

308909
24
2eje.

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



**"REGIMEN JURIDICO DEL TRASPLANTE DE
ORGANOS EN MEXICO"**

T E S I S

PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
QUE PRESENTA EL ALUMNO
PABLO GOMEZ DEL CAMPO GURZA

Director de Tesis: Dr. Alberto Pacheco Escobedo

MEXICO, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

Quiero dedicar el presente trabajo con mucho cariño:

A mi Padre, con profundo agradecimiento por su cariño, por su educación, por sus consejos, por su invaluable amistad, por su ejemplo de honradez y de esfuerzo, por que gracias a su apoyo he podido alcanzar una gran meta: Ser Abogado.

A Beatriz, con muchísimo cariño, admiración y respeto, por la valiente decisión de compartir su vida con nosotros.

A mi Madre, ejemplo de amor y de vida, por su entrega, su cariño, su cuidado, por esos inolvidables recuerdos, por que jamás habré de olvidar todo lo que nos diste. Simplemente, por haber sido el mejor ejemplo de como debe de vivirse una vida de entrega a los demás. Muchas gracias.

A mis hermanos José Manuel, Laura, Teresa, Luis Eduardo, Antonio, Mariana, Gabriel, María del Carmen y Alonso, por todos los momentos que hemos pasado juntos, deseándoles el mayor de los éxitos en su vida.

A mi cuñada Adriana y a mis sobrinos José Manuel y Adriana con mucho cariño.

A Marisin, con todo mi cariño por el apoyo que me dio para la elaboración del presente trabajo, por todo su amor y por todos los momentos que hemos pasado juntos.

A mis abuelitos Luis y Margarita, con muchísimo cariño.

A mi abuela Laura, con profundo agradecimiento por el gran interés que siempre mostró por el desarrollo de mi carrera.

A la memoria de mis abuelitos Felipe y Chayito.

A mi padrino Roberto y a la siempre dulce memoria de mi madrina Leo.

A mis tíos Javier y Virginia, con profundo agradecimiento por todo su cariño.

A mis tíos Alberto y Margarita, con especial afecto y agradecimiento por todo su cariño.

A mis tíos Vicky y Alberto, con muchísimo cariño.

A Antonio Teixidor, por su cariño, su amistad, por su ejemplar vocación.

A todos mis tíos, primos y sobrinos con muchísimo cariño.

A mi padrino Adrián con todo mi afecto.

Al Dr. Alberto Pacheco, con especial afecto por haberme impulsado a realizar el presente trabajo y por brindarme su amistad.

A todos mis amigos, por el privilegio de su amistad.

A mi Universidad y al Colegio CEDROS por la formación.

A todos mis maestros y compañeros.

I N D I C E

INTRODUCCION.....	4
CAPITULO I.-DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	9
1.-LA PERSONA.....	9
1.1 Concepto Filosófico de Persona.....	9
1.2 Concepto Jurídico de Persona.....	12
2.-DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	31
2.1 Diversos Conceptos en torno a los Derechos de la Personalidad.....	32
2.2 Diversas Denominaciones.....	37
2.3 Naturaleza jurídica de los Derechos de la Personalidad.....	39
2.4 Características de los Derechos de la Personalidad.....	45
2.5 Clasificación de los Derechos de la Personalidad.....	47
Pies de Página.....	54
CAPITULO II.-DERECHO A LA VIDA.....	57
2.1 Generalidades.....	57
2.2 Límites del Derecho a la Vida.....	61
2.3 Protección Legal del Derecho a la Vida.....	66
Pies de Página.....	71

CAPITULO III.-DERECHO SOBRE EL PROPIO CUERPO.....	72
3.1 Casos de Disposición Legítima e ilegítima.....	90
Pies de Página.....	117
CAPITULO IV.-DERECHO SOBRE EL CADAVER.....	120
4.1 Consideraciones generales.....	120
4.2 Facultad de disponer del propio cadáver en orden a la sepultura.....	122
4.3 Facultad de disponer del propio cadáver en orden a fines distintos de su entierro.....	124
Pies de Página.....	129
CAPITULO V.-TRASPLANTES DE ORGANOS EN SERES HUMANOS.....	130
5.1 Introducción.....	130
5.2 Concepto de trasplante de órganos.....	130
5.3 Elementos de los Trasplantes de órganos.....	135
5.4 Trasplante de organos y tejidos entre seres humanos vivos	140
5.5 La opinión de los moralistas con respecto a los trasplantes de órganos entre seres humanos vivos.....	143
5.6 Determinación de la muerte.....	147
5.7 Trasplante de organos y tejidos obtenidos de cadaveres...	157
5.8 Las Transfusiones Sanguíneas.....	162
Pies de Página.....	172

CAPITULO VI.-LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.....	173
6.1 Introducción.....	173
6.2 Antecedentes Inmediatos.....	173
6.3 Legislación Actual.....	180
6.4 Trasplante de órganos y tejidos entre seres humanos vivos	185
6.5 Trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres..	193
6.6 De los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones.....	197
6.7 De los Bancos de Organos y Tejidos.....	199
CONCLUSIONES.....	201
BIBLIOGRAFIA.....	205

I N T R O D U C C I O N

En la actualidad, los avances de la ciencia médica han llegado hasta extremos impensables en tiempos no muy lejanos. Dentro de este gran desarrollo de la medicina encontramos a los trasplantes de órganos, técnica terapéutica a la cual día con día se le presta mayor atención y a la que cada vez se recurre con mayor frecuencia, con resultados verdaderamente exitosos.

Tan sólo en el año de 1992, los cirujanos mexicanos practicaron 1,213 trasplantes, de los cuales 600 correspondieron a trasplantes de riñón, 4 a trasplantes de corazón, 5 a trasplantes de hígado, 2 a trasplantes de páncreas y 600 a trasplantes de córnea.

Las estadísticas nos indican que el 1o. de enero de 1993, 4,246 pacientes se encontraban en espera de algún donador, 1200 de ellos esperaban un donador de riñón, 17 en espera de un donador de corazón, 14 de un donador de hígado, 4 de un donador de pulmón, 11 de un donador de páncreas y 3,000 en espera de un donador de córneas.

Por otra parte, hay que decir que en los últimos 12 años, la tasa de éxito de los trasplantes ha ido en constante aumento debido al descubrimiento de mejores técnicas quirúrgicas y de drogas que buscan prevenir el rechazo de los órganos que se trasplantan.

Bastaría con que cada año se ofrecieran como donadores potenciales en el país 5,000 personas para que casi todos los pacientes que requieren de un trasplante de riñón se evitaran el suplicio de la diálisis, y casi todas las personas parcial o totalmente ciegas a causa de lesiones de la córnea podrían recuperar la vista. Los vitales trasplantes de corazón y de hígado, que en tiempos no muy lejanos eran considerados como un milagro, se practican hoy en día en algunos hospitales mexicanos. Y se espera que los trasplantes de pulmón y de páncreas, todavía difíciles, se lleven a cabo de una manera más eficaz en el futuro.

El Derecho no puede permanecer ajeno al avance que se ha experimentado en torno a los trasplantes de órganos, por el contrario, es necesario adecuar el ordenamiento legal con el objeto de que se ajuste a dichos avances, protegiendo los derechos más íntimos de la persona que son los que se ponen en juego al llevarse a cabo este tipo de prácticas, y fomentando el que las mismas sean llevadas a cabo cada día en mayor número.

Así, será necesario que nuestro legislador establezca hasta que punto puede la persona disponer de sus órganos, con miras al trasplante sin llegar a poner en riesgo su salud, su integridad física, y más aún, su propia vida, tratándose de los trasplantes de

órganos y tejidos provenientes de seres humanos vivos; y que se efectúen conforme a la voluntad del donador, previa la comprobación de la pérdida de la vida, tratándose de trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres.

En este orden de ideas, podemos afirmar que mientras más completa, clara, justa y aplicable sea nuestra legislación, en materia de trasplante de órganos, más favorecidas se verán este tipo de prácticas. Así, nuestro ordenamiento legal deberá de reflejar los avances que se han logrado en esta materia, con el objeto de que día a día aumenten en número los trasplantes que se llevan a cabo en nuestro país, y que se efectúen con estricto apego a la justicia.

Así, y con miras a tener un mayor conocimiento en torno a los trasplantes de órganos, hemos dividido el presente trabajo en seis capítulos, cuyo contenido se expone a continuación.

En el Capítulo I se analizan los derechos de la personalidad, que guardan una estrecha relación con el tema que nos ocupa, y que por ser connaturales al hombre, pueden verse afectados en mayor o menor grado al llevarse a cabo el trasplante de órganos y tejidos.

En el Capítulo II pasamos a estudiar el derecho más importante dentro de la jerarquía de los derechos de la personalidad, que ha de constituir el pilar de todo nuestro ordenamiento jurídico: el derecho a la vida. En torno a este derecho haremos algunas consideraciones, dentro de las cuales expondremos los límites que existen en relación al mismo, así como la protección que se establece en nuestra legislación para este esencial derecho.

En el Capítulo III analizaremos el tema del derecho sobre el propio cuerpo, tratando de dejar en claro hasta qué punto puede disponer el hombre de su propio cuerpo con miras al trasplante de órganos y tejidos. Asimismo haremos referencia a los casos de disposición legítima o ilegítima del sujeto sobre su propio cuerpo, por lo que tocaremos temas como el aborto, la eutanasia, la automutilación, el trasplante de órganos, la fecundación, la esterilización, etc.

En el Capítulo IV haremos algunas consideraciones generales en relación al derecho sobre el cadáver, estudiando la facultad de la persona para disponer de su propio cadáver en orden a su entierro, o bien, en orden a fines distintos, dentro de los que podemos enmarcar a la donación de órganos y tejidos.

Pasaremos en el Capitulo V a realizar un analisis más profundo del tema central de nuestro trabajo, referido a los trasplantes de órganos en seres humanos. En él analizaremos el concepto de trasplante de órganos, los elementos que los componen, el trasplante de órganos y tejidos entre seres humanos vivos, para después profundizar en el tema de la muerte y su determinación, como presupuesto para llevar a cabo los trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres. Concluiremos con una referencia a las transfusiones sanguíneas.

Por último habremos de referirnos a la legislación mexicana en materia de trasplante de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, analizando los artículos más relevantes al respecto, contenidos en nuestra Ley General de Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, comparándolos con la legislación anterior que regía esta materia, con el objeto de poder apreciar si es que existen grandes avances, que vayan acorde con los avances que se han experimentado en la práctica de los trasplantes.

C A P I T U L O I

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1.-LA PERSONA.

1.1 CONCEPTO FILOSOFICO DE PERSONA.

La raíz última de la palabra persona la encontramos en el vocablo griego prósopon, cuyo significado es hypóstasis, lo cual en nuestro idioma equivale a subsistencia, o sea lo que es en sí, lo que no necesita de otro para poder existir. Pero este último no fue el primer significado que se le dio al vocablo griego que nos ocupa. Al parecer, en un principio la palabra prósopon se utilizó en la antigua Grecia para referirse a la máscara con que los actores representaban en el teatro al dios o al hombre cuyo papel asumían. Así, con la máscara, los actores lograban hacer resonar su voz con mayor potencia, a la vez que les permitía adoptar la personalidad de aquel al cual representaban.

En la antigüedad, durante los siglos IV al VI, se desarrolla en gran medida el concepto de persona, y los autores se ocupan de resaltar la substancialidad de la hypóstasis. Se dice así que la persona es una sustancia completa, acabada y perfecta, cuya cualidad más importante es la subsistencia, esto es que la persona es una sustancia que existe en sí y no necesita de otro para poder existir, tiene una existencia propia y separada de cualquier otro ente.

Inspirándose en lo anterior aparece una definición que se ha hecho clásica, y es la proporcionada por Boecio, que dice que la persona es "una substancia individual de naturaleza racional" (1). De esta última definición sobresalen dos elementos que se convierten en algo necesario al hacer referencia a la persona, y son la racionalidad y la individualidad, elementos que hasta entonces no habían sido resaltados al hacer referencia al concepto de persona.

A lo largo de la Edad Media, los estudios en torno a la persona girarán alrededor de las bases sentadas por Boecio, enfocándose principalmente a resaltar la subsistencia y la unidad necesaria en el individuo para ser considerado como persona.

La parte medular del pensamiento de la Edad Media en torno a la persona la constituye la doctrina de S. Tomás de Aquino, que tiene el gran mérito de considerar a la persona en el orden del ser.

S. Tomás, parte del análisis de la definición clásica de persona aportada por Boecio. Así, en cuanto a la primera parte de la definición que nos ocupa, es decir, en cuanto a la sustancia, S. Tomás nos dice que "En una primera acepción se llama sustancia a la quidditas rei (quiddidad de la cosa), significada por la definición, como cuando decimos que la definición significa la sustancia de la cosa: a la cual sustancia los griegos llaman ousia, y nosotros podemos nombrarla essentiam (esencia). En una segunda acepción se llama sustancia al sujeto o supósito que subsiste en el género de la

sustancia. Y esto, tomado comunmente, puede ser nombrado también con un nombre significativo de una intención: y así es llamado suppositum. También es nombrado con tres nombres que significan la realidad, los cuales son ciertamente res naturae, subsistentia e hypóstasis, según la triple consideración de la así llamada sustancia. En efecto, según que existe por sí y no en otro, es llamada subsistencia. En cambio, en tanto supone por alguna naturaleza común, es llamada res naturae: como éste hombre es una res de la naturaleza humana. Pero en cuanto a que subyace a los accidentes es llamada hypóstasis o substantia" (2).

Al referirse a la palabra individual de la definición que nos ocupa, S. Tomás hace énfasis en que la persona es no sólo el individuo de la naturaleza, sino sobre todo el individuo en orden a la subsistencia, es decir, en orden a la incomunicabilidad absoluta. En cuanto a sujeto subsistente, la persona es incomunicable. "No cualquier individuo en el género de la substancia, incluso en la naturaleza racional, tiene razón de persona: sino sólo aquél que existe por sí, no, en cambio, aquél que existe en otro más perfecto"(3).

En cuanto a la naturaleza, S. Tomás nos dice que "La persona significa una cierta naturaleza con un cierto modo de existir. Pero la naturaleza que la persona incluye en su significación es de todas las naturalezas la más digna, a saber, la naturaleza intelectual según su género. Igualmente también el modo de existir que importa la persona es el más digno, a saber, que algo sea existente por sí" (4).

Por lo que respecta a la inteligencia o racionalidad de la persona, S. Tomás afirma que aquella es la capacidad de aprehender la razón de ser, y con ella todos los seres en cuanto que son. La inteligencia esta abierta a todas las cosas. La persona es, por tanto, el ser subsistente y, por lo mismo, separado, el más incomunicado por razón de su más perfecta subsistencia, al tiempo que es el más abierto y más profundamente enlazado con todos los seres. Es el ser que, por racional o inteligente, es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí, por estar abierto a la razón de ser en cuanto ser, lo está asimismo por la razón de bondad en toda su infinitud virtual, y, por tanto, es libre (5).

Abierta a todas las cosas, la persona esta ordenada sobre todo y en primer lugar a Dios, que es su último fin, y al mundo de las otras personas con las que naturalmente entra en comunicación singularmente honda.

1.2 CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA.

Al estudiar la persona en el orden jurídico, es necesario no confundir conceptos, ya que el Derecho establece una gran división entre personas físicas y personas jurídicas. No obstante lo anterior, es necesario precisar el hecho de que la división que nos ocupa no establece una distinción entre dos realidades, que serían la de las personas humanas y la de las personas jurídicas. Creer lo anterior sería equivocado ya que en realidad las personas jurídicas son una

creación de las personas humanas, y por ende no podemos hablar de dos realidades distintas. "El concepto de Persona en el Derecho sigue siendo único y la existencia de las personas jurídicas se explica por la variadísima gama de finalidades que se proponen y buscan obtener las personas físicas" (6).

Una vez dicho lo anterior, hay que aclarar que el concepto que desde el punto de vista jurídico nos interesa desarrollar para efectos del presente trabajo es el de la persona física, y más en concreto el de la personalidad jurídica de las personas físicas, motivo por el cual sólo enunciaremos los atributos de las personas jurídicas.

Para comenzar el análisis del presente tema habremos de referirnos a continuación a los atributos de las personas físicas y enunciaremos los atributos de las personas morales.

Los atributos de las personas morales o jurídicas son los siguientes:

- 1.-Capacidad.
- 2.-Patrimonio.
- 3.-Denominación o razón social.
- 4.-Domicilio, y
- 5.-Nacionalidad.

Por otra parte, los atributos de las personas físicas son los siguientes:

1.-Capacidad.- Puede ser de dos tipos, capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial.

Ya hemos dicho que la capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. La capacidad de goce es el atributo esencial e imprescindible de todo individuo, y para adquirirla basta con el sólo hecho de ser persona. Podremos encontrar personas que no tengan capacidad de ejercicio, y sin embargo en ellas existe la personalidad.

Ahora bien, para poder determinar el momento exacto en el que la capacidad de goce se adquiere, habrá que establecer el momento en el cual se marca el comienzo de la persona.

Así las cosas, podemos decir que tradicionalmente en el Derecho Civil se considera que la personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte. Pero la capacidad de goce se atribuye no sólo desde el momento del nacimiento, sino que también se atribuye antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.

Lo expuesto en el párrafo anterior se contempla en el Artículo 22 del Código Civil el cual establece que "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Del precepto antes transcrito se deduce que nuestro legislador toma en cuenta dos datos biológicos para determinar el inicio y la terminación de la capacidad de las personas, que son el nacimiento y la muerte. Pero además de lo anterior, nuestro legislador va más allá al reconocer personalidad jurídica al nasciturus, reconocimiento que de ninguna manera es absoluto, pero que si bien no permite establecer relaciones jurídicas firmes con el no nacido, si da la posibilidad de establecer con él relaciones jurídicas condicionadas al hecho de que nazca vivo y viable. Así, el no nacido puede heredar, puede recibir legados y donaciones, y hasta en el caso de que llegara a morir antes de nacer, su cadáver se considera un cadáver humano.

Por otro lado, nuestro Código establece en su Artículo 337 que "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto, que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil...".

El precepto referido no implica o no quiere significar que si no se reúnen las condiciones que establece el concebido o el ya nacido

no son personas, más bien lo que nos indica es que para efectos civiles, la personalidad sólo se consolida en aquella persona humana en la que se reúnen los requisitos señalados. "Sería absurdo el pensar que la persona comienza por la inscripción en el Registro Civil o que comienza en la hora veinticuatro de haber nacido... A lo que el Derecho Civil se está refiriendo con estas normas, es al principio formal de la persona humana no al principio natural de la persona humana. El Derecho Civil no pre-juzga sobre el inicio de la vida porque no es de su competencia el establecerlo; sólo está señalando unos requisitos para que ese ser humano, que ya existe, puesto que el Derecho no puede dar personalidad a un sujeto que no existe, pueda adquirir en definitiva los derechos y obligaciones que ya antes el propio Derecho le había atribuido pero que por meras conveniencias de seguridad jurídica y orden público, estaban sujetos al imponderable de la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable" (7).

La muerte, como dato biológico al que debe de recurrir el Derecho, marca la terminación de la capacidad y de la personalidad física. La Ley General de Salud en su artículo 317 establece siete síntomas en base a los cuales se puede considerar como muerto a un ser humano:

"Artículo 317. Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;

- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V. La atonía de todos los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible, y
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente".

Es de suma importancia determinar con la mayor precisión posible el momento de la muerte de una persona, ya que a partir de dicho momento se van a producir un sinnúmero de situaciones jurídicas, que podrán variar dependiendo del tiempo en que ocurrió la muerte.

En virtud de la gran importancia que representa el tema de la determinación de la muerte para el presente estudio, será necesario hacer mayores y más profundas consideraciones en torno al mismo, motivo por el cual más adelante se tratará en todo un apartado del presente trabajo.

Por otra parte, y siguiendo las ideas expuestas por Rafael Rojina Villegas (8), podemos decir que en relación a la capacidad de goce, existen diversos grados que de la misma pueden tener las personas físicas, mismos que a continuación pasamos a tratar.

a) El grado mínimo de capacidad de goce lo encontramos en la persona del concebido cuyo nacimiento no se ha verificado. Esta forma mínima de capacidad permite al concebido que aún no ha nacido, tener ciertos derechos patrimoniales, a saber: ser heredero, legatario y donatario. Estas relaciones jurídicas que se entablan con él, quedarán sujetas a la condición suspensiva de que nazca vivo y viable.

b) Por otra parte encontramos a los menores de edad, en los cuales la capacidad de goce es casi equiparable a la de los mayores de edad, pero se les imponen por ley ciertas limitaciones. No tienen los derechos políticos que se les otorgan a los mayores de edad; no pueden contraer matrimonio sino hasta que el hombre tiene 16 años y la mujer 14, etc. En estos casos existe cierta incapacidad de goce en virtud de que los menores no pueden ser titulares o ejercer los derechos por sí o por conducto de representante.

c) En este último grado de capacidad es necesario distinguir entre mayores de edad en pleno uso de sus facultades mentales y los mayores de edad sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes. Los mayores de edad que caen en este último supuesto tienen una capacidad de goce disminuida principalmente en lo que respecta a sus relaciones familiares, sobre todo por lo que toca al ejercicio de su patria potestad o de la tutela en su caso.

Por otro lado encontramos a la capacidad de ejercicio, a la que podemos definir como la posibilidad jurídica que tiene el sujeto para hacer valer directamente sus derechos, para celebrar en nombre propio actos jurídicos, para contraer y cumplir sus obligaciones y para ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales (9).

Rojina Villegas distingue cuatro grados dentro de la incapacidad de ejercicio, los cuales pasamos a exponer a continuación.

a) En el primer grado encontramos al concebido pero no nacido, en cuyo caso siempre deberá de existir representación legal, debido a que carece por completo de capacidad de ejercicio.

b) Dentro del segundo grado encontramos a los menores de edad no emancipados, los que carecen de capacidad de ejercicio ya que no pueden ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones, necesitan para ello un representante. En este segundo grado encontramos una excepción contemplada por los artículos 428 y 429 del Código Civil, en los que se establece que el menor de edad no emancipado tiene capacidad jurídica para realizar actos de administración en relación a los bienes que adquiera por su trabajo. A continuación nos permitimos transcribir los preceptos referidos.

"Artículo 428.- Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I. Bienes que adquiera por su trabajo;
- II. Bienes que adquiera por cualquier otro título".

"Artículo 429.- Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo".

c) Este tercer grado de incapacidad de ejercicio corresponde a los menores de edad emancipados en los que sólo existe incapacidad parcial de ejercicio ya que pueden realizar actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante; pueden también ejecutar actos de dominio relacionados con sus bienes muebles; pero están incapacitados para comparecer en juicio, ya que en dicho caso requieren de un tutor, al igual que se encuentran incapacitados para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, caso en el cual requieren de la autorización de un juez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 643 del Código Civil, que a continuación transcribimos.

"Artículo 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

II. De un tutor para negocios judiciales".

d) El último de los grados de incapacidad de ejercicio es el que se refiere a los mayores de edad que se ubican en alguno de los supuestos contemplados por el artículo 450 del Código Civil. Estas personas carecen de capacidad de ejercicio, y por ende requieren de un representante para ejercitar sus derechos, además de que carecen

de capacidad de goce para los actos familiares como lo es el contraer matrimonio, caso en el cual no cabe la representación. En materia de testamentos se acepta que en un momento de lucidez mental, el enajenado otorgue testamento, situación que no ocurre en materia de contratos, aún cuando exista un intervalo de lucidez.

A continuación nos permitimos transcribir el artículo 450 del Código Civil al que nos hemos referido en el párrafo anterior.

"Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

Para cerrar el tema relativo a la capacidad de las personas físicas es necesario decir que la regla general es la capacidad de ejercicio, es decir, que cuando existe capacidad de goce debe de existir la capacidad de ejercicio, exceptuándose el caso de los menores de edad y el caso de los que sufren perturbaciones mentales o carezcan de inteligencia. Como fundamento de esta regla general encontramos el artículo 1798 del Código Civil, que a la letra dice: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

De lo antes expuesto se puede concluir que de conformidad con el texto del artículo mencionado la incapacidad sólo puede establecerse por la ley, no por contrato o por acto jurídico, debe de estar expresamente declarada en la ley.

2.-Estado Civil.-Se refiere a la situación jurídica concreta que tiene una persona en relación con la familia (estado civil), el Estado o la Nación (estado político).

El estado civil o de familia puede presentarse como estado de hijo, de padre, de esposo o de pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción.

Como fuentes del estado civil de las personas, encontramos al matrimonio, al divorcio, al concubinato y al parentesco.

El estado civil se caracteriza por ser un valor de orden extrapatrimonial y, por lo tanto, es indivisible e inalienable.

De conformidad con el artículo 39 del Código Civil, "El estado civil se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley". Estos casos de excepción a que se refiere el precepto que nos ocupa, se encuentran regulados por los artículos 40, 340, 341, 342 y 343 del Código Civil, que se transcriben a continuación.

"Artículo 40.-Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos".

"Artículo 340.-La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

"Artículo 341.-A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase".

"Artículo 342.-Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a estos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de

sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento".

"Artículo 343.-Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con la anuencia de éste;

II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361".

3.-Patrimonio.-Se entiende el conjunto de bienes y derechos de una persona y que son susceptibles de ser valorados en dinero.

Existen dos grandes teorías que pretenden explicar la naturaleza del patrimonio. La primera de ellas es la teoría clásica del patrimonio, la cual considera a este último como una universalidad de derecho, la cual forma una unidad abstracta, diferente de los bienes y de las cargas que la componen. Considera que el patrimonio es único e indivisible y que abarca tanto bienes presentes como futuros.

Afirma que el patrimonio como universalidad jurídica tiene una vida completamente intelectual, fuera de la cual sólo existen bienes particulares.

Frente a la teoría clásica del patrimonio se levantan un sinnúmero de críticas, algunas de las cuales referimos a continuación:

a) Confunde al patrimonio con la capacidad, ya que en realidad es esta última la que da la posibilidad de convertirse en titular de un derecho y no el patrimonio.

b) No es del todo preciso el afirmar que el patrimonio sea indivisible, ya que existen casos en los que aquél se divide en dos masas distintas y que no se confunden, tal es el caso del patrimonio del heredero y del patrimonio de la sucesión; el patrimonio de la sociedad conyugal; el patrimonio familiar; el patrimonio del ausente y el del quebrado, etc.

La segunda de las teorías a las que nos hemos referido, es la teoría del llamado patrimonio de afectación o teoría moderna. Para esta teoría es de gran importancia el destino que tienen los bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico o económico, por lo que según la opinión de los autores que sustentan esta teoría, una sola persona puede llegar a tener diversas masas de bienes, es decir, distintos y diversos patrimonios. Para ellos no existe la universalidad de derecho ni la unidad que proponen los partidarios de la teoría clásica.

Al parecer , la postura que adoptó el legislador en el Código Civil, es una postura ecléctica, ya que por un lado, y siguiendo a la teoría clásica considera que toda persona debe de tener un patrimonio y que solamente las personas pueden tenerlo. Pero por otra parte, e inclinándose a la teoría moderna del patrimonio de afectación, considera que el patrimonio puede integrarse por diversas masas de bienes y que el mismo puede ser enajenado por su titular durante su vida, situaciones estas que a todas luces se apartan de la primera teoría.

4.-Domicilio.-De conformidad con el artículo 29 de Código Civil, el domicilio es el lugar en el que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él. De esta definición podemos deducir que existen dos elementos que se han tomado en cuenta para determinar el domicilio de las personas físicas. El primero de ellos es un elemento de carácter objetivo, y es susceptible de prueba directa: el lugar donde habitualmente reside la persona. El segundo de ellos tiene un carácter subjetivo y solamente podrá comprobarse a través de presunciones y es el propósito de establecerse en ese lugar determinado.

Nuestra ley civil no sólo se queda ahí, ya que en caso de que llegasen a faltar los dos elementos aludidos, entonces el domicilio de la persona será el lugar en el que esta tenga el principal asiento de sus negocios, y en caso de que este último tampoco se pudiera determinar, entonces el domicilio será el lugar en el que la persona se halle.

Existen diversas clases de domicilios:

a) Domicilio real: es aquel a que se refiere el artículo 29 del Código Civil y que hemos señalado líneas arriba.

b) Domicilio legal: es el que la ley le señala a una persona para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho la persona no se encuentre en él.

En este orden de ideas, el artículo 31 de Código Civil, señala que "se reputa domicilio legal:

I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

II.- Del menor de edad que no está bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

III.- En el caso de los menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;

IV.- De los conyuges, aquel en el cual estos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada conyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29,

V.- De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados,

VI.- De los servidores publicos, el lugar en donde desempeñan sus funciones por más de seis meses,

VII.-De los funcionarios diplomáticos, el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante, salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente.

VIII.-De las personas que residan temporalmente en el país en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un organismo internacional, será el del Estado que los haya designado, o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente, salvo con respecto a obligaciones contraídas localmente, y

IX.- De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena, en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido.

c) Domicilio convencional: de conformidad con el artículo 34 del Código Civil, es el que se tiene derecho de designar para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Por último, a continuación consideramos los efectos principales del domicilio:

1.-Determina el lugar para recibir comunicaciones, interpelaciones y notificaciones en general.

2.-Determina el lugar para el cumplimiento de las obligaciones, de conformidad con el artículo 2082 del Código Civil.

3.-Determina la competencia de los jueces en la mayoría de los casos.

4.-Determina el lugar en que habrán de practicarse ciertos actos del estado civil.

5.-Determina el lugar de centralización de todos los intereses de una persona en los casos de quiebra, concurso o herencia.

5.-Nombre.-Responde a la necesidad que se tiene de identificar a las personas, y en este sentido se puede afirmar que es una obligación tener un nombre.

Para que el hombre pueda vivir organizadamente, se hace necesario el poder identificar a cada individuo, de ahí la importancia y la obligación de tener un nombre. El nombre se integra por un nombre propio o nombre de pila y por un apellido (paterno y materno), al que se denomina como nombre patronimico.

El nombre de pila o nombre propio se adquiere por una declaración de voluntad que llevan a cabo los padres al momento de presentar a su hijo ante el juez del Registro Civil con el objeto de registrar su nacimiento. Por otra parte, el apellido o nombre patronimico se adquiere por la filiación en la generalidad de los casos, o bien por la adopción, también puede ser adquirido como resultado de una sentencia judicial pronunciada en un juicio de rectificación de acta de nacimiento, por cambio de nombre o por decisión administrativa en el caso de hijos de padres desconocidos.

Por otra parte podemos decir que en nuestra legislación civil son muchas las disposiciones en las cuales podemos fundamentar la obligación de tener un nombre. Así, todas las actas relativas al estado civil de una persona, deben de contener su nombre. Sin el nombre no sería posible realizar ninguno de los actos relativos al estado civil de una persona.

Son dos las funciones o finalidades del nombre. La primera de ellas ya la hemos establecido y es la de permitir el reconocimiento, identificación e individualización de la persona. La segunda finalidad es la de servir como un indicador del estado de familia, es decir, nos permite conocer a qué conjunto de parientes pertenece una persona, ya que el nombre manifiesta la filiación de la misma.

6.-Nacionalidad.-Es la situación compuesta por las relaciones jurídicas de orden político que tiene una persona en relación al Estado al que pertenece, por lo que la persona va a tener derechos y obligaciones frente a ese Estado. A cada país le corresponde señalar a quiénes considera como sus nacionales.

Nuestra Constitución Política señala en su artículo 30, que "La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I.- Los que nazcan en territorio de la República sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;

II.- Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana.

III.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización, y

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional".

Por su parte el artículo 34 de nuestra Ley Suprema establece como requisitos para ser ciudadano de la República, el ser mexicano, tener 18 años cumplidos y tener un modo honesto de vivir.

2.-DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

La persona individual tiene una esfera de poder jurídico. El Derecho existe por causa del hombre y es él, el sujeto tanto del Derecho privado como del Derecho público.(10)

Dicho lo anterior, y para abordar el análisis del presente tema, es necesario partir del hecho de que los bienes de la persona que son objeto de protección por parte del Derecho, pueden ser de diversa naturaleza. Así, encontramos que existen los bienes personales, como lo son la vida, la integridad personal, el honor y el nombre; bienes patrimoniales, que son aquellos que se manifiestan en la esfera económica que rodea a la persona, así como bienes sociales y familiares, que son aquellos cuya manifestación la podemos encontrar en las organizaciones en las que la persona se desenvuelve.

De los bienes antes mencionados encontramos que los más importantes desde el punto de vista de la persona y desde el punto de vista del Derecho, en cuanto a su protección, son los llamados bienes personales, mismos que al ser protegidos y amparados por el Derecho se traducen en los llamados derechos de la personalidad.

2.1 DIVERSOS CONCEPTOS EN TORNO A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Los derechos de la personalidad han sido materia de muy variados y profundos estudios, a raíz de los cuales han aparecido diversidad de conceptos.

Así, se habla de los derechos de la personalidad como aquellos que "garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la

propia personalidad" (11), o como "aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales de la persona" (12).

Ferrara se refiere a ellos como "los que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales" (13).

De Castro los conceptúa como los derechos "que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades" (14).

Degni señala que "por derechos de la personalidad es necesario entender aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad" (15).

Es necesario aclarar que no en toda época existió una consideración sistemática de lo que hoy llamamos derechos de la personalidad. Así, para los romanos, esta clase o categoría de derechos era desconocida y solamente a través de la *actio iniuriarum* se podía hacer valer la protección de la personalidad. En este orden de ideas, el profesor Galán, afirma que "la conciencia del hombre como personalidad, es algo desconocido en el mundo antiguo greco-romano" (16).

En la antigüedad el sentimiento de la personalidad y la estimación de su valor moral, la conciencia que el hombre occidental tiene acerca de su propio ser como un fin en si mismo, como un centro autónomo de intimidad y de vida, fue algo que permaneció ignorado, a diferencia de lo que sucederá con el hombre moderno, ya que para él, aquél sentimiento será algo característico de todas sus creaciones espirituales.

Es el Cristianismo el que viene a establecer la base moral indestructible sobre la que habrá de erigirse el reconocimiento de los derechos de la persona individualmente considerada. Al decir de Luño Peña, "el Cristianismo representa y constituye la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana, mediante la idea de una fraternidad universal que implica la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas, individuales y sociales" (17).

Apoyada en la consideración del Derecho como una ordenación total de la vida, la concepción jurídica a lo largo de varios siglos de la Edad Media, no experimentó la necesidad de resaltar la importancia de los derechos naturales de la persona. No es sino a finales de la Edad Media, y en concreto con la llegada del Renacimiento, cuando se ve la necesidad de afirmar la independencia de la persona y la intangibilidad de los derechos humanos, aspiraciones que poco a poco se irán plasmando en las construcciones jurídicas que comienzan a aparecer: siendo un ejemplo importante de esto la llamada potestas in se ipsum (potestad sobre si mismo),

figura defendida por el español Baltasar Gómez de Amescúa en el siglo XVII, incluida en su tesis referente a que todo hombre, ya sea por ley de la naturaleza o por los preceptos del Derecho civil, canónico o real; tiene una potestas in se ipsum, siempre y cuando no rebase los límites establecidos por dichas leyes.

Siguiendo con lo anterior, encontramos otra construcción que exalta los derechos de la personalidad, y es la de los denominados derechos innatos o naturales misma que constituyó durante el siglo XVII, el estandarte de la escuela del Derecho Natural. Dicha escuela considera a los derechos naturales como aquellos derechos que forman parte de la naturaleza humana, son connaturales al hombre, están unidos a la persona de manera indisoluble y son preexistentes a su reconocimiento por parte del Estado.

Esta última teoría de los derechos innatos tiene una enorme importancia y diversas repercusiones. La más importante de ellas la constituye la aparición de una doctrina de matiz político y a la vez revolucionario, a saber: la doctrina de los llamados derechos del hombre y del ciudadano, misma que se plasma en la famosa Declaración de los derechos de la Asamblea Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789, en la que se exponen los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre.

En el siglo XIX con la escuela histórica y en general con el positivismo jurídico se rompe con esa concepción de los derechos innatos o naturales, situación que hace que los pandectistas y

civilistas trasladan, con ciertos matices, al campo del Derecho privado dicha concepción, circunstancia que conduce a la admisión dentro del mencionado campo, de la existencia de unos derechos que se ejercitan sobre la propia persona o sus cualidades o atributos, y que le aseguran el goce de sus bienes internos, de sus energías físicas y espirituales.

Se puede afirmar que la teoría de los llamados derechos de la personalidad, pertenece fundamentalmente al ámbito del Derecho privado, a diferencia de la teoría de los derechos del hombre, que pertenece principalmente al ámbito del Derecho público. A esta conclusión se llega después de observar la finalidad distinta que persigue cada una de dichas teorías.

Así, la teoría de los derechos de la personalidad busca que dichos derechos sean reconocidos y proclamados como una nueva especie de derechos privados, dotados de protección civil. En cambio, la teoría de los derechos del hombre busca la tutela pública de tales derechos y persigue el hecho de poner a la persona bajo la custodia del Derecho político.

Las dos teorías que nos ocupan convergen en las Declaraciones de derechos que se formulan a partir del siglo XVIII, con su doble característica política e individualista. Individualista en el sentido de que tratan de examinar libertades o exenciones cuyo único beneficiario es el individuo; y políticas en cuanto a que suponen afirmación frente al Poder o asumen el carácter de garantía.

El problema que puede surgir en torno a la anterior acepción de los derechos individuales, es decir en cuanto a considerarlos como derechos frente al Estado, puede consistir en el hecho de que se dé lugar a una antítesis entre el individuo y el propio Estado.

Así las cosas, podemos afirmar que desde este punto de vista la filosofía católica postula una teoría de los derechos naturales más perfecta, ya que los concibe como aquellos derechos que el hombre tiene para poder cumplir con su fin individual y social y que no deben de ser considerados en un sentido absoluto como derechos individuales ni como derechos públicos concedidos o reconocidos por el Estado.

2.2 DIVERSAS DENOMINACIONES.

En torno a este tema, los autores han adoptado un sinnúmero de denominaciones y así, encontramos que algunos los llaman derechos de la personalidad, otros derechos a la personalidad, derechos personalísimos, derechos fundamentales, derechos esenciales de la persona, derechos individuales, derechos personales o derechos de estado.

Prevalece actualmente una denominación que será la que aquí adoptaremos por considerarla la más acertada y es la de derechos de la personalidad. Decimos que es acertada, por ser una denominación que considera que tales derechos están indisolublemente ligados a la personalidad del hombre, pero sin llegar a confundirse con aquella.

Hemos de aclarar además que los derechos que nos ocupan no son los únicos derechos atribuibles a la persona y tampoco son los únicos que dan contenido a la personalidad del individuo, más bien son los que constituyen el núcleo fundamental de dicha personalidad, constituyen el "mínimo necesario e imprescindible de su contenido" (18).

Es por lo anterior que sería conveniente que se adoptara otra denominación que se refiriera al ámbito restringido y a la importancia de tales derechos, y que a la vez hiciera alusión a su vinculación íntima e indisoluble con la personalidad del ser humano, tal denominación podría ser la de derechos esenciales de la persona o la de derechos subjetivos esenciales.

No obstante lo anterior, a continuación se detallan algunas de las denominaciones que se les han dado a los derechos aludidos:

a) Derechos naturales: esta es una denominación no del todo errónea, ya que los derechos de que se trata tienen su fundamento en la misma naturaleza humana.

b) Derechos innatos u originarios: este calificativo se utiliza para contraponerlos a los derechos derivados o adquiridos que son aquellos que requieren de un hecho positivo para poder existir, a diferencia de aquellos, que nacen con el hombre y no requieren de ninguna otra condición para existir.

c) Derechos individuales: esta fue una expresión que se utilizó en épocas en que la filosofía y las ideologías políticas estaban impregnadas de individualismo. Sin embargo consideramos a esta como una denominación muy estrecha, ya que en realidad al ser el hombre un ser sociable por naturaleza, todos sus derechos son a la vez sociales e individuales, pero no son sólo individuales.

d) Derechos del hombre y del ciudadano. Esta denominación tiene un significado histórico y a la vez individualista. Corresponde a una época en la que se consideraba en peligro y necesitados de defensa a los derechos del hombre considerado individualmente y como ciudadano, frente al poder del Estado (19).

e) Derechos fundamentales o derechos esenciales del hombre. Se les llama fundamentales en tanto que sirven de fundamento a otros derechos más particulares, derivados o subordinados a ellos, y esenciales en cuanto son derechos permanentes e invariables, inherentes al hombre, a todos los hombres como tales.

2.3 NATURALEZA JURIDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los llamados derechos de la personalidad, es de suma importancia establecer el hecho de que existe a nivel doctrinal un punto muy discutido, a saber: el llegar a concebir a los derechos de la personalidad como un poder que es

ejercido por el hombre sobre su propia persona, o lo que es lo mismo, un derecho en el cual la persona tenga por objeto a sí misma.

Esta última postura ha sido adoptada por algunos tratadistas y por civilistas de gran prestigio. En contra de esta postura se esgrime el argumento de que no es posible aceptar el hecho de que exista un derecho que la persona ejerza sobre sí misma sin que llegue a confundir por completo en la misma persona las cualidades de sujeto y objeto. Campogrande refuta este argumento, diciendo que la confusión no existe en realidad, ya que "el sujeto del *ius in se ipsum* es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, 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 manifestación especial de su personalidad" (20).

Ante esta última objeción sustentada por Campogrande y por otros tratadistas, se levanta la opinión de otros autores que afirman que los derechos de la personalidad pertenecen a la categoría de los derechos sin sujeto, o que su objeto no debe de buscarse en la persona misma o en partes de ella, sino en los demás conciudadanos que deben de respetar la personalidad del individuo. En este sentido Ferrara afirma que, el objeto de los derechos de la personalidad "son los otros hombres obligados a respetar el goce. La vida, el cuerpo,

el honor, son el término de referencia de la obligación negativa que incumbe a la generalidad" (21).

Al lado de todas estas afirmaciones y objeciones se levanta como una teoría más aceptable aquella que establece que "el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal (idea esta que significaría una confusión entre los derechos absolutos y relativos), sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico" (22).

Una vez admitida la teoría anterior, nos enfrentamos ante otra gran discusión a nivel doctrinal, a saber: si los derechos de la personalidad constituyen o no verdaderos derechos subjetivos.

La discusión a que nos referimos tiene su punto principal de partida en la postura que adoptan las corrientes positivistas, las cuales no admiten el que un determinado derecho de la personalidad conceda al individuo una cierta facultad mientras no exista una disposición expedida por el legislador, que así lo establezca.

Frente a la postura anterior se levanta el argumento de que no solamente son las normas escritas expedidas por el legislador las que constituyen el Derecho. Dentro de él también caben los derechos de la personalidad, que aún en el supuesto de que no se contuvieren en normas escritas, las facultades emanadas de aquellos, no por eso

dejarían de existir, ya que su existencia misma es anterior al reconocimiento que de ellos mismos llegare a hacer el legislador. Son derechos que tienen su origen en el derecho natural, el cual existe en virtud de la propia naturaleza humana, son derechos innatos, originarios y esenciales, y no requieren del concurso de los medios legales para su adquisición.

Para algunos tratadistas como Savigny, Jellinek, Thon y Von Thur, es inadmisibile la postura tendiente a considerar a los derechos de la personalidad como verdaderos derechos subjetivos, más bien se trata de bienes personales, de presupuestos jurídicos de la persona individual, que, por lo mismo, se hallan protegidos por la ley, pero que no constituyen derechos subjetivos.

Así, en derechos como el derecho a la vida, al honor, a la integridad personal, etc., el derecho subjetivo no nace sino hasta después de que un sujeto lesione esos bienes y en este caso el derecho correspondiente no se caracteriza ya como un derecho a la vida, al honor, o a la integridad corporal, sino solamente a la condenación civil o penal del ofensor.

En contra de la postura que considera que los derechos de la personalidad no constituyen verdaderos derechos subjetivos, se levanta la tesis que prevalece en la actualidad y que es aquella que admite la existencia y el rango dogmático de los derechos de la personalidad.

Adoptando esta última postura, Ferrara admite la existencia del derecho subjetivo, misma que se nos presenta de una manera evidente cuando la tutela pública en determinados bienes personales se individualiza a favor del particular o se deja a su arbitrio.

Encontramos también como partidario de esta última postura al profesor Martín Ballesteros, que afirma que existen, dentro del contorno de la personalidad, verdaderos derechos arrancados por la ley o la jurisprudencia del campo de las simples facultades jurídicas.

Por su parte, el Doctor Alberto Pacheco afirma que los derechos subjetivos como facultas agendi fueron ya conocidos por el Derecho Romano y por los romanistas posteriores, pero no es sino hasta el siglo pasado cuando se desarrolla ampliamente el concepto y la dogmática del derecho subjetivo, teniendo como punto de partida a la doctrina alemana (23).

Afirma que si bien son muchos los autores que consideran a los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, también son muchos los que opinan que las facultades que de ellos derivan tienen su punto de partida en una norma objetiva. Frente a esta última postura se esgrimen los argumentos que anteriormente comentamos y que encuentran el origen de estos derechos en el Derecho Natural. El fundamento de estos derechos es la naturaleza humana, y de ella derivan. Son siempre derechos naturales ya primarios ya secundarios.

El papel que desempeña la ley positiva frente a los derechos de la personalidad es el de declararlos y protegerlos en caso de que así sea necesario. Decimos que los declara, puesto que en el orden de importancia la persona es anterior al ordenamiento jurídico.

"La dignidad de la persona humana comporta una serie de exigencias respecto de las cuales en modo alguno cabe transacción ni son disponibles por el derecho humano-positivo...

Estamos ante los llamados Derechos Fundamentales de la Persona Humana que, como exigencia de la dignidad del hombre y nacidos del mismo acto creador de Dios, son Derechos Naturales inalienables y superiores al Estado que deben de ser reconocidos por todo orden jurídico-positivo so pena de olvidar el aspecto más noble y profundo del Derecho, es decir, la justicia. Estos derechos fundamentales, a saber, el derecho a la dignidad personal, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho de independencia, el derecho a la vida, el de legítima defensa, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad, el derecho de asociación, etc., postulan por su propio origen y esencia la justicia" (24).

Para concluir con este punto tan importante en relación al carácter subjetivo de los derechos de la personalidad, podemos afirmar que aún en el supuesto de que la ley positiva no reconociera dichos derechos, y mas aún, en caso de que los contradiga, los derechos de la personalidad siguen existiendo ya que su reconocimiento no es un problema de derecho positivo, "sino que

responde a la íntima relación de justicia que existe entre las relaciones humanas y que aún cuando no sean mencionadas por el derecho positivo, existen entre los hombres, y si alguna autoridad llegare a verse en la necesidad de tratar y reconocer estos derechos humanos, aún cuando no estén expresamente reconocidos por la ley positiva, sólo puede proceder en justicia si los protege, los actualiza y los reconoce" (25).

De igual manera y en el caso en que la ley positiva reconozca los derechos que nos ocupan, pero contradiciéndolos, "en este supuesto, el problema es mucho más grave por el transtorno que esa contradicción realiza en una sociedad concreta a la cual se aplica ese derecho positivo, pero también en este caso, los derechos naturales de la personalidad siguen existiendo, con la misma extensión y con la misma necesidad de protección, aún cuando la autoridad, arbitrariamente, vaya en contra de la ley natural" (26). En este caso podríamos concluir diciendo que: "la ley directamente contraria a los preceptos de la ley natural, no es verdadera ley; la ley injusta e inmoral es ley nula" (27).

2.4 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Como derechos naturales que son, se atribuyen a los derechos de la personalidad diversos caracteres, mismos que derivan del hecho esencial de que aquellos son derechos fundamentales del individuo, que han existido siempre, en todo tiempo y para toda persona. Los caracteres referidos son los siguientes:

a) Son derechos originarios o innatos, lo que significa que son adquiridos por toda persona por el simple hecho de su nacimiento, y no hay ninguna persona humana que no los tenga. Son derechos que no requieren de la existencia de una ley objetiva para su adquisición. Se les denomina así para contraponerlos a los derechos adquiridos o derivados que son aquellos que para poder existir, requieren de un hecho positivo.

b) Son derechos absolutos o de exclusión, en el sentido de que son oponibles erga omnes. Implican para los terceros un deber general de abstención. No son absolutos en cuanto a su contenido ya que están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común.

No solo implican una relación jurídica entre su titular "y los demás, en el sentido de que todos deben de respetar esos bienes de la personalidad, sino también una peculiar relación del titular consigo mismo, que tiene la obligación de respetar su propia vida, por ejemplo" (28). La peculiaridad de tal situación radica en el hecho de que para el sujeto hay un presupuesto: su naturaleza. Esto se debe a que el sujeto debe a otro su existencia, él no escogió ser así, fue otro quien diseñó esa naturaleza en la forma en que existe y se manifiesta. De aquí podemos concluir que aún en el caso de que el sujeto menosprecie sus derechos como persona, los seguirá teniendo,

pues no deja de ser persona y por la dignidad que como tal merece, subsistirá la obligación de los demás, en el sentido que deben de respetarlos.

c) Son inalienables e imprescriptibles, tal y como corresponde a su naturaleza de derechos personalísimos y por la nota de esencialidad que los caracteriza.

d) Son derechos subjetivos, siempre y cuando los entendamos como "cualquier facultad, prerrogativa o poder que tiene la persona para exigir lo que le pertenece conforme al Derecho objetivo, que en el caso es la norma objetiva natural impresa en la naturaleza humana" (29).

e) Son derechos personales o extrapatrimoniales, lo que significa que los bienes que protegen, es decir, los atributos de la persona, no son susceptibles de ser valorados pecuniariamente. Esto no obsta para que la lesión que se efectúe sobre esos derechos, tenga consecuencias de tipo patrimonial, mismas que se derivarán del resarcimiento del daño.

f) Son intransmisibles y no susceptibles de disposición por el titular, por el hecho de ser inherentes a la persona.

2.5 CLASIFICACION DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Con el ánimo de proceder a un mejor estudio de los derechos de la personalidad, es necesario hacer una clasificación de los mismos. A continuación nos permitimos citar algunas de las clasificaciones elaboradas por importantes autores, todos ellos estudiosos de los derechos que nos ocupan.

a) Martín Ballesteros (30), realiza una amplia enumeración y clasificación de los derechos de la personalidad:

I. Derechos a la individualidad.

- 1.-Nombre.
- 2.-Domicilio.
- 3.-Estado civil y raza.
- 4.-Patrimonio.
- 5.-Profesión.

II. Derechos relativos a la existencia física.

- 1.-Vida.
- 2.-Integridad física.
- 3.-Disposición del propio cuerpo.

III. Derechos morales.

- 1.-Imagen.
- 2.-Secreto.
- 3.-Honor.
- 4.-Derechos de autor.
- 5.-Derechos de familia (en sus meras relaciones personales).
- 6.-Recuerdos familiares y sepulcros.
- 7.-Libertades públicas.

El autor que nos ocupa, afirma que la clasificación a que hemos hecho alusión, contiene facultades, bienes, atributos de la persona humana, que no siempre son derechos.

Por su parte De Cupis (31), nos presenta la siguiente clasificación:

I. Derecho a la vida y a la integridad física.

- 1.-Derecho a la vida.
- 2.-Derecho a la integridad física.
- 3.-Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver.

II. Derecho a la libertad.

III. Derecho al honor y a la reserva.

- 1.-Derecho al honor.
- 2.-Derecho a la reserva (Comprendiendo, además de otras manifestaciones, el derecho al nombre).

3.-Derecho al secreto.

IV. Derecho a la identidad personal.

- 1.-Derecho al nombre (comprendiendo el sobrenombre, el pseudónimo y los nombres extrapersonales).

2.-Derecho al título.

3.-Derecho al signo figurativo.

V. Derecho moral de autor (y del inventor).

El autor que nos ocupa afirma que los bienes que son objeto de los derechos aludidos en su clasificación, son protegidos en caso de violación por la acción que se reserva al perjudicado para obtener el resarcimiento del daño, y esto basta para el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos, ya que quien puede conseguir por una determinación de su voluntad el equivalente del bien ofendido es titular de un derecho subjetivo sobre el mismo.

Por su parte, de Castro y Bravo (32), los clasifica de la siguiente manera:

I. Bienes esenciales de la persona.

- 1.-La vida.
- 2.-La integridad corporal.
- 3.-La libertad.

II. Bienes sociales e individuales.

- 1.-El honor y la fama.
- 2.-La intimidad personal.
- 3.-La reproducción de la imagen.
- 4.-La condición de autor.

III. Bienes corporales y psíquicos secundarios, entre los cuales enumera la salud física y psíquica, los sentimientos y la estima social.

IV. El nombre.

Gangi (33) elabora la siguiente clasificación de los derechos de la personalidad:

I. Derecho a la vida.

II. Derecho a la integridad física o corporal.

III. Derecho a la disposición del propio cuerpo y del propio cadáver.

IV. Derecho al libre desarrollo de la propia actividad o derecho de libertad.

1.-Derecho a la libertad de locomoción, de residencia y de domicilio.

2.-Derecho a la libertad matrimonial.

3.-Derecho a la libertad contractual y comercial.

4.-Derecho a la libertad de trabajo.

V. Derecho al honor.

VI. Derecho a la imagen.

VII. Derecho moral de autor y de inventor.

VIII. Derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.

Messineo (34) elabora la siguiente clasificación:

I. Derecho personal de autor.

II. Derecho sobre el propio cuerpo.

III. Derecho a la imagen.

IV. Derecho sobre las memorias íntimas.

V. Derecho al secreto epistolar.

Pasando a los autores mexicanos que han realizado estudios relativos a los derechos de la personalidad, encontramos a Gutiérrez y González (35), que realiza la siguiente clasificación, misma que consta de tres grandes partes:

I. Parte social pública.

- 1.-Derecho al honor o reputación.
- 2.-Derecho al título profesional.
- 3.-Derecho al secreto o a la reserva.
- 4.-Derecho al nombre.
- 5.-Derecho a la presencia estética.

II. Parte afectiva.

- 1.-Derechos de afección.

- a) Derechos familiares.
- b) Derechos de amistad.

III. Parte físico somática.

- 1.-Derecho a la vida.
- 2.-Derecho a la libertad.
- 3.-Derecho a la integridad física.
- 4.-Derechos relacionados con el cuerpo humano.

- a) Disposición total del cuerpo.
- b) Disposición de partes del cuerpo.
- c) Disposición de accesiones del cuerpo.

- 5.-Derechos sobre el cadáver.

- a) El cadáver en si.
- b) Partes separadas del cadáver.

Por último, el Doctor Alberto Pacheco (36), no hace propiamente una clasificación pero estudia a los derechos de la personalidad con base en el siguiente esquema:

- 1.-Derecho a la vida.

2.-Derecho sobre el cuerpo humano.

- a)Derecho sobre el propio cuerpo.
- b)Derecho sobre el cuerpo ajeno.

3.-Derechos sobre el cadáver.

4.-Derecho a la libertad personal.

5.-Derecho a la individualidad.

- a)Derecho al nombre.
- b)Derechos de autor.
- c)Derechos patrimoniales.
- d)Derechos extrapatrimoniales.

6.-Derecho a la consideración.

- a)Derecho al honor y a la fama.
- b)Derecho a la intimidad personal.
- c)Derecho a la propia imagen.

PIES DE PAGINA

CAPITULO I

- (1) De duabus naturis et una persona Christi, C.3: PL 64,1345, citado por Pacheco Escobedo Alberto en La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial, S.A., México, 1991, 2a. edición, pág.16.
- (2) Sum. Th. 1 q.29 q.3,2 y ad.2, citado por Beltrán, Francisco en GER Tomo XVIII, Persona, Editorial RIALP, S.A., Madrid 1974, pág.348.
- (3) Sum. Th. S. Theol., 3, q.2, q.2, ad.3, citado por Pacheco Escobedo, Alberto en La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial, S.A., México, 1991, 2a. edición, pág.17.
- (4) Sum. Th. De Potentia q.9 a.3, citado por Beltrán, Francisco en GER Tomo XVIII, Persona, Editorial RIALP, S.A., Madrid 1974, pág.349.
- (5) Beltrán, Francisco, op. cit., pág.349.
- (6) Pacheco Escobedo, Alberto., op.cit., pág. 26.
- (7) Idem., pág.28 y 29.
- (8) Rojina Villegas, Rafaél, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Libros de México, S.A., México, 1968, 1a. edición, pág.163 y sigs.
- (9) Idem., pág.164.
- (10) Castán Tobeñas, José, Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.6.
- (11) Gierke, Deutsches Privatrech, Tomo I, Allgemeiner Teil Und Personenrecht, pág.702, citado por Castán Tobeñas, José en Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.7 y 8.
- (12) De Cupis, I diritti della Personalità, Milano, 1950, pág.23 y sig., citado por Castán Tobeñas, José en Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.8.
- (13) Ferrara, Trattato di diritto civile, Tomo I, pág.389, y Diritto delle persone e di famiglia, pág.76, citado por Castán Tobeñas, José en Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.8.
- (14) J.L., Apuntes de Derecho civil español, común y foral, Parte General, 2a. edición, pág.268.

(15) Le Persone Fisiche e diritti della personalità, Torino, 1939, pág.161 y sigs., citado por Castán Tobeñas, José en Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.9.

(16) Los conceptos de Estado y Nación como categorías de la Ciencia política y del Derecho internacional, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto de 1952, pág.68, citado por Castán Tobeñas, José en Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.9 y sig.

(17) Derecho Natural, Barcelona, 1974, pág.342, citado por Castán Tobeñas, José en Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.10.

(18) De Cupis, El Derecho de la Personalidad, Milano, 1950, pág.18.

(19) Castán Tobeñas, José, Los Derechos del Hombre, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1976, pág.10.

(20) Los derechos sobre la persona propia, ed.cit., pág.22, citado por Castán Tobeñas, José en Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus., Madrid, 1952, pág.15 y sig.

(21) Tratado de Derecho Civil Italiano, Vol.I, Roma, 1921, pág.395.

(22) Castán Tobeñas, José, op.cit., pág.18.

(23) Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit., pág.62.

(24) Olavarri Gortazar, Manuel, GER, Tomo XVIII, Persona; Filosofía del Derecho, Ed. Rialp, S.A., Madrid, 1974, pág.354.

(25) Pacheco Escobedo, Alberto, op. cit., pág.68.

(26) Idem.

(27) Idem.

(28) Idem, pag.71.

(29) Idem, pág.70.

(30) La persona humana y su contorno, pág.31 y sig.

(31) I diritti della personalità, Milano, 1950.

(32) De Castro y Bravo, Federico, Bienes de la Personalidad, en Temas de Derecho Civil, Madrid, 1972, pág.7-34.

(33) Persone fisiche e persone giuridiche, Milano, 1946, pág.158 y sigs, citado por Castán Tobeñas, José, op.cit., pág.27.

(34) Manual de Derecho Civil y comercial, 6a. edición, pág.298 y sigs.

(35) Gutiérrez y González, Ernesto, El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., México, 1971, pág.36.

(36) Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit.,pág.6 (Índice).

C A P I T U L O I I

DERECHO A LA VIDA.

Al referirnos a los derechos de la personalidad, de cuyo estudio nos hemos ocupado en el punto 2 del Capítulo anterior, es necesario resaltar la importancia del Derecho a la Vida, al cual podemos considerar como el derecho que ocupa el primer lugar dentro de la jerarquía de los mencionados derechos de la personalidad. En este sentido, podemos afirmar que el derecho a la vida es el derecho más importante para el hombre, ya que sin él no cabría la existencia ni el disfrute de los demás bienes.

En doctrina, los autores, además de atribuirle los caracteres propios de los derechos de la personalidad, destacan en el derecho a la vida la característica de derecho innato, ya que corresponde a todas las personas por el simple hecho de estar dotadas de personalidad.

2.1 GENERALIDADES.

"El derecho a la vida se presenta como un derecho esencial desde el punto de vista del sujeto, y como uno de los pilares básicos, quizá el más importante de todo el orden jurídico" (1).

Considerado desde el punto de vista del individuo singular, el derecho a la vida es al propio tiempo un deber vital, se podría afirmar que la vida tiende naturalmente a la vida, es decir, el

sujeto en ningún caso podría disponer de su propia vida hasta el grado de llegar a atentar contra ella o al grado de aniquilarla, sino que tiene la obligación de conservarla, utilizando para ello todos los medios que estén a su alcance. La vida es un bien inherente a la persona humana, el don más preciado de la misma. Es el más esencial y primero de los derechos del hombre, hasta el punto de que es un derecho previo y básico, en orden al cual los restantes derechos surgen como complementarios" (2).

Es tan grande la importancia del derecho a la vida, que podríamos afirmar que si no existiera una protección al mismo, el orden jurídico que así se configurará sería un orden inútil.

Son dos los puntos de vista desde los cuales podemos abordar el derecho a la vida. El primero de ellos sería el considerar a la vida como un derecho que se tiene que respetar por parte de los demás sujetos y el segundo, considerarlo como una obligación de vivir, que tiene el sujeto consigo mismo.

En otro orden de ideas, podemos decir que la primera consecuencia que se deriva del derecho a la vida y del deber de conservarla que tiene cada individuo es la ilicitud del suicidio, así como la de cualquier otro medio que tenga como objetivo el destruir o acortar la vida.

No obstante lo anterior, podemos afirmar que existen casos en los que el ofrecimiento de la propia vida, llegando inclusive al

extremo de la muerte, resultan admisibles desde el punto de vista ético. Para que tal hipótesis pueda llegar a actualizarse, es necesario que exista un objetivo o un fin que sea moralmente lícito. Tal hipótesis la encontramos actualizada en el caso del martirio o en el caso de dar la vida por uno de nuestros semejantes cuya vida se encuentra en una situación de peligro. En este tipo de supuestos será siempre necesario el que exista una debida correspondencia o proporción entre el bien que se pretenda conseguir y la gravedad del riesgo, ya que de lo contrario, la actitud no podría justificarse.

Por otra parte, podemos decir que "la vida no se justifica por sí misma, no puede considerarse en sí como fin absoluto. La vida cobra sentido en cuanto a que se refiere a un fin superior y supremo. Frente a este trascendental derecho a la vida no cabe un derecho a la muerte..." (3).

La vida no es fin en sí, sino medio y condición para que el hombre realice su destino, y, por consiguiente, el derecho a su conservación está condicionado a las leyes supremas de la Moralidad y la Justicia (4).

En virtud de que la vida del hombre tiene un fin trascendente, éste no puede disponer de ella a su antojo, ya que ese fin trascendente al cual está llamado, no está a su disposición, sino que por naturaleza tiende a él y vive para poder alcanzarlo. Además de lo anterior, podemos afirmar que el hombre no puede disponer de su vida por que no se la ha dado a sí mismo, sino que ha recibido la vida de

otro, de un ser infinitamente superior a él. Dios es quién ha dado la vida al hombre. El hombre no es dueño absoluto de ella. Podemos decir, apegándonos a la postura de los moralistas, que el hombre es sólo un custoso o administrador de su vida.

Son solamente dos los límites que encontramos frente al derecho a la vida, es decir, son dos los casos en que se puede privar de la vida a una persona, y estos son la pena de muerte y la legítima defensa. Más adelante habremos de referirnos a estas dos situaciones de especial importancia en el presente tema.

Al hablar de derecho a la vida es de gran importancia el poder determinar cuándo se inicia aquella. Como ya vimos al hablar de la capacidad de las personas físicas, la vida se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero no sólo eso, sino que nuestro Código Civil va más allá al establecer que la vida se inicia con la concepción. De lo anterior podemos concluir que el derecho a la vida se adquiere por todos los seres humanos desde el momento de la concepción, y es por esto que el tema del no nacido cobra una especial importancia al referirnos a este derecho, ya que tiene tanto derecho a vivir el no nacido que ya ha sido concebido, como el que ya ha nacido.

La segunda consecuencia que podemos derivar del derecho a la vida es la obligación que tiene cada persona de respetar el derecho a la vida de sus semejantes. Esta obligación a que nos referimos existe en virtud de que el derecho a la vida es un derecho inviolable e

inalienable desde el momento mismo en que el ser humano es concebido. Es un derecho que se caracteriza por ser fundamental y radicalmente idéntico para todos. En este orden de ideas podemos concluir que nadie tiene el derecho de atentar ya sea de manera directa o indirecta contra la vida de sus semejantes.

2.2 LIMITES DEL DERECHO A LA VIDA.

Ya habíamos dicho que el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Así, existen dos límites frente al mismo, que son la legítima defensa y la muy controvertida pena de muerte. De estos dos supuestos pasaremos a hacer algunas consideraciones más adelante.

El derecho a la vida no es un derecho ilimitado. De conformidad con la filosofía católica, la vida, no es fin en sí, sino medio y condición para que el hombre realice su destino, y, por ende, el derecho a su conservación se encuentra condicionado a las leyes supremas de la Moralidad y de la Justicia.

A continuación se exponen algunas consideraciones en torno a los dos límites ya mencionados que se erigen frente al derecho que nos ocupa:

a) **Legítima defensa.**-Es "la facultad que el hombre tiene de repeler con la fuerza, aun con daño del agresor, toda agresión actual, violenta e injusta" (5).

Este primer supuesto se actualiza cuando una persona sufre una agresión injusta por parte de uno de sus semejantes y para poder repeler dicha agresión no le queda más alternativa que poner medios que pueden llegar hasta causar la muerte al agresor. Podemos decir que en la legítima defensa la conducta de aquél que se ve forzado a privar de la vida a uno de sus semejantes se justifica o legitima por la indiscutible primacía del propio derecho frente al de otra persona que se ha constituido en un injusto agresor.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal (6), establece en su artículo 15 lo siguiente:

"ART. 15.-Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:"

"..."

"..."

"III.-Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento, o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al

de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión".

Del precepto antes transcrito, podemos desprender los siguientes elementos, mismos que deberán de actualizarse para que se configure la legítima defensa:

1.-Que la agresión que repela el acusado sea una agresión real, inminente o actual y sin derecho.

2.-Que el acusado se encuentre defendiendo bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada.

3.-Que no haya existido alguna provocación del agredido al agresor o de la persona a quien el agredido defiende.

Por otro lado y por lo que respecta a la pena de muerte, haremos los siguientes comentarios:

En nuestra Constitución Política se contempla la posibilidad de que se aplique la pena de muerte en sus artículos 14 segundo párrafo y 22 tercer párrafo, mismos que a continuación se transcriben y comentan.

"ART. 14.-..."

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de su propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a la leyes expedidas con anterioridad al hecho".

El artículo antes referido consagra la llamada garantía de la vida, que consiste en que el Estado no puede privar de la vida a una persona sino como resultado de un enjuiciamiento formal, en el que tenga oportunidad de defensa, de presentar pruebas, y de alegar respecto de sus derechos, el juicio deberá de concluir con el pronunciamiento de una sentencia, misma que podrá ser recurrida por el acusado conforme a los cauces legales que correspondan, y en todo caso la pena que se le imponga deberá de estar contemplada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate (7).

"ART. 22.-..."

"..."

"Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor de la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

Este artículo establece los casos en los que la pena de muerte podrá ser aplicada, es decir, los casos en que puede ser legal privar de la vida a una persona, prohibiéndolo de manera específica por lo que respecta a los delitos políticos.

Nuestra Constitución se limita a establecer las condiciones generales que se deberán de observar para poder aplicar la pena de muerte. En todo caso será el Código Penal el que señale los delitos que en su caso ameritarán la pena de muerte.

En este tema habrá que ser muy cuidadosos, por lo que siempre deberemos de atender al principio general de que no existe delito ni pena sin ley que lo establezca, consagrado por el párrafo tercero de nuestra Ley Suprema, que dice que " en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

El Doctor Alberto Pacheco afirma que "no es injusto el matar al criminal, que, autor de delitos graves, sancionados en leyes anteriores al acto, ha sido sentenciado en un justo juicio. Dicha pena de muerte sólo puede ser aplicada por la autoridad pública y tiene que tener siempre por objeto evitar males mayores al orden público y una ejemplaridad que tienda a producir al menos temor en otros posibles criminales" (8).

Por nuestra parte y adhiriéndonos a la postura del maestro Juan Federico Arriola (9), consideramos que matar es un acto que va en contra de la naturaleza misma, es un acto naturalmente ilícito, por lo tanto nunca podrá ser un acto lícito positivamente hablando, aún en el caso de que este contemplado por alguna ley.

2.3 PROTECCION LEGAL DEL DERECHO A LA VIDA.

En nuestra legislación civil si bien no encontramos disposiciones que hagan alusión directa a la protección del derecho a la vida, si encontramos algunas que se refieren a él de manera indirecta, es decir, que en realidad lo que con ellas se pretende proteger es el derecho a la vida que tiene todo individuo.

Así, nuestro Código Civil establece la obligación de dar alimentos, reconociendo así la obligación que existe en orden a ayudar a otros a vivir, es decir, a conservar el derecho a la vida. Este derecho de alimentos se consagra en los artículos del 301 al 325

del ordenamiento que nos ocupa, algunos de los cuales transcribimos a continuación.

"ART. 302.-Los cónyuges deben darse alimentos..."

"ART. 303.-Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado".

"ART. 307.-El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y los hijos".

"ART. 308.-Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales"(10).

"ART. 321.-El derecho de recibir alimentos no es renunciabile, ni puede ser objeto de transacción".

Por otra parte, el ordenamiento que nos ocupa consagra en su artículo 22 la protección de los derechos del no nacido, quedando aquí incluido como el derecho mas importante el derecho a la vida. A continuación se transcribe el artículo mencionado.

"ART. 22.-La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Además de los preceptos anteriores, nuestro Código Civil establece en sus artículos 1910, 1913 y 1915, la responsabilidad en que se incurre por atentar contra la vida de otro.

Así, el artículo 1910 contempla el supuesto del agente que obra ilícitamente: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Por su parte, el artículo 1913 establece la llamada responsabilidad objetiva, que es aquella que se actualiza en el supuesto de que el agente no obre ilícitamente: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Por otro lado, el artículo 1915 establece en qué debe consistir la reparación del daño: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código".

De los preceptos antes transcritos podemos concluir que aquél que viole el derecho a la vida de otra persona, ocasionándole con

ello la muerte, ya sea que obre lícita o ilícitamente, queda obligado en términos del artículo 1915 al pago de daños y perjuicios a los herederos de la víctima, ya que en este supuesto sería imposible optar por el restablecimiento de la situación anterior. En todo caso el monto de la indemnización que corresponda a los herederos del afectado se determinará de conformidad con las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo.

Por otro lado, encontramos también una protección muy destacada del derecho a la vida en nuestra legislación penal, por la importancia que reviste no sólo para el individuo sino también para la sociedad y para el Estado. Así, el Código Penal para el Distrito Federal regula en su Libro Segundo, en su Título Decimonoveno los delitos contra la vida y la integridad corporal en siete capítulos, que son como sigue:

- Capítulo I. Lesiones.
- Capítulo II. Homicidio.
- Capítulo III. Reglas comunes para lesiones y homicidio.
- Capítulo IV. Parricidio.
- Capítulo V. Infanticidio.
- Capítulo VI. Aborto.
- Capítulo VII. Abandono de personas.

No solamente es el homicidio el único acto que podemos encontrar en absoluta oposición a la vida humana, también lo son el aborto, la eutanasia, el suicidio, etc.

PIES DE PAGINA

CAPITULO II

(1) Pacheco Escobedo, Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Panorama, México, 1991, 2a. Edición, pág.78.

(2) Idem.

(3) Idem.

(4) Castán Tobeñas, José, Los Derechos de la Personalidad, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, pág.35.

(5) Idem., pág.36.

(6) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931.

(7) Bazdresch, Luis, Garantías Constitucionales, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México, 1983, 3a. Edición, pág.85.

(8) Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit., pág.89.

(9) Arriola, Juan Federico, La Pena de Muerte en México, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México, 1989, 1a. Edición, pág.75.

(10) Nota:este precepto además de referirse a la obligación de dar alimentos se refiere a la de dar asistencia en casos de enfermedad, es decir, que el que esta obligado a dar alimentos lo esta también a proporcionar lo medios para recobrar la salud.

C A P I T U L O I I I

DERECHO SOBRE EL PROPIO CUERPO.

La expresión derecho sobre el cuerpo puede ser utilizada en diversos sentidos. Se puede afirmar que se trata de un verdadero derecho que queda incluido dentro de los derechos fundamentales o naturales del hombre, o bien, podríamos decir apegándonos a la postura de los moralistas, que el hombre no es dueño de su propio cuerpo, ya que se limita a ser un custodio o administrador del mismo.

Como se podrá observar, de las dos posturas antes referidas, la primera de ellas afirma la existencia del derecho sobre el propio cuerpo y la segunda lo niega explícitamente. En nuestra opinión, tiene mayor validez la segunda postura, sólo que es necesario darle ciertos matices, ya que si bien se puede establecer que en principio el hombre no tiene derecho sobre su propio cuerpo, no podemos negar que en el caso de que la disposición no ponga en peligro la vida o que al menos no la ponga en peligro de manera directa sí podríamos admitir la existencia de un cierto derecho del sujeto sobre su propio cuerpo(1).

Cabe destacar la existencia de tres grandes posturas en relación al tema del derecho sobre el propio cuerpo, mismas que a continuación señalamos y que posteriormente pasamos a analizar:

A.-La fórmula romana.

B.-La tesis de los moralistas.

C.-Los tratadistas del Derecho Natural.

A.- La fórmula romana.

En el Derecho romano encontramos una formulación aparentemente clara en relación a que el hombre no es dueño de su propio cuerpo: "Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur" (2), que significa que el hombre libre tiene sobre si mismo una acción aquiliana útil, pero no la tiene directa, porque nadie parece ser dueño de sus propios miembros.

La fórmula romana ha sido citada por muchos canonistas medievales en el tema de la automutilación. De la relación por ellos establecida entre la fórmula mencionada y el tema de la automutilación, parece desprenderse el hecho de que los romanos negaban el derecho al propio cuerpo en el sentido de poder disponer de sus miembros.

Lo anterior no es del todo cierto, ya que los canonistas medievales se acogen a la fórmula romana, pero le introducen aspectos éticos o de Derecho Natural para así adaptarla a su pensamiento, siendo que el verdadero espíritu de la fórmula es distinto. En realidad, podemos afirmar que la fórmula romana ciertamente expresa que el hombre libre no tiene derecho de propiedad sobre su propio cuerpo. El dominium o proprietas recae sobre las cosas o res,

categoría que de ninguna manera se puede aplicar al cuerpo humano del hombre libre, ya que los miembros de su cuerpo no son cosas, sino que son partes del sujeto de derecho. Siendo así, la lex Aquilia se refería a objetos de derecho, y en concreto a objetos del derecho de propiedad: cosas, animales y esclavos; por lo que el hombre libre no tenía la actio Aquiliana de damno en caso de recibir lesiones y no serle aplicable la actio iniuriarum. Así, no gozando de la actio ex lege Aquilia directa, se le concedía una actio utilis o acción complementaria.

Así las cosas, en el Derecho romano los miembros del cuerpo del hombre libre son parte del sujeto de derecho y no cosas u objetos sobre los cuales pueda recaer el dominium o proprietas. Por eso, respecto de dichos miembros no caben las acciones que se refieren a las cosas objeto del derecho de propiedad.

De lo antes expuesto, podemos concluir que para los romanos el hombre no es dueño de su propio cuerpo en el sentido de ejercer sobre él un derecho de propiedad, sino que más bien ejerce sobre él un derecho de otro tipo.

B.- La tesis de los moralistas.

Los moralistas, a cuyo pensamiento habremos de referirnos en este punto de nuestro trabajo no son otros sino aquellos que forman parte de la tradición moral cristiana, siendo esta última la que inspira originariamente a las demás orientaciones iusnaturalistas.

Los moralistas referidos, para fundamentar la ilicitud de la automutilación, del suicidio y de otras posibles disposiciones abusivas del propio cuerpo, afirman que el hombre no es dominus de su cuerpo y de su vida sino sólo custos y administrador, es decir, custodio o guardián y administrador del mismo. El dominium sobre el ser y la vida del hombre, no le competen a él sino sólo a Dios. Recurren a la distinción entre dominium directo y dominium útil, para pasar a afirmar que el hombre tiene sólo el dominium útil sobre su vida y sus miembros.

Con su pensamiento se reafirma la tesis teológico-moral de que sólo Dios es el dueño del hombre, en sentido no jurídico, sino como expresión de la relación Creador-criatura, que conlleva el hombre su dependencia ontológica y moral respecto de Dios, señalando así la imposibilidad de configurar el derecho del hombre sobre su cuerpo y sus miembros como dominio o propiedad; es un derecho de otro tipo.

En resumen, los moralistas, afirman que el hombre tiene la facultad de custodiar su vida, usar de su cuerpo y de sus miembros, etc. Mas todas estas posibilidades no son las de un ser dueño absoluto de sí y de sus destinos. Por su condición de criatura, tales facultades responden a una finalidad y están al servicio de los fines que son propios de la persona humana, en virtud de su naturaleza. El hombre no puede, en consecuencia, disponer de su vida o de sus

miembros a su arbitrio. Sólo por justa causa es lícito al hombre mutilarse o exponerse indirectamente a perder la vida.

C.-Los tratadistas del Derecho Natural.

Todos los tratadistas del Derecho natural coinciden prácticamente en las mismas ideas, salvo algunos matices, que a continuación pasaremos a analizar.

Todos estos autores van a hacer referencia a relaciones y situaciones jurídicas, esto es, derechos, deberes y facultades frente y ante los demás hombres.

Ante los demás, el hombre tiene por Derecho natural, derecho sobre su cuerpo, sobre su vida y sobre sus miembros. Y este Derecho natural significa una esfera de autonomía que, sin ser absoluta (ningún derecho lo es, ni siquiera los derechos naturales o fundamentales), supone una libertad social.

Tales derechos no representan sólo una esfera de autonomía, sino que conllevan en los demás unos deberes. El deber de respetar la vida, la integridad física y la salud de los otros, así como el deber positivo de los particulares y de la sociedad de ayudar a los demás en la consecución o mantenimiento de esos bienes.

Dentro de la línea común que caracteriza al pensamiento de estos autores y que ya apuntábamos al iniciar el desarrollo del presente

inciso, existen dos autores de inspiración krausista en los que más acusadamente se observan algunos errores o exageraciones y cuyas posturas pasamos a exponer a continuación.

Ahrens en su curso de Derecho natural señala que: "La vida, uniendo en el hombre el espíritu y el cuerpo, constituida por un principio independiente de la voluntad humana, es la base de todos los derechos, y no puede haber derecho alguno para anularla. El derecho de la vida comprende el conjunto de las condiciones (actos positivos y negativos) de que dependen la conservación y el respeto de la vida en su integridad, su salud, y en todas sus funciones y órganos" (3).

Del derecho a la vida, Ahrens pasa a señalar un conjunto de derechos y deberes que comprende:

1.-"El derecho, para la vida misma, exige por una parte que nadie atente a la propia vida, y por otra que el Estado respete la vida y la proteja contra los malos designios y la imprevisión de los otros, y contra la acción destructora de fuerzas y elementos físicos. El derecho de la vida principia con el primer germen de vida depositado en el seno de la madre" (4).

2.-"Los ataques de una persona a su propia vida son la violación de un verdadero derecho. El suicidio directamente querido es a la vez una inmoralidad y la violación del derecho propio en su base. Aristóteles vio en él un agravio a la sociedad. Los estoicos lo

admitían como un derecho absoluto de libertad; el cristianismo y la verdadera doctrina ética lo condenan absolutamente" (5).

3.-"El derecho, por lo que se refiere al bien de la integridad y de la salud espiritual y física, comprende todas las condiciones que el Estado y los particulares deben de cumplir para el mantenimiento de estos bienes. Por consiguiente, son injustos y punibles todos los actos que naturalmente conducen a quitar al espíritu el ejercicio racional de sus facultades, a hacerle estúpido o volverle loco. Del mismo modo, por lo que respecta al cuerpo, nadie tiene derecho a mutilarse en uno de sus miembros" (6).

4.-"Los bienes humanos generales, la vida, la salud, etc; no son objeto de que se pueda disponer libremente o por contrato" (7).

5.-"Hay, finalmente, para todo hombre un derecho de subsistencia. Cada uno está obligado, por de pronto, a cumplir las condiciones necesarias para adquirir por su propio trabajo los medios necesarios para su vida física; pero cuando un hombre no puede trabajar todavía o no puede ya trabajar, o cuando su trabajo es, por circunstancias independientes de su voluntad, insuficiente, la ley debe de determinar cuales son las personas, la familia, el municipio, la provincia o el poder central que deban ayudarle, ya solos, ya en concurrencia con otros" (8).

Ahrens exagera este derecho, al no admitir, ni el posible sacrificio de la vida en aras de un bien superior, ni la extensión de la legitima defensa hasta dar muerte al injusto agresor.

El segundo de los autores a que nos hemos referido con anterioridad es el español Giner de los Rios. Este tratadista engloba el conjunto de situaciones de Derecho natural, de las que hemos venido hablando, bajo el fundamental derecho de la personalidad: "En tanto que todas las cualidades de la personalidad constituyen para ella su primer bien inmediato (no el absoluto), es ella misma el fundamento de su propio Derecho. El orden de las prestaciones que a la persona misma y a sus cualidades esenciales se refieren, constituyen el llamado Derecho de la personalidad" (9).

De lo que este autor entiende por personalidad se deducirá la falta de libre disposición sobre la vida o el cuerpo y la imposibilidad de vinculaciones respecto de ella (esclavitud, totalitarismo, etc.). "La personalidad, es pues, ante todo fin particular que nace de una propiedad particular también en ella, un objeto total en si misma, y como tal fin, no como puro medio, debe de ser considerada" (10).

Este derecho de la personalidad, junto a derechos particulares como la dignidad y el honor, se manifiesta de modo tal en el derecho a la existencia. Dentro de éste ultimo derecho se distinguen ordenes particulares relativos a los diversos estados totales que constituyen la aparicion de la persona en la tierra, cuales son el nacimiento, la

subsistencia o duración y la muerte. El derecho por lo que toca al nacimiento, incluye el reconocimiento de la aparición de las personas en la vida con todas las consecuencias que nacen de este hecho.

El autor que nos ocupa comienza a incurrir en una primera exageración al no hacer distinción entre persona en sentido filosófico y persona en sentido jurídico. Continúa diciendo: "El respeto a la vida en su subsistencia o permanencia limitada, desde el nacimiento hasta la muerte, constituye un segundo derecho particular en el de la existencia" (11). También incurre aquí en una exageración y en una indebida extensión a las asociaciones de lo que es propio de la persona individual. El autor nos dice que el derecho relativo a la muerte consiste en la facultad de exponer la vida en cumplimiento de los fines racionales propios o ajenos, que es el llamado derecho de sacrificio; así como el de no ser turbado en la hora sagrada de la muerte. El sacrificio en el individuo debe de ser voluntario como relativo a la esfera de acción que le es propia, de lo cual es negación histórica el servicio militar obligatorio. En este último punto incurre en un exceso racionalista, al condenar el servicio militar obligatorio, debido a que genéricamente hablando exponer la vida es algo voluntario, pero puede ser obligatorio por razón de oficio, y para todo ciudadano lo es en determinados casos.

Giner de los Ríos trata del derecho respecto del cuerpo, pero mezclando en su exposición del tema principios del Derecho natural con preocupaciones sociales o reformistas.

En el pensamiento de los dos autores expuestos se observa una tesis que es común a los demás tratadistas y se refiere a la estrecha conexión que existe entre el derecho a la vida y el derecho a la integridad física.

La expresión derecho sobre el cuerpo es un término que no es de uso habitual en la doctrina científica; es, más que un tecnicismo, un vulgarismo. Desde un punto de vista científico, más que hablar de derechos sobre el cuerpo, se habla de derecho a la vida, derecho a la salud y derecho a la integridad física, y a la vez, estos tres derechos se pasan a incluir en el derecho a la vida en sentido lato.

No obstante la estrecha relación existente entre los tres derechos antes mencionados, que responde a lo que es y se llama la vida, es necesario distinguir tres derechos de conformidad con los tres aspectos señalados y más aún si tenemos en cuenta que los derechos y deberes se desglosan y delimitan de acuerdo con las distintas situaciones (12). Así, encontramos por un lado a la vida (cuyo opuesto es la muerte), la salud (a la que se opondrían la debilidad y la enfermedad) y la integridad física (cuyo opuesto sería la mutilación).

La actitud adoptada por la doctrina científica, en el sentido de hablar de los tres derechos indicados como integrantes del derecho a la vida, tiene su raíz en la noción misma de vida. Por la palabra vida, en su sentido mas pleno, entendemos al acto de ser, pero no de cualquier ser, sino de aquellos seres llamados vivientes (13). La

vida nos es un accidente o un añadido al ser, sino un modo de ser, una mayor y mejor participación en el acto de ser. De aquí que las diferentes clases de vida- vegetativa, racional, etc.- no son otra cosa sino modos progresivos y superiores de poseer la perfección del acto de ser. Hay que aclarar que no todo acto de ser se identifica con vivir, ya que hay seres no vivientes; en este último sentido, ser, es un concepto mucho más amplio que vivir o vida. La vida es el acto de ser, connotado por la forma propia del viviente: su alma o anima, que puede ser de tres distintos tipos: alma vegetativa, alma sensitiva o alma racional. Así, Santo Tomás dice que "vivir no es otra cosa que un modo proveniente de una determinada forma" (14). "Viven aquellas sustancias -en sentido filosófico- que gozan, en ciertos grados, de un obrar espontáneo e inmanente, es decir, que actúan como tales en virtud de una fuerza interna (motus ab intrinseco) -no sólo son movidas por agentes exteriores-, y cuyo obrar queda dentro de ellas mismas perfeccionándolas. Esta propiedad hay que referirla a la sustancia completa singular (suppositum), no a sus partes o elementos " (15).

Por otra parte y en lo que sería una segunda acepción, entendemos por vida a las operaciones realizadas por un ser vivo (entender, alimentarse, querer) y así, encontramos que se habla de vida intelectual, vida amorosa, vida científica, etc. (16).

De lo antes expuesto se puede observar claramente que existe una íntima unión entre la vida, la integridad corporal y la salud, sin

que esto obste para que desde un punto de vista jurídico hablemos de tres derechos diferentes, aunque relacionados entre sí.

En este orden de ideas, la expresión derecho al propio cuerpo no es del todo correcta, en el fondo se trata de una reducción de lo que serían el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la integridad, sin embargo la expresión que nos ocupa es más útil desde un punto de vista dialéctico que científico.

En los tres derechos que nos ocupan encontramos un deber, que es el deber del hombre de conservar su vida, su salud y su integridad física. Este es un deber que en primer lugar tiene o guarda relación consigo mismo y, en última instancia, con Dios. Es un deber de tipo moral, que frente a los demás hombres se constituye en un derecho que deben de respetar.

Pudiera parecer poco claro que de un deber de tipo moral se deduzca un derecho. Sin embargo, no existe nada de extraño en ello, ya que en efecto, existen deberes morales que por su objeto (normalmente por pertenecer radicalmente a la intimidad de la persona, aunque tengan una prohibición social), lo que originan ante el ordenamiento es un derecho y no un deber.

Así las cosas, la vida, la salud y la integridad física se nos presentan jurídicamente como objetos de un derecho. "Desde un punto de vista jurídico, los deberes sociales del sujeto del derecho en relación a tales materias, habra que contemplarlos siempre desde este

hecho fundamental y, por lo tanto, como expresiones de la finalidad de esos derechos o como límites impuestos por esa finalidad. A su vez, la situación jurídica fundamental de la sociedad respecto de dichos bienes y derechos es el de protegerlos, ayudarlos y fomentarlos" (17).

Para estar en posibilidad de entender la naturaleza y la conformación de los derechos que nos ocupan, es requisito indispensable que recurramos a dos aspectos fundamentales del hombre, a saber: su condición de persona y su modo de inserción en la sociedad, aspectos que a continuación pasamos a señalar brevemente.

1.-"Ser persona es poseer inteligencia y con ella la libertad. Lo decisivo es la condición de persona es una más plena participación en el ser (la inteligencia no es una mera facultad añadida, es una perfección del acto de ser). Es un modo de ser superior, el más alto en los grados de participación en el ser. Entre la persona y los demás seres no hay solamente un mayor desarrollo o perfeccionamiento, sino también una analogía en cuanto son seres. Es el mismo concepto de ser el que se hace análogo en uno y otro caso" (18).

Son dos los rasgos esenciales que caracterizan a la persona, a saber:

a) La persona posee el dominio sobre su propio ser; dominio absoluto en Dios, menos perfecto en el hombre. Al hablar de dominio, nos referimos al dominio en sentido filosófico, no jurídico.

b) La persona es fin en si misma, haciendo la aclaración de que es fin en si misma sólo de manera relativa, y no de manera total.

El hombre es persona por participación y, consecuentemente, la persona humana solo participa finita y limitadamente del ser personal, cuya plenitud sólo encontramos en Dios.

Pero podemos afirmar que el hombre, a pesar de ser finito, es persona, y en consecuencia es real y verdaderamente dueño de si y fin en si mismo. La finitud del hombre en relación a Dios, estriba en que el dominio sobre su ser al igual que su ser, depende ontológicamente de Dios, que además de ser su creador, lo mantiene constantemente en la existencia. Es por esto que el hombre, en relación a su conducta, depende de una ley superior, que es la ley natural, misma que se constituye en una expresión de su íntima condición de criatura ordenada a unos fines preestablecidos por Dios, mismos que le conducen a su perfeccionamiento o plenitud, en pocas palabras, a su realización personal.

La dependencia ontológica y moral a que hemos hecho referencia no se traduce en un límite sino más bien en una potenciación. Es la dependencia ontológica la que le otorga el ser, y a su vez la dependencia moral lo conduce a su perfeccionamiento. Así, y como afirma Javier Hervada, "Precisamente porque la acción divina es potenciación, una participación real en el ser, el hombre posee un dominio real y verdadero, tan real y verdadero que, si bien en el

radical plano ontológico no puede apartarse lo más mínimo de la dependencia de Dios (no está en sus manos y de producirse dejaría automáticamente de ser) en el plano moral puede revelarse contra Dios e ir contra la ley natural" (19). Este último es el efecto que muestra de manera más clara el hecho de que el hombre es libre, lo cual es signo de que es persona, a la vez que patentiza la finitud del hombre a la cual hemos hecho referencia, ya que sólo una persona finita es capaz del mal. Asimismo, además de que afirmamos que el hombre es libre, podemos decir que en el plano ontológico domina su actividad, y que en el plano moral la ley natural es una ley que se cumple mediante la libertad ya que para que un acto pueda ser moral necesita ser un acto libre, el acto que no es libre, de manera inmediata deja de ser un acto moral.

Lo anterior nos conduce a lo afirmado por los moralistas, en el sentido de que el hombre no es dueño de sí y en consecuencia non est dominus membrorum suorum. Esta afirmación no supone que el hombre no tenga un verdadero dominio sobre sí, ni una verdadera autonomía. Más bien y de acuerdo con la distinción de los antiguos moralistas entre dominio directo y dominio útil, implica que el hombre tiene sobre sí un dominio útil o subordinado. Para poder negar que el hombre sea dueño de su ser, habría que negar primero su condición de persona. No es dueño de sus miembros en el sentido de que dichos miembros sean algo que, no siendo propiamente él mismo, estén bajo su dominio.

Podemos afirmar que el dominio del hombre sobre su cuerpo es un dominio verdadero, pero finito y dependiente, es un dominio que

ejerce para unos determinados fines y que debe de sujetarse a unas determinadas reglas.

Cabe aquí hablar del principio de finalidad, con respecto al cual, podemos decir que este principio implica que el hombre ha sido creado con unos fines intrínsecos a su ser, cuya consecución representa la perfección del hombre. La tendencia a la consecución de esos fines, supone por un lado obedecer a la voluntad divina y, por otro, supone cumplir con una exigencia misma de la naturaleza humana. Al apartarse de dichos fines el hombre se degrada. La consecución de esos fines constituye el deber ser principal del hombre, ya que el alcance de los mismos lo conduce a la perfección, misma que es una exigencia de su ser personal y, en última instancia, es voluntad divina.

El hombre se nos presenta como un ser creado para unos fines, y esto implica que la vida, la salud y la integridad física también tienen una finalidad, y en tanto son y constituyen el acto del ser del hombre, en cuanto a su cuerpo, se ordenan al fin supremo y subordinadamente a los fines particulares del ser mismo del hombre.

Lo primero que encontramos en cuanto a la vida, la salud y la integridad física es un deber, es la obligación de conservarlas. Pero, a la vez, como el hombre es un ser creado para unos fines, y la vida es un acto de ser, tal deber se subordina a los fines del ser humano. No se trata de un deber absoluto y a ultranza, cerrado en sí mismo, sino en orden a la finalidad del hombre.

En este orden de ideas, podemos concluir que el hombre no tiene una libertad moral respecto de su vida, de su salud, de sus miembros, son bienes que no dependen de su arbitrio.

Por otra parte, podemos afirmar que el hombre si es dueño de los bienes que nos ocupan, ya que es persona, pero a la vez, podemos afirmar que los posee en orden a unos fines y debe de usarlos conforme a la ley natural.

2.- El modo de inserción del hombre en sociedad, se enlaza con lo antes expuesto sobre el hombre como ser que, relativamente, es fin en sí mismo, como consecuencia de ser persona.

El hombre es por naturaleza social, nace en sociedad para vivir en sociedad, pero no es una mera parte del todo social, ni un simple medio para los otros. Su condición de persona lo impide. Al olvidar esta fundamental característica de la persona se cae en el totalitarismo, mismo que considera al hombre como una simple parte del todo social; sin olvidar otras formas de mentalidad totalitaria, mismas que aparecen siempre que se adopta la postura de considerar a la persona como una simple parte o portio de otra, como lo sería el caso del nasciturus respecto de la madre, o cuando se sacrifica a la persona en aras de la totalidad, tal sería el caso de ciertas formas de eugenesia, genocidio, etc. (20)

Por otra parte, podemos decir que el criterio mediante el cual vamos a determinar el grado de inserción del hombre en la sociedad lo marcan los fines a los que la persona está destinada y la ley natural como medida de la tendencia a dichos fines. Este último criterio junto con la autonomía de la persona se constituyen en nuestras dos coordenadas que en cada caso concreto nos determinarán el ámbito de los derechos y el deber de servir a la colectividad (21).

De lo antes expuesto podemos derivar la conclusión de que desde un punto de vista jurídico, el derecho que tiene el hombre sobre su vida, su salud y sobre los miembros de su cuerpo no es un derecho de propiedad, sino que más bien es un derecho de otro tipo. Un derecho que podríamos llamar "derecho natural y fundamental a existir y a conservar íntegras sus facultades, el derecho a ser y vivir" (22).

Pío XI, en la encíclica *Casti connubii*, hace referencia al derecho que el hombre tiene sobre su propio cuerpo, en los siguientes términos: "Por lo demás la doctrina cristiana, y consta con toda certeza por la ley natural de la razón que los mismos hombres privados no tienen otro dominio en los miembros de su cuerpo que el que pertenece a sus fines naturales y no pueden, consiguientemente, destruirlos, mutilarlos, o por cualquier otro medio inutilizarlos para dichas naturales funciones, a no ser cuando no se pueda proveer de otra manera al bien de todo el cuerpo" (23).

El hecho de que se acepte la existencia de un dominio del hombre sobre su propio cuerpo no implica un reconocimiento o facultad moral al abuso del mismo. Lo que significa es "la libre actividad sobre nuestro propio cuerpo frente al Estado y a terceras personas, pero nuestros actos, en todo momento, deben estar sometidos a las leyes morales" (24).

3.1 CASOS DE DISPOSICION LEGITIMA E ILEGITIMA.

Existen algunos casos en los cuales el ejercicio del derecho a disponer de nuestro propio cuerpo resulta legítimo y algunos otros en los que dicho ejercicio puede considerarse como ilegítimo. Dichos supuestos se pasaran a analizar a continuación, y en torno a los mismos haremos los comentarios que estimemos oportunos.

A) Suicidio. Supuesto que se verifica cuando una persona atenta contra su propia vida, al grado de que se priva de ella de manera voluntaria.

Un gran número de seres humanos se han quitado la vida, algunas veces por causas físicas y otras por causas morales. En el transcurso de la historia de la humanidad nos encontramos que han habido épocas en las que el suicidio ha sido defendido, inclusive al grado de llegar a considerarlo como un acto digno de todo respeto y admiración. Pero en otras se le rechaza, considerándolo tan sólo como

un acto de cobardía, como un acto a través del cual el suicida escapa de sus responsabilidades, de sus actos, como un reflejo del miedo que tiene para enfrentarse con ciertas contingencias, consecuencias y riesgos.

Dios es el autor de la vida, y sólo El que nos la da puede arrebatárnosla. Tenemos derecho a la vida para conservarla, incluso frente a nuestros semejantes. Podemos afirmar el hecho de que el hombre tiene un derecho sobre su propio cuerpo, pero la ley moral no nos permite ejercer sobre el mismo un ius abutendi, no nos permite su destrucción. Cabe aquí citar la opinión de Balmes (25), que nos dice que "la razón fundamental de la inmoralidad del suicidio está en que el hombre perturba el orden moral. Somos usufructuarios de la vida, no propietarios, se nos ha concedido comer de todos los frutos del árbol, y con el suicidio nos tomamos la libertad de cortarlo".

La razón principal y necesaria de que cada vez existan mayor número de suicidios en el mundo, la encontramos en la paganización del mismo, en la falta de espiritualidad cristiana, en la falta de fe en una vida futura y definitiva, sobre la que la muerte ya no tiene poder (26).

En relación al tema del suicidio, podemos decir que habrá casos en los que se dará un conflicto de deberes, esto nos obligará a decidir cual de ellos es de mayor jerarquía, y será a este al que subordinaremos todos los demás deberes; pudiendo darse el caso de que este deber de jerarquía mayor nos obligue al sacrificio de la vida.

En relación a este conflicto de deberes, Teodoro Toni (27) nos dice que "El suicidio directo está siempre prohibido. Más se puede arriesgar la propia vida por motivos de importancia proporcionada al daño que se trata de huir...". "El suicidio indirecto también está prohibido por la ley natural, como es obvio. Sin embargo, puede ser lícito y aun meritorio por causas suficientemente graves. Porque en caso de conflicto entre dos deberes positivos, debe de prevalecer el mayor. Tal conflicto no puede existir cuando se trata de conflicto directo, puesto que es un deber negativo; y, además, en todas las circunstancias imaginables el hombre puede y debe lograr el fin último de su existencia"(28).

Pasaremos ahora a hacer algunas consideraciones en torno a la posición que deben de adoptar las leyes humanas en relación al suicidio.

Para empezar, podemos decir que en el suicidio no se puede castigar al suicida, ya que el castigo recaería sobre un difunto y sobre su memoria, situaciones que pugnan con los principios en que se inspiran las leyes penales al establecerse como norma el hecho de que estas son inaplicables cuando el delincuente ha dejado de existir. Esto por lo que respecta al castigo. Por lo que hace a la pena, ésta sólo tendría cierta efectividad en relación a los casos de tentativa de suicidio o de suicidio frustrado y en los casos de cooperación al suicidio, es decir en los casos en que interviene una o más personas para que aquel se lleve a cabo.

El suicidio constituye un acto ilícito e inmoral que aunque no se encuentre penado de manera expresa por la ley, la sociedad debe de velar porque se produzcan los menos suicidios posibles, y una buena manera de evitarlos es castigando a los que cooperan o a los que quitan la vida por encargo del interesado.

Siguiendo el orden de ideas expuesto en el párrafo anterior, nuestro Código Penal en el Capítulo III (Reglas comunes para lesiones y homicidio) del Título Decimonoveno que se refiere a los Delitos contra la vida y la integridad corporal, establece en el artículo 312 que "el que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años".

Por su parte, el artículo 313 del referido ordenamiento establece que "si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciera alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas".

Pasaremos ahora a considerar algunas de las repercusiones que el suicidio ocasiona en materia civil.

Si el suicida tiene obligaciones que cumplir con respecto a terceros y por el hecho de quitarse la vida no las cumple, dicho incumplimiento no puede ser catalogado como debido a caso fortuito o

fuerza mayor, lo correcto sera catalogarlo como un incumplimiento de tipo culpable. De aqui podriamos establecer una obligaci3n a cargo de los herederos del suicida de indemnizar a los afectados por los daos y perjuicios causados.

La muerte es causa de extinci3n de obligaciones de car3cter personalisimo, porque su incumplimiento deriva de un caso fortuito, pero en el caso del suicidio, al ser la muerte provocada, civilmente deja de existir el caso fortuito y las consecuencias del incumplimiento pueden exigirse a los herederos del difunto, en relaci3n a los bienes por 3l mismo relictos. Asi, los herederos del suicida, deber3n de cumplir las obligaciones de 3ste (como por ejemplo la obligaci3n de dar alimentos), con los bienes y/o dinero que les hubiese dejado.

La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad que se genera en materia penal, no se extingue con la muerte de la persona (delincuente en materia penal).

Adem3s de las precisiones antes apuntadas, hay que decir que las personas que cooperan con el suicida en el acto de quitarse la vida, civilmente, deberan de responder por su conducta. Asi, a los terceros afectados por la muerte del suicida, deber3n de reconoc3rseles acciones para exigir de los cooperadores indemnizaci3n por los daos y perjuicios ocasionados.

Otras de las consecuencias del suicidio en materia civil las encontramos en los contratos de renta vitalicia y en el contrato de seguro de vida.

En el primero de dichos contratos, con la muerte del suicida, surgirá un beneficio imprevisto para quien deba de satisfacer la renta, ya que dicha obligación cesa antes del tiempo en que, de otra forma, se hubiera liberado de ella.

Por lo que respecta al seguro de vida, diremos que con la muerte del suicida se generan consecuencias que perjudican al asegurador.

Si la indemnización por la pérdida de la vida, objeto del seguro, debe entregarse, según póliza, en caso de suicidio, los interesados deberán de atenerse a lo que en su caso se hubiera pactado. Si no se ha pactado expresamente la indemnización por causa de suicidio, al verificarse este, aparece un fraude, un vencimiento de la póliza con anterioridad al tiempo en que lógicamente debería vencer. En tales casos no sería justo que los beneficiarios percibieran la totalidad del capital asegurado, sería equitativo, empero, que percibieran como mínimo lo que por rescate de póliza hubiera correspondido al propio asegurado.

Con el objeto de hacer a un lado la posibilidad de que quien intente suicidarse contrate una póliza de seguros a fin de dejar en una buena posición a sus familiares, las compañías de seguros fijan

un plazo dentro del cual si llegare a verificarse el suicidio, no se hará pago del capital concertado.

No obstante lo anterior, si se contrata un seguro con miras al suicidio y este propósito continuare hasta el momento de verificarse aquél, podríamos decir que el contrato llevaba en si un vicio de nulidad, por ser inmoral la causa.

B) Mutilación. Supuesto en el cual la persona en ejercicio del derecho que tiene sobre su propio cuerpo se priva de uno de los miembros del mismo, en orden a diversos fines. Del análisis de dichos fines derivaremos la licitud o ilicitud de la mutilación.

Los moralistas están de acuerdo en sostener la inmoralidad de la mutilación cuando esta es llevada a cabo de una manera voluntaria y sin causa grave que la justifique. En este orden de ideas, Ferres afirma que "No es lícito mutilarse , a no ser que la mutilación sea necesaria para la conservación de todo el cuerpo; porque el hombre no es dueño de sus miembros, sino guarda de ellos solamente, siendo todo él de Dios, ya que el hombre no tiene otro dominio sobre su cuerpo que el dominio útil o indirecto" (29).

Pío XI en la Encíclica Casti Connubii (30) nos dice que "Por lo demás establece la doctrina cristiana, y consta con certeza, por la luz natural de la razón, que los mismos hombres privados no tienen otro dominio en los miembros de su cuerpo que el que pertenece a sus fines naturales, y no pueden consiguientemente, destruirlos,

mutilarlos o, por cualquier otro medio, inutilizarlos para dichas naturales funciones a no ser cuando no se pueda proveer de otra manera al bien de todo el cuerpo". Si a pesar de ello la mutilación se lleva a cabo, la inmoralidad de dicho acto deberá de tenerse en cuenta para deducir las consecuencias que se generen en relación a terceras personas y las que se generen para aquellos que hayan intervenido en su realización.

Es necesario dejar muy en claro que cuando exista una razón suficiente para que se lleve a cabo la mutilación, el acto dejará de ser inmoral, no aparece culpa; y, como consecuencia de ello, no se genera ninguna responsabilidad a cargo de las personas que en ella hubieran intervenido.

-Trasplantes de Organos. Cabe aquí hacer una breve referencia al tema central de nuestro trabajo, el cual será estudiado con mayor amplitud a lo largo de los siguientes capítulos. Dentro del concepto de automutilación, que hemos expuesto en el inciso B anterior, cabe hacer algunas consideraciones en torno a los trasplantes de órganos. Así, con lo que ya hemos dicho en relación a la automutilación, queda claro el hecho de que no es posible acceder al trasplante de un órgano que sea esencial para la vida o a un trasplante que aún cuando no se refiera a un órgano esencial para la vida, su donación implique graves riesgos para la salud del donante, ya que en estos casos no se trataría de la disposición sobre el propio cuerpo, sino de la disposición de la vida misma de la persona, la cual no le pertenece.

Por lo que respecta a los trasplantes de órganos y de tejidos que no sean únicos ni esenciales para la conservación de la vida, aún en el supuesto de que estos no sean regenerables, el único que podrá autorizar el trasplante será el mismo donador, al cual se le reconoce un derecho de disposición sobre su propio cuerpo. En relación a la forma en que deberá de manifestarse ese consentimiento, remitimos al lector al Capítulo VI del presente trabajo.

C) Intervenciones Quirúrgicas. Caben aquí aplicar las mismas observaciones que hicimos en torno a la mutilación. En el caso de las intervenciones quirúrgicas en las que por lo general se pone en peligro la vida del paciente, y que por lo regular producen lesiones en el cuerpo de las personas o inclusive mutilaciones, será necesario contar con el consentimiento del paciente, como un requisito indispensable para su realización. No obstante lo anterior, el maestro Cuello Calón (31) nos dice que en caso de extrema urgencia, en que la pérdida de tiempo pueda ocasionar la muerte o un gran daño en la salud del enfermo o paciente, el médico podrá operar sin el consentimiento del operado o de sus parientes o representantes legales.

Para que la intervención quirúrgica que se vaya a practicar no caiga en el campo de lo inmoral e ilícito, el paciente o la persona que autorice la intervención deberá de buscar con ella un fin que la justifique (como por ejemplo la salvaguarda de la vida). De igual manera, el médico o cirujano que la practique deberá de perseguir el mismo fin que la persona que autorice la intervención.

No será lícito pues, llevar a cabo la intervención cuando ésta no sea necesaria o manifiestamente útil, y así no lo será por afán de lucro o curiosidad científica. En estos dos últimos casos no sólo el contrato será nulo, sino que, existirá un deber por parte del cirujano de indemnizar los daños y perjuicios causados.

-Cirugía Estética. Las operaciones con finalidades estéticas están aceptadas en la práctica y costumbres modernas y sería inoperante una ley o disposición que buscara prohibirlas. El riesgo, por otra parte, que existe en éste tipo de intervenciones es muy remoto, y por esto podemos decir que el beneficio a obtenerse es suficiente para asumir dicho riesgo. No obstante, la inminencia y gravedad del riesgo debe obrar en función de la gravedad e importancia del defecto que se trata de corregir con la intervención y de las posibilidades de conseguirlo.

De igual manera que los supuestos a que nos hemos referido con anterioridad, las intervenciones quirúrgicas con finalidades estéticas, también llevan consigo la necesidad de practicar unas lesiones y a veces una mutilación, y por esto, las razones que pueden excusar la responsabilidad penal o civil no tienen una finalidad tan noble como la de salvar la vida, la salud del paciente. En este orden de ideas, el maestro Cuello Calón (32) dice que la belleza no tiene iguales derechos que la salud: las lesiones, mutilaciones y muertes, en el caso de las cirugías estéticas deberán pensarse con criterios más estrictos que en las intervenciones terapéuticas.

La relación que exista entre los peligros y la conveniencia será la norma para declarar la licitud o ilicitud de la cirugía. En este caso, el paciente siempre podrá desistirse de la intervención. Por otra parte, y aunque el médico sea requerido con insistencia para realizarla no podrá llevarla a cabo si advierte un peligro inminente, perjudicial para la salud o la vida, bienes superiores a los que representa la belleza.

Según el maestro Cuello Calón (33) para que no exista responsabilidad alguna a cargo del médico que practica este tipo de cirugías, se requiere:

- 1.-No dejarse influir por la insistencia del cliente;
- 2.-Decidir la intervención ponderadamente;
- 3.-Comunicar al paciente y a su familia los posibles riesgos de la intervención.

D) Esterilización. Es un caso de disposición sobre el cuerpo ajeno. La esterilización puede ser practicada por vía directa o por vía indirecta, de manera indistinta a hombres y a mujeres.

La esterilización por vía indirecta es aquella que resulta como consecuencia de un accidente, de un tratamiento médico, etc. Este tipo de esterilización no es buscada de manera directa por el sujeto, sino que sobreviene como consecuencia de dichas eventualidades. En ella, el sujeto que la padece, no la ha buscado ni la quiere, y por

tanto no nos encontramos en presencia de un acto humano injusto, sino que sólo existen consecuencias jurídicas de un hecho (34).

Por el contrario, la esterilización por vía directa es aquella que se produce como consecuencia de la realización de actos que la persiguen como finalidad. Este tipo de esterilización puede practicarse con o sin el consentimiento del sujeto. Así, cuando se lleva a cabo con el consentimiento de la persona, podría parecer que se está en presencia de una verdadera disposición del sujeto sobre su propio cuerpo, ya que en realidad ni está poniendo en peligro su salud, y menos aún su vida. Pero la realidad de las cosas es que aún en este caso, estamos en presencia de un acto injusto, de conformidad con las siguientes consideraciones:

1.-Si se le practica la esterilización a un sujeto unido en matrimonio, está cometiendo un acto injusto contra su cónyuge, que tiene derecho a engendrar con él la prole, desvirtuando con esto uno de los fines principales del matrimonio que es la procreación de los hijos. Aún en el caso de que cuente con el consentimiento de su cónyuge no se legitimaría la esterilización ya que el acuerdo entre los cónyuges no puede variar los fines del matrimonio.

Tampoco podemos aceptar como posturas válidas para legitimar la esterilización, las de aquellos que permiten que se les practique para evitar un exceso de hijos, posibles complicaciones en embarazos futuros, etc., toda vez que existen procedimientos naturales para

evitar este tipo de situaciones, evitando con ello situaciones injustas por antinaturales.

2.-En el caso de que la esterilización se le practique a un sujeto que aun no se ha unido en matrimonio, no existiría un acto injusto, ya que no se esta afectando a nadie, pero si sería un acto inmoral. En caso de que en el futuro se uniera en matrimonio, tendría el deber moral de hacer del conocimiento de la otra parte, su estado, ya que de lo contrario su matrimonio resultaría nulo por haberse colocado de manera voluntaria en posición de no poder cumplir los fines del matrimonio.

Por otra parte, algunos autores y algunas legislaciones no se han contentado en permitir y hasta favorecer la esterilización sino que han ido más allá imponiéndola de una manera forzosa a ciertas personas, por fines eugénicos, en vistas a un mejoramiento de la raza, a impedir la venida a este mundo de personas que-se dice-tendrán una vida desgraciada y serán una carga para la familia y para la sociedad (35).

Con respecto a la esterilización forzosa, nuestra Ley General de Salud, establece en el tercer párrafo de su artículo 67 que "quienes practiquen esterilización sin la voluntad del paciente o ejerzan presión para que éste la admita serán sancionados conforme a las disposiciones de esta ley, independientemente de la responsabilidad penal en que incurran".

Por su parte, el artículo 421 del ordenamiento que nos ocupa establece en su párrafo segundo que la violación a lo dispuesto por el artículo 67, que antes transcribimos, se sancionará con una multa equivalente de 200 a 2000 veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate.

En adición a lo anterior, el sujeto a quien se le hubiere practicado la esterilización contra su voluntad o bajo presiones tendrá derecho a que se le repare el daño causado, conforme al artículo 1910 del Código Civil, pues además de que se ha actuado ilícitamente, se está llenando en contra de las buenas costumbres. También hay derecho a pedir la reparación moral conforme al artículo 1916 del referido Código.

E) Fecundación e Inseminación Artificiales. Comenzaremos diciendo que "sólo es inseminación artificial la que se realiza en vivo, en el organismo de la madre, con un óvulo de la misma. La que se realiza in vitro, fuera de un organismo vivo, es una fecundación artificial y así debe llamarse, aun cuando el producto se implante en la proveedora del óvulo" (36).

La ley natural prohíbe la inseminación artificial en la especie humana, ya que el único medio lícito para engendrar la prole, es el matrimonio, a través del acto conyugal.

La fecundación artificial en sí, extramatrimonio, debe ser considerada como inmoral y antisocial, por lo que la postura del

derecho en este punto no debe de ser otra que la de no reconocer valor ni eficacia alguna a los actos y contratos que en relación a la misma se lleven a cabo; y por consiguiente deberá de considerarse ilícito el comercio del semen masculino como producto o fruto orgánico.

A pesar de que consideramos que el derecho debe de adoptar dicha postura, no puede dejar de tener en cuenta situaciones jurídicas que nacerán y nacen como consecuencia de su aplicación. Así, podemos analizar las consecuencias jurídicas de la inseminación y de la fecundación artificial en los casos en que la mujer fecundada sea:

a) Soltera, y se lleve a cabo con su consentimiento.

b) Soltera, y se lleve a cabo sin su consentimiento.

c) Casada, y que la fecundación se lleve a cabo con semen procedente de su marido, con o sin mutuo consentimiento.

d) Casada, y que la fecundación se lleve a cabo con semen no procedente de su marido, con o sin consentimiento de éste.

En los dos primeros casos, es decir, tratándose de mujer soltera, o bien de mujer viuda o divorciada, se originan situaciones injustas. En relación con el hijo que va a nacer como consecuencia de la inseminación, ya que se le va a privar de la posibilidad de nacer en un hogar estable y organizado. En este caso es de mayor jerarquía el derecho que tiene el hijo de nacer en un hogar con tales características, que el derecho que tiene la mujer a ser madre. En relación con el padre, también encontramos una situación injusta, ya

que en la inseminación se requiere de un elemento masculino, y el hombre solamente puede disponer de él para engendrar hijos a los que debe de criar y educar. Aquí la injusticia la comete el padre con el hijo y la madre con el padre ya que por lo general desconoce quien es el padre, y de conocerlo no le da el papel de padre.

De igual manera, y por lo que toca al vendedor o donador del semen, comete siempre un acto inmoral, ya que su potencia generativa únicamente ha de emplearse en legítimo matrimonio, engendrando hijos a los que deberá de educar y de criar, proporcionándoles un hogar estable y organizado. Pero no sólo llega ahí la conducta del donador, sino que con ella comete además un acto ilícito ya que con el semen que ha donado, habrán de practicarse experimentos de ingeniería genética que por lo general derivan en homicidios, o bien, inseminaciones artificiales cuyas consecuencias injustas hemos venido analizando.

En nuestra legislación únicamente se castiga la inseminación hecha en contra de la voluntad de la mujer. Este supuesto lo contempla nuestra Ley General de Salud en su artículo 466. En este caso las sanciones serán variables ya sea que se produzca o no un embarazo como consecuencia de la inseminación. Por otra parte el precepto que nos ocupa en su párrafo segundo establece que para no cometer el ilícito que se contempla en el artículo, será necesario que, tratándose de mujer casada, la inseminación se efectúe mediando el consentimiento de su marido (37).

Nuestra Ley General de Salud omite contemplar las sanciones de tipo civil que se aplicarán en el caso de la inseminación artificial ilícita. Pero consideramos que en este caso deberán de aplicarse los artículos 1910 y 1916 del Código Civil, con fundamento en los cuales, si bien no se puede exigir la reparación del daño, que implicaría otro ilícito, sí puede exigirse el pago de daños y perjuicios, así como el pago de la reparación del daño moral, que siempre se ocasiona en el caso de una inseminación no consentida (38).

En el caso de la mujer casada, y que la fecundación se lleve a cabo con semen procedente de su marido, no estamos en presencia de un acto antijurídico, e incluso algunos autores no lo consideran como inmoral, si el semen se obtiene por medios morales (39).

Por el contrario, y en el caso de la mujer casada, y que la fecundación se lleve a cabo con semen procedente de un extraño, se comete una situación de injusticia con el hijo, con el marido y con el donador o vendedor del semen.

Para concluir con este análisis, hay que decir que todo acto de inseminación y de fecundación artificial es intrínsecamente inmoral, pues en cualquier circunstancia en que se lleve a cabo, es impropia de la dignidad del hijo, va en contra de los procesos naturales de fecundación, y a la larga constituye un peligro social debido a las diversas manipulaciones que pretenden realizarse por medio de la ingeniería genética.

F) **Asunción de Riesgos.** En este punto podemos afirmar que pueden legitimamente asumirse riesgos que pongan en peligro la integridad física o más aún, la vida misma de la persona, siempre y cuando esos riesgos sean asumidos por personas que cuenten con los conocimientos suficientes, las condiciones o aptitudes físicas adecuadas, o la habilidad necesaria, con el objeto de que ese riesgo no ponga en peligro de manera directa la vida, sino que solamente se trate de una probabilidad razonable de riesgos, y no de perder la vida.

Así, será necesario que concurren dos requisitos para que la asunción de riesgos sea considerada como legítima:

a) La existencia de condiciones técnicas necesarias adecuadas a la actividad que se pretende realizar.

b) Que la persona que va a desempeñar dicha actividad tenga los conocimientos, las aptitudes físicas y la habilidad suficiente para llevarla a cabo.

En el caso de que existan contratos de por medio, siempre que se reúnan los requisitos señalados, la persona quedará obligada por esos contratos, y por lo tanto, si no cumple con la actividad prometida, deberá de pagar daños y perjuicios e inclusive podría llegarse a pactar una pena convencional para el caso de incumplimiento.

g) **La Eutanasia.** Es un caso más de disposición sobre el cuerpo ajeno. La Eutanasia desde el punto de vista etimológico equivale a buena muerte, muerte apacible, sin sufrimiento.

Existen varios tipos de eutanasia:

1.-Eutanasia Agónica. Consiste en provocar la muerte sin sufrimiento a un enfermo que ya ha sido desahuciado.

2.-Eutanasia Suicida. Cuando el enfermo se provoca la muerte o bien busca acortar su vida de manera voluntaria, utilizando para ello diversos medios letales.

3.-Eutanasia Homicida. La cual puede ser piadosa, cuando se busca suprimir la vida de una persona para librarla de enfermedades graves, de deformaciones físicas, de trastornos mentales, etc., o bien puede ser eutanasia homicida de tipo económico o social, cuando se busca suprimir la vida de una persona que se dice "ya no tiene valor social", y que sólo se consideran como una carga económica y como una carga para la sociedad.

4.-Eutanasia Negativa. También conocida como Ortotanasia, este tipo de eutanasia se verifica cuando se le suprime al paciente cualquier tipo de auxilio médico, o bien, simplemente no se le proporciona.

5.-Eutanasia Positiva. Consiste en provocar la muerte de una persona, generalmente a través de la administración de un fármaco.

Todos los tipos de eutanasia que anteriormente señalamos, constituyen actos injustos y delictuosos, ya que en ellos se esta disponiendo de la vida de la persona. No pierden el carácter de actos injustos y delictuosos aun en el supuesto de que se cuente con el consentimiento del sujeto pasivo de la eutanasia, ya que ninguna persona tiene derecho a disponer de su propia vida, por que como ya habiamos señalado en los capitulos anteriores, el sujeto no es dueño de su vida, no se ha dado la vida a si mismo, es simplemente un custodio o administrador de ella.

A diferencia de lo que señalamos en el párrafo anterior, la llamada Eutanasia Lenitiva, no constituye un acto injusto y delictivo, ya que en ella se proporcionan farmacos al paciente, para aliviar el dolor fisico y el sufrimiento que le causa la enfermedad mortal que padece, y como una consecuencia de carácter secundario, se acorta la vida del paciente. En este orden de ideas, la llamada Distanasia tampoco constituye un acto injusto, ya que en ella se dejan de aplicar medios extraordinarios o desproporcionados que buscan prolongar de manera artificial la vida de una persona en un proceso médicamente irreversible.

La práctica de la eutanasia no se justifica en ninguno de los casos que señalamos, salvo tratándose de la eutanasia lenitiva y de la llamada distanasia.

Para concluir este tema hay que decir que es necesario que nuestro legislador se mantenga al margen de las posturas y filosofias

materialistas y ateas, que dejando a un lado el valor único, irrepetible y personal de cada vida humana, consideran a la persona como el único dueño de sí mismo, capaz de disponer de su vida como mejor le parezca, sobre todo evitando el dolor y sufrimiento que se padece con las enfermedades o con la vejez misma.

H) Aborto. Para abordar el análisis del presente inciso, es necesario hacer algunas consideraciones en torno al tema del no nacido, que se presenta como el sujeto pasivo del aborto.

El no nacido es persona desde el momento mismo de la concepción. Para la ciencia genética en la actualidad no existe ninguna duda en relación a que el óvulo, una vez que ha sido fecundado por el espermatozoide, marca el inicio de la persona humana. La persona humana existe como tal desde el momento mismo de la fecundación, no desde cualquier otra etapa del desarrollo del producto, como lo podría ser la implantación del óvulo fecundado en el endometrio.

Así, la persona humana existe desde el momento mismo de la fecundación, no le falta ya nada para ser persona, únicamente requiere de un medio ambiente propicio y de unas determinadas condiciones para poder alcanzar su desarrollo. Es por esto que no cabe hacer ninguna distinción entre el no nacido y el ya nacido en orden a su derecho a la vida (40). El no nacido y el nacido tienen exactamente el mismo derecho a la vida, en virtud de que ambos son personas, solo que el primero necesita iniciar su desarrollo en el seno materno. Así, el vivir en el seno materno es un mero accidente

transitorio en relación con la vida. En relación a esto podemos decir que la madre es tan sólo la probeta para que ese óvulo que ha sido fecundado, pueda alcanzar su plenitud.

Con base en estos datos biológicos tiene necesariamente que proceder el Derecho, no puede dejarlos a un lado, y mucho menos negarlos, ya que de hacerlo, estaría negando la realidad misma del hombre. Así, para que cualquier norma jurídica que se emita en relación a la vida del hombre, pueda ser considerada como justa, tendrá que partir del hecho de que la vida de la persona humana inicia desde el momento mismo de la concepción, y termina con la muerte. Esta innegable realidad ha sido reflejada por nuestro legislador en el Código Civil, que buscando dar la mayor protección posible al no nacido, establece en su artículo 22, al que hemos hecho referencia al hablar de la capacidad de las personas, que desde el momento de la concepción el no nacido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos que se declaran en dicho ordenamiento.

Una vez apuntados los comentarios anteriores en relación al derecho a la vida del no nacido, pasaremos a abordar el tema del aborto provocado, en el cual se priva al no nacido de ese fundamental derecho.

El problema del aborto provocado y de su eventual liberalización legal ha llegado a ser en casi todas partes tema de discusiones apasionadas. Estos debates serían menos graves si no se tratase de la

vida humana, valor primordial que es necesario proteger y promover. Todo el mundo lo comprende, por más que algunos buscan razones para servir a este objetivo, aún contra toda evidencia, incluso por medio del mismo aborto. En efecto, no puede menos que causar extrañeza el ver como crecen a la vez las protestas en contra de las guerras, en contra de la pena de muerte, y por otra parte, la reivindicación de liberalizar el aborto, bien sea enteramente, bien por indicaciones cada vez más numerosas. La incongruencia es evidente, por un lado se busca proteger la vida de la persona, y por el otro se busca una cosa completamente distinta y absurda; destruirla.

Una vez hechas las consideraciones anteriores, a continuación pasaremos a exponer los principales argumentos que en la actualidad se aducen ya sea para defender el derecho de la mujer a abortar, o bien, para defender el derecho a la vida del no nacido.

-Argumentos a favor del aborto:

1.-En este primer grupo de argumentos, encontramos a aquellos que afirman que el no nacido es una parte del organismo de la madre, y que por ello, al tener la madre el derecho que tiene toda persona para disponer de su cuerpo, puede disponer de esa parte de su organismo como más le convenga.

2.-Dentro de este segundo grupo encontramos a aquellos que apoyan el aborto en el caso de los hijos no deseados, defendiendo de manera principal el derecho de la mujer para abortar en el caso de

que sea sujeto de una violación. Este grupo de defensores del aborto afirman que los hijos no deseados, de venir al mundo, únicamente serán infelices y pasaran el resto de sus vidas creciendo lejos de su madre, ya que por lo común terminan siendo abandonados, y crecerán el resto de su vida con una serie de complejos, que los llevarán a vivir de manera desadaptada.

3.-Otro grupo de argumentos buscan justificar el aborto en los casos en que se compruebe que existan malformaciones de tipo congénitas en el feto. Se dice que es mejor suprimir su vida a que nazca con un mal que le llevara a ser infeliz por el resto de su vida.

4.-En este grupo de argumentos nos encontramos los que defienden el aborto en el caso del aborto terapéutico, que se presenta cuando para salvar la vida de la madre es necesario practicar aborto y suprimir la vida del feto.

-Argumentos en contra del aborto:

1.-Frente al primero de los argumentos a favor del aborto podemos decir que el feto no es parte del cuerpo de la madre, esta es una cuestión de hecho. Para la moderna ciencia genética esta fuera de toda duda el hecho de que el feto no forma parte del cuerpo de la madre. Tan no es parte del cuerpo materno, que los glóbulos blancos de la sangre son capaces de advertir la presencia de cualquier cuerpo extraño que penetre en el organismo produciéndose una reacción que

busca expulsar al intruso. Así, al implantarse el feto en la pared del útero materno, se produce la reacción aludida, y el sistema inmunológico materno reacciona para expulsar ese cuerpo extraño. Aún y cuando el feto se encuentra dotado de un método de defensa eficaz para contrarrestar esa reacción, en algunos casos no es suficiente, y el feto se malogra, pero en otros casos el método de defensa logra su objetivo, y el feto continúa con su desarrollo. Con esto queda claramente demostrado que el feto no es parte del cuerpo de la madre, por el contrario, y como ya vimos, es tratado como lo que es, como un extraño, que únicamente requiere, por un accidente meramente transitorio, del seno materno para poder alcanzar la primera parte de su desarrollo.

2.-Frente al segundo argumento que defiende el aborto, podemos decir que este no se justifica ni siquiera en el caso de que el hijo sea producto de una violación. En ningún caso podemos admitir que se prive de la vida al no nacido. En estos casos se castiga a la única persona que no ha tenido culpa alguna de lo sucedido, como en el supuesto de la violación. Lo que deberían de hacer este tipo de personas que defienden el aborto sería el poner en una balanza los bienes que se ponen en juego en el aborto; así, por un lado encontramos la buena fama o la reputación que busca preservar la mujer que ha sido víctima de una violación, o bien la tranquilidad o la estabilidad económica de la madre que aborta para no tener que enfrentar mayores gastos familiares; y por el otro encontramos la vida del no nacido. De lo anterior se concluye que jerárquicamente es

siempre la vida el valor más importante que se debe de proteger y de respetar.

3.-Frente al tercer argumento a favor del aborto, podemos decir que la ciencia médica no es infalible, son muy pocos los casos en que las malformaciones congénitas del no nacido pueden ser advertidas, y ni aún en ellos se puede justificar el aborto. En todos los casos se debe de preservar la vida. Normalmente las personas con malformaciones congénitas llevan una vida no sólo feliz, sino que por regla general son un verdadero ejemplo para todos los demás seres humanos.

4.-En el caso del aborto terapéutico no se justifica el aborto, lo que se debe de hacer es tratar siempre de salvar la vida de la madre y del hijo. Es necesario que se empleen todos los medios posibles y que se pongan en práctica todos los conocimientos médicos actuales para salvar la vida de madre e hijo.

Hay que decir que al primer derecho de la persona humana es su vida. La persona humana tiene otros bienes y algunos de ellos son más preciosos; pero la vida es el bien fundamental, es la condición para que existan todos los demás. Es por esto que la vida ha de ser protegida más que ningún otro bien de la persona. No pertenece ni a la sociedad ni a la autoridad pública, sea cual sea su forma, reconocer este derecho a unos y no reconocerlo a otros: toda discriminación es inicua, ya se funde en la raza, ya en el sexo, el color o la religión. No es el reconocimiento por parte de otros lo

que constituye este derecho; es algo anterior; exige ser reconocido y es absolutamente injusto rechazarlo.

El derecho a la vida permanece íntegro en un anciano, por muy reducido de capacidad que esté; un enfermo incurable no lo ha perdido. No es menos legítimo en un niño que acaba de nacer que en un hombre maduro. En realidad el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo, queda inaugurada una vida que no es ni del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo.

Por todo lo antes expuesto podemos concluir que el aborto constituye uno de los actos más injustos que se pueden cometer en contra de una persona, más en este caso, que se comete en contra de un ser que ni siquiera tiene la posibilidad de defenderse. Así, el aborto constituye un homicidio con todas las agravantes: premeditación, alevosía, ventaja e incluso traición.

PIES DE PAGINA

CAPITULO III

- (1) Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit., pág.93.
- (2) D.X, 2, 13. Ulpiano, citado por Hervada, Javier, en Los Trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo, Persona y Derecho, T.II, 1975, pág.201.
- (3) Hervada, Javier, op.cit., pág.207.
- (4) Idem, pág.207 y 208.
- (5) Idem, pág.208.
- (6) Idem, pág.208.
- (7) Idem, pág.208.
- (8) Curso de Derecho Natural, trad. de P. Rodríguez Hortelano y M. Ricardo de Asensi, 4a. edición, Madrid, 1989, pág.289 y sigs.
- (9) Hervada, Javier, op.cit., pág.208.
- (10) Idem, pág.209.
- (11) Idem, pág.209.
- (12) Idem, pág.220.
- (13) S. Tomás de Aquino, I, q.18, a.2, citado por Hervada, Javier, op.cit., pág.220.
- (14) C.G., I, 98, citado por Hervada, Javier, op.cit., pág.220.
- (15) Hervada, Javier, op.cit., pág.220.
- (16) Vide voz vida, GER, XXIII, pág.502 y sigs., Introducción general por J. Ipas y II Filosofía por JJ. Sanguinetti, citado por Hervada, Javier, op.cit., pág.220.
- (17) Hervada, Javier, op.cit., pág.221.
- (18) Idem, pág.222.
- (19) Idem, pág.222.
- (20) Idem, pág.225.
- (21) Idem., pág.226.
- (22) Idem., pág.226.

(23) Borrel Maciá, Antonio, La Persona Humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto, derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, pág.21 y 22.

(24) Idem, pág.25.

(25) Idem, pág.36.

(26) Idem, pág.34.

(27) Idem, pág.36.

(28) Idem, pág.36.

(29) Idem, pág.42.

(30) Idem, pág.42.

(31) Idem, pág.46.

(32) Idem, pág.50.

(33) Idem, pág.51.

(34) Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit., pág.105.

(35) Borrel Maciá, Antonio, op.cit., pág.53

(36) Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit., pag.110.

(37) NOTA: Unicamente se evita con este consentimiento el caer en el ilícito que se contempla en el precepto, pero no por ello se deja de cometer un acto injusto.

(38) Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit., pag.112.

(39)NOTA: Hay que aclarar que en la práctica es casi imposible que esto ocurra ya que normalmente se recurre a la masturbación para la obtención del semen, supuesto en el cual siempre existirá un acto inmoral, que será también ilegal o antijurídico cuando se procede a su venta, ya que aquí existiría perjuicio a tercera persona o al menos peligro muy cercano de que ese perjuicio se cometa.

(40)Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit., pág.79.

C A P I T U L O I V

DERECHO SOBRE EL CADAVER

4.- DERECHOS DEL HOMBRE SOBRE SU PROPIO CADAVER.

4.1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

Al extinguirse la vida del hombre, éste deja de ser un sujeto de derechos, y éstos, sus bienes, sus propiedades, sus acciones, de momento, quedan sin un titular. No obstante lo anterior, la voluntad del hombre, proyectándose más allá de la muerte, ha de decidir la forma en que deben de ser distribuidos los bienes que le pertenecen, y si esta voluntad no se manifiesta, corresponde a la ley decidir lo que deberá de hacerse con tales bienes, de tal manera que se avenga a la presunta voluntad del causante.

Pero el hombre, al cesar su peregrinación por este mundo, no tan sólo deja un patrimonio más o menos extenso, unos bienes, unos derechos y acciones, sino que con éstos o sin éstos, al separarse el alma de su cuerpo, queda un cadáver, que no tarda en descomponerse en distintas sustancias químicas (1).

El cadáver ya no es una persona. No obstante lo anterior y en virtud de la dignidad de la persona a la que perteneció, cuya forma y apariencia sigue conservando, no podemos considerarlo desde el punto de vista jurídico como una cosa, o al menos no debe sujetarse al régimen de todas las demás cosas, situación por la cual deberá de sujetarse a un régimen especial (2).

Taparelli (3), se refiere a la importancia de la sepultura de los cadáveres y al respecto afirma que es un derecho y un deber social proteger a los difuntos con la sepultura, en apoyo a lo cual establece los siguientes razonamientos:

1.-Porque no puede el hombre dejar de respetar en otros la imagen que puso de Si en todo hombre la mano creadora;

2.-Porque la inmortalidad del alma hace respetable el cuerpo que ésta informo;

3.-Porque aunque no debida ni conocida naturalmente, todavía es conforme a una propensión natural la idea de la resurrección prometida al hombre por la bondad divina;

4.-Evitar que sean pasto de las fieras los restos de las personas amadas, lo sugiere el afecto natural;

5.-Las solemnidades con que es honrada la tumba contribuyen a asegurarse del hecho de la muerte, cosa importantísima para la sociedad por las mudanzas de relaciones sociales que por la muerte pasan a los que sobreviven;

6.-Despertando en el hombre estas solemnidades el pensamiento de un galardón, muevenle de presente a vivir honestamente.

El respeto al cuerpo de los muertos es algo que todos tenemos innato. Y en todos los tiempos y en todas las épocas se le ha rodeado de reverencia por parte de los vivos.

Por otra parte podemos decir que la salud pública y el horror que produce la contemplación de los seres con los que hemos convivido, desfigurados ya por la corrupción han cooperado a que sea en este mundo, el último destino humano, confundirse con la tierra. Las ideas religiosas, y el evitar la profanación, por parte de personas desaprensivas, han contribuido a ello; y así, en los grandes cantos épicos de la antigüedad, se describe y habla del horror de la persona humana ante la posibilidad de que su cuerpo pudiera quedar insepulto.

4.2.- FACULTAD DE DISPOSICION DEL PROPIO CADAVER EN ORDEN A LA SEPULTURA.

Existe y debe existir un derecho frente a la sociedad y un deber frente a la persona que ha fallecido, de llevar a cabo todos los actos necesarios con el fin de darle una sepultura; y este derecho y deber tiene que ser asumido por una persona en concreto.

No se discute a la persona humana la facultada de disponer de su cadáver en orden a recibir sepultura y de establecer los pios sufragios que para el eterno descanso de su alma deberán de serle ofrecidos, siempre y cuando deje los medios necesarios para que después de su muerte, y con la condición de que dichas disposiciones no sean contrarias a los principios de la moral, a las buenas costumbres y a las normas de orden público, que en su caso sean dictadas por la autoridad sanitaria.

Ya sea de una manera directa, a través de testamento, o indirectamente, a través de cualquier acto de última voluntad, la persona puede señalar el sitio donde deba de recibir sepultura, y la forma de recibirla, pudiendo nombrar un albacea en su caso que vigile el exacto cumplimiento de su última voluntad.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el testamento constituye el lugar apropiado no sólo para disponer de los bienes patrimoniales del causante, sino también para ordenar disposiciones completamente ajenas al orden económico, entre las cuales podemos encontrar las disposiciones relativas al entierro y pios sufragios.

El testador, así, puede disponer de su cadáver para los efectos señalados de una manera directa, pero también podrá encargarlo a otras personas tales como los albaceas. Esto constituye un mandato post mortem, que no sólo el Derecho Romano, sino que las disposiciones modernas han reconocido como válido y eficaz.

Así, y para asegurar que sus herederos o legatarios llevarán a cabo la voluntad del difunto en orden a su entierro, el testador podrá incluir en su testamento las disposiciones específicas en torno al mismo, estableciéndolas como una condición que aquellos deban de cumplir con el objeto de tener derecho al legado o a la herencia.

Si las disposiciones relativas al entierro no son incluidas en testamento, podemos decir que no existe un deber jurídico de

cumplirlas, más bien se trata tan sólo de un deber de tipo moral, que deberán de cumplir los familiares del difunto en su caso.

4.3.- FACULTAD DE DISPOSICION DEL PROPIO CADAVER EN ORDEN A FINES DISTINTOS DE SU ENTIERRO.

Para iniciar este punto es necesario establecer el hecho de que el valor económico del cuerpo humano no termina con la muerte. Así, desde muchos años atrás, un cierto número de cadáveres se destinan como material científico, para que sobre ellos trabajen, estudien y realicen investigaciones los futuros médicos y los histólogos; pero no sólo llega ahí la utilidad del cadáver sino que en nuestros tiempos y con los constantes avances de las ciencias, se han descubierto formas de llevar a cabo con éxito trasplantes e injertos con los órganos de dichos cadáveres.

Así, si se abandonan los cadáveres a las leyes de su naturaleza, se llegará a la descomposición de los mismos, malográndose las utilidades que todavía son susceptibles de rendir a la humanidad.

A pesar de lo establecido en el párrafo anterior, la mayoría de los seres humanos consideran como una situación de inferioridad el que su cadáver sea objeto de manipulaciones científicas, que sea entregado a estudiantes y a hombres de ciencia para que lo desgarran, separen y abran las distintas piezas anatómicas, o bien aprovechen los órganos y tejidos del mismo, con el objeto de llevar a cabo los trasplantes de órganos.

Podemos afirmar que el hombre tiene la facultad de disponer de los órganos o elementos de su propio cadáver para los fines a los que nos hemos venido refiriendo en el presente punto. Cabe aclarar que tal disposición difícilmente puede llevarse a cabo por la vía testamentaria, toda vez que para que los órganos y tejidos del cadáver sean útiles, es necesario que se aprovechen dentro de un margen muy corto de tiempo una vez que se haya verificado el fallecimiento del donante, situación que no ocurriría si tuviéramos que esperar a la apertura del testamento de dicho donante.

En caso de existir disposición por parte de la persona en el sentido de que su cadáver o parte de él sea utilizado conforme a los fines que venimos tratando, ésta no podrá ser revocada sin justa causa por los familiares o herederos y para su validez es suficiente con que se haga ante notario o ante dos testigos idóneos de conformidad con lo que establece el artículo 324 de la Ley General de Salud, que nos dice: "Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere del consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos, y con las demás formalidades que al efecto señalen las demás disposiciones aplicables".

Una de las formas más comunes para que la persona otorgue su consentimiento en orden a los fines que nos ocupan, lo constituye la tarjeta de donación de órganos distribuida por la Secretaría de

Salud. En esta tarjeta la persona manifiesta su deseo en el sentido de que determinados órganos de su cuerpo sean utilizados con fines de trasplantes. Para que tenga utilidad práctica, se recomienda al donador, en el texto de la tarjeta, que siempre la lleve consigo. A continuación nos permitimos transcribir el texto de la multicitada tarjeta.

Anverso de la tarjeta de donación de órganos:

DONACION VOLUNTARIA
DE ORGANOS

Con la esperanza de ayudar a otros, yo,

_____ (Nombre del donador)

hago la presente donación para fines de trasplante, que se hará efectiva en el momento de mi muerte.

Dono: a) cualquier órgano útil
b) sólo los siguientes órganos

_____ (Especifique los órganos)

Lleve siempre consigo esta tarjeta

Reverso de la tarjeta de donación de órganos:

REGISTRO NACIONAL DE TRASPLANTES DE LA SECRETARIA DE SALUD

_____ Firma del donador

_____ Edad

_____ Testigo (Nombre y firma)

_____ Testigo (Nombre y firma)

_____ Lugar y fecha

Este es un documento legal, amparado por el reglamento de la Ley General de Salud en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Cabe aclarar que no por el hecho de que la persona manifieste en vida su consentimiento para que su cadáver o parte de él sea destinado a fines científicos, significa que el cadáver sea considerado como algo que es parte del comercio. Hay que decir que es principio de derecho casi universalmente admitido el hecho de que el cadáver humano está fuera del comercio.

La causa o motivo por la que se ha sostenido la extracomercialidad del cadáver humano ha sido por considerar una profanación privarle de la sepultura y situarlo al mismo nivel de las cosas materiales. El cadáver debe de ser tratado con respeto en virtud de la dignidad que la persona tuvo en vida.

Así, nuestra Ley General de Salud, inspirándose en las ideas antes expuestas, establece en su artículo 336 que "los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración".

Por último hay que decir que para el caso de que la persona no hubiere dispuesto nada en torno a su entierro o en relación a la donación de órganos o tejidos obtenidos de su cadáver, corresponderá a sus parientes más cercanos el ejercicio de tal derecho. Así, el artículo 316 de la Ley General de Salud y el 13 del Reglamento correspondiente, nos señalan las personas que podrán disponer para tales efectos. A estas personas se les denomina disponentes secundarios, y son:

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

2.- A falta de los anteriores, será disponente secundario la autoridad sanitaria;

3.- El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio 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 docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado;

7.- Los demás a quienes la Ley General de Salud u otras disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

PIES DE PAGINA
CAPITULO IV

- (1) Borrel Maciá, Antonio, op.cit., pág.113.
- (2) Idem, pág.115.
- (3) Idem, pág.115.

CAPITULO V

TRASPLANTES DE ORGANOS EN SERES HUMANOS

5.1 INTRODUCCION.

En el presente apartado vamos a analizar los trasplantes de órganos desde un punto de vista doctrinario, desde el punto de vista médico, así como desde la perspectiva de nuestra Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984, y del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de seres Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de febrero de 1985.

5.2 CONCEPTO DE TRASPLANTE DE ORGANOS.

Siguiendo las ideas expuestas por Javier Hervada(1), podemos decir que bajo el nombre de trasplantes de órganos "se entiende un conjunto de técnicas que consisten en tomar, separándola, una parte de un cuerpo vivo e implantarla en otro, del que pasa a formar parte; en otros casos, la técnica consiste en separar un tejido de su sitio e implantarlo en otro lugar del mismo cuerpo" (2). Aunque es esta una noción muy común, no por eso deja de tener ciertas imprecisiones, ya que en ella quedarían comprendidos no sólo los trasplantes, sino también las transfusiones (cosas muy distintas), motivo por el cual a continuación pasaremos a hacer algunas consideraciones y aclaraciones en torno a la misma.

La primera de las aclaraciones que haremos será la de distinguir entre lo que es un trasplante y una transfusión, situaciones que si bien presentan algunos rasgos comunes, difieren en muchas cosas. La segunda de las aclaraciones que haremos se refiere a los trasplantes, y consiste en diferenciar entre órganos o miembros y tejidos, en los que también se encuentran similitudes y diferencias.

A.-Trasplante o injerto: Consiste en separar un órgano, tejido o miembro vivo de un cuerpo vivo de un ser humano o de un animal e implantarlo en otro cuerpo vivo, del cual pasará a formar parte en caso de que la implantación tenga éxito.

Algunas de las características de los trasplantes o injertos son las siguientes:

a) El órgano que se implanta con motivo del trasplante conserva sus caracteres genotípicos y fenotípicos. Los primeros, constituyen un conjunto de caracteres heredados y transmisibles por herencia. Los segundos, constituyen un conjunto de caracteres singulares observables, no transmisibles por herencia.

Con el trasplante, el órgano puede sufrir algunas alteraciones de tipo parcial por lo que respecta a sus caracteres fenotípicos, motivadas por el aporte hormonal o de algún otro tipo, que recibe el órgano del cuerpo en el que se le ha implantado.

No obstante lo anterior, podemos afirmar que con el trasplante, el órgano trasplantado conserva las características singulares del donador y no adquiere las del receptor; únicamente se funde por los puntos de unión con el nuevo cuerpo, pero no se transforma ni genotípica ni fenotípicamente, de tal manera que nunca llega a adquirir los caracteres propios del cuerpo del receptor.

b) Derivado de lo anterior, el órgano trasplantado guarda con el cuerpo del receptor, una relación que podría semejarse, que no identificarse a la simbiosis. Esta relación implica la unión o fusión del órgano con el cuerpo del receptor. El órgano aporta su función propia al cuerpo del receptor, y éste último permite que el órgano implantado continúe vivo y funcionando por medio del aporte de sustancias, estímulos y demás factores vitales del cuerpo receptor.

c) El órgano injertado pasa a formar parte del cuerpo receptor por su fusión con él, pero dado que conserva los caracteres fenotípicos y genotípicos a que nos hemos referido con anterioridad, podemos decir que sólo en un sentido analógico forma parte de dicho cuerpo receptor.

B.-Transfusión: Consiste en la transmisión de sustancias en estado líquido que son productos de los órganos de cuerpo (con esto queda claro que son tan sólo productos de los órganos, no son órganos de cuerpo). Este tipo de sustancias son más o menos necesarias para el cuerpo: en el caso que más importa, que es el de la sangre, es vital para el organismo. No podemos decir que dichas sustancias sean

partes del cuerpo, sólo las podemos calificar como tales en un sentido lato.

Desde un punto de vista biológico y quirúrgico, el proceso de transfusión es distinto del de injerto o trasplante. Los trasplantes pertenecen a la cirugía y son por ende técnicas quirúrgicas, a diferencia de las transfusiones en las que no hay trasplante en sentido propio, el proceso físico y biológico es distinto.

Otra de las diferencias que existen entre los trasplantes y las transfusiones es la de que en las transfusiones la presencia del líquido transfundido es tan sólo temporal, ya que en un período corto de tiempo, el cuerpo receptor consume el líquido aportado y lo sustituye por el líquido que produce su propio organismo, excepción hecha en el caso de que los órganos productores del líquido tengan un defecto funcional. Un claro ejemplo de lo anterior lo constituye el caso de la transfusión de sangre, en el cual el plazo para que el cuerpo del receptor consuma el líquido transfundido es más o menos de tres meses.

Por otra parte hay que resaltar el hecho de que mientras en los trasplantes de órganos y de tejidos (a excepción de algunos cuantos casos en lo que a tejidos se refiere) se da una mutilación en el donante, en las transfusiones no puede hablarse de tal mutilación. Esta es una idea que no sólo postulan algunos antiguos moralistas como Laymann, sino que también algunos autores modernos como Van Kol,

a quién habremos de referirnos más adelante al hablar de los trasplantes de órganos entre seres humanos vivos.

La pérdida de sangre en una persona no implica una mutilación. Podemos hablar de mutilación en el caso del donador de un órgano, pero en el caso de pérdida de sangre tan sólo podríamos decir que existe debilidad o debilitamiento en la persona del que sufre tal pérdida, más no una mutilación.

Pasaremos ahora a referirnos a la segunda de las aclaraciones que debemos de hacer en torno a la definición que hemos dado de trasplantes de órganos. En dicha definición habria de incluirse la distinción entre organos o miembros y tejidos. El órgano o miembro es una parte del cuerpo que tiene una función propia, como la desempeñada por el corazon, los pulmones, el cerebro, etc.

Es de gran utilidad establecer la distinción que nos ocupa, toda vez que la relación que guardan los órganos o miembros y los tejidos con la salud y la vida no es la misma, así como tampoco es lo mismo su modo de constituir el cuerpo humano.

Un aspecto de gran importancia para poder determinar la licitud o ilicitud de un órgano o miembro y de un tejido, estriba en la regenerabilidad en el cuerpo que lo cede del órgano o tejido trasplantado. Bien es sabido que los organos del cuerpo humano no son regenerables, a diferencia de los tejidos, en los que si bien encontramos algunos que tampoco son regenerables, como lo son los

músculos o los nervios, encontramos por otra parte algunos que si lo son, como la piel o el cuero cabelludo, situación ésta que influye de manera decisiva en la licitud o ilicitud del trasplante.

5.3 ELEMENTOS DE LOS TRASPLANTES DE ORGANOS.

A) Elementos personales en el trasplante de órganos.- Son dos los elementos personales que intervienen en los trasplantes de órganos, a saber:

1.-Disponente: Sera considerado como tal, aquella persona que de conformidad con la Ley o con el Reglamento referidos, autorice la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres.

El disponente puede ser:

a) Disponente Originario: Es la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo.

b) Disponente Secundario: Serán disponentes secundarios, de conformidad con el siguiente orden de preferencia, las personas que a continuación se ennumeran:

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

-La autoridad sanitaria competente;

-El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones:

-La autoridad judicial:

-Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

-Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación y docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se hubiere efectuado, y

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

La selección del disponente originario y del receptor, a quien veremos más adelante, de órganos o tejidos para trasplante o transfusión, se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

Por otra parte, hay que decir que el consentimiento ocupa un lugar de gran importancia en relación a la donación de órganos. Para resaltar esta importancia conviene hacer las siguientes precisiones:

-Para poder efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre

de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos.

Será facultad única del disponente originario la de revocar el consentimiento que hubiere expresado, en cualquier momento y sin que exista ninguna responsabilidad de su parte.

En vida, el único que puede autorizar para que se disponga de su órganos es el propio disponente originario. Por el contrario, para que esa disposición opere después de la muerte, el consentimiento podrá se otorgado en vida por el disponente originario, o bien por las personas a que hemos hecho referencia con anterioridad, en ese estricto orden de preferencia.

La autorización de los disponentes secundarios no se requerirá cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

En ningún caso será válido el consentimiento otorgado por menores de edad, por incapaces o por personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente.

Hay dos casos especiales que regula nuestra Ley General de Salud en sus artículos 127 y 128, en relación al consentimiento:

-Cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada, sólo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos si el receptor correspondiente estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción (art. 327).

-Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para la disposición de su órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario de que se trate.

Por lo que respecta a los requisitos que deberá de reunir el disponente originario del que se tomen órganos y tejidos, en el caso de trasplantes entre vivos, el artículo 16 del Reglamento establece los siguientes:

- I. Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta;
- II. Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;
- III. Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas;
- IV. Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, así como las probabilidades de éxito para el receptor, y
- V. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un notario.

Tratándose de trasplantes de médula ósea, la Secretaría de Salud podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito a que se refiere la fracción I antes mencionada.

2.-Receptor: Es la persona a quien se le trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos.

En cuanto a los requisitos que debe reunir el receptor de un órgano o tejido, el Reglamento establece en su artículo 25, los siguientes:

I. Tener un padecimiento que se pueda tratar de manera eficaz por medio del trasplante;

II. No presentar otras enfermedades que previsiblemente interfieran en el éxito del trasplante;

III. Tener un estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante y su evolución;

IV. Haber expresado su voluntad por escrito, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito, y

V. Ser compatible con el disponente originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido.

B) Objeto materia de los trasplantes de órganos.- Como objeto de los trasplantes encontramos a los órganos, a los productos y a los tejidos (que incluyen a la sangre humana).

El Reglamento de la Ley General de Salud, nos define en su artículo 6o. lo que debemos de entender por órganos, productos y tejidos:

a) Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función;

b) Organos: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico;

c) Producto: Todo tejido o substancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel.

5.4 TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS ENTRE SERES HUMANOS VIVOS.

A continuación veremos algunas de las disposiciones más importantes que se establecen en relación a los trasplantes de órganos y tejidos, practicadas entre seres humanos vivos, sin pretender hacer un análisis muy profundo en torno a las mismas, ya que he dedicado el Capítulo IV del presente trabajo para tal efecto.

- Para empezar, es importante señalar que de conformidad con el artículo 21 del Reglamento, la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos será siempre a título gratuito.

- Asimismo, el Reglamento establece en su artículo 23 que el trasplante de un órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver. Para efectos de dicho reglamento, los ojos son considerados como un órgano único.

a) Los trasplantes de órganos y tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos podrá llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hubiesen sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico (art.321 L.G.S.).

Cabe hacer notar que cuando por virtud de los avances de la ciencia el trasplante sea inútil o no se esté en el caso del artículo anterior, la Secretaría de Salud podrá declararlo así y al publicar esa resolución en la Gaceta Sanitaria, los bancos de órganos y tejidos y las instituciones hospitalarias deberán abstenerse de realizar operaciones en relación con el trasplante materia de la resolución (art.35 Reglamento).

b) El artículo 322 de la Ley General de Salud establece un principio de preferencia : "Salvo tratándose de la sangre o de sus componentes, la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente de cadáveres".

c) Por lo que respecta a la selección del donante originario y del receptor de órganos o tejidos para trasplante o transfusión, ésta se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que establezca la Secretaría de Salud (art.323 L.G.S.).

En el caso de trasplantes no será admisible la selección por un solo médico (art.17 Reglamento).

d) Tratándose de trasplantes entre vivos, el donante originario del que se tomen órganos y tejidos deberá:

I. Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta;

II. Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;

III. Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas;

IV. Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, así como las probabilidades de éxito para el receptor, y

V. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un notario.

Tratándose de trasplantes de médula ósea, la Secretaria de Salud podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito a que se refiere la fracción I antes mencionada.

e) Para que pueda llevarse a cabo la toma de órganos y tejidos, será necesario que exista el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario. El consentimiento deberá de manifestarse libre de coacción física o moral y deberá de otorgarse ante notario o bien ante dos testigos idóneos, y en su caso deberá de reunir las demás formalidades que señalen las demás disposiciones aplicables.

Solamente en el caso de la sangre no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito.

5.5 LA OPINION DE LOS MORALISTAS CON RESPECTO A LOS TRASPLANTES DE ORGANOS ENTRE SERES HUMANOS VIVOS.

En la cuestión de los trasplantes los moralistas, en general, han distinguido y precisado más que los tratadistas de Derecho natural. Podemos decir que existe una sustancial concordancia entre todos los autores acerca de la licitud de los trasplantes de muerto a vivo, de los trasplantes de animales a hombres, del autotrasplante, etc., desde luego con una serie de matices (por ejemplo la ilicitud del trasplante de órganos de la reproducción de animales a hombres) y teniendo en cuenta las circunstancias y una serie de requisitos. El punto que presenta mayores controversias se refiere a los trasplantes de órganos de vivo a vivo, aquí los autores coinciden en afirmar que

el trasplantar un órgano único es ilícito. La disparidad de criterios surge en el trasplante de órganos dobles como lo sería el riñón. Para algunos autores, este tipo de trasplantes son ilícitos, para algunos otros son lícitos, siempre y cuando se reúnan determinadas circunstancias.

Las opiniones de los autores que consideran ilícitos a este tipo de trasplantes las encontramos cuando acudimos a los tratados de Moral. Los consideran ilícitos por contrarios a la moral y en consecuencia ilícitos según el Derecho natural. Estos autores coinciden en afirmar la ilicitud de dichos trasplantes, argumentando el hecho de que los órganos del cuerpo humano tienen por finalidad el bien de ese cuerpo, y no el bien de los cuerpos de otros, situación por la cual el hombre no puede disponer de ellos ya que el hombre no es dueño de su propios miembros.

Uno de los autores que resume los diferentes argumentos en favor de la tesis de la licitud de los trasplantes de órganos pares es Van Kol(3). Bajo la condición de que el donante quede apto para llevar una vida verdaderamente humana y que haya necesidad o al menos gran utilidad por parte del receptor, los trasplantes de órganos pares son lícitos, por las siguientes razones:

a) La opinión que sostiene la mayor parte de la gente en el sentido de afirmar que este tipo de trasplantes son lícitos.

b) No existe destrucción de la función del órgano que permanece en el donante, si bien disminuye, y, la mitad trasplantada no queda privada de su función natural.

c) El donante, cuya integridad biológica no se lesiona gravemente, permanece apto para llevar una vida verdaderamente humana.

Las razones antes expuestas son ciertamente muy convincentes, sin embargo presentan puntos poco claros. Ciertamente es que la opinión común de la gente se inclina a admitir la licitud de los trasplantes de órganos pares, pero generalmente se refiere a tan sólo algunos trasplantes (riñón, por ejemplo), y es mucho más dubitativa en cuanto se comienza a poner distintos ejemplos (pulmón, brazo, pierna, etc.); por otra parte, tratándose, no de principios primarios de Derecho natural, sino de conclusiones bastante alejadas de estos principios, la opinión común suele tener poco valor (4).

Sólo son aceptables las razones expuestas en los incisos a) y b), aunque su formulación no sea muy adecuada: una cosa es la perfección que el hombre consigue a través del cumplimiento de actos arduos y de elevada solidaridad y otra cosa es comparar la perfección física con la perfección moral. La razón última de la licitud no está en que se pierda en integridad física y se sea más plenamente hombre en sentido moral, sino en el cumplimiento de acciones de conformidad con la ley natural.

El problema de fondo en relación a la licitud de los trasplantes de órganos de vivo a vivo consiste en determinar si es o no intrínseca o esencialmente inmoral la mutilación.

En resumen podemos decir que para que el trasplante de órganos de vivo a vivo sea lícito es necesario:

a) Que no haya simple traslado de daño; no es lícito restablecer la integridad corporal de una persona, a base de que se quede mutilada otra; así, por ejemplo, no es lícito trasplantar un riñón de una persona a otra, para que esta última pueda gozar de dos riñones.

b) Que el donante pueda llevar una vida prácticamente normal después del trasplante, aunque precise de algunas cautelas.

c) Que sea necesario para la salud del receptor o cuando menos de suma utilidad para su desenvolvimiento; en otras palabras, que haya proporcionalidad entre el daño causado al donante y el bien que con esto se deriva para el receptor.

d) Que sea imposible acudir a otros medios distintos del trasplante.

e) Que no sea un acto de venta, sino de solidaridad, aunque ello no excluya, en determinados casos, una cierta compensación por daños.

Por último, podemos decir -por lo que a los órganos respecta- que si estos trasplantes son lícitos, no quiere decir que sean deseables ni técnicas terapéuticas que no deban revisarse. Es por esto que podemos afirmar que la propia ley natural aunque los permita, exige que se mejoren cada vez más otros procedimientos, entre ellos los trasplantes de muerto a vivo.

Cabe aquí aplicar la distinción entre órganos y miembros del cuerpo humano, ya que lo que se ha precisado con respecto de los órganos no es aplicable de ninguna manera a los miembros (brazos, piernas, manos, pies). Existe, en primer término una desproporción entre el daño que se causa en el donante y el bien que recibe el receptor. En segundo término, afectan más fuertemente al desarrollo de las actividades normales de la persona. Por último, existe una diferencia notable en cuanto a su calificativo de órgano par. Mientras el órgano doble o par forma una unidad funcional completa, en los miembros pares hay complementariedad, pero no unidad funcional perfecta; en realidad no forman un miembro doble o par, sino dos miembros distintos de funcionalidad complementaria. El trasplante de miembros pares no es lícito.

5.6 DETERMINACION DE LA MUERTE.

Antes de iniciar el estudio de los trasplantes de órganos obtenidos de cadáveres de seres humanos, es necesario hablar de la muerte, como presupuesto básico para que puedan efectuarse este tipo de trasplantes.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, a continuación pasaremos a abordar el por demás apasionante tema de la muerte, enfocándolo desde dos puntos de vista, a saber:

a) Punto de vista médico.

b) Punto de vista legal.

a) La muerte desde el punto de vista médico: Desde esta perspectiva, podemos definir a la muerte como el cese de la función del organismo como un todo, sin esperanza de recuperación. El cese del funcionamiento del organismo como un conjunto no supone el de cada una de las células, de los tejidos y de los órganos que los componen, por el contrario, estos sobreviven al cuerpo por períodos de tiempo que son variables. Así, encontramos a las neuronas como las células más sensibles del organismo. En ellas, la muerte se verifica tan sólo unos cuantos minutos después de que cesa la función cardíaca. Por lo que toca al corazón y a los riñones, estos pueden sobrevivir por seis horas o más, el hueso y el cartilago por un tiempo mayor (5).

Lo anterior nos muestra la clara posibilidad de que se efectúen trasplantes de órganos o injertos de tejidos de un cadáver a un ser humano vivo.

A continuación habremos de referirnos al diagnóstico de la muerte desde el punto de vista que nos ocupa. Diremos que cuando como

consecuencia de una enfermedad sobreviene la muerte, no se instaura de manera súbita y resulta difícil determinar el momento exacto en que aquella se verifica. La interrupción o cese de la actividad cardíaca y de la respiración no son signos decisivos de la muerte, ya que pueden cesar por un breve tiempo y sin embargo conseguirse la reanimación de la persona si se observan medidas terapéuticas energéticas.

Por lo anterior, podemos decir que el criterio más seguro para la determinación del momento exacto de la muerte lo constituye la muerte del cerebro. En este orden de ideas, J. Teijeira (6) nos indica que los criterios para el diagnóstico objetivo de la muerte están relacionados con el registro de la actividad eléctrica del cerebro por medio del electroencefalograma. La ausencia de actividad metabólica en las neuronas lleva consigo la desaparición de la actividad eléctrica. Como consecuencia de lo anterior, las ondas del electroencefalograma desaparecen, y se ven sustituidas por una línea isoelectrónica. Así, la falta de oxígeno, conocida como anoxia, cuando se prolonga más allá de un límite crítico, de unos cuantos minutos, trae como consecuencia lesiones cerebrales irreversibles, hasta que se llega a la alteración encefálica total, en cuyo caso el electroencefalograma queda plano indefinidamente.

Por otra parte, hay que decir que los médicos, los biólogos y los teólogos que han estudiado el problema en torno a la determinación de la muerte, coinciden en afirmar que el órgano imprescindible para integrar todas las funciones vitales, incluidas

las manifestaciones del espíritu y del alma que anima el cuerpo, es el cerebro. Esto quiere decir que cuando el cerebro esté irreversiblemente muerto ha muerto también la persona.

Cabe aquí aclarar que la irreversibilidad de la muerte del cerebro como órgano es distinta de la pérdida reversible de sus funciones, tal y como ocurre en el caso de las situaciones de coma. Para estar en posibilidad de hablar de muerte cerebral deben haberse perdido todas las funciones del cerebro, es decir, todo el órgano debe haber fallecido.

Las situaciones de coma implican una reducción más o menos brusca de la eficiencia de las funciones cerebrales, y de manera selectiva de las funciones de conciencia vigil, que fundamentan la relación de la persona con el medio que la rodea.

Cualquier situación de coma, ya sea que se produzca como consecuencia de una enfermedad primitiva del cerebro, o bien, en virtud de un proceso patológico inicialmente extracerebral, expresa de manera muy clara su gravedad, dependiendo de la medida en que afecte las funciones de conciencia vigil.

La conciencia vigil, a la cual hemos venido haciendo referencia, comprende en primer término las perceptividades, que constituyen funciones ejecutadas por la corteza de los hemisferios cerebrales, y que se adquieren a lo largo de un proceso de aprendizaje, y, en segundo término, las reactividades, que son funciones integradas por

debajo de la corteza cerebral (principalmente a nivel del llamado tronco encefálico) y que son innatas (vgr. la reactividad motriz frente al dolor, que se manifiesta a través de un grito, de un gemido, de retirar la parte estimulada).

Por otra parte, y continuando con el tema de la situación de coma, hay que distinguir entre coma superficial, coma simple y coma profundo, distinción que resulta de gran importancia en relación al diagnóstico de la muerte cerebral. En el coma superficial persisten algunas de las perceptividades más elementales, en el coma simple, persiste la reactividad motriz al dolor, y en el coma profundo no existe otra actividad más que la reacción vegetativa al dolor.

En el momento en que se pierde la reacción vegetativa al dolor, entramos en la llamada aconciencia, situación necesaria pero insuficiente para poder definir la muerte cerebral. Para poder hablar de la aconciencia, también conocida como coma sobrepasado, es necesario que existan, además de la aconciencia misma, las siguientes condiciones:

- 1.-Pérdida de la respiración espontánea.
- 2.-Caída paulatina de la tensión arterial.
- 3.-Disfusión de la termoregulación, de la capacidad de mantener la temperatura del cuerpo.
- 4.-Pérdida de los reflejos córneos y de la reacción de contracción de las pupilas a la luz, las cuales permanecen fijamente dilatadas.

5.-Desaparición de las ondas bioeléctricas en el registro del electroencefalograma.

De todos los puntos anteriores, el más debatido y crucial es el del registro cerebral isoelectrico. Lo más lógico sería considerar que cuando desaparece totalmente la actividad eléctrica del cerebro ha cesado la función, probablemente de una forma irreversible. No obstante lo anterior existen casos en los que durante horas e inclusive días se puede encontrar una línea isoelectrica del electroencefalograma, que luego regresa a la normalidad. Es por esto que se exige que el electroencefalograma isoelectrico, es decir, el silencio electrocerebral, se mantenga durante diez horas y sea repetido cada dos horas. Se han realizado estudios en los cuales se ha encontrado que después de veinticuatro horas de un electroencefalograma isoelectrico se recuperó la función cerebral, lo cual significa que en este tipo de casos, aun y cuando sean excepcionales, la información que nos proporciona el electroencefalograma no es suficiente.

En virtud de lo anterior, será necesario analizar los factores que han provocado el trastorno, debido a que en esos casos excepcionales, como lo serian los supuestos de intoxicaciones ocasionadas por algunos barbitúricos, el enfermo puede llegar a recuperarse aun algunas horas despues de trazado plano del encefalograma como ya habiamos señalado. Aparte de estos casos podemos decir que es suficiente con la obtencion sistematica del registro durante 24 horas, o para mayor seguridad durante 48 horas,

contadas a partir de la aparición del electroencefalograma plano, para afirmar que el cuerpo de una persona ha adquirido las características propias de un cadáver.

Por todo lo anterior y para evitar cualquier posibilidad de error al valorar el electroencefalograma plano, se deberán de acompañar a esta valoración los signos a los que hemos hecho referencia al hablar de la aconciencia.

Para concluir este primer inciso en el que abordamos diversas consideraciones médicas, hay que resaltar el hecho de que en la actualidad se encuentra en vías de desarrollo una nueva técnica para el diagnóstico preciso de la muerte, y que se basa en el estudio de la circulación cerebral por medio de la inyección intravascular de un radioisótopo que, cuando la circulación cesa después de la muerte, produce un patrón de radiactividad cerebral diferente del observado en vida.

b) Desde el punto de vista legal, nuestra Ley General de Salud incorpora en su articulado algunas disposiciones que nos ayudan a determinar el momento en que se verifica la muerte de una persona, así como diversas disposiciones que se refieren a los trasplantes de órganos obtenidos de cadáveres, estas últimas las analizaremos en el siguiente apartado, para tratar en el presente inciso únicamente aquellas que se refieren o que giran en torno a la determinación de la muerte.

Las disposiciones a que habremos de referirnos guardan una estrecha relación con las consideraciones de orden médico que apuntamos en el inciso anterior. En efecto, en este tema es necesario que el derecho, y más en concreto el legislador, se apoye en los conocimientos y avances de la ciencia médica, ya que de no hacerlo se correría el riesgo de cometer graves injusticias en torno a las personas que estuviesen en peligro de muerte, y no sólo eso, sino que se estaría dejando desprotegido el derecho más esencial para cualquier individuo, que es el derecho a la vida, de cuya importancia ya hemos hablado con anterioridad en el presente trabajo.

Así, la determinación legal de la muerte, debe de coincidir con la determinación de la muerte desde el punto de vista médico en virtud de que es la ciencia de la medicina la que tiene en su haber la posibilidad de aportar los datos más exactos en torno al problema que nos ocupa.

En este orden de ideas, el artículo 117 de la Ley General de Salud establece que para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V. La atonía de todos los músculos;

VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;

VII. El paro cardiaco irreversible, y

VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

Por su parte, el artículo 318 del ordenamiento que nos ocupa establece que la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior o de aquellos en los que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las primeras cuatro fracciones de dicho artículo, además de las siguientes circunstancias:

I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estimulo alguno dentro del tiempo indicado, y

II. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia.

Si antes de ese término se presentare un paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante.

Del análisis de los artículos antes transcritos se aprecia con claridad la concordancia que existe entre los mismos y lo que dispone o establece la ciencia médica en torno a la muerte.

Por otra parte hay que resaltar el último párrafo del artículo 318 que preceptúa que la certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante. Esto constituye otro gran acierto de nuestro legislador, ya que evita que entren en juego al momento de certificar la muerte de una persona intereses que podrían traer como consecuencia la emisión de un dictamen parcial, ya que el médico que formara parte del cuerpo técnico señalado podría encontrarse presionado por las personas a quienes interesara el trasplante o bien emitir un dictamen en beneficio de sus propios intereses.

Por otra parte, el artículo 339 de la Ley General de Salud establece que los cadáveres deberán de inhumarse, incinerarse o embalsamarse entre las doce y cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la autoridad sanitaria competente o por disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial.

De la lectura del artículo anterior se observa su concordancia con lo que establecimos en los puntos de vista médicos en torno a la

muerte, por lo que respecta al plazo para establecer con toda seguridad la muerte de una persona.

Con lo anterior concluimos lo relativo al tema de la determinación de la muerte, y con esto dejamos sentadas las bases para poder entrar al análisis de los trasplantes de órganos obtenidos de cadáveres, mismos que a continuación pasamos a tratar.

5.7 TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS OBTENIDOS DE CADAVERES.

Para abordar el estudio del presente tema señalaremos que todos los autores están de acuerdo en que los trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres son lícitos siempre y cuando se observen y cumplan las leyes que para el caso se establezcan y que se respeten las exigencias de la ley natural , que prohíbe considerar y tratar el cadáver de un hombre simplemente como una cosa o como si fuese el cadáver de un animal (7). A efecto de que la disposición de órganos o tejidos del cadáver pueda llevarse a cabo, será necesario contar con la autorización que en vida hubiese otorgado el donador o con la de los parientes en caso de no existir la primera. En todo caso el problema moral que podríamos encontrar en torno a este tipo de trasplantes será el de la certeza en la determinación de la muerte del donante, por lo que habrá de tenerse especial cuidado en este punto como ya lo señalábamos al referirnos al tema de la determinación de la muerte.

Por otra parte, Javier Hervada nos dice que el cadáver ya no es, en el sentido de la palabra un sujeto de derechos, de tal forma que la extirpación de un órgano no constituye en él privación de un bien. Los órganos no poseen en el cadáver el carácter de bienes porque ya no le sirven ni hacen relación a ningún fin (8).

En todo caso los problemas que se nos presentan en torno a los trasplantes que nos ocupan son dos:

a.-El problema de la certeza en la determinación de la muerte, como ya lo apuntábamos con anterioridad; y

b.-Que exista una autorización otorgada en vida por el donador o disponente originario, o que exista autorización de sus parientes o disponentes secundarios.

Por lo que respecta a la certeza en la determinación de la muerte, remitimos al lector al punto 3.6 del presente Capítulo en el que tratamos dicho tema. Por otra parte y por lo que respecta a la autorización para la disposición de órganos o tejidos obtenidos del cadáver, el artículo 325 de la Ley General de Salud establece que cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento de los disponentes secundarios; excepto cuando la autoridad competente ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

Ahora bien, para dejar claro lo que se debe de entender por disponente originario y por disponentes secundarios, a continuación citamos los artículos 315 y 316 de la Ley General de Salud y los artículos 11 y 13 del Reglamento correspondiente:

a) **Disponente Originario:** Se considera como tal, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo (art.315 L.G.S. y art.11 del Reglamento).

b) **Disponente Secundario:** Se considera como tal a las siguientes personas (art.316 L.G.S. y art.13 del Reglamento):

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

b.2 A falta de los anteriores, será disponente secundario la autoridad sanitaria;

b.3 El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones:

b.4 La autoridad judicial;

b.5 Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

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

b.7 Los demás a quienes la Ley General de Salud u otras disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Por otra parte, hay que señalar que de conformidad con los artículos 314 y 6o de la Ley General de Salud y del Reglamento, respectivamente, por cadáver debemos de entender el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida.

La pérdida de la vida se certifica mediante la comprobación previa de los signos de muerte a que se refiere el artículo 317 de la Ley General de Salud, a los que ya nos hemos referido en el tema anterior.

En el Capítulo III del Título Decimocuarto, la Ley General de Salud establece diversas disposiciones relativas a los cadáveres. La primera de estas disposiciones establece que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y que los mismos siempre deberán de ser tratados con respeto y consideración (art.336).

Posteriormente la Ley establece una clasificación de los cadáveres, diciendo que estos pueden ser:

- I. De personas conocidas, y
- II. De personas desconocidas.

Asimismo nos dice que los cadáveres que no sean reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores al fallecimiento de la persona y aquellos de los que se ignore su identidad, serán considerados como de personas desconocidas (art.337).

El artículo 62 del Reglamento establece que para que pueda llevarse a cabo cualquier acto de disposición de cadáveres, deberá de contarse previamente con el certificado de defunción, que será expedido una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas, por profesionales de la medicina o por personas autorizadas por la autoridad sanitaria competente.

Por su parte el artículo 28 del Reglamento establece que en el caso de trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de un cadáver, éste último deberá de reunir las siguientes condiciones previas al fallecimiento:

I. Haber tenido edad fisiológica útil para efectos de trasplante;

II. No haber sufrido el efecto deletéreo de una agonía prolongada;

III. No haber padecido tumores malignos con riesgo de metástasis al órgano que se utilice, y

IV. No haber presentado infecciones graves y otros padecimientos que pudieren, a juicio médico, afectar al receptor o comprometer el éxito del trasplante.

Por su parte, el Reglamento establece que la disposición de cadáveres de personas desconocidas estará sujeta a lo que señale el Ministerio Público (art.60).

El Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos o productos de los cadáveres de las personas conocidas o que hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición, de conformidad con las normas técnicas que al efecto emita la Secretaria y siempre que no exista disposición en contrario, a título testamentario, del disponente originario y se cuente con anuencia de los disponentes secundarios.

En el caso de cadáveres de personas conocidas en los cuales el Ministerio Público o la autoridad judicial hayan ordenado la práctica de la necropsia, su utilización con fines de investigación o docencia se realizará de conformidad con lo que el propio Reglamento establece, así como de acuerdo con lo que establezcan las normas técnicas correspondientes. Si la utilización del cadáver es con fines de trasplante, se estará a lo dispuesto por el artículo 325 de la Ley y se requerirá solicitud por escrito de la institución o banco de órganos y tejidos interesado, así como informar a la autoridad sanitaria (art.61 Reglamento).

5.8 LAS TRANSFUSIONES BANGUINEAS.

Una vez señaladas las diferencias más relevantes que existen entre los trasplantes y las transfusiones, consideramos conveniente señalar las disposiciones legales más importantes que se establecen en nuestra Ley y/o en el Reglamento correspondiente, y que se refieren específicamente a las transfusiones de sangre.

Cabe señalar que además de las disposiciones específicas que se analizarán a lo largo del presente apartado, a las transfusiones de sangre se les aplican además los artículos relativos a la disposición de tejidos que se contienen en la Ley General de Salud y en el Reglamento respectivo, y que serán analizadas en el Capítulo IV del presente trabajo.

Los requisitos que se observan en nuestro país para que una persona pueda donar sangre son los siguientes:

- a.-Tener entre 18 y 65 años de edad;
- b.-Tener un peso mayor a 50 kilogramos;
- c.-En el caso de mujeres, no estar embarazadas ni lactando;
- d.-Que el donador no tenga antecedentes de:
 - Hepatitis;
 - Enfermedad de Chagas, o
 - Brucelosis;
- e.-Que el donador no tenga antecedentes de haber padecido paludismo en los últimos tres años;
- f.-Que el donador no tenga antecedentes (en los últimos seis meses) de:

-Cirugía mayor;

-Parto;

g.-Que el donador no tenga antecedentes (en el último año) de:

-Acupuntura;

-Tatuajes, o

-Transfusión de sangre;

h.-Que sea un individuo clínicamente sano;

i.-Que tenga cifras mínimas de hemoglobina y/o hematrocito de conformidad con la tabla siguiente:

	<u>Masculinos</u>		<u>Femeninos</u>	
	Hb (g/dl)	Hct (%)	Hb (g/dl)	Hct (%)
A nivel del mar	13.0	42	12.5	40
A 2000 metros sobre el nivel del mar	14.5	44	14	42

El artículo 60. del Reglamento nos señala algunas definiciones de gran importancia, mismas que a continuación señalamos:

a) Aféresis: Es el procedimiento que tiene por objeto la separación de componentes de la sangre provenientes de un solo donante de sangre humana, mediante centrifugación directa o con máquinas de flujo continuo o discontinuo.

b) Banco de sangre: Es el establecimiento autorizado para obtener, recolectar, analizar, fraccionar, conservar, aplicar y proveer los componentes de la misma.

c) Banco de plasma: Es el establecimiento autorizado para fraccionar sangre obtenida de los bancos de sangre autorizados mediante el procedimiento de aféresis, y para la conservación del plasma que resulte.

d) Componentes de la sangre: Las fracciones específicas obtenidas mediante el procedimiento de aféresis.

e) Concentrados celulares: Las células que se obtienen de la sangre dentro de su plazo de vigencia.

f) Derivados de la sangre: Los productos obtenidos de la sangre mediante un proceso industrial, que tengan aplicación terapéutica, diagnóstica, preventiva o en investigación.

g) Disponente de sangre humana: La persona que suministra gratuitamente su sangre en cualquiera de las siguientes formas:

-A un paciente a solicitud del médico tratante o del establecimiento hospitalario, o

-Atendiendo a un llamado general y sin tener en cuenta a qué persona pueda destinarse, o bien sea utilizada para la obtención de componentes y derivados de la sangre.

h) Obtención de sangre: Actividades relativas a la extracción de sangre humana.

i) Plasma humano: El componente específico separado de las células de la sangre.

j) Puesto de sangrado: Establecimiento móvil o fijo que cuenta con los elementos necesarios exclusivamente para extraer sangre de disponentes de sangre humana y que funciona bajo la responsabilidad de un banco de sangre autorizado.

k) Receptor: La persona a quien se trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos.

l) Sangre: El tejido hemático con todos sus elementos.

m) Sangre humana transfundible: El tejido hemático recolectado en recipientes con anticoagulantes, en condiciones que permitan su utilización durante el tiempo de vigencia, de acuerdo al anticoagulante usado.

n) Servicio de transfusión: El establecimiento autorizado para el manejo, conservación y aplicación de sangre humana y sus componentes, obtenidos de un banco de sangre.

o) Transfusión: Es el procedimiento a través del cual se suministra sangre o cualquiera de sus componentes a un ser humano, solamente con fines terapéuticos.

Por otra parte, en el caso de la disposición de sangre, no es necesario que el disponente exprese su voluntad por escrito (artículo 39 del Reglamento). En el caso de las transfusiones de sangre no se establecen mayores formalidades en nuestra Ley y en el Reglamento, ya que como mencionamos, la transfusión no implica una mutilación en la persona del donador, si acaso implicará un debilitamiento en el mismo.

Por su parte, el artículo 332 de la Ley establece la prohibición general en el sentido de que la sangre no puede ser objeto de actos de comercio. Esta prohibición al igual que muchas otras establecidas en las leyes no se respeta en la práctica, en virtud de que existen infinidad de personas que se dedican al tráfico de sangre de la misma manera en que se trafica con los órganos. Las consecuencias de este tipo de actividades son terribles, si tomamos en cuenta las enfermedades tan graves que pueden adquirirse por el receptor al que se le transfunde sangre contaminada (ejemplo de esto lo encontramos en las transfusiones de sangre cuando el donador tiene o tuvo hepatitis, cuando está infectado por el SIDA, etc.). El artículo también nos dice que la sangre humana sólo podrá obtenerse de voluntarios que la proporcionen gratuitamente. Es realmente difícil controlar este tipo de prácticas, más aun si se tiene en cuenta la

cantidad de personas que por un poco de dinero estarian no sólo dispuestas a comerciar con su sangre sino también con sus propios órganos. Es por esto que consideramos que el derecho debe de regular estas prácticas, no debe de apartarse de situaciones que en la vida cotidiana se dan cada vez con mayor frecuencia, por el contrario, debe de tratar de regularlas en la medida de lo posible, estableciendo los limites que en su caso deben de observarse, así como las sanciones que en su caso procedan en contra de los que infrinjan lo dispuesto.

Abrimos aquí un paréntesis para referirnos a la cesión de órganos o a la donación de sangre a título oneroso. Como ya apuntábamos, existen personas que movidas por la necesidad de obtener un poco de dinero a cambio, están dispuestas a ceder su sangre, y mas aún alguno de su órganos, a otros que están dispuestos a pagar el precio que sea necesario para obtenerlos. Asi las cosas, este tipo de prácticas se llevan a cabo dia a dia con mayor frecuencia, y es por esto que cabe preguntarnos qué consecuencias juridicas se derivan de ellas.

Asi, por lo que respecta a la cesión de órganos a título oneroso. podemos decir que cuando pueda considerarse que el perjuicio sufrido por la persona que cede el órgano queda compensado con el beneficio que reporta tal cesión, el acto, por si, es legitimo, y no puede ser prohibido por la ley. Como consecuencia de lo anterior, la ilicitud o inmoralidad de dicho acto, en caso de que ésta exista, deberá provenir del contrato como tal, y de la prestación dineraria.

Hay que reconocer que en los contratos bilaterales y onerosos las prestaciones deben de compensarse y jamás se compensará la entrega de alguno de los órganos que contribuyen a la conservación de la vida, que contribuyen a nuestra vida sensitiva y racional, con una cantidad de dinero, por más elevada que ésta sea.

En tal sentido, jamás podrá exigirse, a quien ha pactado la cesión de uno de sus órganos a cambio de una cantidad mayor o menor de dinero, cumplir su compromiso. La obligación asumida por dicha persona no pasará de ser natural, pero, en principio, si bien este tipo de pactos pueden ser regulados por la ley, con el objeto de evitar que se salgan de los cauces señalados, consideramos que no debe de prohibirlos, así como también consideramos que la persona que ha dado su órgano debe de tener la acción correspondiente para exigir del otro contratante el pago de la cantidad convenida, sea o no considerada como precio.

Así, ya sea que este tipo de practicas sean calificadas como un auténtico contrato de compraventa, o como cualquier otro tipo de contrato oneroso, o como un simple juego de donaciones aceptadas, las conclusiones a las que tendremos que llegar, serán siempre las mismas:

-La imposibilidad de exigir del "vendedor" la prestación o cumplimiento de su compromiso;

-La facultad de dicho "vendedor" de exigir el pago del precio concertado en caso de cumplir con su compromiso.

Por otra parte y por lo que respecta al comercio de sangre, podemos decir que la sangre extraída de un hombre es repuesta por su propio organismo. El cuerpo humano trabaja para que este vital líquido circule en cantidad siempre constante por las venas. Así, a una persona con una buena complexión física, no tiene por que perjudicarle la extracción de cantidades moderadas de sangre.

Es por esto que el derecho no puede prohibir la enajenación de sangre, cuando esta no perjudica a la persona que la otorga. Así, la sangre puede ser considerada como un producto orgánico, e incluso podría llegar a equipararse a un fruto del cuerpo del hombre, una vez que se ha desprendido del mismo, ya que mientras permanezca en sus venas, la sangre es parte de la persona.

En otro orden de ideas, y cerrando el paréntesis que hemos hecho, el artículo 330 de la Ley establece que la extracción de la sangre humana con fines terapéuticos, su análisis, fraccionamiento en sus diferentes componentes, conservación y aplicación, estarán a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión que se instalarán y funcionarán de acuerdo con las disposiciones aplicables y previa autorización de la Secretaría de Salud. Asimismo, el artículo que nos ocupa establece el hecho de que la sangre será considerada como tejido.

Por otra parte y para poder ejercer el control sanitario de las transfusiones sanguíneas que se llevan a cabo en el territorio

Nacional, la Secretaría de Salud cuenta con los llamados Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones (artículo 313 Ley General de Salud). Para mayor abundamiento en lo que respecta a los Registros que nos ocupan, remitimos al lector al punto 4.6 del Capítulo IV del presente trabajo.

Por último, el Reglamento establece en sus artículos 40 a 55 diversas disposiciones en torno al funcionamiento de los bancos de sangre, así como disposiciones relativas al manejo de la sangre en hospitales, establecimientos industriales que obtengan derivados de la sangre, etc. Las referidas disposiciones no se tratarán en el presente trabajo ya que nos estaríamos saliendo de nuestro tema central, por lo que únicamente hemos hecho referencia a las de mayor relevancia para los fines que nos ocupan.

PIES DE PAGINA

CAPITULO V

- (1)Hervada, Javier,op.cit., pág.196.
- (2)Hervada, Javier,op.cit., pág.197.
- (3)Hervada, Javier,op.cit., pág.245.
- (4)Hervada, Javier,op.cit., pág.245.
- (5)GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, Tomo XVIII. Persona. Editorial RIALP, S.A. Madrid. 1974., pág. 396.
- (6)Idem, pág. 396.
- (7)GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, Tomo XVIII. Editorial RIALP, S.A. Madrid. 1974., pág. 734.
- (8)Hervada, Javier, La Nueva Ley sobre Trasplante de Organos, Persona y Derecho, Tomo VII, 1980, pág. 230.

C A P I T U L O VI

LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

6.1 INTRODUCCION.

El propósito del presente Capítulo será el de conocer las disposiciones más importantes que se contienen en la Legislación Mexicana, en relación a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Asimismo haremos referencia a los antecedentes inmediatos de nuestra legislación actual, con el objeto de estar en posibilidad de conocer los cambios que se han dado en torno al presente tema, y con esto poder determinar si es que en realidad ha existido un avance en la regulación de los trasplantes de órganos.

6.2 ANTECEDENTES INMEDIATOS.

Las primeras disposiciones que regulan los trasplantes de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, aparecen contenidas en el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos del 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de marzo de 1973.

Por otra parte encontramos al Reglamento Federal para la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de

1976, que constituye el antecedente inmediato de nuestro Reglamento actual.

El referido reglamento consta de once capítulos, siendo los más importantes para efectos del presente trabajo los siguientes:

Capítulo II.-Del Consejo Nacional de Trasplantes de Organos y Tejidos Humanos.

Capítulo III.-Del Registro Nacional de Trasplantes.

Capítulo IV.-De las Donaciones y Trasplantes de Organos y Tejidos.

Capítulo V.-De las Condiciones y Requisitos del Donador y del Receptor.

Capítulo VI.-De los Bancos de Organos y Tejidos.

Capítulo VIII.-De la Disposición de los Cadáveres Utilizables.

Por su parte, el Código Sanitario regula en su Título Decimo, en un Capítulo Unico, lo relativo a la disposición de organos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

A continuación nos permitimos presentar una síntesis de las disposiciones más relevantes que se contienen en el Código y en el Reglamento referidos:

Para empezar diremos que el artículo 10o. del Reglamento establece que la donación de organos y tejidos para trasplante será siempre gratuita.

Por su parte, el artículo 25 de dicho Reglamento, establece que se entiende por donación la cesión gratuita, voluntaria y revocable por quien la hizo, de órgano o tejido hecha por persona física. Esta donación puede ser efectuada para que en vida se disponga del órgano o tejido, o para que en caso de muerte, se tomen de su cadáver para su uso posterior; en este último caso, la donación no podrá ser revocada por los familiares.

El Código establece que los trasplantes en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos, cuando el resultado de la investigación de aquellos haya sido satisfactorio, represente un riesgo aceptable para la salud y la vida de quienes den y reciban, así como elevadas probabilidades de éxito terapéutico (art.198).

Por su parte, el artículo 199 del referido ordenamiento establece un principio de preferencia, ya que preceptúa que la obtención de órganos o tejidos de seres humanos vivos, para trasplante, sólo podrá realizarse cuando no sea posible, por cualquier circunstancia, utilizar órganos obtenidos de cadáveres.

El artículo 200 del Código, prohíbe realizar el trasplante de un órgano único, esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo. Dicho trasplante, en términos del artículo 27 del Reglamento, sólo podrá hacerse obteniendo el órgano de un cadáver.

Asimismo, el artículo 24 del Reglamento establece los requisitos que debían de reunir los trasplantes de un órgano par o de un tejido de un ser humano vivo a otro. Estos requisitos son los siguientes:

I. Que la donación se haga en forma gratuita;

II. Que el donante manifieste libremente su voluntad, sin coacción alguna, física o moral;

III. Que conste por escrito en forma expresa y sin lugar a dudas la voluntad del donante, quien deberá suscribir el documento en presencia de dos testigos idóneos, y

IV. Que el donador en el momento del trasplante no esté privado de su libertad o sea incapaz mental o se encuentre en estado de inconsciencia o sea menor de edad y siendo mujer no esté embarazada.

Los artículos 29 y 33 del Reglamento establecen lo que se debe de entender por donador y receptor para efectos de trasplantes:

a) Donador.- Es el ser humano vivo, capaz, que no se encuentre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 203 del Código Sanitario, que libremente disponga de un órgano par o tejido no esencial para la conservación de la vida para efectos de trasplantes entre vivos o, que ordene que a su muerte, se tomen de su cadáver (art.29).

b) Receptor.- Es el ser humano vivo a quien se le trasplantará un órgano o tejido procedente de otro ser humano vivo o de cadáver (art.33).

Por su parte, el artículo 203 del Código Sanitario establece que las personas privadas de su libertad, los incapaces mentales, las que se encuentren en estado de inconsciencia, las mujeres embarazadas y los menores de edad, en ningún caso podrán dar órganos o tejidos.

Por otra parte, el artículo 25 del Reglamento establece que el trasplante de órgano o tejido de cadáver de humano o ser humano vivo requiere:

I. Haberse cumplido con las fracciones I, II y III del artículo citado en el párrafo anterior.

II. Para el caso de no haberse llenado lo prescrito en las fracciones II y III del artículo antes citado, contar con la autorización del familiar más cercano en el momento de la muerte.

-Por lo que respecta a los requisitos que deben de reunir el donador y el receptor, los artículos 31 y 35 del Reglamento establecen lo siguiente:

ARTICULO 31.-El donador vivo deberá:

I.- Tener mas de 18 años y menos de 60;

II.- Tener dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;

III.-Tener compatibilidad con el sujeto receptor de conformidad con las pruebas médicas;

IV.- De preferencia, ser pariente en primer grado del receptor;

V.- Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su

caso, para el donador y las probabilidades de éxito para el receptor,
y

VI.- Haber dado su autorización por escrito para el trasplante.

ARTICULO 35.-El receptor deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Sufrir un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio del trasplante;

II.- No presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran con el éxito del trasplante;

III.-De preferencia, no haber alcanzado la edad de sesenta años;

IV.- Tener un estado de salud físico y mental, capaz de tolerar el trasplante y su evolución;

V.- Haber otorgado su consentimiento para el trasplante;

VI.- Ser compatible con el sujeto donador, y

VII.-De preferencia, ser pariente en primer grado del donador.

-Por lo que respecta a los trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres, encontramos las siguientes disposiciones:

El artículo 64 del Reglamento establece que se entenderá por cadáver los restos de la persona física, en la que se haya comprobado la pérdida de la vida. Continúa diciendo que los cadáveres no pueden ser objeto de apropiación o propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración.

Por su parte, el artículo 69 del Reglamento establece que para la utilización de un cadáver con fines de trasplante, investigación o

docencia se requiere del consentimiento no revocado de la persona en vida, así como el permiso del familiar más cercano en el momento de la muerte, independientemente de su grado de parentesco.

Por otra parte, el artículo 32 del Reglamento establece que el cadáver objeto del trasplante, deberá de reunir los siguientes requisitos previos a la muerte:

I.- Haber tenido edad fisiológica útil para efectos del trasplante;

II.- No haber sufrido el efecto deletéreo de una agonia prolongada;

III.-No haber padecido tumores malignos con riesgo de metástasis al órgano que se utilice;

IV.- No haber presentado enfermedades graves u otros padecimientos que pudieren, a juicio médico, afectar al sujeto receptor o comprometer el éxito del trasplante.

Con esto, terminamos con la exposición de los artículos más relevantes de los ordenamientos que se erigen en los antecedentes inmediatos de nuestra legislación actual en materia de trasplantes de órganos y tejidos obtenidos ya sea de seres humanos vivos o de cadáveres, para pasar a analizar los preceptos que en la actualidad regulan la materia.

6.3 LEGISLACION ACTUAL.

En la actualidad, los trasplantes de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos se regulan en nuestro ordenamiento jurídico por una ley y por el reglamento correspondiente, a saber:

a) Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984. Esta Ley entra en vigor el 10 de julio de 1984 y deroga al Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, a excepción de las disposiciones que conforme a la nueva Ley sean materia de salubridad local hasta en tanto no se expidan las leyes de salud locales correspondientes. Asimismo, con la Ley General de Salud, se derogan todas las demás disposiciones legales que se opongan a las por ella establecidas.

b) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de seres Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de febrero de 1985. Este Reglamento abroga al anterior Reglamento Federal para la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, así como al Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de la Sangre y al Reglamento Federal de Cementerios, Inhumaciones, Exhumaciones, Conservación y Traslación de Cadáveres. Asimismo, el Reglamento que nos ocupa deroga a todas aquellas disposiciones administrativas que se le opongan.

El Título Decimocuarto de la Ley General de Salud regula lo relativo al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Este Título consta de los siguientes Capítulos:

Capítulo I.-Disposiciones Comunes (arts.313 al 320).

Capítulo II.-Organos y Tejidos (arts.321 al 335).

Capítulo III.-Cadáveres (arts.336 al 350)

A continuación habremos de referirnos a algunas de las disposiciones contenidas en la Ley General de Salud y en el Reglamento, indistintamente.

-Para empezar, diremos que es competencia de la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos . Para poder cumplir con esta función, la Secretaria tendrá a su cargo los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones (art.313 L.G.S.). Por su parte, la aplicación del Reglamento compete a la mencionada Secretaría y en su caso los gobiernos de los estados podrán participar en la prestación de los servicios a que el mismo se refiere, en los términos de los acuerdos de coordinación que suscriban con dicha Secretaría (art.3 Reglamento).

-Por otra parte, encontramos tanto en la Ley (art.314) como en el Reglamento (art.6o) algunas definiciones que a continuación transcribimos:

ART.314.-Para efectos de este titulo, se entiende por:

I. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;

II. Cadáver: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;

III. Células Germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

IV. Pre-Embrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

V. Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la decimosegunda semana gestacional;

VI. Feto: El producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

VII. Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función;

VIII. Organó: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico;

IX. Producto: Todo tejido o substancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este titulo, la placenta y los anexos de la piel, y

X. Destino Final: La conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos.

ART. 6o.-Para los efectos de este reglamento, se entiende por:

II. Banco de órganos y tejidos: Todo establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservación y suministro terapéutico;

X. Disponible: Quien autorice, de acuerdo con la ley y este reglamento, la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres;

XX. Receptor: La persona a quien se trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos.

- Ya en el artículo anterior el Reglamento nos indica lo que se debe de entender por Disponible, pero además de esto, tanto dicho Reglamento como la Ley, establecen que pueden haber dos tipos de disponibles:

a) Disponible Originario: Se considera como tal, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo (art.315 L.G.S. y art.11 del Reglamento).

b) **Disponente Secundario:** Se considera como tal a las siguientes personas (art.316 L.G.S. y art.13 del Reglamento):

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

b.2 A falta de los anteriores, será disponente secundario la autoridad sanitaria;

b.3 El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones:

b.4 La autoridad judicial;

b.5 Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

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

b.7 Los demás a quienes la Ley General de Salud u otras disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

- Por otra parte es importante señalar que de conformidad con el artículo 21 del Reglamento, la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos será siempre a título gratuito.

- El Reglamento que nos ocupa prohíbe en su artículo 22 el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito. La presente prohibición es de gran relevancia, al grado de que nos lleva a recordar el enorme problema que existe en la actualidad en nuestro país y en el mundo entero, y que se refiere al tráfico de órganos. Este problema nos lleva a plantear la necesidad de que se establezcan en nuestra legislación penal sanciones y penas muy fuertes para aquellas personas que se dedican a esta actividad por demás inhumana y criminal.

- Asimismo, el Reglamento establece en su artículo 23 que el trasplante de un órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver. Para efectos de dicho reglamento, los ojos son considerados como un órgano único.

6.4.-TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS ENTRE SERES HUMANOS VIVOS.

A continuación veremos algunas de las disposiciones que se establecen en relación a los trasplantes de órganos y tejidos, practicadas entre seres humanos vivos:

a) Los trasplantes de órganos y tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos podrá llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hubiesen sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable

para la salud y la vida del donante originario y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico (art.321 L.G.S.).

Cabe hacer notar que cuando por virtud de los avances de la ciencia el trasplante sea inútil o no se esté en el caso del artículo anterior, la Secretaría de Salud podrá declararlo así y al publicar esa resolución en la Gaceta Sanitaria, los bancos de órganos y tejidos y las instituciones hospitalarias deberán abstenerse de realizar operaciones en relación con el trasplante materia de la resolución (art.35 Reglamento).

b) El artículo 322 de la Ley General de Salud establece un principio de preferencia : "Salvo tratándose de la sangre o de sus componentes, la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente de cadáveres".

c) Por lo que respecta a la selección del donante originario y del receptor de órganos o tejidos para trasplante o transfusión, ésta se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que establezca la Secretaría de Salud (art.323 L.G.S.).

En el caso de trasplantes no será admisible la selección por un solo médico (art.17 Reglamento).

d) Tratándose de trasplantes entre vivos, el disponente originario del que se tomen órganos y tejidos deberá:

I. Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta;

II. Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;

III. Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas;

IV. Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, así como las probabilidades de éxito para el receptor, y

V. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un notario.

Tratándose de trasplantes de médula ósea, la Secretaría de Salud podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito a que se refiere la fracción I antes mencionada.

e) Para que pueda llevarse a cabo la toma de órganos y tejidos, será necesario que exista el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario. El consentimiento deberá de manifestarse libre de coacción física o moral y deberá de otorgarse ante notario o bien ante dos testigos idóneos, y en su caso deberá de reunir las demás formalidades que señalen las demás disposiciones aplicables.

Solamente en el caso de la sangre no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito.

Es de gran importancia señalar el hecho de que el consentimiento manifestado por el disponente originario podrá revocarse por él mismo en cualquier momento, y sin que por esto se establezca ninguna responsabilidad a su cargo. En caso de que el disponente originario no hubiese revocado su consentimiento en vida, no tendrá validez la revocación que en su caso efectúen los disponentes secundarios, a los que ya nos hemos referido en párrafos anteriores (art.324 L.G.S. y art.12 del Reglamento).

En este orden de ideas, el artículo 9o del Reglamento, establece que en ningún caso se podrá disponer de órganos, tejidos, productos y cadáveres, en contra de la voluntad del disponente originario. Con esto queda resaltada aún más la importancia del consentimiento por parte del disponente originario.

Continuando con el tema del consentimiento, el artículo 326 de la Ley General de Salud, establece que no será válido el consentimiento otorgado por:

- I. Menores de edad;
- II. Incapaces, o
- III. Personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente.

- Existen dos casos contemplados por los artículos 327 y 328 de la Ley General de Salud en los que el consentimiento del disponente originario se encuentra condicionado a la existencia de diversas circunstancias. El primero de ellos se actualiza cuando el

consentimiento provenga de una mujer embarazada, en este caso, el consentimiento sólo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos:

1.-Cuando el receptor se encuentre en peligro de muerte.

2.-Que no exista riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

El segundo caso se refiere a los disponentes originarios privados de su libertad. Estas personas podrán otorgar su consentimiento para la utilización de su órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario de que se trate.

- En todo caso, el documento en el que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, deberá contener:

I. Nombre completo del disponente originario;

II. Domicilio;

III. Edad;

IV. Sexo;

V. Estado civil;

VI. Ocupación;

VII. Nombre y domicilio del conyuge, concubina o concubinario, si tuviere;

VIII. Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos;

IX. El señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito, consiente en la disposición del órgano o tejido de que se trate, expresándose si esta disposición se entenderá hecha entre vivos o para después de su muerte;

X. Identificación clara y precisa del órgano o tejido objeto del trasplante;

XI. El nombre del receptor del órgano o tejido, cuando se trate de trasplante entre vivos, o las condiciones que permitan identificar al receptor si la disposición fuera para después de su muerte;

XII. El señalamiento de haber recibido información a su satisfacción sobre las consecuencias de la extirpación del órgano o tejido;

XIII. Nombre, firma y domicilio de los testigos cuando se trate de documento privado;

XIV. Lugar y fecha en que se emite, y

XV. Firma o huella digital del disponente (art.24 Reglamento).

- Del Receptor del trasplante: A continuación haremos referencia a las disposiciones del Reglamento que nos hablan de la figura del Receptor.

ART. 25.-El receptor de un órgano o tejido deberá de reunir los siguientes requisitos:

I. Tener un padecimiento que se pueda tratar de manera eficaz por medio del trasplante;

II. No presentar otras enfermedades que previsiblemente interfieran en el éxito del trasplante;

III. Tener un estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante y su evolución;

IV. Haber expresado su voluntad por escrito, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito, y

V. Ser compatible con el disponente originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido.

Por su parte, el artículo 26 del ordenamiento que nos ocupa, establece los requisitos que deberá reunir el escrito a que se refiere la fracción IV del artículo anterior:

I. Nombre completo del receptor;

II. Domicilio;

III. Edad;

IV. Sexo;

V. Estado civil;

VI. Ocupación;

VII. Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere;

VIII. Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos;

IX. El señalamiento preciso de que por su propia voluntad consiente en la realización del trasplante, y que fue enterado suficientemente del objeto y clase de la intervención y probabilidades de éxito terapéutico;

X. Firma o huella digital del receptor;

XI. Lugar y fecha en que se emite, y

XII. Nombre, firma y domicilio de los testigos si se trata de documento privado.

En el caso de que el receptor del trasplante no pueda expresar su voluntad para la realización del mismo, por causa de minoridad, de incapacidad o de imposibilidad física, podrán hacerlo en su nombre su cónyuge, concubinario, concubina, sus ascendientes, descendientes o sus parientes colaterales hasta el segundo grado, o bien, por sus representantes legales en el caso de que sea menor o incapaz, siempre y cuando hayan previamente recibido información completa sobre las probabilidades de éxito terapéutico. Independientemente de lo anterior, se deberán de cumplir los requisitos establecidos por el artículo 26 al que nos hemos referido con anterioridad, además de que se deberá de señalar el vínculo existente con el receptor.

Solamente en caso de urgencia para la realización del trasplante, el consentimiento a que nos hemos referido en el párrafo anterior podrá ser otorgado por la primera de las personas mencionadas que esté presente y, a falta de ello, por el Comité Interno de Trasplantes de la Institución hospitalaria de que se trate.

Por lo que respecta al comité interno a que hemos hecho alusión en el párrafo precedente, el artículo 34 del Reglamento nos señala que las instituciones que realicen trasplantes deberán de contar con un comité interno de trasplantes, que tendrá como funciones la de verificar que los trasplantes se efectúen con apego a la Ley General de Salud, al Reglamento y a las normas técnicas aplicables, que se

realicen con la máxima seguridad y con apego a los principios de ética médica, la de hacer la selección de donantes originarios y receptores para trasplante, la de brindar a los interesados toda la información en relación al procedimiento terapéutico a realizarse, y la de promover la actualización del personal que intervenga en la realización de dichos procedimientos.

El comité estará integrado por personal médico especializado en materia de trasplantes, quedará bajo la responsabilidad de la institución de la que forme parte, y su integración deberá ser aprobada por la Secretaría de Salud.

6.5.-TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS OBTENIDOS DE CADAVERES.

De conformidad con los artículos 314 y 60 de la Ley General de Salud y del Reglamento, respectivamente, por cadáver debemos entender el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida.

Por su parte, el artículo 317 de la Ley General de Salud, al que ya nos hemos referido anteriormente, establece que para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;

IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;

V. La atonía de todos los músculos;

VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;

VII. El paro cardíaco irreversible, y

VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior o de aquellos en los que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las primeras cuatro fracciones de dicho artículo, además de las siguientes circunstancias:

I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado, y

II. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia.

Si antes de ese término se presentare un paro cardíaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante (art.318 L.G.S.).

En el Capitulo III del Titulo Decimocuarto, la Ley General de Salud establece diversas disposiciones relativas a los cadáveres. La primera de estas disposiciones establece que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y que los mismos siempre deberán de ser tratados con respeto y consideración (art.336).

Posteriormente la Ley establece una clasificación de los cadáveres, diciendo que estos pueden ser:

- I. De personas conocidas, y
- II. De personas desconocidas.

Asimismo nos dice que los cadáveres que no sean reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores al fallecimiento de la persona y aquellos de los que se ignore su identidad, serán considerados como de personas desconocidas (art.337).

El artículo 62 del Reglamento establece que para que pueda llevarse a cabo cualquier acto de disposición de cadáveres, deberá de contarse previamente con el certificado de defunción, que será expedido una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas, por profesionales de la medicina o por personas autorizadas por la autoridad sanitaria competente.

Por su parte el artículo 28 del Reglamento establece que en el caso de trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de un cadáver, éste último deberá de reunir las siguientes condiciones previas al fallecimiento:

I. Haber tenido edad fisiológica útil para efectos de trasplante;

II. No haber sufrido el efecto deletéreo de una agonia prolongada;

III. No haber padecido tumores malignos con riesgo de metástasis al órgano que se utilice, y

IV. No haber presentado infecciones graves y otros padecimientos que pudieren, a juicio médico, afectar al receptor o comprometer el éxito del trasplante.

Por su parte, el Reglamento establece que la disposición de cadáveres de personas desconocidas estará sujeta a lo que señale el Ministerio Público (art.60).

El Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos o productos de los cadáveres de las personas conocidas o que hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición , de conformidad con las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría y siempre que no exista disposición en contrario, a título testamentario, del disponente originario y se cuente con anuencia de los disponentes secundarios.

En el caso de cadáveres de personas conocidas en los cuales el Ministerio Público o la autoridad judicial hayan ordenado la práctica de la necropsia, su utilización con fines de investigación o docencia se realizará de conformidad con lo que el propio Reglamento establece, así como de acuerdo con lo que establezcan las normas técnicas correspondientes. Si la utilización del cadáver es con fines de trasplante, se estará a lo dispuesto por el artículo 325 de la Ley y se requerirá solicitud por escrito de la institución o banco de órganos y tejidos interesado, así como informar a la autoridad sanitaria (art.61 Reglamento).

Por su parte el artículo 325 a que se refiere el párrafo anterior, establece que cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento de los disponentes secundarios; excepto cuando la autoridad competente ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

6.6.-DE LOS REGISTROS NACIONALES DE TRASPLANTES Y DE TRANSFUSIONES.

Para poder ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, la Secretaría de Salud cuenta con los llamados Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones (art.313 L.G.S.).

De lo anterior, podemos concluir que en materia de trasplantes de órganos, las autoridades competentes serán en primer lugar la Secretaría de Salud, y en un segundo término los Registros a los que hacemos referencia en el presente apartado.

En cuanto a las funciones de los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones, el artículo 36 del Reglamento nos señala lo siguiente:

ART. 36.-La Secretaría tendrá a su cargo los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones, cuyas funciones serán:

I. Coordinar la distribución de órganos y tejidos en todo el territorio nacional;

II. Establecer y aplicar procedimientos para facilitar, en todo el territorio nacional, la obtención de órganos y tejidos de seres humanos;

III. Llevar un registro de disponentes originarios de órganos y tejidos y de disponentes de sangre humana;

IV. Estudiar, conocer y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos;

V. Enviar a los bancos de sangre, banco de plasma y servicios de transfusión, las muestras de control a que se refiere el artículo 44 de este reglamento, y

VI. Las demás similares a las anteriores que señale la Secretaría.

Por su parte, el artículo 37 del Reglamento señala que los establecimientos que realicen actos de disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, rendirán un informe de sus actividades a los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones, a que se refiere el artículo anterior, en los términos, forma y periodicidad que señale la Secretaría.

6.7.-DE LOS BANCOS DE ORGANOS Y TEJIDOS.

El artículo 6o. del Reglamento nos señala en su fracción II. lo que se deba de entender por Banco de Organos y Tejidos, y dice que son todos los establecimientos autorizados que tengan como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservacion y suministro terapéutico.

Los bancos de órganos, tejidos y sus componentes podran ser de ojos, higados, hipofisis, huesos y cartilagos, medulas óseas, páncreas, paratiroides, piel, riñones, sangre y sus componentes, plasma, vasos sanguíneos y los demás que autorice la Secretaría.

Los bancos podrán ser de una o varias clases de órganos o tejidos a que se refiere el parrafo anterior, debiéndose de expresar en la documentacion correspondiente el tipo de banco de que se trate (art. 30 del Reglamento).

Asimismo, el artículo 31 del Reglamento señala que los responsables de los bancos de órganos y tejidos deberán de facilitar los procedimientos de trasplantes, y al efecto desarrollarán las siguientes funciones:

- I. Participar en la selección de disponentes originarios;
- II. Obtención y guarda de órganos y tejidos;
- III. Preservación y almacenamiento;
- IV. Distribución, y
- V. Las demás similares a las anteriores que determine la Secretaría de Salud.

Por último, hay que señalar que los bancos de órganos y tejidos deben de funcionar en coordinación con uno o varios establecimientos de salud de los sectores público, social o privado. En última instancia corresponderá a la Secretaría de Salud el fijar mediante normas técnicas y por instructivos o circulares, que serán publicados en la Gaceta Sanitaria, los requisitos de servicios, organización, funcionamiento e ingeniería sanitaria de los bancos de órganos y tejidos (arts.32 y 33 del Reglamento).

CONCLUSIONES

- Los trasplantes de órganos se nos presentan como una técnica terapéutica a la que día con día se recurre con mayor frecuencia. Nuestro país no ha quedado al margen del desarrollo que a nivel casi mundial, se ha experimentado en torno a la práctica de este tipo de trasplantes, situación que claramente nos confirman las estadísticas. En virtud de este enorme desarrollo, se hace necesario el que nuestra legislación aplicable en materia de trasplantes se vaya adecuando a las necesidades que se presentan, incorporando a su articulado los avances médicos que se presentan en esta materia, y dejando claramente determinados los límites para llevar a cabo este tipo de prácticas.

- La legislación aplicable a esta materia, debe de proteger los derechos más íntimos de la persona, ya que son estos los que se ponen en juego al llevar a cabo los trasplantes de órganos. Así, nuestra legislación debe de enfocarse a la protección de los llamados derechos de la personalidad, siendo la vida, la salud y la integridad física, los derechos más relevantes que se ponen en juego en los trasplantes de órganos y tejidos, realizados entre seres humanos vivos.

- Dentro de los llamados derechos de la personalidad el derecho a la vida se nos presenta como un derecho esencial desde el punto de vista del sujeto, y como uno de los pilares básicos de todo el orden jurídico. El derecho a la vida es, sin lugar a dudas, el derecho más

importante que se pone en juego en los trasplantes de órganos que se realizan entre seres humanos vivos, y como tal, se hace necesario que nuestra ley en materia de trasplantes le de siempre una especial importancia y protección.

- El trasplante de órganos implica un verdadero derecho que ejerce el donador, disponiendo de su propio cuerpo. Este derecho a disponer de su propio cuerpo no debe de ser entendido como una facultad de dominio que ejerce la persona sobre su propio cuerpo. Así, el ser humano no tiene otro dominio sobre los miembros de su cuerpo que el que corresponde a sus fines naturales y, por consecuencia, no puede destruirlos, mutilarlos o de cualquier otra forma inutilizarlos para dichas naturales funciones, a menos de que no exista ningún otro camino para conseguir el bien de todo el cuerpo. Así, el hombre no es dominus, es tan sólo custos o administrador de su propio cuerpo, y en este sentido, el trasplante de órganos sólo será lícito si no pone en peligro la vida, la salud y la integridad física del donador.

- Algunos de los puntos más importantes que se deberán de tomar en cuenta para el caso de trasplantes de órganos y tejidos entre seres humanos vivos, son los siguientes:

1. La donación de órganos deberá de ser siempre gratuita;
2. No se pueden donar órganos que sean únicos y esenciales para la conservación de la vida, ni tampoco cuando la donación ponga en peligro la vida;

3. Los trasplantes de órganos, tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos, solo podrán efectuarse con fines terapéuticos, y previo examen médico de donador y de receptor;

4. Es necesario que el disponente originario cumpla con los requisitos establecidos en ley, y debe de mediar su consentimiento expreso y por escrito en relación al trasplante. Dicho consentimiento podrá ser revocado por el disponente originario en cualquier momento, sin que por esto se genera responsabilidad alguna a su cargo;

5. El receptor del trasplante deberá de manifestar por escrito su conformidad en relación con dicho trasplante, y deberá de ser compatible con el donador.

- Tratándose de trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres, cabe decir que el cadáver debe de recibir un tratamiento especial en virtud de la dignidad de la persona a la que perteneció, así, nuestro derecho no deberá considerarlo como una cosa, y menos aún, sujetarlo al régimen de todas las demás cosas.

- Podemos afirmar que el valor económico del cuerpo humano no termina con la muerte. Así, la persona puede disponer de su cuerpo en orden a su entierro o en orden a fines distintos del mismo, como los sería el caso de la donación para fines de trasplante. En este orden de ideas, será necesario que el disponente originario

manifieste en vida su consentimiento para esos fines, ante notario o ante dos testigos idóneos.

- Al hablar de los trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres es necesario resaltar la importancia de la determinación de la muerte, como requisito previo e indispensable para que pueda operarse este tipo de trasplantes.

- Consideramos indispensable el que nuestro Gobierno promueva y lleve a cabo una campaña de concientización y educación en la población, con el objeto de que día a día sea mayor el número de personas dispuestas a donar sus órganos para después de su muerte, y así satisfacer la demanda cada vez mayor por parte de personas que desean y necesitan de un trasplante de órgano.

- En nuestros días cada vez se hace más necesario el que la autoridad ponga un freno a la práctica cada vez más común de tráfico de órganos. Proponemos aquí, como soluciones posibles a dicho problema, el que se fomenten los trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres, y que los trasplantes que se practiquen entre seres humanos vivos se efectúen entre un donador y un receptor unidos por lazos genéticos. Asimismo, se deberían de introducir en nuestra legislación penal sanciones severas para aquellos médicos que, sabiendolo, intervengan en trasplantes en los cuales los órganos a trasplantar hayan sido objeto de comercio.

B I B L I O G R A F I A

OBRAS CONSULTADAS

ARRIOLA, JUAN FEDERICO. La pena de muerte en México, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México, 1989, 1a. Edición.

BAZDRESCH, LUIS. Garantías Constitucionales, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México, 1983, 3a. Edición.

BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, 10a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

BORREL MACIA, ANTONIO. La Persona Humana. Derecho sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1954.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Los Derechos de la Personalidad. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1952.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Los Derechos del Hombre. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1976. 2a. Edición.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Bienes de la Personalidad, en Temas de Derecho Civil, Madrid, 1972.

DE CUPIS, ADRIANO. El Derecho de la Personalidad. Tratado de Derecho Civil y Comercial. Editorial Giuffrè. Milano. 1950. 2a. Edición.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil, 7a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

GRAN ENCICLOPEDIA RIALP. Tomo XVIII. Persona. Editorial RIALP, S.A. Madrid. 1974.

GRAN ENCICLOPEDIA RIALP. Tomo XXIII, Editorial RIALP, S.A. Madrid. 1974.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., México, 1971.

HERVADA, JAVIER. La Nueva Ley sobre Trasplante de Organos, Persona y Derecho, Tomo VII, 1980.

HERVADA, JAVIER. Los Trasplantes de Organos y el Derecho a Disponer del Propio Cuerpo, Persona y Derecho, Tomo II, 1975.

J.L. Apuntes de Derecho Civil Español. Común y Foral, Parte General, 2a. Edición.

OLAVARRI GORTAZAR, MANUEL. Persona; Filosofía del Derecho. En Gran Enciclopedia Rialp. Tomo XVIII. Editorial. Rialp, S.A. Madrid. 1974.

PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editorial, S.A. México. 1991. 2a. Edición.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Libros de Mexico, S.A. México. 1968. 1a. Edición.

TRATADO DE DERECHO CIVIL ITALIANO. Volumen I, Roma, 1921.

PUBLICACIONES CONSULTADAS

CAMPANAS POR LA EUTANASIA. Servicio Especial de Informaciones, (SEDS), No. 265, junio 15 de 1984, Año Xiii, Editora de Revistas, S.A., México, D.F.

CERVOS, JORDI. Temas Monográficos (II): Las fronteras entre la vida y la muerte. ¿Cuándo muere el individuo?, definición de la muerte cerebral, Atlántida No. 5, enero-marzo 1991.

CRUZ CRUZ, JUAN. La justificación de la muerte provocada, ACEPRENSA 21/88, marzo 1988.

DECLARACION DEL VATICANO SOBRE LA EUTANASIA. Servicio Especial de Informaciones (SEDS), No.188, 15 de abril de 1981, Editora de Revistas, S.A., Mexico, D.F.

DOSSIER. Eutanasia, Prensa Internacional, No.227.

LEGISLACION CONSULTADA

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 60a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

CODIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, del 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de marzo de 1973.

LEY GENERAL DE SALUD. Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS. Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

REGLAMENTO FEDERAL PARA LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de 1976