienes materiales, para consumirlos o aprovecharse de su utilidad, unos forman parte de su propia persona, otros están en su mundo exterior, sin el derecho de apropiarnos con carácter exclusivo de tantos y tantos bienes materiales no podríamos vivir ( lo alimentos ), sin apropiarnos con carácter exclusivo de otros bienes materiales nuestra vida seria miserable en muchos aspectos, sin el derecho a dirigir y a disponer con carácter exclusivo de nuestro cuerpo y de los elementos del mismo perderíamos en muchos aspectos la dignidad y la independencia a la que como hombres tenemos derecho



## DERECHO SOBRE NUESTRO PROPIO CUERPO.

### **Razones y opiniones en pro y en contra**

Ahora bien ¿puede reconocérsele al hombre un derecho sobre su cuerpo?.

Saviny en su libro Sistema de Derecho Romano actual, nos habla de que hay un derecho verdadero contenido en el falso principio de un derecho originario en el hombre sobre su propia persona manifestando en repetidas ocasiones el hecho de que es imposible dejar de reconocer que el hombre dispone lícitamente de si mismo así como de sus facultades ya que todo derecho tiene por base e implica necesariamente este poder, pero esta posesión de nosotros mismos no tiene ninguna necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo, además aunque muchas instituciones de derecho positivo están destinadas a proteger este derecho natural del hombre sobre su propia persona contra las agresiones de sus semejantes; aunque cada uno de estos derechos tiene por objeto la inviolabilidad de la persona, no se le debe considerar como simple consecuencia de esta inviolabilidad sino como instituciones enteramente positivas, cuyo especial contenido difiere de la sanción de la personalidad.

Para Ferrara, las facultades de disposición del cuerpo humano, constituyen la exteriorización de una actividad lícita no el ejercicio de un derecho .

El jurista español Castan Tobeñas, “no cree que haya bases de para el reconocimiento de un derecho de disposición sobre el propio cuerpo, el sostiene que se trata de el ejercicio de un derecho autónomo de disposición.....

..... sobre el propio cuerpo, de exteriorización de los derechos a la vida y a la integridad física que reclaman aquellos tratamientos o aquellas operaciones, o de manifestaciones de la facultad natural de uso o goce de los bienes jurídicos de la persona que están motivados por una finalidad de particular valor social”.<sup>28</sup>

Pero nuestra persona, Una e Indivisible como tal carne y espíritu tiene la facultad de libre determinación en un gran numero de actos que le afectan de una manera directa, y que se encontraran limitados en el supuesto de que otros hombres invadieran la esfera de nuestra personalidad; y surge la ley, aparece el derecho, y este concede acción para impedir que ello suceda, para garantizar a la personalidad el libre desenvolvimiento de acuerdo con sus finalidades y manera de ser, el derecho, al prohibir el atentado contra la vida, contra la integridad física de los hombres, que se ofenda su honor, que se reproduzca su imagen, que se extraiga la sangre, y en cambio aceptar la posibilidad de que pueda comercializar con cabellos ya separados, de dar la sangre para la curación de algún enfermo etc, etc, etc, reconoce una facultad de la persona sobre su propio cuerpo, sobre aquellos que constituye su personalidad, A manera o semejanza del derecho real tenemos una facultad dispositiva sobre nuestro propio cuerpo y la protección de la ley para impedir que alguien pueda sin nuestra autorización usar el mismo.

EL Código Penal Español dedica varios de sus artículos a proteger estos derechos cuyo objeto es la propia personalidad humana, el honor, la integridad física etc.

Por otra parte, no aparece dificultad alguna en concebir un derecho sobre nuestro propio cuerpo, en considerar a este como objeto de aquel. El sentido intimo y la experiencia nos dice la posibilidad de disponer de nuestras manos, de nuestro ojos, de nuestros sentidos, de nuestras energías.....

<sup>28</sup> En Los derechos Físicos de la Personalidad Derecho Somático, 1973,Pág.202

Es el derecho subjetivamente considerado, una facultad, una atribución por la cual queda sujeto a nuestro querer en mayor o menor intensidad, un objeto determinado, una actividad humana, la prestación de servicios etc, si ello es así, ¿ que inconveniente se da en que tal disposición, tal facultad recaiga sobre algo que forme parte de nuestra propia persona?.

Para Windsheidautor autor del libro Diritto delle Pandete, el derecho sobre la propia persona importa en tanto que en relación con esta nuestra relación ante terceros sea decisiva.

Se contrata por un precio determinado la prestación de servicios de carácter físico o intelectual, la energía desarrollada por mis músculos la enajeno para producir un trabajo, un rendimiento económico a favor de otro hombre, el ejercicio de las facultades de la inteligencia lo cedo por mas o menos tiempo a una persona, esta obligación por mi contraída será objeto del derecho de aquel con quien he contratado, pero previamente a ello yo como persona, como sujeto de derechos, he debido disponer de mi libertad limitándola y de aquellas fuerzas y energías para someterlas al cumplimiento de tal obligación, si como persona he tenido esta facultad, este derecho sobre algo que en cierto aspecto se deriva de mi yo, no existe razón suficiente para que no se me reconozca sobre lo que formando parte de mi persona no es tan noble como la libertad que limito voluntariamente.

Si a consecuencia de una gangrena el cirujano me indica la necesidad de que se me ampute el brazo, yo, como persona que pienso reflexiono y decido, y ante la inminencia de perder la vida, sacrifico el brazo que el cirujano con mi permiso seccionara,¿ puede negarme a ello y dejar que las leyes de la naturaleza obrando sin entorpecimiento alguno me extiendan la gangrena hasta ocasionarme la muerte? Indudablemente que si, es mi voluntad iluminada por el entendimiento la que decide, y si decido es en virtud de una facultad de libre elección, en otras palabras, a tales efectos tengo derecho a la libre disposición de mi cuerpo.

La técnica tradicional encuentra dificultades para amoldarse al reconocimiento del derecho sobre la propia persona, en las relaciones de dominio o de propiedad u otras semejantes buscan un sujeto y un objeto y quiere que uno y otro sean independientes.

Se ha dicho que admitiendo el derecho sobre el propio cuerpo se viene a hacer de la persona sujeto de derechos, el objeto del mismo, y que el concepto de dominio implica necesariamente una duplicidad en el sujeto, ( el activo y el pasivo, el que posee y la cosa poseída) en una misma acción y si el hombre tuviera dominio directo sobre si mismo el poseedor y la cosa poseída se identificarían en un solo sujeto.

Pero el sujeto en el *ius in se ipsum* dice Campogrande “ es todo el hombre considerado como entidad física moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la propia persona consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, ya bien sea física o, moral, como sujeto, el hombre obra con todas sus facultades físicas y morales indistintamente, como objeto, funciona el hombre mismo pero limitándose, a una limitación especial de su personalidad”<sup>29</sup>.

Podemos aceptar como doctrina mas segura la de que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentran en la persona misma de su titular, ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas y morales del hombre, individualizadas por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte el derecho no puede sujetarse a unas normas preconcebidas y negar la regulación legal, considerar como algo fuera de todo reconocimiento jurídico aquello que no encaja o no puede sujetarse a moldes tradicionales, lo..

<sup>29</sup>.-La Persona en el Derecho Civil ,1989,Pág. 45

..... cual no sería acertado ni prudente, si las ciudades al crecer y expandirse han roto las murallas que las circundaban, con tanta mayor razón el derecho al aplicarse a nuevas actividades humanas debe saltar por encima de los moldes con que las circundaron los antiguos juristas y tarea será de los modernos el estudio científico del derecho y establecer sus leyes de forma que en la universalidad y sus conceptos estén comprendidos todos los casos particulares que puedan presentarse.

Ahora bien se ha manifestado en diversas ocasiones que el individuo no tiene el dominio sobre sí mismo ni sobre su propio cuerpo, que destinado desde su nacimiento a unas finalidades concretas y determinadas que le fijó su creador, constituyen estas los principios de donde se derivan sus leyes y a estas debe atenderse sin que pueda vulnerarlas.

Cierto , la libertad humana, la disposición que de las diversas cosas se nos ha dado en este mundo estas sujetas a una finalidad, a unas leyes a las que debemos amoldarnos inexorablemente, porque nos obligan, pero nuestro libre albedrío puede prescindiendo de ellas actuar y violarlas.

Sobre las cosas exteriores podemos tener un dominio, una disposición, así está admitido por todos aquellos que siguen los principios de la civilización cristiana, pero a pesar de ese reconocimiento debemos usar de ellas de acuerdo con su naturaleza y finalidad, ya que como señala acertadamente G.C. Ruten en su obra *la doctrina social Inglesa* “que en la noción más general el derecho de propiedad es la facultad que el hombre se atribuye de reivindicar el uso personal de las criaturas inferiores, de acuerdo con las exigencias de la naturaleza y su destino, añadiendo que la gestión de propiedad es pues una participación a la obra de la providencia y por su misma noción excluye toda arbitrariedad”<sup>30</sup>

<sup>30</sup>- En la Persona Humana 1976, Pág. 327

EL Código internacional de la Unión Internacional de Malines señala “ mas el detentador de la riqueza debe tener en cuenta los fines de la providencia sobre los bienes de los que tiene su gestión y de subordinar su uso a su destino primitivo” <sup>31</sup>

No podemos pues, destruir las cosas exteriores de las que somos dueños, sin un interés superior. La propiedad realiza una función social : el *ius abutendi* no es derecho es abuso de la libertad, usurpación del derecho de otras personas ya que la facultad de l abuso puede ser una consecuencia del derecho y ello a pesar de que nunca lo señala un disposición escrita, ya que no todo lo prohibido por una ley concreta y determinada significa autorización legal para llevarlo a cabo y así mismo con nuestro propio cuerpo.

El hombre dotado de libre albedrío esta obligado a amoldarse en sus actos a unas normas morales, a los dictados de su conciencia pero bajo su responsabilidad puede vulnerarlas. León XIII en su encíclica *Libertas* señala que “en manos del hombre esta obedecer a la razón, seguir el bien moral, tender derechamente a su ultimo fin, pero igualmente puede inclinarse a todo lo demás y yendo tras la apariencia engañosa del bien perturbar el orden debido” a lo cual Pió XI en su encíclica *Divini Illius Magistral* muestra tal respeto al libre albedrío humano, a la libertad que dios nos ha infundado como don natural acompañada de la responsabilidad de que al ser aceptado y reconocido el libre albedrío en el hombre con relación a sus actos que miran al mundo exterior también debe serlo en los que miran a su persona”<sup>32</sup>

En nuestras manos esta destruir nuestra propia vida, suicidarnos, mutilarnos etc, pero esto no es hacer uso de un derecho es abusar de el, no es propio de las facultades que integran el dominio destruir la cosa sobre la que pesa, sin una causa que lo justifique.

<sup>31</sup>.En El Derecho a la Disposición del Cuerpo Humano, 1997,Pág., 27

<sup>32</sup>.-En El Derecho a la Disposición del Cuerpo Humano, 1997,Pág.,29

Sin perjuicio de las leyes morales que regulan las acciones humanas, tenemos una facultad natural para determinar nuestra persona en un sentido o en otro, que todos los demás hombres deben respetar, usamos nuestro cuerpo, sacamos de él unos provechosos, por lo cual surge la pregunta ¿ que diferencia existe con el dominio sobre las cosas externas y el nuestro?.

No es lo mismo el derecho de la propiedad, que el ejercicio del derecho de propiedad, constituyen aquél una serie de derechos sobre las cosas que recae y difícil es en ciertos momentos determinar quien debe considerarse como verdadero propietario; quien tiene la nuda propiedad se dice dueño a pesar de que las utilidades del dominio las perciba el usufructuario. cuando el dominio de una finca está disgregado perteneciendo el llamado directo a persona distinta de la que tiene el conocido por útil, en un principio era considerado como dueño el señor del dominio directo para pasar últimamente tal calificación al dueño útil, pero como dice Planiol, de todos los derechos que una persona puede ejercer sobre una cosa el derecho de propiedad es el más completo, otras características son la exclusividad en el uso y disposición en cuanto a los demás hombres y su perpetuidad, Notas y características estas que encontramos en el derecho sobre nuestro propio cuerpo y sobre las miembros del mismo.

## DOMINIO SOBRE NUESTRO PROPIO CUERPO

El hecho de que se acepte el dominio sobre nuestro propio cuerpo no significa un reconocimiento o facultad moral para abusar del mismo, significa por el contrario la libre actividad sobre nuestro propio cuerpo frente al Estado y terceras personas, pero nuestros actos en todo momento deben estar sometidos a las leyes morales.

Repugna al derecho—se afirma—la propiedad del hombre sobre parte de su propio cuerpo, que en tal supuesto debe ser considerado como bien, como cosa, lo cual sería entendido como una degradación del hombre ya que el sujeto de la persona humana no es el alma ni el cuerpo, o la suma de los dos, y aquella presupone necesariamente al cuerpo.

Se ha dicho que presupuesto necesario de la relación dominical es la existencia de una res, la existencia de una cosa en sentido técnico, y el cuerpo viviente no lo es pues no reúne los requisitos de apropiabilidad, ni patrimonialidad, y además que no presenta los caracteres técnicos de propiedad ni sus facultades, pues el titular no puede destruir ni limitar su propio cuerpo.

Naturalmente que el cuerpo de una persona viviente no puede ser objeto de propiedad como cualquier cosa, aunque la esencia de los derechos dominicales en principio es la misma, a pesar de aplicarse a distintas cosas adquieren aquellas características especiales según el objeto sobre el que recaen: no se ejercita de la misma manera por ejemplo, el dominio sobre un animal de cría, que sobre un animal de labor, que sobre un inmueble.....



Creo que no es adecuado sostener la imposibilidad del dominio sobre el propio cuerpo a base de argumentar que el derecho de propiedad debe recaer sobre una res, y que el cuerpo humano no lo sea ya que es tal hipótesis la que debería demostrarse, si el hombre tiene facultad sobre uno de sus miembros, sobre su cuerpo, de las características que atribuyen los derechos dominicales, habremos de concluir que tiene el dominio sobre ellos, se consideren o no como res, si el hombre tiene la facultad de cortarse el cabello y venderlos sin autorización de persona ni autoridad alguna, como tiene la facultad de separar de sus campos una espiga de trigo y venderla, difícilmente hallaremos razones convincentes para decir que en el segundo caso se ha ejercitado un derecho dominical y no así en el primero.

Ya señalaba con anterioridad que el hombre no tiene la facultad moral de destruir ni limitar su cuerpo pero esto que constituye un límite al abuso del derecho de propiedad no es contradictorio con su uso.

De aceptar el dominio sobre nuestro cuerpo aparece justificado que percibamos una indemnización por los daños morales, resultado de lesiones sufridas en nuestro cuerpo, con independencia de las que pudiéramos percibir en razón a los perjuicios económicos que de ellos puedan derivarse, principio reconocido por la moderna jurisprudencia.

Si se acepta el dominio sobre nuestro propio cuerpo, el accidente que por ejemplo nos desfigura la cara repercute en algo que forma parte de nuestro patrimonio, disminuye su valor y debe ser indemnizado.

En cambio si no se admite el dominio sobre nuestro propio cuerpo, resulta algo difícil justificar la indemnización por tal concepto y por tantos otros.

De no admitirse el dominio sobre nuestro propio cuerpo, surge la dificultad de justificar la propiedad y comerciabilidad de los productos separados del mismo.

Ciertamente que pueden encontrarse títulos de tal dominio, sin recurrir a la tesis que dejamos expuesta, se ha dicho que puede admitirse una analogía con la adquisición por parte del propietario, de los frutos de las cosas de su propiedad; que tales bienes cambian de naturaleza al ser separados, como los bienes destinados al uso público y a la defensa nacional, al cesar en tal utilidad y fin, y pasar al patrimonio del estado pueden ser enajenados a los particulares, se ha dicho que al independizarse del cuerpo del que forman parte y dejar por consiguiente de ser considerados como personas entraban al comercio humano como *res nullius* y pasan al poder del primer ocupante que es la persona de la que se separan . por ello no siempre es así : el primer ocupante del diente es muchas veces el odontólogo que lo ha extraído, el primer ocupante del cabello el peluquero que lo corta ( si bien podría decirse que la extracción del odontólogo y el corte del peluquero son llevadas a cabo no en nombre propio sino del cliente por l que trabajan y que les retribuye) pretendiendo salvar la dificultad se ha dicho que la persona de la que se separan tiene un derecho exclusivo a ocuparlos. Tal construcción empero resulta un poco anómala.

Es mas sencillo y esta mas de acuerdo con el sentido común afirmar que tales cosas son propias de la persona de la que se extraen, porque antes de su extracción ya lo eran.

Para explicar la naturaleza de los derechos de la persona sobre su propio cuerpo, queriendo huir de los conceptos de propiedad o derecho dominical se ha recurrido al de pertenencia, palabra que Hierin hablando de la protección posesoria distingue de la propiedad, dice “ mis cabellos me pertenecen y sin embargo durante el tiempo que están adheridos a mi cabeza no se les puede aplicar la noción de posesión o de propiedad”.<sup>33</sup>

Sinceramente me parece algo extraordinario que mientras mis cabellos están en mi cabeza no sea yo su propietario, pero si lo sean cuando disponiendo de mi voluntad los separe de aquella y como consecuencia de ello, por una especie de accesión pasen a mi patrimonio ¿ es que ha variado mi facultad dispositiva?

Tal doctrina resulta una construcción feliz para explicar como sobre algo que forma parte de mi cuerpo y sobre la que no podemos llamar de nuestra propiedad ejercemos los derechos que de no existir tal imposibilidad llamaríamos dominicales, pero tal construcción desaparece por inútil, cuando así mismo cuando así mismo desaparece la imposibilidad de llamar propiedad aquello sobre lo que podemos ejercer los derechos dominicales, cuando damos un mismo nombre a la misma idea

## FUNCION DEL DERECHO HUMANO AL RESPECTO

El derecho humano mira las relaciones de unos hombres con otros hombres; y si regula lo que se ha venido a llamar derechos reales es tan solo en cuanto asigna de una manera exclusiva a una persona la disponibilidad de una cosa o de sus utilidades, obligando a los demás hombres a respetar tal derecho, pero no mira a las relaciones del hombre consigo mismo.

Ni la ley ni el estado deben inmiscuirse en los actos propiamente humanos, debiendo dejar tal función solo a la moral, tan solo en cuanto afectan a otras personas, cuando adquieren verdadero carácter social puede y debe el Estado inmiscuirse en ellos para regularlos.

J Iturriuz dice “que lo que en realidad estructura orgánicamente a la sociedad es el bien común, las atribuciones de la autoridad estaban en relación y función de las necesidades o conveniencias comunes, según los diversos tiempos y circunstancias.”<sup>34</sup>

Copiado de Suárez, en su tratado de las leyes y de dios, vertido al castellano por Torrubiano, libro III, capítulo XI, número, 3-7.

“La potestad y el derecho civil no intentan de suyo la felicidad eterna sobrenatural de la vida futura como fin propio o próximo o último, tampoco intenta de suyo la felicidad espiritual propia de los hombres en esta vida, ni siquiera la propia felicidad natural de la vida presente, en cuanto pueda pertenecer a cada uno de los hombres como personas particulares, sino que su fin es la felicidad natural de la comunidad humana perfecta, cuyo cuidado.....

<sup>34</sup>-En Los Llamados Derechos De La Personalidad,1979, Pág., 17

..... lleva, y de cada uno de los hombres, en cuanto son miembros de tal comunidad, para que vivan en ella en paz y justicia y con suficiencia de los bienes que miran a la conservación y comodidad de la vida corporal, y con aquella probidad de costumbres que es necesaria para esta externa paz y felicidad de la republica que contiene la conservación de la naturaleza humana. Esta es la mente de Aristóteles y de Santo Thomas, que enseñan y declaran que el fin de las leyes humanas es el bien común de la ciudad y prohíbe y manda solamente las cosas que sean conformes a este fin” y añade “ puede distinguirse triple gobernación moral del hombre una política que pertenece al régimen de la ciudad y la comunidad perfecta, otra economiza que se refiere al régimen de una familia casa, la tercera puede decirse propia de cada uno sobre si mismo, que puede llamarse monástica que contiene el régimen de uno solo. La potestad civil se ordena de suyo a la gobernación política.”

Cuando los actos de un hombre van contra la dignidad humana, o por otra circunstancias pueden traer una perturbación social, la intervención del Estado por medio de leyes es necesaria, restringiendo la libertad en la contratación de trabajo, limitándola con la prohibición de ceder a otra el dominio sobre la propia persona, no permitiendo el arrendamiento de servicios para toda la vida, Etc. el derecho civil debe intervenir cuando los actos humanos trascienden al exterior, cuando en ellos, una tercera persona tiene intereses directos o indirectos, si alguien para después de su muerte da o vende su corazón, existirá un donatario, un comprador. El derecho tendrá su misión a cumplir para reconocer o no tales actos o contratos y en su caso dar acción a los interesados para obligarlos a la consumación de lo convenido.

Examinando el campo propio del Estado en materia de regulación de los actos humanos, vemos claramente que el hecho de no inmiscuirse en algunos de estos, no representa ni su aprobación y ni siquiera que otorgue patente de moralidad.

## DERECHOS DEL HOMBRE SOBRE SU PROPIO CADÁVER

Al extinguirse la vida cesa para el hombre la utilidad de lo que venimos a llamar bienes de este mundo, aquello de lo que disfrutaba con carácter exclusivo, con la que satisface sus necesidades y caprichos, ya no le es aprovechable, deja de ser sujeto de derechos y sus bienes, sus objetos, sus acciones de momento quedan sin titular.

En algunas civilizaciones antiguas acompañaban al difunto, en su última morada unos manjares, unos vestidos, unas joyas e incluso la esposa y los esclavos, a los que se sacrificaba para que en la peregrinación de ultratumba continuara aquel sirviéndose de lo que en la vida le fue útil.

Pero esta manera de concebir la vida futura propia de ciertas religiones antiguas ha pasado a la historia, y pugna con las ideas dominantes de los pueblos civilizados. El Derecho Romano ya había prohibido enterrar conjuntamente con el cadáver adornos y objetos de valor no otros objetos semejantes como hacen los hombres demasiado cándidos y es que la humanidad no está tan sobrada de ello para que sin razón suficiente pueda despreciarlo.

Más a una persona determinada no le unen los mismos vínculos con cada uno de los demás hombres, sino que nacido de otro hombre y mujer, con estos le atan unos sentimientos y deberes muy superiores a los que ha de tener con aquellos seres humanos con los que tan solo posee en común la unidad de origen, como hijos de nuestros primeros padres y un destino ultraterreno, pero además el hombre por instinto de que fue dotado por su creador, se une a una mujer, y fruto de esa unión aparece la familia y con esta los hijos, que continuadores de la personalidad de sus padres mantienen durante siglos esos

rasgos, aquel temperamento, aquella manera de ser que viviendo en ellos no se extingue con la muerte de sus progenitores, las relaciones entre los componentes de esta primera célula social las regula el derecho de familia, que no busca compensación de prestaciones sino el desenvolvimiento de un amor y cuyo contrato tipo no es el de compraventa, sino la donación, los deberes de los padres cerca de sus hijos muchas veces van mas allá de la misma muerte.

Si existe un parentesco de sangre que al correr de las generaciones va aflojándose también existe otro parentesco, el de la amistad, el de la gratitud, este une a los hombres en muchas ocasiones mas de lo que los pudiera unir un lazo consanguíneo.

Por ello, lo que como fruto o recompensa del trabajo poseemos, lo que se ha ahorrado a costa de sacrificios, de esfuerzos en abstenciones de cosas lícitas, no puede ser considerado como *res nullius* por el solo hecho de que su forjador abandone este mundo. Nuestra voluntad proyectándose mas allá de la muerte ha de decidir la forma como deben ser distribuidos os bienes que nos pertenecen y sino se manifiesta corresponde a la ley decidir lo que deba hacerse con tales bienes, de forma que se avenga a la presunta voluta del causante, con o cual además de dar cumplimiento a esta ley se favorece el progreso humano, el amor a los sucesores va mas allá de limitar nuestro trabajo a un resultado cuya utilidad puede conseguirse dentro de nuestra vida probable, por el se trabaja para el futuro, se invierte en capitales de aprovechamiento cuyos resultados tardaran en llegar mucho mas allá de la vida de una generación.

Pero el hombre al cesar en su peregrinación por esta mundo, no tan solo deja un patrimonio mas o menos extenso, unos bienes, unos derechos y acciones, sino que con estos o sin estos, al separarse el alma de su cuerpo, queda un cadáver, que no tardara en descomponerse en distintas sustancias químicas.

## DONACIÓN DE ORGANOS.

Habiendo sido demostrada la capacidad de disposición del hombre con relación a su propio cuerpo es tiempo de enfrentarnos a una de las partes centrales del tema que nos ocupa ***LA DONACIÓN DE ORGANOS.***

En la actualidad el hecho de que el cadáver del ser humano tenga múltiples aplicaciones científicas, esta influyendo ampliamente en la moral, en las costumbres, en la concepción filosófica del universo, Santo Thomas se pronunciaba por la idea de que los vegetales podían ser mortificados en beneficio de las especies animales inferiores y que estas a su vez podían ser mortificadas en beneficio del hombre, este pensamiento de profundo contenido podía adecuarse a la realidad de la época de los grandes descubrimientos en que vivimos y proyectarse para el futuro en materias que entran a la fecha en el campo puro de la ficción, seguramente si el desarrollo de la ciencia hubiera sido otro en los tiempos de Santo Thomas, el principio se hubiera expresado o interpretado con mayor libertad, para justificar la disposición del cadáver en beneficio de otro hombre.

La posibilidad del trasplante, ha impactado no solo a la ley sino también a la costumbre y a los propios valores. La Iglesia acepta desde hace cerca de 50 años la queratoplastia o trasplante de corneas proveniente de cadáveres y aun el trasplante de tejidos provenientes de animales inferiores si bien con ciertas limitaciones, no creo que la Iglesia se hubiera pronunciado en contra de los trasplantes de órganos principales si a esas fechas se hubiera visto la posibilidad de realización. en la actualidad no se justifica desde el punto de vista ético el desperdicio de los restos humanos, adoptar una postura contraria manifiesta absoluto egoísmo, explicado por el efecto atávico de la inescrutable simbólica mágico religiosa de que esta preñada la vida, la muerte y el cadáver.



En efecto horroriza pensar lo que puede hacerse en los laboratorios o en las clínicas medicas de investigación con los restos de los seres queridos, pero la evolución de la sociedad debe ser encausada a un humanismo puro y que mejor acto de humanidad que el que por disposición libre y propia de un individuo acepte el donar la totalidad del cuerpo o una de sus partes sin importar en cierta forma el sacrificio familiar del sentimiento afectivo del recuero hacia aquel.

Ahora bien donación de órganos se define como el acto de dar algo de si mismo a otro sujeto que lo requiere, durante este proceso se encuentran involucrado un sin fin de aspectos médicos, sociales, psicológicos, éticos y legales, La donación es dar algo de si mismo a otra persona, y esto sólo es posible con la aprobación de las personas que están dispuestas a donar a quien espera pacientemente la oportunidad

La donación de órganos a causado una revoluciona mundial, ya que se perfila como la posibilidad de alcanzar una mejor calidad de vida. ha sido uno de los logros científicos mas importantes en la historia de la humanidad, la opción que se le presenta a un individuo de poder cambiar un miembro de su ser que no esta reaccionando a las necesidades del cuerpo por otro que cumpla con los objetivos del mismo, ofrece una gama de posibilidades al ser humano que no pueden dejarse del lado por parte de los juristas ni del derecho. Muchos han sido los países que empezaron a legislar sobre la donación de órganos a partir de que se realizara exitosamente el primer transplante, la diversidad en los ordenamientos legales de los diferentes países apuntan en su generalidad hacia una cultura sobre la donación de órganos en el entendido de que es una excelente oportunidad la que se le puede brindar a una persona por medio de la donación.

Conectado con lo anterior, es universal la aceptación del derecho a la integridad física, la cual representa una barrera de no agresión que incumbe a

terceros, con una vigencia erga omnes ..... prohibición y correspondiente sanción a los atentados personales.....deber social de respeto para con el cuerpo.

Desde la perspectiva de la moral, de la convivencia y de la ciencia cabe hacer las siguientes aplicaciones al campo jurídico:

**Primero.**- la persona tiene derecho a disponer en vida de partes de su cuerpo para beneficio de otro, con tal de que el motivo que la impulse sea conforme la orden publico y a las buenas costumbres, esto es, a la moral.

Por tanto serán validos los actos de disposición que se guíen por determinaciones justificables conforme a la moral, como la caridad, lo que seria motivo de apreciación en cada caso singular, aunque la disposición no debe ser estimada como vinculatoria con respecto al destinatario de ella, pues ha de ser absolutamente libre y revocable, ya que de otra suerte se atentaría a la irrestricta libertad de la persona en esta materia y se permitiría la disposición por parte de terceros, de su cuerpo.

**Segunda.**- en concordancia con lo anterior debe desecharse el derecho de terceros para disponer de partes del cuerpo de una persona, con la salvedad de que se trate de intervenciones quirúrgicas indispensables para su salud y no fuera posible obtener su consentimiento. En ese caso nos encontraríamos en el campo de la responsabilidad medico profesional y en la posibilidad en que eventualmente se encuentran los familiares y representantes de la persona para resolver.

**Tercera.**- aunque pudiera parecer que la disposición del cuerpo para después de la muerte en términos de la donación de órganos es por completo libre y que por tanto no cabria señalar ninguna limitación jurídica, no debe.....

..... olvidarse la grave influencia de la costumbre, de la religión y la moral, que desde antiguo pesa sobre el cuerpo muerto, por tanto, aun cuando es dable sostener el principio de disponer del propio cuerpo en razón de una donación, los deudos los familiares, han de estar en la posibilidad de no cumplir la voluntad del autor si se aduce abundancia de razones que deriven de la moral, de las buenas costumbres y del orden publico.

Ahora bien la Ley General de Salud regula esta figura a partir de su **Artículo 320**, el cual a la letra dice “toda persona es disponente de su cuerpo por lo cual podrá donarlo total o parcialmente, para los fines y los requisitos previstos en el presente titulo”.

**Artículo 321.** La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento bacito o expreso de las personas, para que en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilice para transplantes.

**Artículo 322.** La donación expresa constara por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando solo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que esta se hace a favor de determinada persona o institución, también podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.

**Artículo 323.** Se requerirá el consentimiento expreso:

- I.- para la donación de órganos y tejidos en vida y
- II. para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitora hematopoyéticas.

Como es de notar en los anteriores artículos transcritos, la Ley General de Salud autoriza la disposición del propio cuerpo para los fines de la donación de órganos, carácter adoptado en base a la propia manifestación del sujeto en vías de ser donante, esto en concordancia a lo antes citado de crear una cultura de humanización por medio de la cual se forme en las personas esa conciencia de que un órgano que para ella ya no va a ser necesario puede serlo para otra. Por desgracia, la donación de órganos a nivel mundial está en crisis: no existe un sólo país donde la demanda sea satisfecha por el número disponible de órganos. En los Estados Unidos, por ejemplo, un promedio de 12 personas al día mueren en espera de un órgano. Hay ciertos países en el mundo, como Holanda, Bélgica y España, donde todo ciudadano es considerado ante la ley como donador en potencia, a no ser que él o ella- hayan expresado lo contrario. Como resultado, la lista de espera de un órgano es mucho más corta. En España, Blanca Miranda, directora de la ONT -Organización Nacional de Trasplantes-, declaró recientemente que, en 1998, España contaba con 31.5 donantes por cada millón de habitantes, un aumento del 8 por 100 comparado con 1997. Ese país cuenta con más del doble de donadores que el promedio de los demás países europeos y de los Estados Unidos.

En nuestro país se realizan aproximadamente 1,000 trasplantes de riñón y la misma cantidad de córneas al año. Sin embargo, para satisfacer las necesidades nacionales tendrían que hacerse de 6 a 7 veces más que la cantidad actual, el total de trasplantes de 1964 a 1998 en México fueron de 15,278 de córnea; 8,026 de riñón; 4,353 de piel; 3,000 de hueso; 424 de médula ósea; 57 de corazón; 55 de hígado; 30 de páncreas; 15 de tejido nervios; 12 de tejido suprarrenal y 7 de pulmón.

Para ilustrar la severa necesidad de órganos, el Registro Nacional de Trasplantes de México indica que el promedio anual de trasplantes de córnea es de 786, sin embargo se estima que más de 1,100 pacientes son candidatos para este trasplante. En el caso de pacientes con problemas renales, solo un 30 por 100 de aquellos que necesitan un trasplante de riñón lo reciben. La situación es igualmente crítica si hablamos de trasplantes de hígado: se necesitarían alrededor de 6 mil hígados para satisfacer la demanda en nuestro país. México cuenta con el personal médico, las instalaciones y el equipo necesario para llevar a cabo los trasplantes. De hecho, éstos se realizan en nuestro país desde hace más de treinta años y los resultados son comparables a los de los mejores programas en todo el mundo.

México todavía atraviesa por un rezago del 90 por ciento en cuanto a su cultura de donación de órganos. Hay 25 mil personas inscritas en la lista de espera, y sólo 11 mil en la de los dispuestos a donar. Luis Terán, del Centro Nacional de Trasplantes, explicó que el promedio de espera de los pacientes para obtener un riñón de origen cadavérico es más o menos de tres años en el Instituto Nacional de Nutrición, sin embargo hay pacientes que tienen hasta diez años en la lista de espera. México es el país que hoy ocupa el doceavo lugar en cuanto a donación de órganos. Las operaciones de trasplantes han proliferado sólo en la zona norte y centro del país, No así en el sur, ya que esta bastante desprovista de sitios de trasplante de alta capacidad, no cuentan con ningún centro hospitalario de trasplantes, ni equipo, ni médico. Hoy 10 mil personas esperan trasplante de córneas. Mil 500 un riñón, cuatro mil un hígado, cuatro mil un corazón y 700 un par de pulmones. Tan larga es la lista, que muchos mueren en la espera.

El riesgo en trasplantes de órganos de córneas y riñones en México, ya disminuyó. Los trasplantes alcanzan el 100 y el 95 por ciento de efectividad respectivamente. Desafortunadamente, muchas personas mueren en espera de un órgano donado. No existe una *cultura de la donación*, lo que provoca que miles de mexicanos mueran en las etapas más productivas de su vida.

En México contamos con un marco jurídico adecuado con relación a los avances médicos y científicos. Del mismo modo, se puede decir que la legislación en materia de trasplantes y de donación de órganos, tejidos y células cumple con sus propósitos. El ya citado título decimocuarto de la Ley General de Salud y el Acuerdo de Creación de organizaciones como CONATRA están a disposición de todos, así como el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. A grandes rasgos, en estos documentos se indica que **la donación de órganos es, antes que nada, una decisión personal**. El donador debe ser certificado sin vida, usando criterios exhaustivos. Los trasplantes se llevarán a cabo con fines terapéuticos y solamente si existe una necesidad verdadera; en todos los casos, bajo control médico. También es de importancia señalar el criterio expresado en las normas antes citadas por medio de las cuales el donador puede revocar su decisión en todo momento y sin ninguna consecuencia. No es válido el consentimiento otorgado por menores de edad, por personas discapacitadas o por aquellos que, por cualquier otra circunstancia, no puedan expresarlo libremente. La Secretaría de Salud debe autorizar tanto los trasplantes, como los establecimientos donde se realicen y el personal y equipo médico que participe en las intervenciones. Los órganos y tejidos tampoco podrán internarse, ni salir del territorio nacional, sin un permiso previo otorgado por la Secretaría de Salud. Para convertirse en donador es importante y necesario llenar la Tarjeta de Donación Voluntaria que se obtiene en el CONATRA o bien en el Registro Nacional de Trasplantes. Esta tarjeta es un documento legal, por ello se pide que sea firmada por dos testigos, ya que es uno de los requisitos señalados por la ley en cuanto a la disposición expresa de la persona que quiere ser donante ya que de otra forma sería inválida cualquier manifestación de voluntad para que se llevara a cabo la donación de órganos en tanto a la disposición del cuerpo ajeno.

## LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO AJENO

Al ocurrir la muerte del sujeto el cuerpo pasa a ser un cadáver, se convierte en materia sui generis razón por la cual se estima legalmente que ha de ser respetado al grado de que un trato irrespetuoso configurara el delito de profanación de cadáveres, el cuerpo humano ya sin vida debe ser respetado por la Significación que la sociedad le reconoce lo cual descarta la posibilidad de tomársele como a una cosa estrictamente hablando.

En este contexto, nadie podrá disponer del cadáver como cosa suya en orden a decidir sobre los acontecimientos futuros que recaerán en él, entendiendo los mismos en orden distinto al entierro, el único que como ya se ha demostrado en el desarrollo de este trabajo que puede disponer del cuerpo humano vivo o muerto, es el propio sujeto que compartió y vivió esa relación persona-soma, sola aquella persona cuyo cuerpo le brindo la tarjeta de presentación social por medio de la cual lo conocieron, situación que lo convierte en el único con derecho de decisión sobre su cuerpo en caso de que este vaya a tener un destino distinto al entierro, es decir que en atención a una cultura relacionada con la donación de órganos, este decidiera por voluntad propia que su cuerpo fraccionado o en partes sirviera a otra persona. lo cual seria la única forma de que el cuerpo de un individuo tuviera un destino final distinto al entierro.( o cremación)

Esto quiere decir que, en orden a la disposición del cuerpo vivo de una persona solo tiene derecho sobre él, él mismo. La donación de órganos se entiende como un acto de voluntad que un sujeto expresa libremente para con respecto de la situación que guardará su cuerpo para después de la muerte, voluntad que puede ser tacita o expresa conforme a lo establecido por la Ley General de Salud ¿pero que sucede en el caso de que la persona que con todo derecho pudo disponer sobre su cuerpo para después de muerto no lo hace? ¿ quien tiene derecho para tomar una decisión de disposición sobre el cuerpo o cadáver ajeno?.

## DERECHO SOBRE EL CADÁVER

Opina Orgaz “ la temática del cadáver corresponde al ámbito del Derecho público, viniendo principalmente regulada por normas morales, preceptos religiosos y normas administrativas ( higiene Publica). Concluye el autor Argentino, cualquier idea posible de un derecho subjetivo, ni los parientes, ni los terceros, poseen potestad alguna, ni real ni personal sobre los cadáveres ajenos, solo por vía excepcional el propio interesado podrá desviar sus futuros restos de su destino natural, el cual es el sepulcro, para dedicarlos a objeto de investigación o de estudio en los institutos u hospitales competentes o en su caso para el trasplante”35. la dogmática del maestro Orgaz alcanza su expresión mas radical, y verdadera cuando sustenta que todos los actos jurídicos provenientes de extraños en orden al cadáver que no tengan por finalidad la celebración del sepelio, funerales y demás actos complementarios, serán nulos. Abre sin embargo una puerta al admitir que no obstante no gozar el cadáver de una comerciabilidad tan amplia como la de las otras cosas ordinarias es susceptible a diversas repercusiones jurídicas, con tal que no se llegue a infringir el respeto que merece el recuerdo de la persona humana, los principio de la moral y los dictados de las buenas costumbres.

Brugi “recalca que aunque es doctrina generalizada la de que en el derecho romano el cadáver era *res extra commercium*, no existe acerca de ello unanimidad sobre los autores, lo cierto es que entre los textos romanos no existe ninguna proclamación de su extra comerciabilidad y si en cambio el reconocimiento de una *noxae datio* de carácter cadavérico, equivalente al actual resarcimiento de daños por incumplimiento de una obligación, de otra forma el trascendental principio, *dominus membrorum suorum nemovidetur* no debe extenderse hasta interpretar que los romanos vedaron toda disposición del hombre en torno al propio cadáver, un comentario detenido es el hecho por

**35.-En Naturaleza y Contenido del Derecho sobre el Propio Cuerpo ,1995, Pág.,234**



Brugi sobre un pasaje de Modestino en el que se alababa al heredero que contrariando la voluntad del testador no arrojaba los restos al mar sino que en respeto de su memoria le daba oportuna sepultura, se inclina porque muy bien pudiera tratarse de una interpolación justiniana y por ende ciñe la procedencia de aquel pasaje al supuesto particular de una incapacidad mental o volitiva del *cuius*. Sea como fuere a la tan glosada cita no cabe darle el sentido de que *per se*, representa la exclusión de cualesquier disposición de la persona frente a su cadáver, dentro del total sistema del derecho romano, impiden hoy la configuración de un derecho de propiedad sobre el cadáver los predicados del sentimiento religioso frente a pertinentes medidas de higiene, en la concepción de Brugi sería quizás de aplicación a la materia la especial categoría de cosas parcialmente comerciables o de imparcialidad relativa, pasando a suscribir en definitiva, una potestad de disposición cadavérica dentro de los límites marcados por el ordenamiento jurídico correspondiente. La dirección más corriente es la que sigue estimando el cadáver con carácter religioso separándole del concepto normal de *cosa* y calificándole de intransmisible por inestimable, Brugi hace depender su análisis específico de la causa, deduciendo razonablemente que si el Estado o los ayuntamientos pueden dedicar los restos de los fallecidos en las salas de hospitales a fines pedagógicos o científicos, extraían en una gran contraposición a los preceptos jurídicos y religiosos en tanto que equipararían al cuerpo con la denominación de cosa”.36

la voluntad testamentaria en orden a un empleo beneficioso del cadáver y no inmoral, debe desde luego respetarse hasta el punto de que al albacea incumbe hacerla prevalecer aun en contra de los parientes, el contenido del testamento no tiene porque constreñirse a lo puramente patrimonial.

Coviello expone que “si bien la comerciabilidad del cadáver implica una decadencia de los sentimientos religiosos, ella parece, no obstante, conforme con los principios legislativos. El derecho a la disposición cadavérica corresponde a la propia persona, pero no a sus herederos”.37.

**36-En Naturaleza y Contenido del Derecho sobre el Propio Cuerpo ,1995, Pág.,245**

Aun debatida por los teóricos, la postura que expone Coviello, por medio de la cual señala que un cadáver es equiparable a cosa, como a continuación se redacta, es parcialmente aprobada en términos de que nadie puede disponer de el cadáver si no es la persona que cubrió de personalidad a ese cuerpo, sustentándola en términos de “que desde el momento en que el cadáver puede producir una utilidad cualquiera, a fines científicos e incluso industriales, deviene *cosa* en sentido jurídico, y se explica aquella disposición tanto a título gratuito como a título oneroso, Coviello parte pues de una comerciabilidad del cadáver amplia, aunque referida únicamente al sujeto interesado, los herederos suceden al difunto en las relaciones patrimoniales existentes al tiempo de su muerte, y siendo así el cadáver solo se transforma en cosa después de la muerte de la persona, por lo tanto es imposible que puedan poseer alguna potestad sobre el mismo, que entrara en el ámbito de las normas generales del orden publico”. **38**

Cannizzo de Jerónimo participa de idéntica enigma frente a la conducta de unos herederos que intentasen enterrar el cuerpo del *de cuius* en la misma tumba de quien constituyo en vida su peor enemigo, o que pretendiesen someter lo restos de un difunto cristiano a la cremación, la voluntad de los herederos debe decaer cuando estuviera en oposición presumiblemente a la de su causante, el cadáver no se convierte en *res nullius*, ni siquiera cuando resta ya en el cementerio. Ya que el protagonista no realizo su abandono, sino que confirió su tutela a la administración publica.

El Estado sin embargo, no puede tutelar perpetuamente los cementerios, lo que les caracteriza a estos precisamente la especialidad de su destino, que puede presumir caducado cuando *ab inmemorabili* ha sido abandonado con todos los cadáveres en el inhumados y sin que se haya procedido a la evacuación de las tumbas, en estado semejante los restos humanos no inspiran ya ningún respeto o consideración, y su exhumación puede estar considerada...

**37. -En Naturaleza y Contenida del Derecho sobre el Propio Cuerpo ,1995, Pág.,250**

**38 En Bienes de la Personalidad,1992,Pág.,120**

..... como medida de higiene, si la administración pública quisiera vender o proceder a una exhumación arbitraria del cadáver, los herederos del difunto podrán siempre oponerse, entablando acción contra quien retenía el cadáver no en propiedad si no en simple depósito.

En relación a la historia, el Tribunal de Casación de Nápoles, en sentencia del 7 de febrero de 1879, decidió, que el hombre que muere no solo deja bienes materiales y afecto, deja también una parte de sí mismo en el cadáver, mismo que no puede constituir objeto de dominio o posesión, ya que el cuerpo que fue libre en vida no puede cambiar de naturaleza después de muerte, máxima de fe cristiana que lo juzga inefable e inconfundible con la vil materia propia del comercio.

Si procedía una disposición del cuerpo en vida con el límite de no vulnerar la integridad física, a *fortiori* prospera una más amplia disponibilidad del cadáver, tanto *inter vivos* como *mortis causa* aunque referida a otra serie de limitaciones.

El cuerpo del causante no debe estimarse dentro del patrimonio hereditario, a pesar de lo cual los herederos podrán proveer a la destinación normal del cadáver, en silencio del *de cuius* porque se presume que aquellos interpretan el deseo común de este. Si el testador hubiera dispuesto acerca de la suerte de su cadáver, en principio tal disposición es válida, en cuanto no infrinja los límites establecidos por la ley.

Nada impide que cada uno pueda disponer libremente en orden a la dedicación de su cadáver, en este contexto Cannizzo se asienta sobre las bases sustentar un derecho de propiedad que corresponde al hombre sobre sus miembros y también sobre su propio cadáver, propiedad que sin embargo no se sujeta al régimen de los derechos reales.

La voz cadáver parece derivar de los tres vocablos latinos, *caro*, *data*, *vernix*; esto es carne entregada a los gusanos, en principio cadáver solo significa eso: un cuerpo inerte, muerto, aunque no del todo, es cierto que en él han cesado las manifestaciones externas de vida, pero una lucha biológica oculta y sorda tiene lugar allí, entre las fuerzas que tratan aun de sobrevivir y las que tratan de alcanzar la muerte total del individuo. Acaso nunca el ser humano resulta tan misterioso como cuando está de cuerpo presente en un reposo trágicamente enigmático, el cadáver no es sino una fase inicial de la muerte física, coincide con una muy conseguida imitación de la muerte quizá su imagen más aproximada; pero semejanza no significa identidad, en medicina legal la expresión cadáver corresponde a un estado transitorio que sigue a la defunción y precede a la muerte efectiva, el cadáver ha de morir también, es el primer aspecto en que la parca se materializa. pero no deja de ser un notable disfraz que en excesivas ocasiones resulta engañoso.

En el cadáver se da una muerte meramente relativa una vida depauperada y *sui generis*, tan debilitada que no es capaz por sí misma de cumplir sus funciones típicas, por sí misma, la etapa cadavérica se encuentra sobrepasando el punto medio entre la vida y la muerte, se está medio muerto, pero aun se conserva algo de vida como lo demuestra la urgencia con que se extraen sus órganos y tejidos, a fin de que puedan seguir viviendo en otro organismo, el preciso instante en que la vida abandona definitiva y totalmente al cuerpo, implantándose la muerte no es precisable, un cadáver es un organismo inanimado pero organizado todavía, la muerte auténtica supone la desintegración del ser vivo, lo que no acontece en los primeros momentos que sobrevienen a la defunción.

Ahora bien en el entendido de lo que significa etimológicamente un cadáver, retomamos la postura de disposición del mismo por un tercero, a lo cual se contraponen toda legislación y cultura ya que como se señaló el cadáver no es en absoluto algo equiparable a objetos o cosas susceptibles de apropiación.

A este respecto los herederos se convierten en depositarios del cadáver, sobre el que tienen un derecho-deber de cuidado y custodia, el cual se trata de un derecho de índole personal y desde luego apatrimonial que encuentra sus bases en las relaciones familiares, tal es el más indicado criterio: recurrir a los lazos de sangre y matrimonio que así como regulaban el consorcio familiar durante la vida, así debe seguir integrando a las relaciones de ultratumba.

¿cual será la jerarquía u orden de preferencia entre parientes de mediar en ellos disparidad en orden a la distinción del cadáver? La cuestión no está resuelta por el derecho positivo, y las jurisprudencias italiana y francesa se encuentran vacilantes, diciéndose, ora por las leyes de la herencia, ora por los vínculos afectivos de la familia y proximidad o convivencia. Patrocinamos por nuestra parte esta segunda orientación, por referirse a algo eminentemente subjetivo, particular e íntimo, que no debe escapar a las normas generales del derecho de sucesión, buen sector doctrinal pretende la aplicación del criterio que rige para la obligación legal de prestar alimentos, Ferrara en fin no haya inconveniente en que el cadáver pueda devenir en objeto del derecho privado por voluntad de su causahabiente, ahora bien el poder de disposición ejercido sobre el cadáver no podrá rebasar los límites naturales del nuevo destino que se le confiera en orden a experimentos científicos o fines didácticos, lo mismo cabe decir en relación con la entrega de piezas sueltas y preparados anatómicos, los herederos carecen de potestad para comerciar o apropiarse del cadáver incluso cuando la ley les se los asigne en orden al progreso.

Afirma Degni que "el derecho a la disposición sobre el propio cuerpo que compete en vida al ser humano dotado de personalidad se extiende también para después de la muerte, y por tanto, toda persona puede disponer de su propio cadáver"39. punto fundamental es que por testamento o mandato diferido cabe decidir sobre el futuro cadáver en los límites permitidos por los límites de las leyes sanitarias. Respecto de la cremación que no es grata para la religión católica podrá prosperar de estar admitida en las leyes positivas,

con tal que se ajuste a los requisitos que esta imponga. Mas dificultad podría encerrar el hecho de dispersar las cenizas de un cuerpo cremado, a lo cual el autor en comento manifiesta su negativa en tanto que es inadmisibile que la potestad cadavérica llegue a conducir a la desaparición total de los restos, postulándose a favor de la utilización científica del cadáver, en el entendido de que esta disposición del cuerpo solo puede ser manifestada por el dueño del cadáver es decir el portador de la personalidad que en vida manifestó y proclamo ese sujeto ahora cadáver, pero adopta una posición excesivamente radical cuando se decide por la firme prohibición de cualquier interferencia especulativa o de lucro, hasta el punto de radicar la nulidad de los negocios jurídicos cadavéricos donde medie el precio.

Después de definir que sobre el cadáver no cabe la propiedad de los herederos ni de los familiares y que la disposición del propio cadáver es una derivación de los derechos de la personalidad que desde luego no forman parte de la masa hereditaria, hay que mencionar que el ordenamiento jurídico hace cesar la existencia de la personalidad con la muerte, la persona exigid precisamente la fusión de un elemento espiritual con otro corpóreo, y la muerte al destruir esa fusión pone fin a la personalidad respectiva y origina una transformación sustancial de la condicón del cuerpo que por lo mismo deja de constituir un elemento de la personalidad y deviene en cadáver.

Pero el que la personalidad no subsista después de la muerte no significa que el cadáver no sea tomado en consideración por el ordenamiento jurídico ya que el cuerpo humano con la muerte se torna en un cadáver que queda también sometida a la esfera de la influencia del Derecho, en la concepción de De Cupis es importante clasificar al cadáver en la figura de la *res extracomercium*, no pudiendo ser objeto de derechos patrimoniales porque a pesar del cambio fundamental operado en su sustancia y función, se constituye en conservador de la huella humana y residuo efectivo de un ser viviente. Su

comerciabilidad estaría en contraste con la dignidad humana, para De Cupis el cadáver es por otro lado objeto de un derecho privado no patrimonial, deducido de la costumbre y que implica la manera de precisar la manera de proveer a su normal destino. El derecho del cónyuge en relación con el destino del cadáver, precisa un presupuesto negativo: el de que no consta una voluntad declarada del difunto en tal sentido. El propio pronunciamiento constituye un negocio jurídico que versa sobre cosa futura, en cuanto a las posibles formalidades de tal disposición la sentencia al respecto pronunciada por la Suprema Corte Italiana del 30 de mayo de 1964 instituyó la necesidad de la escritura, pero sin concluir que hubiera de manifestarse imprescindiblemente por testamento. El margen positivo del cónyuge es más reducido que el que corresponde al propio difunto, no pudiendo a diferencia de este dedicar el cadáver a la investigación científica.

A este respecto cabe citar la acertada conclusión de Castan Tobeñas por medio de la cual señala “que el cadáver no es cosa susceptible de apropiación sino *res extracomercium*, añadiendo que las posibilidades de disposición sobre el cadáver concedidas por el derecho consuetudinario a los particulares no autoriza a admitir la existencia de un derecho subjetivo al cadáver o sobre el cadáver”. **40**

De Castro centra la razón de su no apropiación y comerciabilidad en que “ el cadáver continua siendo y manteniendo de alguna manera el carácter de cuerpo que correspondía a una persona, si llegara a perder esa configuración o carácter por ejemplo al convertirse en objeto de contrato, por otro lado afirma que no hay que recurrir a la ficción de supervivencia para que e respete la voluntad del difunto ya sea esta tacita o expresa. El derecho garantiza sus disposiciones, lo cual es bien distinto a suscribir que la persona del muerto siga teniendo intereses. Así también la especial condición jurídica del cadáver debe interpretarse como una manifestación de respeto hacia la persona que fue, sin necesidad de procurar ficticias personificaciones. Con la muerte la persona deviene en cadáver el cual merece un trato mas digno que el que corresponde a las vulgares cosas comerciales”. **41**

Creo patrocinable la aspiración a obtener el reconocimiento de un derecho subjetivo al cadáver de naturaleza eminentemente personal, ya que de esta forma se delimitara el margen de disponibilidad en que puede desarrollarse, por otro lado definiendo el ejercicio de una respectiva facultad, encaminada a proveer los detalles de la destinación normal del cadáver o potestativamente su útil empleo en un plano científico, acentuando que dicha facultad compete únicamente al propio interesado.

Por otro lado, los familiares están, frente al cadáver, del *de cuius* en una situación jurídica *sui generis* la cual se traduce en una tutela de tipo moral y afectivo en orden a conseguir la ultimación de los funerales debidos **fuera de este cometido carecen de competencia decisoria.**

**40.-En Deontología Medica Sexta Edición ,Pág.,55**

**41.-En Deontología Medica Sexta Edición ,Pág.,55,56**



## DONACIÓN DE ORGANOS EN TANTO A LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO AJENO POR LO QUE RESPECTA A LA LEY GENERAL DE SALUD

La Ley General de Salud en su apartado referente a la donación de órganos en su numeral 321 establece:

“ 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 utiliza para trasplante.

322.- La donación expresa constara por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando solo se otorgue de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que esta se hace a favor de determinada persona o institución, también podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar, tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa cuando corresponde a mayores de edad con capacidad jurídica no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento sin responsabilidad de su parte.

323.- Se requerirá el consentimiento expreso:

I.- para la donación de órganos y tejidos.

II.- para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras Hematopoyéticas.

La legislación referente a la donación de órganos, hasta los apartados que hemos citado anteriormente, comprenden a la donación de órganos en su estricta definición de “**liberalidad de una persona que gratuitamente transmite una cosa a favor de alguien que la acepta**”. Cito lo anterior para darle entrada al siguiente artículo el cual es objeto de mi tema de tesis así como de mi total desacuerdo.

Art.-324.- **habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplante, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de las alguna de las siguientes personas, el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptante o el adoptado, conforme a la prelación señalada.**

El escrito por el que la persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público y deberá estar firmado por este, o bien la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito determine la secretaria de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento.

Considero plenamente que lo señalado en el artículo 324 en su primer párrafo está totalmente en desacuerdo con lo que debe ser una legislación protectora

de la persona de sus conciudadanos, en razón de que esta violando todas y cada una de las teorías de la personalidad, atenta contra la costumbre que también es una fuente de ley y sobre todo por que esta poniendo al cuerpo humano en la categoría de objeto, en la misma jerarquía de los bienes mostrencos, siendo que no encuadra en ninguna de las definiciones de objeto.

Si analizamos el tema desde un punto meramente sentimental, al tomarse al cadáver de un ser humano como objeto de la disposición de un tercero que no tuvo absolutamente nada que ver con la relación persona-soma vivida por el sujeto, estaríamos convirtiendo al cuerpo humano en algo sin significado ante los demás, le estaríamos quitando el valor que como persona alguna vez tuvo e hizo valer en un mundo donde su cuerpo es su carta de presentación, es por medio de lo que lo reconoce la gente , es algo tan personal que nadie tiene potestad alguna ni ahora ni nunca para tomar una decisión que resuelva el futuro de un cuerpo para después de que este pierda todos y cada uno de sus signos vitales, si bien es cierto que lo mas cercano de la persona es su propia familia ninguna relación personal es valida a la hora de decidir sobre el cuerpo de una persona que por mas que se la quiera nunca sentimos lo que el sintio ni vivimos de forma alguna sus relaciónese personales, si en verdad nunca sentimos en carne propia lo que el paso en su camino por este mundo porque habríamos de tomar o pensar siquiera en decidir por él sobre algo que lo acompaño toda su vida, máxime si en base a la costumbre que también es fuente de ley todo cuerpo tiene por ultima morada la sepultura, en ese orden de ideas el sitio final para un cadáver sin disposición alguna en contra de la costumbre es y debe ser única y exclusivamente la fosa común, sin una necesidad imperativa de ejercer ese derecho a ser enterrado por medio de un documento publico que se rija bajo las normas impuestas por la Secretaria de Salud en coordinación con autoridades competentes, porque entonces donde queda la libre disposición que les concede la constitución a los ciudadanos de esta Republica Mexicana y sobre todo donde queda la facultad de resolver una controversia personal o simplemente una duda bajo el uso del libre albedrío del que todo ser humano es portador, caso contrario se estaría tomando al los seres humanos que en vida no expresaron su negativa a ser parte de la cultura

de la donación como unos incapaces, como sujetos que nunca tuvieron capacidad de decisión.

Por otro lado al otorgarle a un tercero la facultad de decisión sobre el cuerpo de alguien se estaría poniendo al cadáver del ser humano como un objeto que al haber perdido a su dueño y poseedor es susceptible de apropiación es decir como un bien mostrenco al cual se define **como los muebles y los semovientes que se aplican al estado por no tener dueño conocido; suele sin embargo aplicarse en general a todos los que carecen de dueño conocido ya sean muebles o raíces.**

Por otro lado el Código Civil vigente para el Distrito Federal, define a los bienes mostrencos en su numeral 774, señalando, **que son bienes mostrencos los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignore.**

En ese mismo sentido podríamos entender que el cuerpo ya sin vida es tomado por la ley general de salud como un bien de dominio público, a lo cual también se refiere el cuerpo legal antes citado en sus numerales:

764.- los bienes son de dominio, del poder público o de propiedad de los particulares.

767.- los bienes de dominio del poder público se dividen en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios.

768.- los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles, pueden aprovecharse de ellos todos los habitantes con las restricciones establecidas por la ley, pero para aprovechamiento especial se necesita concesión otorgada con los requisitos que prevengan las leyes respectivas.

Ahora bien, resulta curioso resaltar el hecho de que el cuerpo humano en ningún momento se encuentra regulado por el Código Civil, no obstante de ser el ineludible soporte de la persona, comento lo anterior por que si bien es cierto que el Código Civil es de aplicación supletoria del la Ley General de Salud y esta se encuentra regulando al mismo en la categoría de objeto sin dueño, a los cuales el Código Civil denomina mostrencos, entonces nos encontramos en una contradicción jurídica muy grande, por que si bien es cierto que los bienes mostrencos siendo sujetos de apropiación, y una vez adjudicados pueden venderse y enajenarse y la Ley que regula las donaciones y trasplantes menciona en su artículo 327. “ esta prohibido el comercio de órganos, tejidos y células la donación de estos con fines de trasplantes se registrá con principios de altruismo, ausencia de animo de lucro y confidencialidad por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a titulo gratuito”. En este contexto surge necesariamente la pregunta, ¿ es o no el cuerpo susceptible de apropiación? A lo cual yo sostendría que no, basando mi postura en los anteriores temas redactados en este trabajo de tesis, pero la Legislación sobre la cual evoco mi tema sostiene lo contrario, sustentando sus motivos, en la protección de la salud y la ausencia de donadores y disponentes, razón por la cual se vuelve necesario citar la definición que la ley en cita otorga a los disponentes y donantes.

DISPONENTE.- Es aquel que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.

Es fácil entender hecho de que en esta definición tomada textual de la Ley General de Salud, le esta otorgando a la persona la facultad de disponer sobre su cuerpo y cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte, lo que resulta difícil discernir, es la contra postura que adopta el legislador en los artículos posteriores en los cuales le reconoce el mismo derecho a gente ajena totalmente al cadáver de ese ser humano sobre el que versa una decisión supuestamente tacita ( esto por no haber manifestado una

negativa expresa ) decisión que es interpretada por la ley a favor de la donación, pero si la toma de decisiones se basara en una interpretación, porque no tomamos esta ausencia de decisión que el legislador convierte en tacita como la simple voluntad del *de cuius* ser incinerado o descansar en la fosa común o en su caso morir sin ser fraccionado.

DONADOR O DONANTE – El que tacita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para ser utilizados en transplante.

Es de hacer notar como esta segunda definición también esta apoyando, permitiendo y aceptando el que sea la propia persona por conducto de la cual se lleva acabo la decisión de donar órganos, y es que por eso es donación, por que es bien sabido que una donación consiste en la libertad de una persona que gratuitamente transmite **una cosa que le pertenece** a favor de otra que la acepta, así que de la manera que la Ley General de Salud esta manejando las formas de donación y a la donación misma esta incurriendo en un gran error y sobre todo en una gran contradicción ya que seria imposible en principio, que una donación, entendiendo la misma en el estricto sentido de su definición, se haga por otra persona que no sea la propietaria de la cosa, bien , o en este caso cuerpo sin vida ( cadáver ), ya que en ese caso no estaríamos hablando de una donación sino de un abuso de confianza o un su caso de una adjudicación de los bienes del *de cuius* y del propio *de cuius* lo cual en tal caso pudiera corresponder al derecho sucesorio.

En términos del derecho de sucesión me resulta imposible, el poder encuadrar la disposición del cuerpo ajeno en esta rama del derecho, ya que estaríamos, en principio, tomando nuevamente al cuerpo humano como sujeto de apropiación lo cual provoca un retroceso jurídico de miles de años ya que estaríamos en situaciones similares a las de la esclavitud, por otro lado a quedado demostrado que el cadáver no entra en la categoría ni de los bienes en general ni de los objetos o cosas, razón por la cual, si no esta ubicado.....

..... dentro de la categoría de alguna de los bienes ¿como podría formar parte de la masa hereditaria del *de cuius*, para que en razón de eso un tercero pueda disponer libremente de el cuerpo de su sucesor?

En principio, el libro segundo del Código Civil por medio del cual se hace referencia a los bienes, en su artículo 750 nos señala las clases de bienes que el mismo contempla:

Art.- 750- son bienes inmuebles:

- 1.- el suelo y las construcciones adheridas a el;
- 2.- las plantas y árboles mientras estuvieran adheridas a la tierra y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- 3.- todo lo que este unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separase sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a el adherido;
- 4.- las estatuas relieves pinturas u otros objetos de ornamentación colocados en edificios o heredados por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo;
- 5.- los palomares, colmenas, estanques de peces y criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;

6.-las maquinas, vasos instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa o exclusivamente a la industria o explotación de la misma;

7.- los abonos destinados al cultivo de una heredad, que Essen en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;

8.- los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de estos, salvo convenio en contrario;

9.-los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua así como los acueductos y las cañerías de cualquier especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella;

10.- los animales que formen el pie de Coria en los predios rusticaos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras estén destinadas a ese objeto;

11.- los diques y construcciones que aun cuando sean flotantes estén destinados por su objeto y condiciona a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;

12.-los derechos reales sobre inmuebles;

13.- las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.-



por lo que respecta a los bienes muebles señala:

artículo 752.- los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley.

753.- son muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro ya se muevan por si mismos o ya por efecto de una fuerza exterior.

754.- son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.

755.- por igual razón se reputan muebles todos las acciones que cada socio en las asociaciones y sociedades aun cuando a estas pertenezcan algunos bienes inmuebles.

756.-las embarcaciones de todo genero son bienes muebles.

757.- los materiales procedentes de la demolición de un edificio, y los que se hubieran acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación.

758.- los derechos de autor se consideran bienes muebles.

759en general son muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles.

760.- cuando en una disposición de la ley o en los actos y contratos se use de...

.....

las palabras bienes muebles se comprenderán bajo esa denominación los enumerados en los artículos anteriores.

Ahora bien si dentro de las denominaciones antes citadas, no es posible ubicar a el cadáver, ¿como podemos hablar de que el cuerpo humano ya sin vida puede ser objeto de una sucesión?, y en el supuesto de que si se pudiera encuadrar en alguna de las categorías marcadas por el Código Civil y pudiéramos hablar de que el cuerpo humano ya sin vida pudiera formar parte de la masa hereditaria, estaríamos en el caso de que el *de cuius* no manifestó su voluntad para después de su muerte respecto de sus bienes, motivo por el cual para que se pudiera dar la adjudicación a favor de cualquiera de las personas con derecho a heredar, primero se tendría que denunciar un intestado, el cual, tardaría en resolverse mucho mas de las 24 horas marcadas por la Ley General de Salud mismas que se requieren para poder extraer del cadáver alguno o algunos de los órganos susceptibles de transplante, situación por la cual el cadáver ya no seria sujeto apto de extracción de órgano alguno que sirviera para ser transplantado a otra persona necesitada del órgano donado por ese tercero que representa a la sucesión, otra de las cuestiones que lo hace imposible son las normas de higiene que impiden que un cadáver este tanto tiempo sin ser sepultado, situación que tendría que ocurrir mientras un Juez decide quien va a ser el representante de la sucesión, y mientras eso pasa el cadáver cumplirá con su natural proceso de descomposición.

Es por esto que tampoco puede ser que la Ley en comento autorice la disposición de un cuerpo humano ya sin vida a persona distinta que la que vivió la relación persona-soma ya que reitero, no es un objeto, no es un bien, no es un bien susceptible de apropiación y no siendo una cosa a la que el Código Civil encuadre en la categoría de bienes, no puede el cadáver ser sujeto de una sucesión de bienes, lo cual deja totalmente sin efecto y convierte en ilógico el hecho de que el legislador contemple como opción para autorizar la donación a un familiar, cónyuge, o concubina.

Por otro lado me parece que una ley debe tener como principio fundamental la equidad, tomando como punto de referencia la cita de Ulpiano “ **dar a cada quien lo que le corresponde**”. Comento lo anterior dado que la normatividad debe y esta obligada a ser una forma de protección civil para los ciudadanos que en su jurisdicción habitan y cohabitan en igualdad de circunstancias, eligiendo como órgano rector de sus conductas al Estado, mismo que al promulgar sus leyes debe buscar la equidad antes citada, no es posible que exista una legislación que por un lado aprueba lo que por otro prohíbe, que autorice lo que en artículos anteriores ella misma condena, no puede existir una normatividad que se contradiga ya que en su contradicción conlleva la ruptura del estado de derecho, y sobre todo una ley nunca puede ser expedida a conveniencia de nadie, Me refiero a que por un lado en la multicitada Ley General de Salud a partir de su artículo 321 nos habla de que 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 utilice para transplantes, este artículo nos maneja dos tipos de autorización para la realización de la donación de órganos, la tácita y la expresa, mismas que en artículos posteriores nos define como:

323.- la donación expresa constara por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a todo el cuerpo y limitada cuando se otorgue respecto de determinados componentes.

324.- habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para transplante.

Hasta este punto nos encontramos con una postura por parte de la ley en comento de interpretación a mi parecer muy desigual, ya que interpreta la ausencia de la manifestación de la voluntad de un individuo como un si quiero donar, en vez de tomarse como un no, no quiero o no me interesa o no me importa o simplemente no estoy de acuerdo con ser donador, porque a de .....

.....interpretar el legislador lo que nunca fue dicho por el sujeto dotado de capacidad jurídica y sobre todo de una capacidad de decisión basada en su libre albedrío

por otro lado el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, tejidos y cadáveres para Seres Humanos, en su apartado referente a los disponentes nos señala:

Artículo 10.- en los términos de la ley y de este reglamento los disponentes pueden ser originarios y secundarios.

Artículo 11.- es disponente originario la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo.

Artículo 12.- el disponente originario podrá en cualquier tiempo revocar el consentimiento que haya otorgado para fines de disposición de sus órganos, tejidos, productos o de su propio cadáver, sin que exista responsabilidad de su parte.

En caso de que el disponente originario no haya revocado su consentimiento en vida, no tendra validez la revocación que, en su caso hagan los disponentes secundarios a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 13.- serán disponentes secundarios, de acuerdo al siguiente orden de preferencia, los siguientes.

1.- el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.

2.- la autoridad sanitaria competente.

3.- el Ministerio Público, en relación con los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo de sus funciones

4.- la autoridad judicial.

5.- los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres.

6.- las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o decencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que esta se haya efectuado; y

7.- los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Al establecer la existencia de disponentes secundarios se están violando todas y cada una de las características de la personalidad de un individuo al cual se le está interpretando su decisión, por un lado a beneficio de las lagunas jurídicas y por otro lado se le están creando derechos a un tercero para disponer del cuerpo humano como si este fuera un objeto que surge de los bienes de la sucesión, por otro lado la presente ley, maneja el contenido de los artículos a su bien parecer y mejor satisfacción, ya que para unas cosas si autoriza a un tercero creándole derechos sobre el cadáver, pero por otro lado en el mismo asunto de toma de decisión, sobre el mismo cadáver, le quita las

facultades antes otorgadas, esto lo podemos observar fácilmente en el artículo 324 del cuerpo legal invocado, del cual se desprende:

Art. 324.- habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplante siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas; **el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptante, el adoptado conforme a la prelación señalada.**

En este apartado es de hacer notar la facultad otorgada a los familiares del difunto para tomar la decisión que el en vida no tomó, por lo que estaríamos hablando de los disponentes secundarios mencionados en las fracciones citadas con anterioridad, siendo una postura lógica y razonable el que alguna persona entienda que si la propia ley la faculta a autorizar lo que el sujeto en vida no autoriza, también la faculta para retractarse de la decisión tomada, ya que en ese entendido se le está brindando la propiedad del cadáver, sin embargo en la segunda parte del artículo 12 del Reglamento de disposición de órganos claramente nos expresa que:

**En caso de que el disponente originario no haya revocado su consentimiento en vida, no tendrá validez la revocación que en su caso hagan los disponentes secundarios a que se refiere el artículo 13.**

En este orden de ideas la pregunta lógica sería ¿donde queda la equidad jurídica que en toda legislación debe prevalecer.? Y es que no es posible que una ley otorgue a beneficio, facultades y las quite, por que su conveniencia se ve afectada, pero lo más indignante, es el trato que el citado cuerpo legal le otorga al cuerpo humano sin vida, un trato de cosa, de objeto, de algo que fácilmente puede ser encontrado y adjudicado, por el que tuvo la suerte de ser nombrado en un cuerpo legal sin equidad jurídica, que sin tomar en cuenta los derechos de la personalidad, la costumbre, que también es fuente de ley, y sobre todo interpretando voluntades sin siquiera saber la verdadera postura de

una persona que gozando de todas y cada una de sus facultades tanto jurídicas como mentales quizá no estaba enterada, o simplemente no le importaba formar parte de la cultura de la donación por no saber las oportunidades que le brinda a otra persona la donación voluntaria de un órgano, que mientras que a una persona ya no le es útil, para otra es una oportunidad de vida.

Quiero asentar que no me postulo en contra de la donación de órganos, que creo en los esfuerzos que se están realizando para hacer que la gente tome conciencia de lo que en verdad es la donación, pero no me es posible ni entender, ni aceptar que se tome al cuerpo humano, como un objeto sujeto de apropiación, y que se le otorgue un derecho a un extraño a esa relación persona-soma que acompaña al ser humano en vida como su carta de presentación ante la sociedad, para que este autorice la realización de un acontecimiento, porque esa decisión solo le corresponde tomarla a quien en vida sonrió, amó, y sufrió en su propio cuerpo.

# INDICE

## PAGINA

INTRODUCCIÓN	I
<u>I.-DERECHOS DE LA PERSONALIDAD</u>	1
1.1- ANTECEDENTES HISTORICOS	1
1.1.1- ASPECTOS ETICOS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	9
1.1.2.- CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.	14
<u>II.- BIOÉTICA, LA CRISIS DE VALORES QUE CONLLEVAN LOS AVANCES TÉCNICOS.</u>	21
2.1.- TECNIFICACIÓN Y MODERNIDAD	30
2.1.1 BIOÉTICA TECNIFICACIÓN Y CUERPO HUMANO.	35
<u>III.- DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO.</u>	42
3.1- BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS	42
3.1.1.- DERECHO DE LA PERSONALIDAD, COMO PERSONA SOCIAL Y COMO PERSONA INDIVIDUAL	47
3.1.2.- DERECHO SOBRE NUESTRO PROPIO CUERPO	50
3.2.- DOMINIO SOBRE NUESTRO PROPIO CUERPO	58
3.2.1.- FUNCION DEL DERECHO AL RESPECTO	62
3.2.2.- DERECHO DEL HOMBRE SOBRE SU PROPIO CADÁVER	64
3.2.2.1.- LA DONACIÓN DE ORGANOS	66



<u>IV.- LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO AJENO</u>	75
4.1.- DERECHO SOBRE EL CADÁVER	76
4.1.1.- LA DONACIÓN DE ORGANOS EN TANTO A LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO AJENO	86
<u>CONCLUSIONES</u>	104
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	107